اللهم انت المستعان وعليك في كل امور وشؤون الايمان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حق الحق واظهره وقمع الباطل وافسده
وميز الانسان بقوة العرفان ومدده بمعاني الكليات والعقليات وذكر احكام
الفروع على الاصول لعموم المكلفين بالجزئيات وتعبير الصحة عن الفاسد والحلال عن الحرام
وصلى الله على اشرف البرية محمد المبعوث على كافة الانام وعلى آله وصحبه الطاهرين الاعلام
وبعد فهذه النبذة الشريفة الانصافية على بعض التعليق على بعض مباحث جواهر العلامة
المنوفية للامير زاده الازهري الشهير وشيخ كاتبه وقارئه المسمى بشمس الدين محمد
في العالم الخاتمة للعلماء والمجتهدين فخر العرب والعجم مولانا الاتجد
الشيخ محمد الحفني افاض الله انوار تقديسه على سر البرية
بلطفه الجلي والخفي وقد اودع فيها طائفة انوار التحقيق وهي
مطالب العالية المشتملة بالتدقيق وتتبع معضلات الفقه وشكلاتها
والحمد لله على ما وفقنا بمباشرة طبع هذه النسخة الشريفة وسهل
على نشرها وانا الاقل الحاج احمد الشهير بالبراوي اصلح الله
حاله ونور قلبه بمحمد واله والصحابة محمد الشهير
وكان الفراغ من تحريره في اوائل شهر محرم الحرام سنة ١٣٢٣

هذا
كتاب الانصاف
من مصنفات العالم العلام
والبحر الفهام وتحفة الأسلام
المؤيد بتأييد الملك العلام
الشرب والبطحا محى السنة الغراء
مروج ملة البيضاء الشيخ محمد طه
المعروف بنجف زاده
له الرحمة والرضوان

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا كتاب الانصاف في تحقيق مسائل الخلاف من جواهر الكلام لمحي الشريعة المحمدية ومظهر السنة المصطفوية شيخ الطائفة والمجتهدين وخاتمة الفقهاء والمحققين حجة الاسلام وعز المسلمين فخر السلف والخلف شيخنا العلامة الشيخ محمد طه نجف نجل المرحوم المغفور الشيخ مهدي ابن الشيخ الاجل الافضل الاتقى المرتضى الشيخ محمد رضا صاحب المدة النجفية في فقه الامامية بن اخ الشيخ الاجل الاكمل المعظم البارع فخر السلف الشيخ حسين نجف صاحب المدة النجفية في الرد على الاشعرية وقد كان ابتداء تصحيح هذه النسخة في شهر رمضان المبارك من السنة السادسة عشرة الثانية من المائة الرابعة من الالف الثاني من الهجرة المنيرة على مهاجرها والداكل النجبة على يد مصنفها التامي دام ظله

الكلام في المغصوب

بالعقد الفاسد قوله في المتن الولاية من قبل السلطان العادل جائزة المراد ان للمرتزق الولاية والعمل بمقتضاها بعد حصولها جائز كما قبولها كما توهمه العبارة فان كون المنصوب وليا لا يحتاج الى قبول ولا ينعزل بعزله نفسه بالاجماع **قوله** في المتن فلو قبض المشتري ما اشتراه بالعقد الفاسد لم يملكه اه المراد انه لم يحصل له بذلك الملك الشرعي فان الملك الشرعي عبارة عن التسلط والقدرة على التصرف كيف شاء من حيث ان الشارع قد سلطه عليه فالقبض هنا لا يكون سببا فيه كما كان العقد الصحيح سببا فيه وكما كان القبض في مباح الاصل سببا فيه بالحيازة واما الملك اللغوي فهو مطلق التسلط وهو ظاهر الحصول لا ينكر فان البائع قد سلطه عليه على نحو تسلطه لو كان العقد صحيحا بل المقصود فيهما معا واحد بالضرورة عائد الامر ان الصحيح سبب شرعي للتسلط الشرعي سواء قصد التسبيب به ام لا بل سواء اعتقده سببا صحيحا شرعيا ام اعتقد كونه باطلا شرعا ام لا كما

في المنع

في المنع بالحاجة والمنة بل وان انكر الشرع كالذهري وان الفاسد ليس بسبب شرعا للتسلط الشرعي
ولازم ذلك ان يكون القبض في المقبض بل سائر التصرفات بالتبع الفاسد حراما شرعا فان المملوك
انما يملك من مملوك مولاه مقدار ما ملكه اياه منه والى ذلك ينظر قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
ولا يفرق في ذلك بين ان تكون المعاملة بينهما مجانية او بالعوض لكن بعد ان عقدا الصحيح منهما وكلا
فان انكشف الفساد لهما او لاحدهما فقد انكشف بقاء الملك الشرعي للمالك الاول ولا ضمان لو علم
كل منهما بانكشاف الفساد للاخر سواء كانت المعاملة بالعوض او مجانية ان يكون المال حينما دام موجودا
منزلة مال اطارته الريح بمرء من صاحبه الى يد الاخر فلا يجوز له الامتناع به على صاحبه ولا يلزمه حمله اليه فان
امتنع كان حينئذ غاصبا لا قبل ذلك ولا بنافيه انه كان قد رضي ببذله عنه لانه انما رضي بذلك على اعتقاد
ناشئ التسلط الشرعي بذلك المبادلة على البدل لا مطلقا ولو انكشف الفساد للقابض دون الدافع لزمه
الرد او الاخبار بالفساد ليأخذه ان شاء كما لو اطارت الريح المال ولم يعلم المالك بالحال ولو لم ينكشف
الفساد الا بعد التلف كان القبض قابضا بالضمان بالمثل او القيمة ولو من غير تفريط لبقاء الملك
وعدم اطلاق الرضا بالتصرف والتملك حتى في صورة المجانية كهبة ام الولد مثلا فيشملها عموم على اليد
ما اخذت حتى يؤدي بل ظاهره الضمان مطلقا حتى لو كانا عالمين بالفساد من اول الامر او جاهلين او مختلفين وسواء
كانت المعاملة مما يضمن بصحيحها كالبيع او لا يضمن كالهبة لكن لما كان المتبادر منه عند المتدبر ان الغرض
منه ارادة حماية اموال الناس عليهم عن الخروج بها عن اغراضهم ابقاء التسلط منهم عليها واحترام اموالهم فيها
بعدم المزاحمة في اغراضهم بها فكان المستفاد منه حكما سببيا لا تعبديا محضا لم يدل على الضمان فيما
لا يضمن بصحيحه كهبة ام الولد عينا ولا منفعة سواء كانا عالمين بالفساد او جاهلين او مختلفين لان المالك
بنفسه قد اقدم على هذه المعاملة واعرض عن تغريمهم اخذه ومن هنا حكموا بان من اعرض عن شيء فتلف
عنده ملكه الاخذ ولم يكن ضامنا بل حكموا بان من نبذ له الوثن في البحر فاتلفه ليس بضامن فان لم يكن المالك
مجبورا عليه لسفر ونحوه وان كان ايضا مع ان الاصل في ذلك كله براءة الذمة من الضمان وقد نقض بهذا
مناط القاعدتين المطردتين المجمع عليهما من قولهم كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقولهم كل ما لا يضمن
بصحيحه لا يضمن بفاسده يريد بذلك ان كل عقد فاسد صحيحه يوجب الضمان وليس فيما قدام
على هذه المعاملة والاعراض عنه بالكلية فيشمل قوله ﷺ على اليد ما اخذت وكل عقد فاسد صحيحه
لا يوجب الضمان فقد اقدم فيه المالك على هذه المعاملة فلا يشملها العموم فالمراد ان ما لا يضمن
بصحيحه من حيث العقد بل والاقدام من مالك العين الذي هو اهل لان يوقع العقد الصحيح لا يضمن
بفاسده من تلك الحيثية لا مطلقا ضرورة انهم اجمعوا على انه لو كان فساد الهبة مثلا لكونها من غير المالك
غاصبا كانا او فضوليا او مشتبها فلا ريب في ترتب الضمان حينئذ وكذا لو كان مالكا لاحكم لاقدامه كالصغير

كتاب التجارة

ومن في حكمه اجمالا وقد ظهر بما ذكرنا ان الناظر في القاعدة الثابتة والاتجاه في تصحيحها الى دعوى الاجماع من العجب الاعجب وتوضيح المطلب ان الانصاف ان ادلة الضمان جميعا الاشمل ما يقبض بما لا يضمن يصححه من حيث انه اقدم مالكه على عدم ماليته من غير فرق بين عموم على اليد فوله وجزاء سيئة سيئة مثلها ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وغيرها بل يمكن الاحتجاج على ذلك بان قوله ع الناس مسلطون على اموالهم يعتبر ان يكون سلطنتهم ماضيا على انفسهم منها وان كان حراما لا يجوز وقاهم فيه سواء كان مجانيا كهبة ام الولد او معاوضيا كبيعها بل يمكن الاحتجاج عليه بقوله تعالى ولا عدوان الا على الظالمين بدعوى ان المراد لا عدوان لاحد على احد الا على ظالم ومن قبل له الزنا في الحر فاستمتل ليس بظالم للقابل دائما ظلم نفسه حيث خالف به بل لعل الامر اولى بوصف الظلم لاعرائه له بالمعصية وحثه عليها كما يلوح ذا تاملت كلماتهم المجمع عليها في المقامين بقلا وتحصيلا على ما اشرنا اليه من لحاظ الحيثية المزبورة خاصة اعني حيثية القصد الذي يبتني عليه كل من المقامين بقرينة ما اشرنا اليه من الاجماع جمعا بين كلماتهم كانت القضية الثابتة سالمة من المناقشة **قوله** في الشرح ضرورة اشتراك الجميع فيما ذكرنا الان العلم آه ان خبر ان صدور الاذن في ضمن ارادة التمليك بالعقد الصحيح مع العلم بالفساد غير معقول وانما يعقل مع اعتقاد صحة العقد الفاسد جهلا مركبا لا مع العلم بالفساد وانما الوجه فيه ما ذكرناه سابقا فتدبر ودعوى ان الاذن من العالم بالفساد معلقة على شيء معلوم الانتفاء وهو ممكن لان التعليق على المحال غير محال ان اريد بعدم انفكاك الاذن هنا من المالك سواء كما هو صريح قوله اولا انما الاول فلم يصدر منه الاذن في ضمن ارادة التمليك بالعقد الصحيح والغرض عدم حصوله فالضرورة على خلافه ضرورة ان بائع المثل بالمثلين في الربا وبائع الخمر ومساجر المغنية وغير ذلك مع العلم بالفساد راض بالمبادلة الخاصة واذن بالتصرف في ماله مقابلة لله ورسوله وان لم يرض بذلك كما رضي الموطوء بان يكون موطوءا وغيره من العصاة مخالفة لله ورسوله لا على فرض اذن الله بذلك **قوله** في المتن وقف على اجازة المالك على الاظهر اقول التوقف على الاجازة يحتمل وجوها ثلثة بل خمسة الاول ان تكون الاجازة كاشفة محضا عن صحة العقد من غير توقف اصحته شرعا على حصولها بعده على ان يكون حصولها بعده شرطا متاخرا بناء على امكان فرض الشرط متاخرا ومن غير توقف على وصف كونها حاصلة حتى يكون الشرط مقارنا بكشف عند حصولها فيما بعد بناء على امتناع تاخر الشرط الثاني ان يكون حصول الاجازة كاشفا عن صحة سبب انكشاف حصول شرطها المتاخر الثالث ان يكون حصولها كاشفا عن صحته سبب انكشاف حصول شرطها المقارن الرابع ان يكون المؤثر في نقل المبيع وانتقال الملك الى المشتري مجموع العقد والاجازة لا العقد بشرط الاجازة فتكون الاجازة هي الجزء الاخير في سبب الناقل الخامس ان يكون المؤثر في ذلك هو الاجازة وحدها لا العقد مجردا ولا بشرطها ولا مجموعهما لكن تقدم صورة العقد من الفضولي يتوقف عليه صدق اسم الاجازة والمتوقف على الوجه الاول هو العلم بالصحة لا نفس الصحة بخلاف بقية الوجوه

وعبارة المتن وامثالها ليست نصا في احد الوجوه بل ولا ظاهرة نعم المتبفن منها الاعتراف بحصول الانتقال عند حصول الاجازة ولو على الوجه الاخير ولعل الشيخ ومن وافقه على القول بعدم عقد الفضولي اراد انه يسقط ومن حيث هو غير مقتض للانتقال ولا مؤثر فيه لا مجردا ولا بسبب حصول الاجازة وان اعترف بحصول الانتقال عند حصولها على الوجه الاخير فيكون الخلاف في الحقيقة في تخصيص المؤثر لا في تعسر حصول الاثر عند الاجازة ويشعر به تسمية العلامة وغيره الوقوف على الاجازة ان علمنا من غير نقل خلاف بينهم اصلا مع بعد علم اطلاعه على خلاف المجاهير سيما الشيخ وابن ادريس وابن زهرة فانكيتهم سيما الشيخ تعجب عنهم دائما سيما مع حكاية الشيخ وابن زهرة الاجماع على الفساد سيما مع حكم الشيخ في النهاية بالصحة بنحو عبارة المتن فانه قال لا يجوز ان يبيع الانسان الا ما يملكه في الحال فان باع ما لا يملك كان البيع موقوفا على اجازة صاحبه فان امضاه صح وان لم يمض كان البيع باطلا لكن لا نصا انه لا ريب في تحقق الخلاف بينهم في حصول الاثر عند الاجازة لنقل الشيخ في الخلاف عليه قال اذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه وبه قال قوم من اصحابنا دليلنا اجماع الفرقة ومن خالف منهم لا يعتد بقوله ولانه لا خلاف انه ممنوع من التصرف في ملك غيره والبيع تصرف وانه روى حكيم عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع ما ليس عنده وهذا مما قد روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وآله قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك فنفى البيع في غير الملك ولم يفصل انتهى وقال في المبسوط اذا باع شيئين صفقة واحدة احدهما ينعقد بيعه والاخر لا ينعقد بيعه بطل فيما لا ينعقد وصح فيما ينعقد سواء كان احدهما ملكا والاخر غير ملك ولا فرق في حكم المال مثل ان باع خلا وخمرا او حرا وعبدا او شاة وخنزيرا او كان احدهما ماله والاخر مال غيره او باع عبده وعبدا موقوفا او ام ولد مع بقاء ولدها الباب واحد انتهى وقال ابن زهرة في الغنية واشترطنا ثبوت الولاية احترازا من بيع من ليس بمالك للبيع ولا في حكم المالك فانه لا ينعقد وان اجازه المالك بدليل الاجماع المتقدم ذكره ثم ذكر ما ذكره الشيخ في ذلك الا ان ظاهره انحصار المخالف في المخالفين وقال ابو الصلاح الحلبي في الكافي بعد ان شرط في عقد البيع الى شروط ثمانية منها تحقق الولاية في المبيعين الى ان قال واعتبارنا صحة الولاية لتاثير حصولها في صحة العقد وعدمها في فساده وقال سلار في المراسم يشترط في صحة البيع ان يكون المبيع ملكا للبايع او ملك موكله او ملك ابنه وهو صغير وقال ابن ادريس في السرائر لا يجوز ان يبيع الانسان الا ما يملكه في الحال فان باع ما لا يملكه ولا يملك بيعه كان باطلا ثم حكى عن الشيخ ما ذكره في نهايته ثم قال انه رجع عنه في الخلاف ثم حكى عنه ما سمعت وقد ظهر لك بهذا ان القول بالفساد بين القدماء معروف بل لعله الاشهر بينهم كما يقتضيه كلام الشيخ وابن زهرة وابن ادريس بل هو ظاهر الشهيد في قواعده حيث قال قاعدة لا بد في العقد على الاعيان والمنافع الامر من المالك او بحكمه ثم حصر حكم المالك في غير الفضولي حيث قال وحكم المالك الاب والجد والوصي والحاكم والامين والمقاص وناظر الوقف والملتقط اذا خاف

هلاك اللفظة وبعض المؤمنين في حال الطفل عند عقد الولي واجد البذرة هذه بزيادة حكى شيخنا المرتضى
عن شرح الارشاد ان ذلك احتجاج القائل بالصحة بانه عقد وضع من اهله في محله فليجب الوفاء به مع الاجازة بان
هذا مشاركة على الظاهر وان وافق الجماعة على القول بالصحة في اللمعة وغيرها نعم القول بالتوقف على الاجازة صحيح
المفيد في المقنعة وهو واضح على مذهبه في باب المعاطات من عدم توقف اسم العقد والبيع على اكثر مما يدل على
التراضي فتكون الاجازة من البايع على هذا بيعا من جنبها والبرذهب ابن حمزة في الوسيلة وحكى عن ابن الجنيد
وكثير منهم لم يذكر المسئلة كالصدوقين والمرتضى وابن البراج نعم شهرة التوقف بعد ابن ادريس كالتوقف فيها
والمناط في المسئلة والعمدة فيها امران صدق اسم العقد والبيع على عبارة الفضولي حقيقة اذا اريد اثبات الصحة
على غير الوجه الاخر وعدم ثبوت انصراف العمومات المشرعة الى غير عقد الفضولي وفي كل منهما ما قل لا يخفى من تدبر
وذلك لانا ان اردنا بصدق اسم للبيع والعقد مع قطع عدم النظر عما ادعي من كالشرعي على ثاثير عبارة الفضولي
في الانتقال شرعا ولو بشرط الاجازة من عموم اوفوا بالعقود وغيره فلا نضايقه انه ممنوع ضرورة ان معنى البيع التمليك
والتسليط فاذا ادعي صدق التمليك والتسليط من دون تملك ان يملك عرفا ولا شرعا كما هو محل البحث اذ
الكلام في نقل ملكية المالك الشرعية كان كدعوى صدق الاذن والتفويض حقيقة على اذن العبد لسيده
او لغيره في بعض ما لا يملكه فان الاذن انما يصدق حقيقة على رخصة من يملك الرخصة والمنع عرفا في
مقام الرخصة العرفية وشرعا في مقام الرخصة الشرعية فكما ان اذن من لا يملك الرخصة والمنع ليست باذن
حقيقة فكذا تمليك نعم لو قلنا ان معنى قوله تعالى اوفوا بالعقود انا ملكناكم وليا على بيع اموالكم وعلى بيع
اموال غيركم بحيث تكون الاية دالة على ولاية كل احد على بيع مال غيره كما دلت على كل اية على بيع مال نفسه
الذي لولا تولية الشارع اياه لم يكن بيعه بيعا حقيقة ايضا بل كان كبيع الاب والجد لو لم يكن وليا كما لو كان
سفيها او مجنونا وعلى هذا فلولا الاجماع الدال على بطلان عقد الفضولي مع رد المالك بل مع عدم تعقب
اجازته لقلنا بتخصيص الاية بذلك لكان اللازم الحكم بعموم ولاية الاجنبي في خصوص العقود كولاية الاب
والجد فيها وفي غيرها بل ذلك لازم القول بصحة عقد الفضولي على الوجوه الثلثة الاول وهو امر ممكن لو
قال به قائل او توهمه متوهم بما لو تثبت له زيادة على عموم الاية بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم
اولى ببعض الا ان الاجماع بل الضرورة على خلافه وانما يقول القائل بالصحة بان قصد التمليك والنقل
الى ملك الغير ممن ليس هو بمالك عرفا ولا شرعا ولا هو ولي عليه اصلا معقول والا نضايقه خلافه فان قوله
ملكته فلم يملكه كقوله ملكت فلم ينكسر واخرجه فلم يخرج في انه على المشاحة لا على الحقيقة بل هو من قبيل
كسر الماء او الهواء ولو سلمنا صدق البيع والتمليك والتسليط هنا حقيقة او انا لا نحتاج صدقها الى
كونه وليا على التمليك والنقل قلنا فلنا ان نقول ان قوله تعالى اوفوا بالعقود يصرف الى عقود المالكين
من في حكمهم لا الى الاعم منها ومن عقود الفضوليين وكذا قوله تعالى احل الله البيع وتجارة عن تراض واما خبر

عروة فاحتجاجهم به على ان يكون هو المستند لهم في تصحيح عقد الفضولي دون الادلة الشرعية وغيرها من خصوص اصحابنا في النكاح وغيره غير معلوم بل معلوم العدم ضرورة استفاضة الصحيحين جميعا دخول عقد الفضولي في عموم الادلة كما صرح به غير واحد منهم شيخنا المرتضى وغيره رح فاحتجاجهم به انما هو من باب المناقشة رح فلا يكون احتجاجا جابرا للسند بل المناقشة في سند رح على حالها وسيأتي زيادة توضيح لهذا المطلب **قوله** في الشرح ان الحكم عن نهاية الشيخ الى آخر ما صنف اه اقول هذا من الغريب فان نهاية الشيخ من دلكنبا وهي واهية كما صرح بذلك في خطبة المبسوط وغيره **قوله** في المتن اذا لم يكن عالما الى قوله البائع اه اقول ظاهر العطف هنا ان الغرر الموجب للرجوع انما يكون مع قصد الاضرار لا مطلقا فان قوله او ادعى المالك البائع ان المالك اذن له مفتضى اعلمه بشيء من ذلك والا لقال اذا لم يكونا عالمين الى قوله البائع وكيف كان فوجه ان الرجوع على الضابط انما هو لحديث الضرر والضرار وظاهر انما يدل عليه مع قصد الاضرار لا مطلقا كما لو باع ما وجده في صندوق فرداد وفي ذكر ابيه مثلا بل الحكم بالرجوع عليه هنا سيما مع اعتراف المشتري له بالحال بالنظر الى غبن المغرور بفتح الجيم فضول يستفاد وان لم يكن من قصد البائع الغرر محل نظر واما وجه ما قبل من عدم الرجوع فيما حصل له في مقابله نفع فكأنه من حيث تخيل ان غرامة الثمن في مقابلة المبيع انما هو غرامة له باعتبار ما يدر من المنافع ولذا لو كان عريا عن المنافع لم يصح بيعه فيكون قد اقدم على استيفائها بالثمن وقد رجع بدل فلا يرجع باكثر منه وفيه ان الثمن عوض عن المبيع باعتبار المنافع لا عوض عن المنافع فهو انما اقدم على استيفائها تبعا للعوض لا بالعوض ولهذا يضمن الغاصب قيمة المغصوب واجرته وان زادت عليها اضعافا مضاعفة ثم لو اجر الفضولي واستوفى المستأجر فضمنه المالك لم يرجع بما غرمه على الفضولي لان تمام اجرة المثل على ما عينه فرجع بالزايد خاصة لان الاجارة هنا بمنزلة الثمن في الباب على ان اللازم على ما علمت انما هو الاجرة بين ما استوفاه من المنافع او فاتت تحت يده واما التعليل بما اشار اليه شيخنا فيعد استنادهم اليه اذ لا خلاف في ضمان العارية انما اختلفوا في ضمان المغرور معه على انهم صرحوا بانه لو اطعم الغاصب المالك ما له فاكله جهلا ضمنه له **قوله** في المتن بل قيل انه لا يرجع مع العلم بالغصب اه اقول الحكم بعدم الرجوع بالثمن مع العلم بالغصب في صورة التلف في غاية المتانة اخذا له بالدليل حيث انه قد هدر ماليته ماله فهو في حكم من قتل غيره الفي عمدا الى غير ذلك وضحنا ذلك وفصلناه في مسئلة المقبوض بالبيع الفاسد في باب الربا لكن هذا انما يتم اذا باع الفضولي لنفسه اما اذا باعه البائع عن المالك بناء على امكان تصحيح ذلك فاللازم ضمان المشتري مع عدم الاجازة اذ لا اقدام فيه هنا على هدر المالية بل اللازم ضمان مع الاجازة للمشتري ايضا بناء على انفساخ العقد بالتلف قبل القبض ورجوع المال الى مالكه الاول انما قبل التلف فللبائع بناء على ما اخترناه اخيرا في مسئلة التلف قبل القبض من انه من موجبات الخيار لمن انتقل اليه لكن الذي هو ان الخطب ان الانصاف انه لا يضمن هذا النقل عن المالك من دون ولاية عليه او وكالة عنه فانه كالبضع

تشمل الطلب الحقيقي الذي هو محاولة الوقوع من العاجز كطلب المشي من الزمن والابصار من الاعمى ولا يتصور تعلق الايجاب عن الطلب بحيث يترتب عليه شكر الطالب كما لو طلب العبد من سيده افعاده مثلا اذ لا بد من قابلية المحل في طلبية الطلب واجابة الايجاب فكذا الايجاب فكذا الايجاب يتصور فضل النقل والتملك للغير والتملك لا من غير ولا بد ولا وكالة اذ لا بد من قابلية الناقل للنقل وقدرته عليه وهو انما يتصور مع القدرة والتسلط على المنقول عرفا او شرعا بوجه ما والعرف غير منتف بالغرض ولو كانت موجودة كما في المغصوب اذا الغرض لم يقصد تملك الغير سلطنة الغصب غير لتملك هو البدل وانما قصد تملك الغير سلطنة غير لتملك ذلك الغير البدل والشرع غير منتف للاجماع على عدم الولاية وانتفاء الوكالة روح فيكون تصحيح العقد الفضولي المقصود بما ذكر عقدا وبيعه بيعا ونقلا من قبيل تصحيح الامر بما لا يطاق امرا والتكليف به تكليفا فانه على ضرب من التسامح والمجاز كما حررناه واوضحناه في مغانم الوصول الى علم الاصول وقانون ذلك او يدل عليه وضوح كون الفضوليين غير مخاطبين بالوفاء بالعقد فان كل ما انعقد يمكن ان يؤمر بالحل والابقاء والوفاء وان يخير بينهما ومن الواضح عدم امكان توجه الامر بالوفاء هنا الا الى المالك المجبر بناء على تاثير الاجازة نفسها النقل من حينها بدعوى تقوم معنى البيعية والنقلية بل والعقد بربها كما يقوم ذلك باشارة الاخرس اذ بعد منع كون الفضولي عاقدا وبائعا حقيقة لسهل كون المالك بفضله هو البايع والناقل والمالك والعاقد حقيقة حال عقد الفضولي بسبب اجازته المتاخرة بحيث يكون النقل والتمليك حاصلا منه قبلها لاستلزام تقدم الاثر على المؤثر ولضرورة كون المالك لم يبع منه فضلا اصلا ويؤيده ايضا ان اللازم على تقدير كونه ناقلا لحقيقة وبائعا كذلك ان يكون مخاطبا بوجوب التسليم واثر العيب واحكام الخيارات من المجلس والحيوان وغيرهما كما يخاطب بذلك كله الولي الا ان يدعى خروجه عنها بدليل خاص وهو كاذب فان قلت لم لا نقول هو ولي شرعا على نقل ملك غيره الا ان ولايته مشروطة برضا المالك واجازته قلنا معنى كون الولي قابلا انما هو كون فعله غير منوط برضاء غيره نعم يتصور ذلك لو قلنا ان الاجازة لا اثر لها في تصحيح عقد الفضولي اصلا وانها ليست شرطا في الانتقال فلا كون شرطا فيه ولا هي جزء من المؤثر للانتقال والتالي كما شقر كتفاصيله حقيقة بان تكون امرا مقارنا للعلة التامة في الانتقال يحصل من العلم بحصولها العلم بحصول العلة التامة غير فهي كالاذان الموجب للعلم بدخول الوقت فهو خارج بالنظر الى العلة غير كالحجر الموضوع في جنب الانسان الا ان هذا الوجه لا قائل به اصلا ولا دليل عليه فان قلت عقد الفضولي وكونه عقدا حقيقة كاداء المتبرع الدين في كونه وفاء قلنا دفع المتبرع مآله الى الدين امر واضح المقدورية له وهو مسلط عليه الا ترى انه لا يتوقف على رضا المديون وكونه وفاء قلنا دفع المتبرع ليس على معنى ايراد الفضولي من المديون حقيقة كاداء المديون نفسه او وكيله او وليه وانما هو من حيث انه انما ملكه اياه على شرط اعراضه عن الدين واسقاطه عن المديون فكان فيضه له على ذلك اسقاطا

الدين للدين وابراء له لاستيفاء لحقه حقيقة بل هو سقوط عنده لابرئه ولهذا لا يلزم الدين الفضول بحضوره بخلاف وفع المديون نفسه وكيله بل الاولى ان يقال عقد الفضولى بيع غير المقدور على تسليمه كقوله لعبدك الذى فى يد الغاصب بكذا او لعبد غيرك بكذا او على تسليمه كقوله لعبد غيرك الذى فى يد الغاصب بعتك ما لك ونحوه ان يقول الحر انت حر وللاجنبية انت طالق فعلى هذا يمتنع ان تكون الاجازة فى الفضولى كاشفة بمعنى ان نفسها كشفت عن صحة الشرط بكونه مبيعا بنفس الاجازة حتى يقال انه يستحيل تاخر الشرط وكذا يمتنع ان تكون ناقلة على معنى ان الايجاب والقبول جزء المؤثر فى النقل والجزء الاخير منه هو الاجازة اذ هذان الوجهان موقوفان على امكان حصول المعنى الحقيقى للبيع والنقل من الفضولى وانما المعقول ان تكون صيغة ما وقع من الاصيل من الايجاب والقبول فان كان ايجابا كانت بمنزلة القبول وان كان قبولا كانت بمنزلة الايجاب المتاخر بناء على صحته كما هو الصحيح فان كانا فضوليين واجازا معا لكان كانت الاجازة السابقة بمنزلة الايجاب واللاحقة بمنزلة القبول فان قرنا كان فى حكم الايجاب والقبول المقترنين وح فيمكن ان تسمى الاجازة المتاخرة كاشفة لكشفها عن صحة عبارة الاصيل وناقلة لابقاء الجزء الثانى من الناقل الذى حصل عند الاستقبال وهذا اولى من هذا كله فيما لو فضل الفضولى النقل عن المالك اما لو فضل النقل عن نفسه وتملك البدل لنفسه فان لم يكن ممكنا لعدم تمكنه من البيع اصلا كقوله بعتك سرير الملك مثلا جاء فيه ما مر مضافا الى ما سيجئ وان كان ممكنا كما لو كان بيده وتحت تسلطه ولو بغصب وغيره فلا اشكال فى صحة فضل المعنى حقيقة وكونه عقدا كذا البيع انما هو نقل التسلط الفعلية عادة او شرعا الا ان الشارع لم يمضه مطلقا لكن يشكل على هذا تصحيح شرعا بالاجازة سواء جعلت كاشفة ام ناقلة اما الاول فلانه لا ريب فى انه ليس المراد انها كاشفة عن وقوع ما فضده الفضولى شرعا من تملك الثمن بتمليك المبيع اذ لازم ذلك ان تكون كاشفة عن تملك المالك البيع للفضولى قبل بيعه لا عن وقوع البيع صحيحا شرعا اذ لا يصح البيع شرعا قبل الملك الشرعى وهذا ظاهر وانما يريد ون انها كاشفة عن تملك المالك الثمن وتملك المشترى المبيع مع ان المشترى لم يقصد نقل الثمن الا عن ضد البائع فى ايجابه الذى لم يقصد فيه المالك اصلا وانما قصد البائع ان يكون هو المتملك للثمن بدلا عن تمليكه المبيع وايضا المالك لم يجز نقل المبيع الى المشترى مجانا وانما قصد اجازة نقل المبيع على ان ينتقل اليه الثمن مع ان المشترى انما قصد نقله الى البائع لا الى المالك فما اجيز لم يقصد وما قصد لم يجز بل لعل المشترى لا يسمح ببذل الثمن الخاص لغير البائع الخاص فان الرضا ببذل النقد المعين من الثمن كما يختلف باختلاف المبيع يختلف باختلاف البائع والحاصل لا ريب فى وجوب المطابقة بين الايجاب والقبول فى العقود من جميع الوجوه ولذا لو قال بعتك بازيد هذا الثوب بكذا فقال عمرو قبلت لم يكن عقدا بالضرورة وكذا لو قال كل من المتباعين قد اشتريت منك بازيد هذا الثوب بدرهم فقال المشترى لاحدهما قبلت منك بدرهم ثم ابتاع الاخر هو المالك لم يحكم بانتقاله عنه بما وقع من الايجاب والقبول واما الثانى فلان فرض

عدم التطابق كما منع من كونها كاشفة منع ايضا من كونها ناقلة لان المراد من كونها ناقلة ان المؤثر في الانتقال
مجموع العقد والاجازة بحيث يكون التاثير عندها لا قبلها ومع انتفاء التطابق بينها وبين ما قصد في العقد
تكون بمنزلة ايجاب من المالك لم يقصد مقبول لان ما وقع من المشتري لا يطابقها فلو سلمنا صحتها ناقلة
تفتقر الى قبول ثاني من المشتري غيرها سبق وهو كما ترى لم لا يمنع ان تكون الاجازة كاشفة او ناقلة في غير
الفضولي كاجازة السيد عقد عبده في النكاح بغير اذنه وكاجازة المرتهن بيع الراهن وكاجازة المتبرع
عقد زوجها على الانثى او كاجازة المالك او الحاكم عقد الزوج على بنت الاخ او بنت الاخت وكاجازة
الولي عقد المستنيم على ما لمر وكاجازة الغريم عقد المفلس وكاجازة الوارث عقد المريض على ما يزيد على
الثلث ونحو ذلك لوضوح التفاوت بين ذلك كله وبين محل فرض المسئلة وهو اجازة المجرة والعمة والخالة ان لا تكون كاشفة
فلا ناقلة بان يقال ان بيد ما فسخ العقد وامضائه فان اجاز لزم وقد ان رد بطل فسخ من حينه ولم يترتب
على ذلك انها لو ماتت قبل العلم بلزوم العقد **قوله** في الشرح وقد يحمل الجهالة الخ مما يسلم منه ما اذا كانت
في الثمن الذي قد وجه انه قول الاستاذ انه لا يمكن الحكم بفساد العقد الذي احتمل معلومية الثمن فيه على ما لا يخفى
التقسيط معللا بانها غير مغتفرة مع الحكم بالصحة هنا بدعوى انتفاء الجهالة المفسدة اذ الفرض ان كان من حيث
ان المقصود في المقام مقابلة المجموع بالمجموع من دون ارادة مقابلة كل جزء بما بإزائه من الثمن المقرر اصلا او
كلاهما معلوم فالازم صحة ذلك البطلان لانتفاء المجموع بانتفاء بعضه وهو الذي اراده المحقق الاردبيلي
وهو الحق ان سلمنا له ذلك لكن الحق ان المقصود بالمقام مقابلة المجموع الراجع الى قصد مقابلة كل جزء بما بإزائه
من الثمن المقرر واذا قالوا انه بمنزلة عفو متعددة وح فالازم على ذلك الاعتراف بانه انما قصد في بعضها لكن بيعه بما
يخصه بما بإزائه من الثمن المقرر وان كان ايضا قد قصد بيع ما لا يملكه بما يخصه وبما بإزائه من ذلك الثمن فاذا حكم
بفساد بيع الشيء المقرر بما يقتضيه المقسط فالازم الحكم بالفساد هنا لانه منه بحقيقة فان انضمام قصد بيع ما
يملكه بما يخصه من ذلك الثمن المقرر لا يصلح ان يكون مجرده صحيحا وموجبا للمعلومية بعد فرض عدم لحاظ الثمن
المجموع بالمجموع من حيث المجموع عليه وانما هو حق من المقاولات الانفاقية فتوح كالحجر الموضوع في جنب الانسان
وح فالازم امتا الحكم بالصحة في المقامين بدعوى اغتفار نحو ذلك من الجهالة ويكون حق الشفاعة والاجماع
الحكمي في المقام وفي بيع ما يملك وما لا يملك شاهدا على الاغتفار فيهما وفي نظائرهما واما الحكم بالبطلان
فيهما اذ التفصيل بينهما فرق من غير فارق اللهم الا ان يقال ان المقام بالخصوص مستثنى من عموم ما دل
على البطلان مع الجهالة للدليل مختصر فلا يقاس عليه غيره وهو كما ترى **قوله** في الثمن فيجوز فيها ان يوزع
طرفي العقد اه اقول بل لا يبعد الاكتفاء باحد الطرفين فيقول بعت هذا الثوب من نفسي بدرهم او بعت هذا
الثوب من ولدي بدرهم لدلالة الثوب على نقله الثوب الى نفسه ونقله الدرهم عن نفسه الى ولده في المثال الاول
وبالعكس في المثال الثاني فلا يحتاج الى ان يقول قبلت عن نفسي عن ولدي لذلك ومثله الوكيل عن

البيع ولو من نفسه اذا قال بعته من نفسي وهذا خلاف قوله المتقدم فان الرضا من احد الطرفين لا يستلزم الرضا من الآخر حتى يقع منه ما يدل عليه مثله بل ويقع منه عقد النكاح بين عبده وامته فانه غير جائز بقوله زوجت عبدي فلانة من عبدي فلان فانه لا يحتاج الى ان يقول قبلت من نفسي هذا ان لم يكن المعنى بقوله من نفسي بل لو قال ذلك لم يكن الا ايجابا فان ذلك مثل هذا يخرج عن كونه عقدا ويكون بالايقاع اشبه وقد يشكل في تسميته عقدا بناء على الرضا بالنقل للبيع وعلى الرضا بالانتقال للثمن على انه لا ضير في تسميته ايقاعا اذا الصحيح بان كل ايقاع عقد لغة لدلالته على التزام موقعه به والمضي عليه وان تربط نفسه بما وقع منه وشدها به كما في النذر واليمين والابراء والحجر والظهار والطلاق وغيرها فيشملها عموم اوفوا بالعقود واما تقسيم الفقهاء المعاملات الى عقود وايقاعات فاصطلاح حادث الا انه هذا خروج عن ظاهر كلام الاصحاب **قوله** في الشرح منها مكاتبة علي ابن مهزيار قال كتبت الى ابي جعفر الثاني عليه السلام فلانا الوكيل ضيعة فاوقفها وجعل لك في الوقف الخمس وسئل عن رايك في بيع حصتك من الارض وقومها على نفسه الاقتضاء ان ظاهر هذه المكاتبة انه جعل له خمس الضيعة تمليكا وصلة لا وقفا الا بانتفاء القبول المشترط في صحة الوقف لامكان فرضه وكيلا له عام في ذلك وغيره في ذلك المكان بل ظهور السؤال انما هو استيذان عما يرجحه من الوجوه المذكورة وعما يتعين له منها من حيث كونه متولي كما ان ظاهره المفروغية عن جواز كل من ذلك له والا لسئل اولا عن جواز بيع الوقف ثم استاذن في انه على تقدير الجواز ما الذي ياذن فيه في ذلك الحصة من تلك الوجوه وح فيكون معنى قوله او بدعها موقوفا انها يتركها على حالها لا يبيعها على نفسه ولا على غيره وقد يشعر بذلك قوله وسئل عن رايك في بيع حصتك دون ان يقول وسئل عن جواز بيع حصتك الموقوفة وقوله في الجواب اني امره دون ان يقول يجوز ذلك واني امره مع ان اطلاق جواز البيع في المنقطع كما هو لازم دعوى الدلالة مخالف للكتاب والسنة بل للاجماع والضرورة فيجب ان يحمل بسبب ذلك على ما ذكرنا لو سلم الظهور لا اقل دعوى من الاجمال فيسقط الاستدلال واما بعض ما في الاضافات ان السؤال انما هو عن حال الوقف من حيث حال الواقف لا عن حال الوقف من حيث نفسه مطلقا اي وان مات الواقف واصر على ابقاء الحجر على الموقوف عليهم في البيع وغيره كما هو منظور القائل بالجواز مع الاختلاف فكان السؤال عن انه هل للواقف ان يعدل عن الحجر الذي اقتضته صيغة الوقف عن البيع في حال الاختلاف وان لم يعدل عن تملكهم اياه ولا اخراجه عن ملكه كما يشعر ذلك انه سئل عن بيعه للوقف مع انه غير مالك له بل هو لجنس عنه لا لخروجه عن ملكه قطعا فكان السؤال عن انه هل له ان يتسبب الى بيعه برفع الحجر فيبيعونه او يبيعه بتوكيلهم اياه على البيع بل يشعر السؤال بان المانع من البيع مع عدم رفع الواقف الحجر والجواز مع رفعه وجواز الرفع والابقاء وان الواقف يملكهما معا او مفروغ منه عند السائل كما يشعر بذلك قوله فان نرى وقوله في الجواب واعلمه ان راى له فان ظاهره انه في مقام الاستشارة والاستعلام في امر يملكه وانه يسئل عما هو الارجح في نظره ورايه لا انه يسئل عن حكم شرعي يجهله والا لقال فهل يجوز بيع

كتاب التجارة

الوقف مع الاختلاف لم لا يجوز بيع ذلك قول السائل اخبرني فان اقتضى الجواب الاستبصار وايضا فان المكاتبة بعد شيء عن مقام الفقيه الموجب لحمل اجوبة الامام عليها طلب بها هل ان رأى ما اجاب به اجتهادا من العلماء فالعدول عما بنا سبب وكيفية الخطاب فيها اما وارد على ارادة ما اشرنا اليه **قوله** في الشرح الآن اختلاف ارباب الحصص لا اختلاف ارباب الحصص انما يقتضي الجواز عند من اعتبر حيث لا يكون لاحدهم حصة معينة بعض الوقف لو على الاشاعة كما لا يخفى **قوله** ظاهر الانقطاع اه اقول كيف يكون ظاهرا الانقطاع مع انه لم يذكر فيه صون الوقف وانما ذكر مجرد كونه قد ارضها ولم يستفصل الامام عن صورة الوقف فالواجب ان يقال ان ظاهرها لسبب ترك الاستفصال المفهم ان لم نقل ان ظاهر لفظ الوقف انما هو خصوص المؤبد وان غيره مخيبر لا وضع اعجب من ذلك **قوله** اما ليس فيها ما يدل على تحقق القبض والاقباض فان السؤال عن جواز بيع الوقف ظاهر بل صريح في السؤال عنه بعد فرض تمامية شرائطه جميعا كما هو واضح في نظائر ذلك كما لو سئل عن بيع او شرائها تصدق به او هبته او صدقة او هبة او غير ذلك فلا يلتفت الى ما احتمله الفرضي لا غير من احتمال ارادة الهبة بالوقف او الاباقة فانه تأويل من غير دليل وتضليل للظاهر بمجرد التأويل ولا يمكن ان يكون تجويز البيع للواقف دون الموقوف عليه قرينة على ذلك لامكان ان يراد منه بيعه بعنوان الوكالة عن الموقوف عليهم كان ما ذكرناه ظهر في الدلالة فهو اولى بان يكون قرينة على الصرف دون العكس كما لا يخفى ولو لا ما اشرنا اليه من الوجه لمنع الدلالة **قوله** في الشرح والاولى عدم الثبوت بذلك كما عن بعض اجلة تلامذته واستدل بقول روى الشيخ باسناده عن الحسن بن محبوب عن محمد بن ابي حمزة عن ابي عبيدة الله عن الرجل يزوج الامة فطلقها سرا ولا يريد ان يشهر بها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها اتم يصلح له في بيعها قال ان منهن من تشتري بياع ما لم يحدث عنده حمل ذلك وسوقها انما يعطى ثمنها اذا علقت وفيه اشعار لانكون طلقها في الحيلة في مقابلة ما لو علقت قبل ملكه حيث قد عرفها طلاقا مطلقا وفي جميع الاحوال وانها عتيقة ان لم تعلق اصلا فلا تدل على انها لا يجوز بيعها في صورة اصلا الا في ما علم استثناؤه بالنص او الاجماع وان ذلك فيها هو الاصل وانما تدل على انها انما تخرج عن الطلبقة حيث يقع في ذلك خروجها عن حد الصور بل الانصاف ان صحيحة عمر بن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام لان اثباته محظر البيع في ثمن رقبتها لا يبقى محظرا في جميع ما عدى ذلك فان اثبات شيء لا يبقى ما عداه واما الاقتضاء على هذا الصورة بخصوصها فلا يفيد ان لها حكم عدم الطلبقة لان حكمها اطلاق عدم الطلبقة فلا يمنع ان يشارك هذه غيرها في جواز البيع ولا يكون اثبات الجواز فيها فانيا لذكر عن كل واحدة واحدة من ابي في الاحوال والصور بل سوق السؤال فيها عن اصل مشروعية بيعها في الدين في الجملة فلا يفيد الجواب اطلاق جواز البيع في الثمن ولو من غير اعتبار ولا اطلاق العدم في غيره بل وكذلك صحيحة الاخرى اذ السؤال الاول فيها انما هو عن الوجه الذي وقع عليه بيع امير المؤمنين عليه السلام الولد لا عن الوجه الجائز عن بيعها فلا يدل الجواب على حصر الجواز في بيعها في ثمن رقبتها بالخصوص بعد عموم سببها ولا مال له سواها واما السؤال الاخير فالمشار اليه يحتمل وجوها

الاول الدين الذي لا وفاء له من غيرها مثلا ويكون ذكر الثمن بالخصوص في حالة الوفاء من حيث المثالية
كونها الواقعة التي وقع عليها البيع من امير المؤمنين ع الثاني ان يشار به الى ثمن رقبتها من حيث الخصوصية
حيث لا وفاء له من غيرها سواء كان حيا او ميتا ويكون ذكر الوفاء من حيث المثالية او من حيث كونها الواقعة
المحكية الثالث العكس الرابع اعتبارا اجماع جميع هذه الوجوه وهذا هو الذي فهمه ابن حمزة والانصاف ان اظهرها
هو الاول والاخير وكيف كان فغايتها الدلالة على المنع من البيع في دين مغاير لما اشير اليه وحكمة جواز بيعها
فيه عن وفاء الدين لظهور ان قوله من الدين بيان للمقضا اعني قوله سوء الا للمشار اليه كما تقدم تحقيقه هناك فلا
منها عدم اطلاق الطليفة في جميع الصور الا في الصورة المشار اليها اما على ما قلنا فلانه لا دليل لها على المنع
من بيعها مطلقا حتى فراغه حق المجني عليه او على من تعلق عليه او بشرط العتق او غير ذلك نعم تدل على المنع
من بيعها اعتباطا لان المنع من بيعها في بعض وجوه الدين يدل عليه بالفحوى والاجماع على عدم الفصل هذا
غايته ما يمكن ان يحتج به على اطلاق المنع من بيعها وان الاصل فيها ذلك بل الانصاف ان الذي يظهر من مجموع
النصوص انما هو المنع من بيعها لايفاء دين يمكن وفائه من غيرها او اعتباطا وان اللازم الرجوع فيما عدا ذلك
الى الاصل وهو الجواز بل يستفاد منها جواز البيع في كل دين لا طريق الى وفائه الا منها حيا كان سببها او ميتا
ثمنا كان لرقبتها ام لا ظهور حسنة بريد في جواز بيعها في مطلق الدين وان لم يكن ثمنا لرقبتها فيدور الامر بين حملها
على خصوص ما يكون ثمنا لها وبين حمل صحيحة عمر على ارادة المثالية من حيث الثمن وان المشار اليه منها هو المعنى الاول
وقد تقرر في محله ان اللازم جعل الاظهر قرينة على الظاهر كالنص وان اللازم الالتفات اليه قبل الالتفات
الى السند فلا ريب في ان الاول هي الاظهر فلا زوان كانت دلالتها بالمفهوم لان حملها على الثمن خاصة وعلى جهة
التعيين تخصيص للاكثر بل حمل على الاندر وهو نادر وممنوع وان كان تخصيصا فاقل هذا ان قلنا باظهرية الوجه
الاخير من الاول اما لو قلنا باستوائهما في الظهور واجمال المشار اليه او باظهرية الوجه الاول فلا معارضة للمفهوم
على انا لو سلمنا استواء الصنفين في الظهور وانه لا اظهرية لاحدهما فلا ريب في ان عموم المفهوم او في بالمرام
الكتاب لقوله تعالى من بعد وصية يوصين بها او دين بل وقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها في وجه
وايضا في ان الميت اذا كان مدينا بغير ثمن الرقبة فان قلنا بان التركة لم تنتقل الى ملك الوارث وانها على
حكم مال الميت حتى يؤدى فلا عتق وان قلنا بانتقالها منه لزوالا من حين الموت فلا زم تزلزل عدم حصول
العتق لان الحر لا يرجع رقا فلو تحررت تبين كون الملك مستمرا فلا قائل به في شئ من الاوارث حتى خصوص
ثمن الرقبة ان لم يستثنى في باب الارث بل لا ريب في انفاقهم على تقديم الدين على الارث في كل مقام من غير استثناء
وانه لا يضيع شئ من الدين بسبب الارث ولازم ذلك عدم الفرق بين ثمن الرقبة وغيرها وظاهرهم الانفاق
على ان ام الولد انما تعتق من نصيب ولدها اذا لم يكن قد عتقها سيدها او دبرها او اوصى بعتقها من ثلث ماله
ظاهرهم الانفاق على عدم الفرق بين حال موت المديون وحال حيوته في وجوب الوفاء من حاله ووجوب

التجار فانه لا يقدم دين في وجوب الوفاء بعين من اعيان ماله كما سيأتي من المتن والنظر الى المرتهن فلو كان الدين الذي هو ثمن ام الولد مخصوصة بنفسه وعينه في جواز بيعها فيلزم تقديمه في الوفاء وعدم ثبوت ما عرفت كان المناسب ذكر ذلك في باب الدين والحجر والمواريث ونحوها مع ان احدا لم يشر الى ذلك في شئ من ذلك مع ان الادلة على دعوى تمام الخصوصية والعينية في الثمن المزبور مجوز بيعها فيرجع مع البيع بناء على الاحتجاج بصحيحة عمر بن يزيد الاولى وانها مسوقة للاطلاق اذ لا دليل على التقييد بحال العسر الا ان الاجماع قائم على عدم الفصل بين حال الموت وبين حالة الحجر بالنظر الى شرطية انعتاق الوفاء منها او بحال ان صحيحة الثانية هي الدالة على جواز بيعها في حال الحجر ايضا كما احتمل الشهيد على انا انما ان نقول لو كان هذا الدين ملحوظا للشارع على جهة العينية والخصوصية الموجبة لتقديمه على غيره من الديون فليس ذلك الا لكونه ثمنا للجارية وان تعلقه اقوى وآكد واهم شرعا وهذا يقتضي ان يكون مع موت المولى لتدل على جواز بيعها فيرجع مع تشبثها بالحرية بسببه فالازم مع عدمه زيادة ذلك وان لا يبيع التجاء فيها للغرماء وهذا لا قائل به بل المعهود من حال الشارع اهتمامه بدين ذوي الدين الحاضرة مطلقا بالنظر الى المفلس على المشهور وبالنظر الى التركة على رأي ابن الجنيد وهذا اقوى شاهد على ان الشارع لم يجعل ثمن الرقبة من حيث هو عنوانا خاصا في تجويز بيع ام الولد في وفاء دينها المنحصر في خصوص ثبات ان تجويز بيعها في دين لا يوجد وفاء من غيرها وانما ذكر الثمن لا وصفه بالنظر الى بقاء افراد الدين والا فالخصوصية التي فرضت في باب المفلس انما هي ان من وجد عين ماله من الغرماء اخذها لا ان للمفلس قبل الحجر عليه لو باع ما اشتراه من غيره لم يصح وفاء خاصة دون باقي الغرماء ولو على التخصيص فان ذلك غير ثابت شرعا بل كما الظاهر خلافا لما تضعيف بما يأتي بل القطع فضعيف مردود من المعهود منه ومن اضرابه من الاجلاء انما هو حكاية الحديث عن الامام عليه السلام مردود دون الفتوى والا فلا معنى لحكايتها في كتب الحديث المشتملة للعمل وبما ذكرنا في صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام ايما رجل فجر بجارية فولدت له سرية فان كان اعتقها وتزوجها عفت وان لم يعتقها حتى توفي فقد سبق بها كتاب الله وكتاب الله احق فان كان لها ولد ورثت من الاجل ولدها الحديث وقد رواها المشايخ الثلاثة في اصولهم والظاهر ان قوله عليه السلام فان كان لها الخ تفسير لقوله عليه السلام فقد سبق بها كتاب الله وانه اشارة الى استفادة الارث حيث لا دين للمفهوم من قوله تعالى من بعد وصية توصون بها او دين كما يشعر بذلك قوله عليه السلام فان كان لها ولد ورثت مالا فان وجوب الارث حيث لا دين له شرعا في كون ارثا للولد وكافيا في كيفية ارثه للاجماع على شركة غيره من الورثة فيها مع وجود ما لا سواها وعدم روح فيكون المراد كما يقتضيه الاستشهاد بكتاب الله تعالى انه ان كان لها ولد ورثت دينا ومالا سواها بعين الدين استغرق ملك ولدها لها فتعتق من نصيبه الا بعد وفاء الدين وهذا يشمل ما لو كان الدين في ثمن رقبتها وغيره كما هو ظاهر فقد ظهر لك من ذلك كله ان الاولى حمل قوله عليه السلام في صحيحة عمر بن يزيد على ما يعم ثمن الرقبة ويشهد للمرتضى اوله كلامه في الانتصار صريح في الجواز مع موت

الولد فانه قال مما افترق به الامامية القول بجواز بيع امهات الاولاد بعد وفاة اولادهن فلا يجوز بيع ام الولد وولدها وهذا موضع الانفراد الى آخر كلامه فراجع وتدبر بل كلام شيخنا حكى عن ابن حمزة الا ان يجوزه غير مبني على التفصيل فلا ينبغي نسبته ظاهرا اليه **قوله** في الشرح كما عن ابن حمزة اه اقول قد اشتهر هذا الحكاية عنه مع انه قال في باب العتق ما هذا لفظه فان بقي بعض ولده لم يخل اما ان يثمن رقبتها فيه فتستبدها او لم يبق فان بقي لم يخل اما ان ماتت سيدها او كان حيا فان بقي بعضها في ذمته ستبدها ولم يكن لها مال سواها لزمه بيعها في ثمن رقبتها وان كان لها مال سواها فضل الدين عنه ولم يجز له بيعها ما دام الولد حيا وان مات سيدها وان لم يكن لها مال سواها وكان ثمنها في ذمته ستبدها عاد ثمن ولدها وقال في آخر كلامه وهذا كما ترى صريح في موافقة الاصحاب في انما منع من البيع مع حيات الولد مع وجود مال سواها لا مطلقا ووجهه ظاهر فظهر ان هذا من باب دب مشهور لا اصل له **قوله** في الشرح لانه المتبادر من المنصوص الى آخره دعوى ان المتبادر من المنصوص تعليق سقوط الخيار على خصوص الافتراق المستند الى اختيارهما معا محل نظر بل منع بل المتبادر ايضا انه معلق على حصوله مطلقا ودعوى ظهور القصد في كل فعل حسبما الى فاعله ظهورا يوجب الانصراف اليه والاعتماد عليه عرفا حيث لا قرينة عامة اليه ولا معا فيه ممنوعة ومنقوضة بموارد كثيرة مثل اذا ادخل فقد وجب عليه الغسل والمهر ومن اتلف مال امرء مثلا ومن رأى الهلال افطر نعم قد يؤخذ القصد في موضوع اللفظ لغة فيلزم حينئذ تقييد الحكم به مثل من ذنا ومن غصب ومن اعتدى وقد يغلب لحاظه في مادة خاصة عرفا غلبة توجب الانصراف اليه مثل من كذب لم يبارك له مثلا وقوله ومن اهان ومن اهان وجهان ولعل الظاهر انهما من النوع الثاني لكن ليس لنا دليل لزومي على المطلق لان المتبادر انما هو دليل ايضا لا لزومي لكن مع الشك بنى على المتبادر وهو لا يجب الرجوع هنا الى عموم او قوا بالمعهود لا الى استصحاب الخيار لان الشك هنا في فرد العارض لا في عكسه مع انه مطلقا لا يعارض العموم على الاصح واما صحيح الفضيل فمن الواضح عدم دلالته على اعتبار القصد في حصول اللزوم بالافتراق بل الظاهر دلالته على عدم اعتبار القصد في ذلك فانه قال قلت له الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما فانه ظاهر جدا فان المراد اذا افترقا فلا خيار بعد حصول الرضا باصل العقد وكون تجارتهما عن تراض من كل منهما واما ما استظهره الشيخ ره فان المراد بعد الرضا بينهما بالافتراق بعيد مع ذلك الاجماع على ان لزوم في احدهما صاحبه مخيارا اسقط الخيار وان كره الآخر فراقه ولا يسقط بر خيار المختار خاصة بل خيارهما معا اجماعا وذلك لان لزوم العقد بالسبب الشرعي وهو العقد لا بالالزام والالتزام والا لم يسقط به الا خيار المختار خاصة ولا يمكن تخصيص هذا النص بالاجماع فيقتصر على اعتبار رضا احدهما الذي هو المفارق كائنا من كان منهما ضرورة انه ليس بمنزلة العموم الذي يمكن تخصيصه الى الواحد كما لا يخفى ظهور ان ظاهره على ما فهمه الشيخ اعتبار رضاء كل

منهما بالفراق ولا قائل به بل صحح ابن مسلم الأول بعد عروج فان اريد ان ظاهر قوله عليه السلام ان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلك دفع ما ذكرنا هنا سيما لو قيل بنية باعتبار حدوث الفراق الاختياري من كل منهما ولم يكتف بحدوثه اختيارا من احدهما وان رضيا به معا اذ لو قيل ان ظاهر النص المفروض ظهوره في اعتبار القصد بعيد لكنه خلاف الضرورة والاجماع ولو اريد منه انهما بالخيار ما لم يفترقا عن رضا بالفراق واختياره من احدهما فهو خلاف الظاهر ايضا فلم يبق الا ان يراد منه انهما بالخيار ما لم يفترقا مطلقا على ان القائل ان يقول لو سلمنا تبادر القصد فلا نسلم تبادر الاختياري فان المكره قاصد واحدهما غير الاخر فلم يبق الا الاجماع المحكي واعرف هذين **قوله** في الشرح فالمسئلة محل ريبة اه ليست المسئلة محل نظر ولا ريبة في المقامين امتى كون التصرف ملزما للعقد وسقطا للخيار اذا كان في المنتقل اليه بايعا كان المتصرف او مشتريا وكونه فسخا للبيع اذا كان في المنتقل اليه بايعا كان المتصرف او مشتريا عنه كذلك بناء على ما بنا في المسئلة الثانية من الاحكام والريبة بنظر كلام الفقهاء الامناطين فتدبر جيدا **قوله** في الشرح بل لم اجد فيه خلافا الا من المرتضى رحمه الله ان التعارض بين نصوص المشهور ونصوص المرتضى بعد تسليم دلالتها تعارض النص والظاهر سيما صحيح ابن رئاب فانه نص في مذهب المشهور فليقدم وهذا هو العمدة نعم الانصاف انها تشمل البايع حيث يكون هو المشتري للحيوان كما لو باع الدار مثلا به كما تشمل المشتري حيث يبتاع الحيوان بغيره وتشملهما حيث يبتاع الحيوان بمثله لان كلا منهما مشتري للحيوان لغة فان المشتري لغة هو المملك للشئ بالعقد الخاص سواء كان ذلك عوضا بايجاب او قبول والبايع هو المملك الشئ بذلك وليس حقيقة شرعية جديدة حتى يحمل اللفظ عليها ولا مرادفا لما دل عليه الفرينة ضرورة انتفائها كما لا يخفى على الفقيه وح فان اراد المرتضى من ثبوته للبايع ثبوته له حيث يكون هو المشتري للحيوان لا مطلقا وان بايعه لا نمنع من ثبوت الخيار له من حيث كونه مشتريا للحيوان واراد المشهور من قولهم ان الخيار ثلاثة ايام للمشتري خاصة انه ليس للبايع الذي قد باع الحيوان او غيره خيار من حيث كونه قد باعه مطلقا لا حتى لو كان مشتريا للحيوان ايضا فالنزاع في المسئلة لفظي بل لا خلاف فيها اصلا والحاصل ان كانت المسئلة على ما يستظهر من كلام المرتضى والمشهور ففيها اقوال ثلاثة فان اولنا كلام المرتضى والمشهور ففيها قولان فان اولنا هما ولعله الاقرب فقول واحد فظهر بهذا ما في كلام الشيخ ره فلا تغفل **قوله** في الشرح لتبادر الابتياع بالقصد اه لا ريب في ان المتبادر من النص ابتياع الخيار بالعقد ولا خلاف فيه انما الكلام في ان هنا خيارا ثابتا حال المجلس بل ما لم يفترقا حاصل من حيث عنوان الحيوانية او ان خيار الحيوان انما يحصل منعقدا لخيار المجلس مطلقا بحيث لو استمر المجلس ثلاثة ايام او اكثر فلا خيار حيوان الا ان يقال باستثناء ثلاثة اخر ولا قائل به ولو افترقا في اثناء العقد فلا خيار مجلس او ان خيار الحيوان قبل التفرق خيار حيوان في مجلسه لا ان هنا خيار حيوان وخيار مجلس بل الخيار واحد حقيقة لا تعدد فيه اصلا وانما التعدد في سببه على اختلاف الشرعية علامة ومعرفا لا علل عقلية حتى يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد حقيقة فهو هنا كاجتماع سببين

وتفرق في ثوب مثلا او علاه ثم اتباع صنجين بصنجين او استيفاء او اجتماع مطهرين او تفرد احدهما فالمسئلة تحتمل وجوها ثلاثة لاسبيل الى النفي منها قطعا لانه ان قبل باستثناء ثلثة بعد المجلس مطلقا كان رجوعا للاجماع وان قبل باستثناء الثلاثة بالمجلس وانما كان مخصصا للنص بلا مخصص واما الاستصحاب فساقط بظاهر النص واما على الاخير فلا نزاع وكذا الالتفات الى التاسيس والتاكيد واما الوجه الاول فلا رجحان يمكن اسقاط احدهما من غير مرجح بعد العقد مع بقاء الاخر بخلاف الوجه الاخير لكن صحة الاول موقوفة على امتناع تعدد الاسباب الشرعية على واحد حقيقة وانها بمنزلة العلل العقلية ولا دليل عليه بل الدليل على خلافه لانقال لانم عدم ترتيب الثمرة المزبورة على الوجه الاخير لعدم اسباب فاسقاط بعضها لا يوجب اسقاط الباقي لانا نقول الاريب ان الذي يتعلق به الاسقاط بالحقيقة هو ذو العلائم والمعرفات لا نفس تلك العلائم والمعرفات فاذا فرض اتحاده تعين اسقط فقد سقط واما ظاهرا وايضا حيث قد معنى الخيار انما هي مجرد عدم وجوب الوفاء بالعقد وان الله سبحانه لم يوجب في المجلس مثلا فهو مستثنى من عموم اوفوا بالعقود ونحوه وهذا امر عدمي لا يقبل التعدد ولا التضاعف نعم يقبل تعدد اسبابه واما الاشكال بلزوم سقوط الاثر بالكلية مع استمرار المجلس فانما يلزم على الوجه الثاني لا على الوجه الاخر الذي اعترف به الشيخ ره فظهر من هذا كله امكان ان يكون النزاع في هذه المسئلة لفظيا وان كان بعيدا وان القائل بان ابتداء خيار الحيوان من حين انتهاء المجلس لعله يريد ابتداء ظهوره اثره لان الاثر قبل ذلك مشترك التبعيض وبه يظهر ان النزاع الآتي في كلام المصنف في الفرع الاول في ان خيار الشرط يبتدئ من حين العقد كما عن الشيخ وابن زهرة وادريس كذلك لا يجامع ما نسند وعليه فلا يترتب شئ من الفروع المغايرة على الوجه الاول فتدبر ثم ليعلم ان قول المتن فكل منهما ان يشترط الخيار لنفسه وللاجنبي فله ولا يجب ان لكون منهما اشتراط الخيار لنفسه وللاجنبي معا انما الكلام في معنى كون الخيار للاجنبي وحقيقته فانه يحتمل وجوها ثلثة الاول ان الاجنبي حيث يشترط له الخيار بمنزلة احد المتعاقدين حيث يشترط لنفسه خاصة بحيث لو شرط للاجنبي وحده لم يكن لاحد المتعاقدين خيارا اصلا وكانا في ذلك بمنزلة الاجنبي الذي لم يشترط له خيار اصلا ولو شرط احدهما النفسه وللاجنبي فقد شرط خيارين احدهما النفسه الاخر للاجنبي ولو شرطه الاخر لنفسه كانت الخيارات ثلثة ولو ضم الاجنبي كانت اربعة ولو تعددت الاجانب تعددت بتعددهم ولا يلزم ذلك تقديم الفاسخ منهم كائنا من كان على غيره شاء او ابى ومن حكمه امكان القول بانتقال خيار من مات منهم الى وارثه كائنا من كان ومن حكمه صحة اشتراط المؤامرة في خيار الاجنبي لاجنبي اخر او لاحد المتعاقدين وصحة التصالح عليه بل وترامي في ذلك بل ذكر امير مع الجودة ايضا فيجعله الاجنبي المشترط له لاجنبي اخر في عقد اخر وصحة اشتراط بالكسر ذلك او ابى وكذا اقل من صحة ذلك مع الرضا لكن يشكل الوجه المزبور بانا ان حكمنا باستحقاق الاجنبي الخيار على الوجه المذكور فظهر اي وان لم يعلم حتى مات اشكل ذلك بان الحقوق لا ترد على الاموال وهو لا تدخل في الملك فهرا الا في موارد مخصوصة لدليلها والدليل منتف هنا كما لا يخفى ولو

فيدناه بما لو مثل الاجنبي ذلك اشكل ذلك باطلاق الاصحاب فان احدا لم يشترطه بالقبول بل هم مجمعون
على خلافه فان استدل بعموم اوفوا بالعقود اشكل ذلك بانه خطاب للمتعاقدين وليس بين واحد من
المتعاقدين وبين الاجنبي تعاقد فلم يجب الوفاء له ويكون له بذلك عليه حق فان قلت فلم شرط احدهما على
صاحبه الخيار للاجنبي فيجب عليه الوفاء لصاحبه لذلك لانا للاجنبي قلنا فالمشترط له هو ذو الحق الخيار دون
الاجنبي فكيف قلت الاجنبي هو ذو الحق حقيقة وان المشترط بمنزلة اجنبي ليس له خيار ولو قلت الحق للمشترط
لكنه ملكه للاجنبي شرط له قلنا فيجب ان يتوقف تملكه على قبوله على ان لازم ذلك صحة تمليكه اياه بعد العقد
بلا فاصل بل لازم ذلك صحة تمليك مطلق الخيار للاجنبي باشتراطه له في العقد وبعده سواء كان خيار شرط
او مجلس او حيوان او غيرها وكما قلت به على ان تملك غير المسخي للحق بغير طريق الارث غير ثابت في الحقوق
فانها غير قابلة للنقل شرعا كما هو الاصل مع القبول وبدونه بل الثابت على عدمه غالبا كما في حق الشفعة و
القصاص واللقطة وغيرها وان استدل بعموم قولهم المؤمنون عند شروطهم قلنا بعد تسليم دلالة الشرط على الوفاء
انما هو مسوق للشرط السابق فيما اقتضاه العقد لذي الحق المشترط وبعد فرض ان احد المتعاقدين
ليس بذي حق اصلا فالاجنبي المذكور بالنظر الى المتعاقدين المزبور اجنبي محض والذي يدل على اعتبار المتعاقد
في وجوب الوفاء بالشرط الاجماع على عدم وجوب شرط لم يتضمنه العقد على ان الظاهر عدم صدق اسم الشرط
حينئذ على ان قولهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا يدل على ان الشرط الذي يجب الوفاء به انما هو الشرط السائغ
واقعا فلا بد من تحقق كونه سائغا واقعا شرعا حتى يحكم بوجوب الوفاء وذلك موقوف على تحقق في بلية المحل
الذي هو الاجنبي لتملك هذا الحق اعني الخيار اصالة او تملكا من المشترط بالكسر مع قبول الاجنبي وبدونه وذلك
كله قبل الكلام الثاني ان يكون الاجنبي وكيلا محضا في الفسخ والامضاء وهذا المعنى غير مراد لهم في المقام قطعا لعدم
صدق الاشتراط في العقد في ذلك بوجه اصلا الثالث ان يكون حق الخيار في ذلك للمشترط بالكسر فقط لا مطلقا
بل على ان يكون للاجنبي في ذلك نظر وعمل بمعنى انه ان امضى المشترط مضى امضاؤه وان كره الاجنبي عالما بفسخ فيه
امضاء المشترط وان فسخ المشترط مع ترجيح الاجنبي الفسخ مضى فسخه والا فلا سواء امضى الاجنبي اقدام لا فان
امضى الاجنبي العقد مضى حق المشترط لانه امضاء وكيل وان فسخ مضى عليه عالما بمضيه قبل فسخ الاجنبي لا فسخه
وكيله في نظره في المصلحة هو تحكيم وكيلي لا توكيل صرف حتى لا يتوقف السراية فيه مشيئا ولا استمرار محض حتى لا
يكون الفسخ وامضاؤه اثرا اصلا ح فليس هو ذو خيار على التحقيق بل هو محكم بالخيار الذي هو للمشترط فسخا وامضاء
فاتضح وجهها ذكرته الوسيلة واحتمله القدوس فان مراد ابن حمزة من قوله فان لم يرض يعني الاجنبي كان المبتاع
بالخيار بين الفسخ والامضاء انه ان لم يرجح الاجنبي الامضاء بل رجح الفسخ لكن لم يفسخ بعد فذف الخيار الذي
هو للمشترط على خياره وهذا هو الوجه فتدبر جيدا ولا تعجل **قوله** في الشرح وحديث الضرار مع قطع النظر عن
كلام الاصحاب كيف لا يدل نفي الضرار على الخيار وظاهر النفي كما النهي فمعناه ح انه ليس لله سبحانه حكم ضرري

فلو وجب الوفاء بالعقد الغبني كان حكما ضرريا بل يدل عليه عموم قوله تعالى يريد بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقوله تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج بل يستشم ذلك مما دل من النصوص على خيار الرؤية حيث يتخلف الوصف الذي تضاوه القيمة بسبب ذا الخيار ليس هو من حيث حصول الغبنة في الجملة بسبب تخلف ما تضاوه القيمة بسبب بل قد يستشم ذلك ايضا من دليل خيار العيب وان لم يشتمل على غبن من حيث القيمة وذلك لانه لا محالة يشتمل على تفاوت مشتري المعيب فلو من حيث المعيبية ولو اشتراه بادنى من القيمة السوقية فاذا شرع الخيار لذلك فبالاولى ان يشرع في المقام الذي هو مبني على التفاوت بسبب التفاوت في القيم السوقية وليس ذلك قياسا بل قطعا بالمناط كما لا يخفى على المستقيم قوله في شرح المتن ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اول انما لم يسقط التصرف السابق على العلم بالغبن الخيار في غير ما استثنى لان المقتضي للخيار وهو التضرر موجود والمانع منه مفقود اذ ليس الا التصرف والغرض انه مغرور بعذر من قبل الغابن فلو وجب الوفاء بالعقد بسببه لكان حكما ضرريا والنص ينفيه هذا بالنظر الى تصرف المغبون في العين المغبون فيها باقيا كان او مشترا واما تصرفه في بدلها وتصرف الغابن في العين المغبون فيها او في بدلها فمن الواضح انه لا يوجب سقوط خيار المغبون بوجه اصلا لا بقال لما ذكرت من عدم سقوط خيار المغبون بتصرفه في المغبون فيه انما يتم بناء على ان معنى قوله ع في خيار الحيوان فان احدث المشتري حدثا فذلك رضا منه ان التصرف من ذوي الخيار عطا مارة الرضا والالتزام بالعقد وكل امارة فيه على ذلك صنعة كما مر مفصلا حيث ان التصرف المفروض ليس بامارة فلا يسقط الخيار واما على المعنى الاخر من ان التصرف منه مضى بمنزلة الرضا والالتزام ولا اثر لعدم سقوط الخيار بالتصرف مطلقا لانا نقول نعم ولكن لما كان ما هذه الخيار في عدة التضرر وهي واردة على جميع الاحكام فلا مناص لما ذكر على ان الوجه الاول هو الاظهر كما مر قوله في الشرح لاصالة اللزوم في العقود اه ان خبر بان اصالة اللزوم لا تنظر في عدة التضرر ولا ترد عليها بل الامر بالعكس بل لو تنظر اليها هنا لاقتضى خيار الغبن بالاولوية فاما ما ذكره من ان المعلوم من ثبوت الخيار فيما دامت العين انه قد رفع اولا بالتضرر وثانيا بان العلوم من مذهبه انهما في باب الخيار ان ان التلف الذي هو اعظم مخرج عن الملك لا اثر له في نفي رفع اسقاط الخيار اصلا وان الخيار يرد على العقد باعتبار ما له البدلين لا باعتبار عينهما والا لسقط كل خيار بالتلف مطلقا وهو كما ترى بل من ليس له الخيار عندهم ضامن لو كان له الخيار ما له العين بحيث لو فسخ ولم يجدها اخذ بدلها كما ان من له الخيار ايضا ضامن لها حيث وان كان خيارا ايضا ما له العين التي بيده بحيث لو فسخ رد بدلها واخذ العين التي دفعها او بدلها في عدة مضروبة بدلها اعني ادلة الخيار ان كقوله ع البيعان بالخيار ما لم يفترقا وقوله الشرط في الحيوان ثلثة ايام للمشتري وتصريح صحيح ابن سنان في مسئلة ان المبيع مملك بالعقد واذا ثبت الخيار مع التلف فيما هو غير مبني على التضرر فثبوته فيما هو مبني عليه اولى بمقتضى الفحوى ولا نظر الى من قال وامّا قوله لان الشهيد في الروضة اعترف بانه لا فائدة فلا وقع له بعد تصريحه فيها بان ما ذكره في اللمعة مخترع تابع

اعترف المحقق الثاني بانه لا يعرف تصريحا في المسئلة سوى ما عن المذكرة فكان الشيخ ره هو المرغب الى ما اختاره
مهما امكن واستغفر الله سبحانه وتعالى قوله في الشرح وانظر انفاهم هنا على الشرط المزبور لا يخفى بدافع كلام شيخنا
ره هنا حيث ادعى الاجماع اولا ثم قال والظاهر انفاهم هنا على الشرط المزبور ثم ادعاه اخيرا والانصاف ان الشك فيه
اقرب والاخذ بالاطلاق اصوب فان المعتمد ليس الا الاجماع المحكي والشهرة وامرهما هين حيث لا يستكشف بهما
المشهور جزما مع ان صحة اقباض المبيع اولى بثبوت الخيار نعم اشتراط التحلول فيهما لا باس به قوله في الشرح ثم ان ظاهر
الفقرة اولى المناسب لما فرقناه غير مرة من ان البائع والمتاع يطلق على كل من المتعاقدين حقيقة باعتبار نوعه
كذا المبيع والثمن بثبوت الخيار لمن لم يدفع اليه ما تملكه بالبيع بعد الثلاثة بايعا كان او مشتريا لعموم المشروح لكن
يجب تقييد ذلك بما اذا لم يكن التاخير بحق كان يكون لغرض شرعي كارادة التقابض او تقدم البائع بالدفع منا
عليه قوله في الشرح ضرورة ان الفاء فيه رابطة اقول كون الفاء رابطة لا ينافي الاشارة بها الى مناط الحكم والعلة
فيه وانه يسقط الخيار لهذه الحيثية لكن المعلل به وهو قوله فذلك ارضا منه يحتمل وجهين الاول ان يكون المراد
فان احدث فيه حدثا فلا خيار له لان الحدث شرعا بمنزلة الرضا اي التصريح بالالتزام عرفا وعلى هذا فحكم
الحدث الاختياري وغيره عن عمد وغفلة الثاني ان يكون المراد ان امارة على الرضا فيكون المعنى ان كل
امارة على الرضا تسقط الخيار شرعا وعلى هذا فيكون المشار اليه خصوص ما هو امارة عادة على الرضا بقرائن
الملك فيخرج من ذلك التصرف الغير الاختياري وما كان عن غفلة او نسيان او اشباه في التصرف فيرد هذا المعنى
الظهور المنسبك بالاصل وكيف كان فالتعليل بنفسه شامل للعالم بالحكم الشرعي وغيره بل هو ظاهره بعد التامل
فيما ذكرنا في ان التصرف شرعا يسقط كل خيار من غير فرق بين خيار الحيوان والشرط والعيب في المجلس وغيرها واما
التصرف في المغبون فيه قبل العلم بالغبن فلا يسقط لانه ليس امارة على الرضا بقرائن الملك لكن ينبغي ان يستثنى
ذلك بامرين الاول ان يكون الخيار فعليا حال التصرف لا مستقبلا كخيار الرد فان قلت فعلى هذا فينبغي عدم سقوط
خيار العيب بالتصرف بالعيب مع الجهل قلنا نعم لكن انما حكى الاصحاب فيه بالسقوط لنقل اخر فيه بالخصوص لا
لهذا التعليل على ان الشيخ قد يظن بما حكي عنه لم يسقط ايضا نظرا منه الى التعليل المزبور الثاني ان لا يشترط ذو الخيار
ان يتصرف فيه في زمن الخيار ووجهه ظاهر بناء على الوجه الثاني في معنى التعليل لانه ليس امارة على الرضا اما
على الاول فقد يشكل بانه شرط مناف للسنة ويدفع بان النص ظاهر في ارادة خصوص التصرف الذي لم يشترط لا
مطلق الاتصاف وضوح دلالة النص المذكور على ان التصرف في المنتقل عنه فاسخ للخيار كما انه في المنتقل اليه ملزم
للعقد على كلا الوجهين في التعليل وذلك لان معنى قوله ع فذلك رضا ان ذلك بمنزلة اختيار من له الخيار
احد طرفي الخيار او ان ذلك امارة اختيار من له الخيار احد الطرفين وكل امارة على الاختيار عادة تسقط
الخيار شرعا اما بالزام كما لو كان التصرف في المنتقل اليه او بفسخ كما لو كان في المنتقل عنه وكون مورد النص هو القسم
الاول لا يوجب تقييد العلة فالعمدة في المسئلتين هو النص لا الاجماع المحكي قوله في الشرح اقواهما الاول اه

اقول يشكل هذا بان العقد اذا وقع على عين معينة وشرط ناقلها الخيار فى فسخه فحينئذ ذلك وليس انه قد شرط على صاحبه ان له التسلط على تملك العين بعينها فى زمن الخيار متى شاء فله حق فى خصوص عين العين فلا يجوز التصرف فيه فى ذلك عملا بمقتضى الوفاء بالشرط الوارد على عموم الناس مسلطون على اموالهم لان المشترى هو الذى سلط البائع على تملك المبيع بعينه وخصوصيته فلا يفيد بيعه ولا عتقه بغير اذنه كالرهن وان كانت العين لو تلفت تسلط ذو الخيار على بدلها نظرا الى قوة المالية فان هذا التسلط على التزييف كالتخيير لهذا لو فسخ والعين موجودة لم يكن للمشترى دفع البدل ولم يجب على البائع قبوله اجماعا فظهر بهذا ان الثانى هو الاقوى بل يمكن الاستدلال عليه بعموم الناس مسلطون على اموالهم بوجه من التخريج لا يخفى لطفه قوله فى الشرح ولو كان الخيار لاحدهما الخ اقول الاربعة التى لا يخلو اما ان يكون قد قصد نقل ما انتقل اليه عن نفسه فيكون قد قصد نقل ما انتقل عنه عن ملكه مضمونا فيحتاج صحة نقله الى اجازة المالك وح فيكون ذو الخيار بسبب نقله ما انتقل اليه قد امضى البيع بل وبسبب قصده الفضولية عن المالك ايضا كذلك اوضاه بنقله عن ملكه ودلالته على الاعراض عن الفسخ واما ان يكون قد قصد نقل ما انتقل عنه لا عن نفسه فيكون ح قد قصد الفسخ ولا يمكن ان يكون قد قصد نقل ما انتقل اليه لا عن ملكه الذى رجع اليه بسبب الفسخ مضمونا بحيث يتوقف صحة نقله اياه على اجازة ملكه حينئذ فالامر الواضح مجمل مردد بين الامضاء والفسخ فاما ان يرجع الى القرعة فى قصده بناء على عمومها ان لم يمكن بين الحالين او يرجع الى الاصل وهو يقتضى بقاء ملكية العين على ما كانت عليه قبل النقل من عدم طرو الفسخ لذلك فى عروض قصد الناقل له ونحو كاستصحاب الطهارة مع تردد العارض قبل الاستبراء بين البول والمذى فان المتجه فيه الحكم بالطهارة لولا النص وتوهم كونه مبنيا على ما حققناه فى محله وح فاستظهار الشيخ هنا بقاء الخيار مع ان لازم كل من العارضين ارتفاعه اما بالفسخ او بالامضاء اذ لا يخلو الامر من احدهما غريب كالجزم بتقديم احتمال عروض الفاسخ نظرا الى قاعدة تحكيم الفسخ على الامضاء فان المقام نظير ما لو شك فى انه ضرب فى المنتقل اليه او فيما انتقل عنه فان استصحاب عدم طرو الفسخ والحكم ببقوط الخيار فيه متعين كما لا يخفى فتدبر قوله فى الشرح فيما ذكره العلامة الطباطبائى الخ اقول ما ذكره الامام الطباطبائى فى غاية المتانة اذ غاية ما يقال فى وجه عدم ظهور الدلالة ان الاذن انما يفهم منها ما قد فهم بالبيع من التسلط على المبيع فلا يرفع به خيار الاذن وبعد فرض ورود الاذن بعد البيع قرينة عرفا على ارادة الاعراض عما له من الخيار نظرا الى ان الشيخ سابقا من ان قول القائل اخترت موجب لسقوط خياره فليست الاذن هنا موكدة لما افهمه العقد وح فاذن البائع للمشترى بالتصرف فى المبيع اصالة امضاء منه للبيع ووكالة عنه كان يقول اذنت لك ان تبيعه عن فسخ له ووكالة اذنه له بالتصرف فى الثمن اصالة لفسخ ووكالة عنه امضاء نعم لو سلمنا اجمال دلالة الاذن واحتمالها المعنى التأكيدى والتاسيسى الذى اشرنا اليه استصحب الخيار ولو دار الاحتمال بين الاصالة والوكالة سقط الخيار لعين ما ذكرناه فى الحاشية السابقة فتدبر قوله فى الشرح وما فى القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالتوكيل

أما أولا احتمال سقوط الخيار بالموت بناء على وجوه ثلثة الأول ان يقال ان المفهوم من قوله ع البيعان بالخيار ما لم يفترقا ان موضوع الخيار ومستحقه البيع الحي الجامع لصاحبه حيا لا مطلق فالموضوع امر مركب من المركب ينتفي بانتفاء احد اجزائه والارث انما يثبت لما يملكه الحي من حيث هو حي محضا والخيار هنا لم يثبت للبيعين الحيين من حيث هما حيان محضا حتى يورث عنهما بخلاف خيار الحيوان مثلا فان المشتري لو كان حيا كان له الخيار فاذا مات قام وارثه مقامه في خيار المجلس انما هو للحي حال كونه مجامعا لصاحبه حيا لا مطلقا ودليل على قيام مجامعه بدن الميت مجردا عن الروح عن مجامعة ذلك البدن حال الحيوة للبيع الاخر ولا على قيام مجامعة بدن الوارث حيا من مجامعة بدن المورث حيا للبيع الاخر لا دليل على قيام احوال الوارث مقام احوال المورث ولا على عدم اعتبار المصاحبة في حق الوارث خاصة ولعل هذا الاخير من اولويات معارضة القائل باعتبار ان الموت يوجب ارتفاع الموضوع رأسا بخلاف الافتراق فانه انما يوجب انتفائه باعتبار انتفاء وصفه لكن قد يشكل هذا الوجه بان اللازم على ذلك انكار مورثية سائر الخيارات المفيدة كخيار الرد والاستمرار وخيار التاخير ونحوها لو مات ذو الخيار بخلاف التقريب السابق الا ان الانصاف امكان الفرق بين المقامين في ان القيد في المقيس حال وشرط من حيث هو هو في موضوعية الموضوع للخيار والمستحق له الذي هو المورث فاذا حصل الشرط بعد الموت قام مورثه مقامه في كونه مستحقا والمفهوم من النص والمقيس عليه قيد بنفسه خصوصا مجامعة البيع بنفسه موضوعية الخيار كالمجامعة والمصاحبة من حيث هي حتى بقال انها اذا حصلت من الوارث صار مستحقا للخيار كمورثه اذ ذلك هنا قياس لا نقول به بل القيد هنا بالجزء في الموضوع اشبه هناك بالقيد اشبه فتامل الثاني ان المفارقة بالموت اولى باسقاط الخيار من المفارقة فحينئذ الثالث ان قوله ع ما لم يتفرقا من حيث هو لو ورثه بل وقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض انما يشمل بظاهره ما تحقق تاخره عن الموت ومتروكيته للميت لا مطلق ما مات عنه الميت ولذا لو مات العبد واستبد باحد الافتراقين لم يحكم بارث الوارث له ووجوب التجهيز عليه فاذا شك في تاخره فدعوى انتقاله بالارث خلاف الاصل ولو استصحب قلنا نحن نشك في قابلية هذا الخيار للاستمرار بل نحتمل ان يكون الموت قاطعا له كالافتراق والاستصحاب لا يجري مع الشك في قدح العارض عندنا **قوله** في الشرح وانه يقدم الفاسخ منهم على الملزم اه لا يخفى ان ذوي الخيار الذي يقدم الفاسخ منهم على الملزم يملك كل منهم الخيار اصالة واستقلالا فالملزم انما اسقط بالزام نفسه فبقي خيار صاحبه لانه لا مسقط له فاذا فسخ اثر فسخه وان تاخر عن الزام صاحبه اذ لا تعارض بينهما اذ الملزم بعد الالزام الذي هو عبارة عن مجرد اسقاط الخيار من طرفه بمنزلة لا خيار له في الاصل نعم قولنا بقدم الفاسخ في الحقيقة توسع في العبارة فهو كقولنا بقدم الدليل على الاصل وانما في الحقيقة كل وارث بعد جعله مستحقا للخيار شرعا انما ملكه من حيث الشارع جعله بمنزلة ذلك الميت فهو خيار تنزيلي لا ابتدائي وكل زمان اسقاط كل وارث للخيار بمنزلة اسقاط ذلك الميت عمن عليه الحق وكذا الفسخ ح

فلازم ذلك تقديم المتقدم من فسخ او ملزم لا تقديم الفاسخ مطلقا كالاولياء في العقد مثلا وفيهما احتمال اخر وهو ان يكون كل من الفسخ والالزام من احدهم يقف على فسخ الباقين او الزامهم نظرا الى ان الحق الموروث واحد وان مجموع الورثة بمنزلة الميت لاكل واحد وهذا وان كان اقرب الى الاصل الا انه يدفعه ان المجموع امر اعتباري ليس شيئا زائدا على كل واحد مستقلا بنفسه قابلا للملك وعدمه فتدبر **قوله** في الشرح للظهور ارادة المباشرة من الاستيلاء اه اقول انما لم يورث الاستيلاء لارتفاع الخيار بموت المستام بالفتح لانه انما شرط مقيدا وشرطا بشيء معين والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه وح فما ذكره من ظهور ارادة المباشرة ممنوع بل وكذا قوله ولانه لا حق له فانه لا دخل له وان كان حقا وانما قوله بل لا يبعد ذلك اه فبعيد جدا بل لا يعقل فان ملكية الحي بل مطلق الملكية انما يعقل قابليتها لاختصاص المورد والمستحق لا المباشرة وعدمها ولا ربط لاختصاص المورد والمستحق في جميع انواع الخيارات بل الاملاك مطلقا بالموروث وانما ينتقل الى الوارث فيخير شرعا لا بالدخيل الاول وح لا يرد ما ذكره من رجوع اشتراطها المباشرة لو فرض اشتراطها الى اشتراط عدم الارث فيكون باطلا قطعا وح فهل يرجع اشتراط الخيار المشروط بذلك بموروث ولا فلا يصح اصلا بل يبطل العقد ايضا ويمكن ان يقال ان رجوع الاشتراط المذكور الى اشتراط اسقاط الخيار بالموت فعلى فرض صحته لا يورث ولكن يشكل بانه اشتراط لما يوجب الجهالة في الخيار والغرر فهو كاشتراط سقوط الخيار بعطر السماء مثلا فيكون باطلا ايضا وفيه نا قل لعدم رجوع الجهالة الى الجهالة التي في العوضين **قوله** في الشرح اقول ثلثة اه بل الاقتضاء والاظهار لم يثبت في المسئلة عن الشيخ ولا عن غيره خلاف ما هو المشهور **قوله** في الشرح وموثق سماعة اه في دلالته وابى اسحق ومعونته على المطلوب نظر ظاهر لان الخيار المذكور فيها مشروط بالرد قبل الاختيار وان كان الرد فان اختار على تقدير الرد فحينئذ مسبوق بالزوم والمسبوق خارج عن محل النزاع نعم موثق عنبات واضح الدلالة لكن يتوجه بانه لا بد من الوجوب ثم مجرد ثبوت الملكية وان كانت على المتزلزل وعلى هذا فلا يكون ذيله موافقا للصدر وكان الشيخ على حمله على ارادة اللزوم فيكون ذيله على الصدر ويكون وجه الدلالة ان اللزوم يفهم منه الملكية لا محالة فيسقط الاطلاق ويحمل على المعهود وهو كما ترى وانما يتم لو كان الضمير في قوله ان ابتاعها للبيع فانه يدل على المطلوب وجها اصلا لانها صورة لا امر اخر كما هو ظاهر بادي النظر **قوله** في الشرح الا انها لا تصلح لمعارضة ما تقدم اه اقول الوجه في الجواب ان يقال ان التعارض بين ما مر وبين هذه لو سلم انما هو من باب تعارض النص والظاهر والظاهر لا يناسب ان يكون اهل العرف بحكمون بان النص قرينة على صرف الظاهر وكذا الاظهر وان كانا متفاوتين فمن يقبل ان يقال ان الغسل يوم الجمعة ولا بأس بترك الغسل يوم الجمعة اذ قد يرد لا ينكر الصحيحان المبيح بعدم بصر للمشتري والظاهر ان اللام تستعمل في الملكية المستقرة وغيرها بل وفي الاختصاص كاللجام للفرس فالمراد منها في الفقيه انه لم يصر له على جهة استقرار الملكية لامطلق تزلزله ولذا صفق الوصي اه وغيره مما هو نص في اصل الملكية على ان لنا ان نقول ان صحيح ابن سنان بل وخبر عبد الرحمن ظاهر في مثله

المتن والظهر وهما في ان البايع حينئذ ضامن للمشتري وضمان شخص شيئا لاخر دليل على ان ذلك الشيء ملكا للضمون له وادخل من هذا كلية بمر عفتر ابن خالد السابق في خيار الشرط اذ لو لم يكن احد ذلك لما اخر ذلك فالمتباع ضامن لحصته حتى يرد اليه ماله فتدبر قوله في الشرح فالمسئلة محل اشكال اقول المسئلة لا اشكال فيها بما علمت ومر انا في الحاشية السابقة واصدق الاسم لعبد ولا نافل عنه ولخبر بن خالد فانظر قال فاذا اخرجه من بيته فالمتباع ضامن للخمر حتى يرد اليه ماله وقوله في الشرح وره انه انما يدل بعد القبض يعني به بعد قبض المبيع بدليل ان ذلك كان في الحكم اولا قائل بالفصل هذا مع الامران الشرط لا مفهوم له وهو غير عزيز او يقال انه مبني على وجوب تسليم المبيع اولا كما هو احد القولين بل يكون هذا النص دليلا عليه وح فالمفهوم غير ساقط وكيف كان فالاحتجاج به متين جدا هذا وبما ذكرنا في الحاشية السابقة يعلم حال جملة مما ذكره الشارح هنا فتدبر قوله في المتن وان كان التلف من المشتري فهو من مال البايع اه اقول معنى كون التلف من مال البايع في هذه الصورة كون المشتري على خياره بل معنى قوله الفقها ان التالف من مال من لا خيار له مطلقا ان ذي الخيار يأتي على خياره مطلقا وهذا بعينه هو معنى قولهم ان ضمان التلف على البايع حتى يقضي الشرط ويصير للمشتري شرط اولم يشرط اذ يكفي في كون الضمان على البايع ان كون التالف عليه والغرامة من ماله منوطا بنظر المشتري واختياره الفسخ واخذ الثمن عينا او بدلا لو تلف ايضا فانه لو اختار الامضاء واسقط الخيار وكان ذلك منه يقضي لا وهنا لخروجه انه هو الذي جعل التلف على نفسه اذ لم يأخذه منه شيئا ولم يغرمه شيئا بعد ان امكنه ذلك فهو منه عفو كعفو المالك عن الغاصب والقابض بالسوم حيث لا يغرمه ما فانه لا يأتي في ضمانهما ولا ينبغي ان يكون البايع هنا اسوء حالا في معنى الضمان منهما ولو لم يكن الامر كذلك انه لو اختار الامضاء لزم البايع ح بدل العين فالخيار ح ايضا باق للمشتري لكن الزامه بدل لزم بما يخالف الاصل ولا يقتضيه اطلاق الضمان ايضا فافهم والله العالم فظهر من ذلك ان ما ذكره الشهيد وهو الذي اختاره الشارح ضعيف واما ما ذكره عن بعض الاعلام فلا اضافة ان الصحيح السابق واضح الدلالة بعد التأمل على عموم الحكم بجميع الخيارات وانه ثابت في صورة تلف المبيع والثمن اما الاول فلان قوله حتى يقضي الشرط ويصير للمشتري ظاهر في لحاظ حيثية لزوم الملك وان العلة في ضمان البايع عدم تحقق اللزوم في جانب المشتري فيجري ذلك في جميع اسباب الخيار فان خصوص المورد لا يخصص العلة واما الثاني فلوجهين الاول ان لحاظ حيثية لزوم الملك من حيث هو الذي هو مناط قوة التعليل بانه انما كان الضمان ح على البايع للمشتري في مورد السؤال لان صاحبه الذي هو المشتري هنا لم يستقر ملكه لانه يملك فسخ العقد بهم منه ان كل ما من شأنه ان يملك فسخ العقد ضمانه لم يملك شخص سواء كان بايعا كما في مورد السؤال او مشتريا فلو كان الخيار للبايع خاصة كان المشتري ضامنا للثمن الذي قبضه البايع لو تلف لانه الذي لا يملك الفسخ الثاني ان قوله ع الرجل يشتري الدابة يشمل ما لو كان الموجب صاحب الدابة بان يقول بعتكها بهذا الكتاب مثلا او صاحب الثمن بان يقول بعتك هذا الكتاب بهذا الفرس ولم يستفصل الامام ع في الجواب فتم وعلى هذا فلا فرق بين ان يكون للاجنبي خيار عرضي

المشتري

المشتري لا ضرورة ان ملاحظة الحيثية المذكورة توجب ثباتها حيث وجدت واما ما ذكره الشيخ من انه لو كان الاطلاق شاملا لما لو كان للاجنبي خيار من طرف المشتري فليكن شاملا لما لو كان للبايع خيار ايضا فيكون التلف حينئذ على البايع مع امر على المشتري اجماعا فهو كما ترى ضرورة ان كون الخيار للبايع والمشتري يمنع من كون البايع ضامنا للمشتري اذ هو كالمشتري يملك فسخ العقد بايقاع فلا تتم الحيثية المقررة فتدبر واما لو كان الخيار للاجنبي خاصة من طرف البايع او المشتري او منظر فيما فان جعلنا الخيار الذي للاجنبي اصليا كفسخ خيار المتعاقدين فتلف المبيع حينئذ من مال المشتري في الصور الثلاثة وتلف الثمن من البايع فيها اذ لا خيار لاحدهما ليكون من لا خيار له ضامنا من له الخيار وان جعلناه بنحو آخر بمعنى ان ذا الخيار في الحقيقة هو المحكم دون الاجنبي المحكم بالفسخ غايته الامر ان له النظارة في الفسخ والامضاء فهو وكيل ذو نظر لا وكيل صرف وكالناظر صرف كالمساجر وهذا هو الاقرب في معنى التحكيم كما قررناه سابقا وح فان اختص احدهما بالتحكيم كان التلف من مال صاحبه لانه لا يملك الفسخ فلو كان للاجنبي خاصة من طرف المشتري كان المشتري ذا خيار في الجملة فالتلف من مال البايع هذا ولا ريب ان تصرف من لا خيار له لا يسقط الخيار وكذا تصرف الاجنبي وان كان له خيار ولا فرق في التصرف بين ان يكون اتلافا او غيره ولا بين ان يكون في المنتقل اليه المتصرف او المنتقل عنه لكن يشترط ان لا يستند التصرف في ذلك الى اذن ذي الخيار او تغريره فلو اتلف البايع المبيع والخيار للمشتري فان الزم البيع غرم المثل او القيمة وان فسخ اخذ الثمن او بدله ان كان كليا فان كان شخصيا اخذه ان كان موجودا والا فمثله او قيمته فلو غصبه البايع وتلف في يده انفسخ بخيار المشتري مع الامضاء في الرجوع بين من استقر التلف في يده او غيره فان رجع على غيره سواء كان البايع او غيره رجع ذلك الغير على من استقر التلف في يده مطلقا لوحدا كما قررنا في باب الغصب وح فلا يستقر الضمان على البايع هنا لو تلف في يد غيره واما ما ذكره الشيخ هنا فلا يعرف له وجها ولو فسخ المشتري اخذ الثمن او بدله ورجع البايع بالبدل لو اتلف المبيع غيره ولا يشكل بان المبيع تلف وهو من مال المشتري لانتقاله بالعقد على المشهور فكيف يغرم المتلف لغيره مع الكرحال التلف لانا نقول اثر باخباره الفسخ واخذ الثمن او بدله حين التلف الذي له على المتلف الى البايع فتدبر جيدا

قوله في الشرح ولم اجد له لا يخفى انه انما يعرف مذهب الاصحاب في المسائل الخاصة من قواعدهم العامة وقد عرفت ان ما ذكره الشهيد هنا وفاق مطابق لقواعدهم جار على اصولهم فلا ينبغي التامل فيه ولا الجرئة على فتح الفتح ويشهد له كلام العلامة والمحقق الثاني هنا كما لا يخفى على المتامل بل مقتضى كلام المحقق الثاني هنا ان مراده من الانفساخ هنا لك وانه كالتلف تماما في خصوص صورة ما اذا شاء ذو الخيار الفسخ لا مطلقا جمعا بين كلاميه فتدبر جيدا

قوله في الشرح ولا ريب في انسياق الاتصال اه لا يخفى ان البحث في المقام ليس في قصد المشترط حتى يحتج عليه بانه لا ريب في انسياق الاتصال منها كما في غير المقام فان الانسياق المزبور في غاية الوضوح والظهور لا يخفى على امثالنا فكيف يخفى على اولئك الفحاربر الاعاظم وقد حققنا القول في هذه المسئلة في خيار الحيوان واشرنا الى ان السند في المسئلة واحد

وان التراع فيهما لفظي فراجع **قوله** في المتن فان كان المبيع على ما ذكر فالبيع لازم والا فله الخيار الخ اقتضى من وجهين الاول انه لو تخلف صدق الحقيقة النوعية او الوصف الذي يجب ذكره وضما للجهالة الزوال الغرر صح العقد وثبت الخيار وهذا واضح البطلان لان فرض الكذب فيما فرض وجوب ذكره يقتضي عدم مطابقة الايجاب والقبول فيما قصدا ولا وبالذات وعلى جهة العنوانية لا على جهة الداعي والغرض فلا زم ذلك بطلان العقد مع الكذب لا التخلف وثبوت الخيار ولعله الى هذا ينظر كلام الشيخين وسلار فيما حكاه الشيخ فيكون التراع الاتي معهم لفظيا وكيف كان فالظاهر ان مراد المصنف من قوله والا اي ان لم يصدق في كل ما وصف بعد ان كان المبيع على ما ذكر من حيث النوع والوصف الذي ترتفع به الجهالة والغرر لكنه لم يكن على ما ذكر في باقي الاوصاف الاخر صح البيع حينئذ وثبت الخيار ومن هنا يتوى احتمال ان يكون مراد الكركي من انه ان شرط في العقد ان الاخبار بخلف الوصف بطل الشرط والعقد يعني ان شرط الامضاء والاعراض عن جميع ما ذكر مما يجب ذكره ومما لا يجب في ذلك يرجع الى تضييع عنوان مجهول وهو غرر واضح وحينئذ فيكون التراع معه لفظيا ايضا لكنه بعيد الثاني ان قوله فان كان المبيع الخ انما يشعر باختصاص خيار الرؤية بمختلف اوصاف المبيع دون الثمن لو كان موصوفا والوجه التعميم لاتحاد المناط وهو لزوم الضرر لو وجب الوفاء بالعقد بل الدليل الخاص ايضا يشمله بتقريب ما تقدم في خيار الحيوان من ان البيع هو نقل الملك والمبيع هو العين المملوكة سواء كانت متعلق ايجاب او قبول والثمن هو العين المملوكة كذلك فكل منهما مبيع من وجه ثمن اخر **قوله** في الشرح بما في المختصر وانتهاؤه من البطلان وجب القول بالبطلان امران الاول الغرر بدعوى ان الوصف الكاذب في حكم العدم فكانه غير موصوف ولا مرئي وجوابه ان الصدق في الاوصاف النوعية تكفي في ارتفاع الغرر عرفا اذ الكلام في كذب في وصف لا يجب ذكره لو كانت موجودة على انه قد يقال ان الكذب يؤثر في ارتفاع اسم الغرر وانكشافه مؤثر في ثبوت الخيار الثاني ان العقود مبنية على الضمان والموصوف بالوصف الكاذب لم يضمن فيبطل العقد وجوابه ان العقود مبنية على الضمان العنواني وهو الذي تعلقت به الاشارة والاوصاف الصادقة التي يكفي ذكرها في صحة البيع عن ذكر غيرها ويرتفع بها الغرر لا على الامور الاخر وان ترصد فيها في زيادة الثمن وعدمه في تقسيطها والا لاقتضى ذلك بطلان بيع العبد المرئي مثلا على من اعتقده كاتبا شاعرا مثلا وان لم يوصف له بذلك وذلك لان الدواعي المختصة لا اثر لها عندهم في شئ من ابواب العقود ومن هنا قالوا الاشارة مقدمة على الاسم والوصف وان نوقش في بعض الصور لخصوصية في المقام **قوله** في الشرح واضعف منه ما عن ابن ادريس عن مخبر المشتري اه ليس منشأ قول ابن ادريس القياس على المعيب بل الحمل عليه حتى يجاب بعدم الدليل عليه وانما منشأه دعوى ان التخيير بين الرد والاخذ بالارش في المعيب لان لزوم العقد ضرري منفي والنص الخاص ايضا دال على الخيار ولزوم الارش انما هو لان وصف الصحة له قسط من الثمن فلا ينتقل ما قابله وهو الارش مع انتفائه والنص الوارد بذلك في المعيب مبني على هذا المعنى لا على التعبد بهذا المعنى غير مذكور في كلامهم بل ما ثور ويؤيده قولهم الشرط لا قسط من الثمن والاجل

لم يسقط من الثمن شيء فاي فرق بين وصف التعجيل وسائر الاوصاف بالنسبة الى نفس المقصد فان تم هذا التقريب كان كلامه في غاية المتانة والا فلا والتفصيل في محله **قوله** في الشرح لو اخل بعين اول وقته كان حسنا اه كيف يكون حسنا مع النص والاجماع من غير واحد على ان من باع ولم يشترط التاجيل ولم يكن مقبوضا لبيع لا دم ثلاثة ايام ثم له الخيار بعد الثلاثة نعم لو اشترط التعجيل امكن دعوى الخيار مع الاخلال بدناء على انه اشتراط في العقد عرفا بحيث الى اشتراط عند الاخلال به ليحصل معنى الشرط اذ اشتراط ما يقتضيه اطلاق العقد وما هو من احكام اطلاق العقد ناكيدا في حكم التاكيد فلا يكون شرطا اذ يكون كاشتراط الملك نعم لو جعل التعجيل شرطا في الملك كان شرطا حقيقة لكن يكون العقد حينئذ باطلا لكونه معلقا غير مخبر لكن لا ينبغي الحمل عليه لكونه خلاف الظاهر عرفا من نحو العبارة بل لعله مما لا اصل له الصحة في العقود ومن هنا يظهر وجه صحة البيع والشرط فيما لو قال بعتك على ان تنقد الثمن بعد شهر والا فلا بيع بيننا كما اشار اليه في القواعد فان العبارة المزبورة ظاهرة عرفا في اشتراط الخيار وان المراد لا بيع بيننا ان شئت الفسخ لا تعليق الملك على النقد في الاجل حتى يبطل البيع والشرط كما استظهره الشارح نعم لو قصد التعليق فلا يبعد البطلان **قوله** في الشرح نعم قد يقال في محل البحث اه اول الكيف بتسلط وارث المشتري على الخيار او على الوضيعة مع ان شيئا منهما لم يكن لمورثه اصلا ولم يكن احد المتعاقدين انما ملك التركة بسبب الارث ملكا قهريا بناء على انه انما يملك ما زاد على الدين خاصة واما دعوى انتفاء الفائدة بدون ذلك فيدفعها ان العقد يخرج ملك العوضين فعلا وانما التاجيل اشتراط امهال في الثمن ما دام حيا الا توفيت تملك وانت انما تملك بعد الاجل يدل على ذلك صحة وفاء قبل الاجل وابراءه والا لم يكن وفاء ولا ابراء بل يكون كاسقاط ما لم يجب بل يدل عليه ايضا تخير ميت من عليه الدين المؤجل اذ لو لم يملكه من هو له قبل الاجل لم ياخذه وفاء قبل حلول الاجل والاغراض الخاصة للعقلاء لا تنضبط فتدبر **قوله** في الشرح ولو باع بثمن حال اه فقد المسئلة ان قول القائل بعتك كذا بدرهم نقدا وبدرهمين الى شهر يحتمل وجوها ثلاثة الاول ان يكون ايجابين مستقلين ويكون قوله فخذ بايهما شئت تخييرا في قبول ايهما شاء على نهج وح فان قال قبلت نقدا بدرهم فلا كلام في صحته ولا اشكال اذ لا جهالة فيه ولا اجمال على هذا الوجه وكذا لو قال قبلته الى شهر بدرهمين اما لو قال قبلته نقدا او قال قبلته بدرهم الى شهر بدرهمين او الى شهر فظاهر العبارة عرفا المطابقة وان اراد قبلته نقدا بدرهم في الاول وقبلته الى شهر بدرهمين في الثاني اما لو قال قبلته مجردا عن ذكر النقد فيرد الاجلية والدرهمين فهل ظاهر اطلاقه وعزوبه عما ذكر عرفا ارادة المطابقة للايجاب الاول فيكون اعراضا عن الثاني بقرينة عدم القرينة في قبوله على ارادته او التاجيل اذ كما ان اطلاق كلا جزء العقد ظاهر عرفا في التنجز والتعجيل وعدم ارادة التاجيل فكذا اطلاق القبول فيكون وح مطابقا للايجاب الاول ولا ينافيه ذكر النقد فيه لان اشتراط التعجيل تاكيد كما مر بل لعل ذكر النقد هنا ليس شرطا على الحقيقة وانما هو عنوان وبيان لعدم التعجيل فيكون في حكم الاطلاق

فتدبر

فيطابقه القبول وهو مجمل يحتمل بتفسيره الايجاب الثاني كما يحتمل تعلقه بالاول وجهان اوكلاهما الاول لابقاء القبول مبنيا على الايجاب وكلاهما قابل له بل لعل الثاني اقرب لقربه فانا نقول ليست العبارة من قسم المجمل في المقام لانه يقتضي سبقا بعدها اشرنا اليه والاقرب لو سلمت قربيتها فانما تسلم في كلام المتكلم الواحد لا مطلقا فان عمل الرواية على هذا الوجه لم يكن فيها مناف للقواعد بوجه وهذا هو الذي فهمه الرواة وتلقاه العلماء بالقبول والمحققون الاردبيلي وهو الوجه الوجيه الثاني ان يكون ايجابا واحدا متعلقا بالدراهم والدنانير على التخيير بحيث يكون في حكم قوله بعتك بدينار او بدينارين وكان هذا هو الذي فهمه القائلون بالبطلان وادين الرواية بمنافاتها للقواعد المجمع عليها من بطلان ما اشتمل على الغرر والجهالة في البيع مع انا نمنعها باحد فردي ما يتعلق به المزيد بيعا وهو الاقل والقصد لم يتعلق به معينا ولا بنائه لعموم اوفوا بالعقود مضافا الى عموم اجاز لها وعدم وضوح مؤداها فلا يخرج بها عن القواعد سيما على طريقة ابن ادريس الثالث ان يكون ايجابا واحدا بدراهم مشروطا بلزوم درهم ثاني بالتاخير الى الاجل المذكور وهذا هو الذي فهمه الشيخ ره هنا وحمل عليه الرواية حيث استوجه صحة العقد وان فسد الشرط وحكم بعدم منافاتها للقواعد بناء على ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد مطلقا والا فضلا مما عرفت ثم اعلم انه يجب ان يكون المراد من قولنا بكون المبيع اقل الثمنين في بعد الاجلين انه ليس له الا ذلك ولم يؤد الا في بعد الاجلين لا ان له التاخير الى الابعد مطلقا ولا انه ليس للبائع المطالبة قبل الاجل ووجهه ان العدة في المسئلة صحيحة محمد بن قيس ولا دلالة فيها على الاكثر من ذلك لانه قال فليس له الا اقلهما وان كانت نظرة اذ المعنى والله اعلم وان امهله بعد ذلك الى الاجل الثاني وان اشتملت عبارته على ايجاب الخيار بالاكثر الى اجل واما حكم الشهيدة بلزوم التاجيل على البائع دون المشتري مع لزوم الاقل فكانه اعتمد في ذلك على ظاهر خبر السكوني وليس بمعتمد فينبغي تاويله بما اشرنا اليه والله العالم **قوله** في الشرح وجوه الحسبان اه الموجود في روايتنا فاشتراه المتاع مرابحة ثم ابعده لا اعرفه كما هنا **قوله** في الشرح وهو كذلك اه اقول هذا كله مبني على كون الواجب الشامل في معنى المضمون الواردة في البائع فان كانت على خلاف القواعد لم يجز طرحها بعد فرض قبولها الى الاصحاب الذي فهمه الشيخ منها وقوله ان اشتراط البائع على المشتري الابتياع مطلقا موجب لبطلان العقد لدخول الجهالة في المتن صيرورة المساومات والاضافة ان اشتراط الابتياع على المشتري في نفسه كاشتراط الغزل ونحوه وكاشتراط صياغة الخاتم مثلا وغيره في انه يوجب تخيير المتعاقدين في اشتراط الخيار وان لم يكن صريحا في ذلك عند عدم الوفاء بشرط ليس الشرط جزء من احد العوضين ليقع التقاص بموانزة بين المتعاقدين بالنسبة ولا موقوفا عليه تملك العوضين ليكون العقد باطلا لتسبب المتعلق على حصوله وليس العقد من الاسباب الشرعية في الالزام بالشرط على جهة الابتداء والاستقلال لا من حيث معنى الاشتراط العقدي الذي هو دائر بين المعنيين الاولين كالنذر وافتاء الحج مثلا وحيث انه قد دل النص واجماع الاصحاب على صحة اشتراط الخيار مطلقا ومشروطا باي شرط فرض

كما ترى بابرقا تم لم يتنبهوا عند صورة المسئلة ولا غيرها نعم اعتبر فيه ضبط الاجل لئلا يحصل به العقد الغرر والجهالة فالازم حمل النص والفتوى على غيرها حرره الشيخ زه وغيره من المتاخرين من جعل الشرط شرطا في اللزوم لكون البطلان من هذه الجهة واضح البطلان فضلا وحلا بل اجماعا كما عرفت ولذا قبل ان المعروف بين المتاخرين الحكم بالفسخ او الرد وانه لا اجماع فيها محقق ولا منقول على الجزم بل قد سمعت ان المسئلة انما حررت في كلام الشيخ في ط والمصنف ومن تاخر فالمتجه ان محل ما ذكر على احد وجوه الاول ان يشترط الابتياع في نفس الملك وتقبله لا في نزوله وفي حصول الخيار مع اسقاط الشرط فيطالح بسبب التعليق ويؤيده التعليل بلزوم الدور كما هو ظاهر الثاني ان بطلان اشتراط الابتياع عن المشتري من غيرها جبل فيلزم جهالة الزمان اسقطها او الخيار ويلزم الغرر فيبطل كما مر في بابه وعلى هذا فلا ينقض باشتراط العتق والبيع على الغير للزوم رفع الغرر فيهما ايضا كغيرهما الثالث ان بعيد زمان الابتياع لكن على ان لا يقصد بالبيع الدوام بل يكون في معنى بعتك الى شهر مثلا فيبطل لعدم القصد الى معنى الصيغة وعلى هذه الوجوه لا يفرق في البطلان بين اشتراط البيع بزيادة او بنقيصة او بالمساوي وهو الاظهر ان يقال ان المنهي في النصوص ناظر الى ما يغلب بعنا وبين اهل الاسترباح كما هو المتعارف في زماننا وغيره من بيع المحتاج السلعة بعشر فيمنها بل بعشر العشر من باخذها مشترطا في قبوله ان يبيعها على صاحبها في الاجل المعين بزيادة على الثمن الاول بحيث لو لم يبع منه احتمل اللزوم فيرجع بزيادة القيمة ولو ابتاعها منه يرجع بزيادة الثمن وقد يبيع السلعة على المحتاج بقيمتها السوقية الى اجل مشترطا عليه ان يبيعها عليه بنصف القيمة مثلا ليحصل له بذلك استرباح نصف القيمة فيكون المشترط هو المشتري في الصورة الاولى والبائع في الصورة الثانية ويكون الغرض من هذا الشرط انما هو مجادلة الاسترباح لا محض نزول الملك واستخفاف الخيار مجردا عن ذلك وعلى هذا التحرير يخرج عن المسئلة ما لو شرط البائع الابتياع منه بالمساوي او شرط المشتري في قبوله ان يبيعه على البائع بالمساوي لعدم نضوء الاسترباح حينئذ ولعله لذلك لم يذكره المصنف بل الظاهر ان اطلاق قوله ع في صحيحة علي بن جعفر اذا لم يشترط ورضيا فلا باس بل وغيرها ناظر الى اشتراط عادي محرر وهو اشتراط الابتياع منه لغرض الاسترباح لا اشتراطه من حيث هو مطلقا بحيث يشمل صورة الابتياع بالمساوي الذي لا استرباح فيه وعلى هذا فلا يرد النقض باشتراط العتق والبيع على الغير بوجه كما لا يخفى ومما يؤيد ما فهمناه ويشهد له ما رواه الشيخ زه باسناده عن يونس الشيباني قال قلت لابي عبد الله ع الرجل يبيع البيع ويشارط البائع يعلم انه لا انسوى الا انه يعلم انه سيرجع به فيشتريه منه قال فقال يا يونس ان رسول الله قال لجابر بن عبد الله كيف ان اذا ظهر المجورد او رهم الذل قال فقال جابر لا بعثك الى ذلك الزمان ومتى يكون ذلك يا ابا انت وامي قال قال اذا ظهر الربا يا يونس وهذا الربا فان لم تشتره ذهب عليك قال قلت نعم قال فلا تقربه وح فيكون التنصيص في بيان ما تشبه الربا ويبقى ما ادعيت عليه الشهرة عاريا عن الدليل **قوله** في الشرح ولكن قد يخدل الوجوب آه اقول هذا متين سواء قلنا ان التاجيل حق للمشتري كالخيار المشترط او

عنوانا في العقد ليس بخيار احدهما بل سواء قلنا الخيار يقبل السقوط بالاسقاط كالجبار ام لا كالرجعة كما هو الاصل اما على الاول من هذين التعليلين فظاهر واما على الثاني منهما فلان الغرض ان العقد لم يملك البائع الثمن تملكا معلقا بحلول الاجل بل ملكه اياه تملكا فعليا والا لكان باطلا ولم يكن نادبه قبل الاجل ولا الا منح وفاء ولا ابراء وهو خلاف الاجماع وح فنقول فلازم فعلية التملك ان يكون المشتري مخاطبا بالوفاء و النادب بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ونحوه وغاية الامر ان يكون مخيرا بين الاقرار والمطابقة للكلي قبل الاجل وبعده وان يكون مخيرا في دفعه في اي زمن شاء قبل الاجل ومضيقا عليه عند الاجل ان لم يدفع البر قبله ولازم اطلاق الخطاب بان يكون الخيار في تعيين الفرد المطابق مطلقا وفي تعيين زمان الوفاء قبل حلول الاجل الى المخاطب بالوفاء يراعي المشتري ومقتضى ذلك انه لا دخل لتحكم البائع في شئ من ذلك لا قدامه على هذا المعنى وكونه مامورا بالوفاء بما اقدم عليه والمضي على اقدام وايضا لازم ما حققنا في محل وافقوا عليه من ان الامر يقتضي الاجزاء بزائد ذمة المشتري دفع الفرد المطابق وان امتنع البائع قبل الاجل وبعده بل دخوله في ملك البائع لحصول تمام الوفاء من المشتري واقدام البائع على ذلك فتم السبب المقتضي للتملك الذي هو جواز التصرف من جميع الوجوه كما في بيع الاعيان الشخصية ودعوى ان تملك الفرد المطابق موقوف على دفع من عليه الحق وقبول من له الحق انما يمكن تسليمها فيما لو يكن هنا عقد اقدم فيه احدهما على قبول ما يختاره الاخر والرضا به كما هنا كما لو نذر زيد مثلا ان يهب عمرا دينارا ويقبضه اياه فان الناذر لا يدخل في ملك عمرو ما لم يقبله وان برئت ذمة زيد من نذره للاصل في الاول ولقاعدة الاجزاء في الثاني بخلاف المقام فان الاصل منقطع بالدليل فان قلت الناذر ايضا مامور بالوفاء كالمتعاقدين وقد قلت ان المنذور له لا يملك المنذور ما لم يقبله مع حصول تمام الوفاء من الناذر قلت فرق بين الامرين فان الناذر مامور بالوفاء لله بنذره وقد فعل فاجزء ولا يلزم من ذلك تملك المنذور سواء كان كليا او شخصيا والمتعاقدان مامور ان بوفاء كل منهما لصاحبه فيما تعاقدا عليه وتراضيا والمضي على ما وقع منهما في ذلك ولازم ذلك تسلط كل منهما على ما تسلط الاخر عليه شرعا شخصيا كان ام كليا اذا دفع الفرد المطابق وهو معنى الملك ولذا قالوا ان المبيع والثمن يملكان بمجرد العقد غاية الامر ان بيع الكلي مقتضي لتملك الفرد بالدفع بناء على ان الكلي لا يتشخص لا يقبل تعلق الاحكام التكليفية ولا الوضعية كما حققه المحققون وهو الحق واما بناء على قابليته فيملك الكلي لا يتشخص ويلزمه تسليم الفرد لان تسليم التسليم تسليم لما من باب المقدمة كما قد ظن او من حيث صدق الكلي على الفرد حقيقة وهو الحق وح فيجب على البائع اخذ الفرد المطابق المدفوع اليه قبل الاجل كما يجب بعده وكما يجب لو كان الثمن شخصيا وامتنع من قبضه ومعنى ذلك في الكلي يجبر على المالك بقبض ماله ونعرضه للتلف لا انه يجبر عليه لاعراض عن ماله مع رجاء الانتفاع به وح فترتب على ذلك كله عدم جواز ابدال المشتري به عليه ثانيا الا باذن الحاكم للاصل ولو قبضه فله

اذنه

او ترضى الا ان يقبضه بينة الدفع الى الحاكم لانه امين الامانات الشرعية اذا الفرض ان المال ليس باقل ثمنا
او الدين حال او المدة بحيث يكون اقرب من الوصول الى الحاكم لانه احتمال محض ودعوى ان هذه الاحكام انما تثبت
في المحق المتحفي دون الفار المطابق للكل تم يمكن القول بالرجوع الى الحاكم فيه مع الحاول فيه فعرا به يقبل
القبض عن الممتنع فيملك الممتنع الفرد المدفوع بقبض وليته عنه لانه بدله لاستصحاب عدم انتقال الربح بل واستصحاب
بقاء الحق في ذمة المديون وفي وجوب ذلك لان بقاء الحق في الذمة رضى وعدم وجوبان اقواهما الثاني فيما قد
يقال بعدم الحاجة الى الرجوع الى الحاكم لذلك لبراءة ذمته بدفعه واغناء الوفاء امر مع بقاء المدفوع على
ملك الدافع للاستصحاب كما اختاره شيخنا المحقق الشيخ محسن ره فيدفع بما عرفت واما الاستصحاب فلا يجري
هنا لان الشك في رفع العارض لا في رفع مطلق لا يعارض الدليل سيما مثل قاعدة الاجزاء هنا فانها
عضلة لا يقبل التخصيص بما الاجماع الذي على عدم وجوب الاخذ على المبايع قبل الاجل فيدفع بانه غير
محصل والمنقول منه سيما في مثل المقام الذي للنظر فيه مجال بعيد عن القبول فظهر ان في خروج الفرد المدفوع
عن ملك الدافع وامتناع المستحق قبل قبض الحاكم قبل الاجل وبعده وجوها ثلثة الخروج وعدمه مع براءة
الدافع وعدمها وهي في القوة منزلة وفي الشهرة متعكسة ثم ليعلم في شرح الشرح فالعمل بالنصوص بمنوعه اول
هذا كلام متين سيما وهذه النصوص قد رواها المشايخ الثلثة في كتبهم ولم يرد لها معارض اصلا وقد عمل
عمل الاصحاب بها كما صرح الشيخ في العدة فالظاهر ان المشار اليها ما تضمنه بل الظاهر ان توقف من ذكرنا
هو توقف في ثبوت الخيار بعد تعيين العمل بها ولو وصل لما بلغنا عن الدافع بينهما الان الخيار في نحو المقام
ليس جعليا من الشارع كخيار المجلس والحيوان انما هو من حيث ان وجوب الوفاء بالعقد يستلزم الضرر المنفي
فينتفي الوجوب فيثبت الخيار بعد فرض الضرر وان النفي يقتضي وجوب الوفاء بعد العقد ولزوم التأخير على
المشتري على جهة التوسعة وعدم وجوب التعجيل الى الاجل الذي كان للمبايع وح فلا ضرر على المشتري في
الوفاء بالعقد على هذه الجهة اصلا وهذا الدافع لا مدفع له الا ان يقال ان الخيار في نحو المقام من باب خيار
تخلف الوصف لان المبايع كان له قبل العقد شيئا الا دون منه الا كذا وقد تبين خلافه والخيار عند تخلف
الوصف ليس لحديث الضرر بل لان التقيد بالوصف عرفا في قوة اشتراط الخيار على تقدير تخلفه فتوفي
بالتقييد خيار شرط وان لم يقع التصريح به بينهما اذ يكفي فيه انفهامه عرفا بتصريح او نحوه او ترك فلا نافي بين
ثبوت الخيار بالشرط لتخلف الوصف وبين عدم وجوب التعجيل على المشتري الى الاجل الذي كان بعد الخيار
الانظار من جهة النفي لكن هذه دعوى فهم العرف اشتراط الخيار فيما ذكرنا مثل والاول لا يحتاج عليه بان
الامر بالوفاء انما يتناول ما هو اسهل المتعاقدان في وصفه دون ما كتب في احدهما او كلاهما واذا لم يجب
الوفاء بعد فرض الضرر يثبت الخيار ان كتب عليه وعلى هذا فلا نافي بينهم وسيأتي تمام التحقيق انشاء الله
قوله في شرح الشرح ليس الا اقتضاء اطلاق العقد الحاول وقد يمنع اه هذا هو الوجه وذلك انا لو قطعنا النظر عن

المنصوص السابقة وقول البائع بعتكه بكذا سواء اطلق الايجاب او شرط اجلا دون ما كان له بعد قوله ابيعك من ربح الذي يفهم منه انه لا ربح عليه الا بما ذكره في الايجاب هو الذي قبله المشتري فانه لم يقصد الا ما هو الواقع من حيث هو واقع لا ما اخبره في الايجاب من حيث هو بل من حيث انه الواقع كما اظهره له وادعاه عليه وح فقد تعهد له البائع بمقتضى قوله ابيعك من ربح بان كل ما كان له من ربح فلانا مثله الا ما ذكره من الزيادة وح يجب عليه الوفاء بذلك ولا يجوز له المطالبة قبل الاجل الذي كان له واذا لم يجز له المطالبة لم يجب على المشتري الوفاء بعد انكشاف الحال وان كان قبل الانكشاف ليس له الامتناع عند المطالبة نظرا الى ظاهر القصد في انه لا حجر له على كذبه مع احتماله عدم التاجيل للبائع في العقد السابق وعلى هذا فالتعرض لسابقة مطابقة للاصول والقواعد وناظرة اليها لا مخالفة لها ومخرجة عنها حتى يضرب بها مخالفة الشهرة كما قيل او الاجماع المحكي وح فلا وجه لدعوى الخبار هنا كما هو المشهور اصلا لابتنائها على ان الخبار هنا هو الاصل لا ما هو المروي وما يدعوى ان الرواية شبيهة بالدال على الخبار كما استظهره الشيخ ره او انها مما لم تعرض وما اخذ له بناء على العمل بها على احد الوجوه السابقة اما على ما ذكرناه هنا فلا يبقى في شئ من ذلك اصلا فتدبر ومما يؤيد ذلك بل يشهد له قوله عقيب خبر مسهر بعد قوله هلكا قال مما قلت لان ما في الارض ثوب الا ابيعك مرابحة بشرى بمئة ولو وضعت من رأس المال حتى اقول بكذا وكذا فما راى ما يشق علي فقال فلا افتح لك بابا يكون لك فيه فرج قال قلت فقام على بكذا وكذا وابيعك مرابحة كذا وكذا وكذا بفضل ربح وقد يؤخذ مما ذكرنا ما ورد من ان اليمين على وفق المستحلف لا على وفق الحالف **قوله** في الشرح نعم يمكن القول بثبوت الخبار اه كيف يمكن ثبوت الخبار مع ذلك بعد الاستدلال على الخبار هنا بحديث الضرار كما وقع منه فان المدار بينهما ظاهر كما عرفت وانما يخرج ذلك لو استدل عليه باحد الوجهين الاخيرين **قوله** في الشرح فما عن ابن حمزة ره من انها للمشتري مع عدم بدو الصلاح اه لعل مراد ابن حمزة من ان الصلاح قابلية الثمرة للانتفاع المعتد به في جنسها عادة بمجرد البقاء لو لم يعرض ما يفسدها من حر او برد او غيرهما لا الاحمرار والاصفرار كما مر في باب الزكوة ومن الواضح ان القابلية المذكورة انما تكون بعد ظهورها بعد مرور ليس عدم التاثير مفسدا لصحتها وصلاحها بعد وجوده بل التاثير يحدث لها ح فيكون موافقا للاصحاب في ذلك ومستنده مستندهم وكانه انما عبر بما ذكر لينبه الى ان غير المؤثر من الثمرة انما كان للمشتري لانها ساقطة في جنسها في نظر العرف ملحقة بما في اجزائها من الضعف ونحوه عند النقل كما هو واضح فيما لو خرج وفاء التاثير مع ان احدا لم يفرق بين الصورتين فمتى كان لو تلف مثلا بخلاف المؤثرة فانها لشئ معتد به في جنسه مستقل عن اصله لا يدخل بتعاف في نظر العرف فهو في نظرهم كالو تلف الدقيق في الدار والضعف المحذور في ذلك ايضا اشارة الى ان النص الوارد في المسئلة على القاعدة منطوقا ومفهوما وناظر اليها فيهما وعلى هذا فلا يكون قوله شاذا ره بل هو قول كل من عمم الحكم للبيع وغيره كالشيخ فيما مضى اذ ليس المستند ح النص حتى يكون شاذا كما ظنه ابن ادريس بل هو مقتضى مذهب من قال بالخبار للمشتري لو ظنها غير مؤثرة اعتمادا على الاصل او الوصف

مع جهله بالحکم ثم بانت مؤبرة ان فوات ما یدخل بالنص ویملک مجانا من غیر عوض ولا قصدا صلا لا یوجب الخیار نعم لو وصف له بذلک مع علمه بالحکم ففی الخیار وجه لا یخ من نظر وکذا هو مقتضی مذهب من علل منع الخیار بعدم العیب بتفریط المشتری وهو ایضا مقتضی مذهب من قال بالخیار للبائع لو ظنها مؤبرة فبانت غیر مؤبرة بناء علی ان الاصل التدخول فی بیع الاصل مطلقا ان کونها للبائع انما هو للنص لنحو ما سمعت وهذا غیر بعید بعد تملک البائع او المشتری شیئا مجانا من غیر قصد ولا عوض فان التملک بالعفو لا یزید علی ما هو المقصود والنص لا یمتنع تنزیله علی القاعدة کما عرفت کما هو اللازم علی العفیف مهما امکن فان قلت فعلی هذا فینبغی طرد الحکم فی مطلق الثلفیح ولو لغیر النخل بل ولو لنحو لها ولم یثبت اختیاره لاحد من اصحابنا ولا نصح به منهم فی الثانی قلت فرق بین المقامین فان الثلفیح فی غیر النخل انما یفید زیادة فی حسن الثمرة وصلاحها وکمال الاعتداد بها فی جنسها ولا یقوم به الصلاح والاعتداد بحیث لا یسقط بدونه عنه کما فی النخل واما فحول النخل فالثلفیح له فائدة فی غیر اناث النخل بشیء مستقل عن اصله معتد به یرجب الاغراض العادیة علی کل حال فلا یدخل تبعا فی بیع اصله بخلاف ثمرة اناث النخل فان الاعتداد بها فی جنسها موقوف علی التابیر عادة والله اعلم **قوله** فی الشرح وبنحو منع الفوات ومنع کون البناء علی الاصل الخ یشکل هذا بان ان مبنی الخیار عند القائل به علی انه خیار تبعیض الصفقة بدعوی ان الثمرة مقصودة بیعا ابتداء لا تابعة فی البوائع ولها قسط من الثمن کالابواب المثبتة والاوتاد فی الدار وانما تخرج عن التبعیة بالقرینة الدالة علی التابیر باخبار المالک او علمه بذلک کما تخرج الاخشاب ونحوها عن التبعیة باخبار المالک بانها لمالک اخر او علمه بذلک نعم لو کان دخول الثمرة الغیر المؤبرة فی البیع بالنص لا غیر لم یتجه القول بالخیار هنا اصلا ومنه یظهر وجه القول بخیار البائع لو ظنها غیر مؤبرة الا ان الظاهر ان مراد القائل بهذا الخیار غیر فان البائع مع جهله بالوصف المؤثر فی زیادة الثمن مغبون کما مر فینبغی ان یتقید الخیار هنا بذلک وهو حاصل غالبا سیما مع بقاء وقت التابیر حین البیع فالمفاوح کما لو باع الدار معتقدا ان ابوابها مثلا لبنة لها وانها لمالک اخر فانه یمکن دعوی الغبن اذا کانت بحیث لو کانت له لاقتضی ذلک زیادة علی الثمن المفروض لا یتسامح فیها عادة فلو امضی البعض لکها المشتری لکها بقسطها الی الثوابع اجمالا نعم قد یشکل الخیار هنا بان المشتری ان صدقه فی دعوی الاغتفال لم یکونا قاصدین الی ذلک التابع والا فلا حجر للبائع علیه حیث لا قرینة فلا خیار وانما مجرد الظن کما فی المسئلة فیمکن ان یقال انه لا اثر له فی ترتب الخیار هنا الا لاطلاق العقد الماضی بالرضا بقسطه من الثمن وهذا کما سبقه غیر وجیه کما لا یخفی علی المتفقه **قوله** فی الشرح ومن ذلک یعلم ما فی المذکرة الخ وجه وجوب البقاء مطلقا وان اضر بالاصول بل وان ادی الی التلف ان شراء الاصل الذی علیه ثمر مؤبرة وحده عرفا فی قوة اشتراطه الابقاء الی اوان القطع وان ترتب علیه ما ترتب فکما انه لو اشترط البائع ذلک صریحا کان له الابقاء مطلقا فکذا فیما هو فی قوته عرفا فیکون المشتری هو الذی ادخل الضرر علی نفسه باطلاقه فتوله

الاجماع في الصورة المفروضة وح فلا يتسلط المشتري على القطع لحديث الضرر لانه انما ينفي الضرر الابتدائي لانا اقدم على الضرر اليسير كما هو الغالب دون الكثير بديهة الاطلاق فانه اقدم على كل ما يترقب منه فضلا على الاجمال فكانه قد شرط على نفسه الابقاء الى اوان القطع فيبطل بذلك ما عن الضرير من عدم الترجيح لو تضرروا معا ويبطل ايضا مراعاة اكثرهما ضررا ومع التساوي فالقرعة كما رجحه شيخنا هنا كما يبطل القول الاول فان قلت هذا انما يتم على القول بان الاصل بقاء الثمرة على ملك البائع مطلقا او المؤبرة منها اما على القول بان التبعية هي الاصل وان المؤبرة خرجت بالنص فيشكل ذلك بان النص لا يمكن ان يفيد استبقاء ما يوجب الضرر يسيرا كان او كثيرا لحكومة ادلة الضرر على جميع الاحكام فينبغي جواز القطع حينئذ مطلقا في الكثير بل يشكل ايضا على الاول مع جهل المشتري بالثمرة اصلا او بوصف الثاير قلت قد بينا ان الاصل في بيع النخل البقاء في المؤبرة وان الاصل والنص فيها خاطبا بقاء وفي غيرها البقاء مطلقا وح لا يبعد ان يقال كما لا يفهم دخول الثمرة المؤبرة في البيع مثلا عرفا يفهم عرفا من الدلالة في بيع ما من شانه ان يحمل ويثمر استبقاء الحمل والثمرة الى اوان الاستغناء عن الاصل على تقدير ما وح فلا يضر الجهل بالحال بعد فهم اشتراط الاستبقاء عرفا ولو على جهة الاجمال ولا لم يتوقف احد في وجوب الابقاء مع تضرر المشتري بل ذكاه في عدم وجوب الاجرة على البائع مدة البقاء مع انه لا نقص على شئ من ذلك بل غاية ما في النص ان الثمرة المؤبرة من النخل لو بيع للبائع وهو شئ اخر فان قلت يفهم من حكم الشارع بان الثمرة للبائع وجوب البقاء الى اوان القطع قلنا انكان المفهوم من ذلك وجوب البقاء تعبدا لم يلزم من ذلك وجوبه كونه مجانا مع ان الاصل فيه البراءة وان كان المفهوم منه وجوبه من حيث كونه مشروطا في نظر العرف اجمالا اوان لم يكن الاشتراط صريحا ثم ما ذكره هو المظنون بل لا يبعد دعوى فهم العرف الاستبقاء دائما في نحو بيع الارض بائع النخل مثلا مع الاطلاق فيلزم المشتري ابقاء النخل لكن الظاهر انما يفهم هنا مع علم المشتري بوجود النخل مطلقا وانه مع الجهل يستحق الاجرة ان لم يفسخ فتدبر جيدا ولا تعجل ومن هنا يظهر لك الحال في الفرع الثالث والله يرجح مصلحة البائع فيه دون المبتاع او العكس ما اضر العين ما اسمعت فتدبر

قوله في الشرح ضرورة انه بتمام العقد يتم ملك كل منهما اه يشكل هذا بان الاصحاب انما يتم الملك بتمام العقد بوجوب تمامية مذهب الاكثر فانه يقول ان بقاءه في المبدا ان لم يكن معه منع مستندا الى ان من انتقل اليه حيث لم يقبضه فهو الذي ابقاه لا الى من انتقل عنه لانه لم يمنع وهو ايضا مناف لاحتجاجه اولا بان اطلاق العقد في العرف يفهم منه التسليم يعني انه يفهم منه التعقيب بحيث يمنعان فيلزم مما ذكر الوفاء بذلك وهذا امر زائد على اصل الملكية وهذا هو الصحيح والبحث بنظر كلام الاصحاب فيكون الحاصل ان معنى العقد المطلق اعني قوله بعتك كذا بكذا المفروض قبوله اني عقدت لك بدفع هذا الملك ضلا على ان تكون مالكا له على تقدير ان تعقد لي في مالك مثل ما عقدت لك وفي الثاني هو معنى قول القائل قبلت وح فوجوب التسليم عليهما ليس الا من جهة وجوب الوفاء بما تعهد به كل منهما للاخر لا مجرد حصول الملكية والا لانتقض بالاملاك القهرية كما سيظهر ظهر ان الحق

ان يقول

ان يقول ان اطلاق العقد يقتضي تعقد بتسليم المبيع فورا على الدوام لا وجوبه قوله رح اشرح لكن من الارث
اه نظر الاردبيلي الى ان غاية ما يقتضيه العقد حصول الملك لكل من المتعاقدين في مال الاخر فكما ان الملك
الفوري لا يوجب الفور الدفع وانما يوجب عدم المنع فان المودع لا يلزمه الدفع الى الوارث العالم بالوديعة وانما
عليه ان لا يمنعه منها بل لو طالبه بها لم يجب عليه اكثر من ذلك واما نظر الاصحاب فانما سمعت فتدبر قوله
في الشرح وان المالين بمنزلة الوديعتين اه يعني ممنوع حرمة الامتناع عند الوديعتين ونحوهما مع عدم ارادة
المقاصة مما لا ريب فيه عندهم ويشكل بانه لا نص عليه ودعوى تحصيل الاجماع فيه اشكل ودعوى دخوله في
قوله ع اذا ظلمت فلا تظلم ولا يحل مال امرئ ونحوه واضح المنع فانه ليس بظلم وانما هو قضاص واعتداء بالمثل
بالنظر الى محض ايثار اليد وان تقاوتا في القيمة بالنظر الى نفس المقبوض نعم لو تعذرت الاعيان لم يجز ايثار اليد
الاعلى اقل ما يندفع به الضرر من غير مزيد في القيمة على المقبوض ويشهد بجواز هذا النوع من ايثار اليد حكمهم
بثبوت عوض الحيلولة في باب الغصب سواء كان المغصوب ذا منفعة في زمن الحيلولة ام لا فتدبر قوله رح المتن
والاول اشتراء المخفق ان بقاء ان التخلية الناقلة ان صدق عليها انها قبض حقيقة لغة وشرعا في شيء كما هو المفروض
والمسلم في غير المنقول امتنع ان لا يصدق اسم القبض كذلك لغة وشرعا في غيره بعد فرض انه اسم لمعنى جنسي عام
يحصل في المنقول وغيره ضرورة ان كونها فردا من افراد القبض في غير المنقول انما هو لحصول المعنى الجنسي العام وهذا
لا دخل له بخصوصية المحل والا لم يكن عاما هذا خلف والا لزم ان لا يصدق اسم القبض في المنقول الا باعتبار
معنى جنس اخر وضع له اللفظ بوضع اخر او استعمل فيه بسبب العلاقة وهذا وان كان ممكنا في نفسه لكنه مقطوع
بعدمه ضرورة بداهة ان الجهة الواحدة منه في الموارد المتعددة بادرا فظهورا اضافا ولو سلم فيتم الدليل على
الاشتراك او المجاز فالحمل على ارادة المعنيين معا موقوف على جوازه اولا وعلى فهوده فيهما الذي لا قائل به في
الحقيقة والمجاز ودعوى قيام القرينة على ارادتهما قائما وكل ذلك محل نظر وبهذا الظهور يسقط ما في الرياض
بل ذكر مما ذكره الشيخ ره نعم غاية ما يمكن ان يقال ان لفظ القبض اعم فيهما وان كان الاسم صادقا حقيقة في المنقول
كغيره بالنظر الى المنقول خاصة بمقتضى اعتبار وصف زائد على مجرد التخلية الناقلة بحيث لا يكون اللفظ متواطئا
بالنظر الى التخليتين وان كانتا ناقلتين فيهما اعني في المنقول وفي غيره بل يكون مشككا وان كان حقيقة في
القدر المشترك اعني مطلق التخلية الناقلة التي يصدق بسببها حصولها مرادفا للقبض اعني الاخذ والتناول
به ويحصل الاعطاء والتناول به عرفا وبه يشعر او يضح ما في المصباح المنير وغيره وما يوجد في بعض الكتب
من لفظ القبض بالدال انما هو كناية عن التسلط الحاصل بسبب التسليط والتخلية الناقلة ضرورة انه لا دخل
لخصوص اليد بمعنى الجارحة ولا غيرها فيه عرفا جزما هذا والانصاف ان دعوى الانصراف المذكور في خصوص
المنقول ايضا لا يخلو من نظر بل منع في المقبوض الشامل للمنقول وغيره مثل قوله كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من
مال بائعه ونحوه ومن هنا فرق الشهيد في الدروس بين نقل الضمان وغيره لاحتمال ان المنفي في غير نقله

الضمان بالمنقول وهو يحقق فاخران ثم الانصراف واعلم ان فى قولنا القبض هو التخلية والتسليط ايماض و
القبض فى التسليط اثره كالكسر والانكسار بل كالاعطاء والقبول والفرق بينهما ان الثانى لازم للاول فى
الاول بخلاف الثانى فقد يحصل الاعطاء ولا قبول ومن هنا قال فى التدوين نعم لو خلى بينه وبين المكيال فلم يكله
حتى ضاع لم ينتقل اليه الضمان وهو يحقق اخر فتدبر **قوله** فى المتن كان للمشترى رده اه اقول دليله عموم النقول
الآتى فى احكام العيوب مثل قوله فى صحيح محمد بن مسلم فى الرجل يشترى الثوب او المتاع فيجد به عيبا ان كان قائما
رده على صاحبه وان كان قد خاط الثوب او قطعه رجع بفضل ما بين الصحة والعيب فان لم يرض صاحبه وان كان
العبد قد استغل غلة فان على المشترى رد الغلة مع العبد وان كان وقع عليه عند المشترى حدث فان كان حدثا
يفسد البيع مثل ما لو كان بعد لم يقبض ولو استظهر منه خصوص صورة القبض دل على الرد لو لم يقبض بطريق
اولى واما احتجاج الشيخ ره باصالة صحة العقد بعد فرض صحة البيع حال العقد وانقضاء زمان الخيار
الموجب لاستقرار العقد وبوجوب الوفاء به فممنوع نرى واما لزوم الضرر فانما يمكن الاحتجاج به بعد القول
بعدم وجوب الارش اما لو قلنا به او رددنا فاثبت الخيار به فقط مشكل واما الارش فلا وجه لثبوته اذا
اختار الامساك لما ذكره الشيخ ره عن مثبته لورود انا نمنع الضرر اولا ورده عليه بل منقول ان كان فى يد البائع فلا دليل
فى ضمانه النقص الحادث بعد العقد لعموم على اليد بمرورة شمول اليد الامانية والاستقرارية وانقضاء
ضمان الاعيان والصفات لكن الكلام ليس فى مثل هذا ضرورة ان المضمون على هذا هو التفاوت بين القيمتين
حال الزوم لا الارش بمعنى النسبة بينهما حال العقد ايضا الكلام حيث لا يكون فى يد البائع اصلا
كالامين مثلا فالكلام انما هو فى الضمان العقدى لا فى ضمان اليد فقول قوله ان كان قائما اه ظاهره ان
المراد من قوله وان كان قد خاط الثوب اه انه ان لم يكن المبيع قائما اى باقيا على حاله بان كان قد تغير بأى
سبب كان رجع بارش النقصان وهذا يشمل ما لو عيب قبل القبض ثم تغير بعده واذا ثبت الارش هنا
ثبت فيما لو لم يتغير بعده واختار الامساك بالاجماع على عدم الفصل سواء حدث العيب بعد العقد
وقبل القبض ثم علم به ورده او علم به عند حدوثه او بقال الاريب فى ان الشارع انما سلط المشترى على
الارش بالتصرف ليسلم اقتضاء التصرف الارش وانما عرضه خيره عن تسلم وصف الصحة بتسلم ما ينوب
عنها وهو الارش ولذا خيره قبل التصرف بين الرد والامساك بالارش فان قلت لعل التملك على وصف الصحة
وان لم يقارن التسليم مغن شرعا عن الجبر بتسلم البدل قلنا المعلوم من حال الشارع فى باب التسليم خلاف
ذلك على ان فى الوجه الاول كفاية انما الاشكال فى انه لو اسقرت يد البايع عليه عدوانا فعيب قبل القبض
فهل عليه الارش بمعنى النسبة بين القيمتين مطلقا او تفاوت ما بينهما كذلك كالاجنبى لو غصب بعد العقد
او اقل الامرين او اكثرهما وجوه خيرها اخيرها لاجماع المقتضيين فيجب اعمالهما نعم يدخل الاقل منهما
فى الاكثر فلو كانت النسبة الثلث مثلا والتفاوت النصف عزم النصف ولا يتوهم ان الداخل هنا على خلاف
الاصل فعليه النصف الثلث لما حققناه فى محله من ان الداخل فى الضمان منه ما هو على الاصل كما فى

او ثلثا جاز بيع ذراع منها او اكثر مع مضمه الاشاعة والكسر الذي يطابق النسبة الى الذراع مثلا بل لا يبعد ان لا معنى لارجاع الى ذلك في الركوة ولا في غيرها واما قوله لصحة هذا اللازم ليس الا ارتفاع الغرر والجهالة الخ وكل شئ بحسب ما يراد منه عادة من التميز فان ارتفع على الوجه الذي اشرنا اليه فالملزوم الصحة والا فلا في هذه مطرح والمثال المرجوع لا تميز فيه لغلبة اختلاف الاطراف في المقوم حتى ان الاختلاف اليسير ضار ههنا نافذ لتشخيص الثمنة المقصودة ولكونها مثار النزاع عادة بخلاف اختلاف احاد الذراع فتأمل في رجع الثمن وقبل الكيل الثمن والاول اشبه اقول لكل شئ صنع يبعه لتميزه وارتفاع الغرر والجهالة عنه بمشاهدة كما في الارض والحصير والثوب الوشي وغيرها او بغيرها من وزن او كيل او عد مستحق الاجراء او مختلفها لا يخ اما ان يتعلق البيع به من حيث كونه جزئيا حقيقيا بحيث يخرج عن البيع كل ما لبس من اجزائه ويدخل فيه جميع اجزائه فيفيد البيع المجموع الخاص المعين بالثمن المعين او يتعلق بكلي معين من ذلك الجزء الحقيقي على الاشاعة كنصفه وثلثه مثلا او لا اما الاول فلا ريب انه يصح للمشتري بل وللبائع ايضا ان يشترط على صاحبه ان لصاحبه الفسخ ان لم يبلغ الارض المعينة بالبيع بالاذرع كذا وكذا في الحصير والثوب الوشي بل والعبد وغيرها وكذا لو شرط بيعا اشتراه بالوزن كالرمان مثلا ان يبلغ بالعد كذا وبالعكس ولا ريب انه يصح له التصريح بذلك وانه ليس لصاحبه الاخيار لتخلف الوصف الذي وجد عند التحقيق الى اشتراط خيار معلق كما سبق ولا ريب ايضا في انه لا يبعد بعد فرض تعلق القصد بالجزئي الحقيقي والتصريح بان الغرض من الاشتراط المفروض لزوم العقد خاصة يكون البيع بذلك النقد المذكور الذي ادعاه البائع لا شتراط حصول الملكية والانتقال والا لكان تعليقا في نفس العقد الذي يأباه التنقل والانتقال فيكون مبطلا له بالاجماع بل يكون دعوى البائع حصول الشرط كعدمها في توقف اللزوم على حصوله في الواقع لا دعوى حصول بعض الصفقة على المشتري على تقدير النقصان ضرورة بقاء المبيع ودفع البدل كلا بحدوده المشار اليها حالة البيع وح فلو زاد لم يكن للمشتري خيار اصلا لحصول شرطه وزيادة الا ان يشترط عدمها في لزوم العقد فيكون له خيار تخلف ايضا وليس للبائع ايضا خيار اصلا الا ان يشترط على تقدير الزيادة بل لا بد ان يشترط على تقدير حصول ما جعله المشتري شرطا في اللزوم فلو كل بالنقد الذي شرطه المشتري ولم يزد لم يكن للمشتري خيار ولو كان الخيار للبائع سواء كان عالما بكماله من غير زيادة ام لا كما هو واضح اما لو لم يشترط البائع اصلا او شرط الفسخ وامضى فلزيادة من مال المشتري بلا كلام بل في تسميتها زيادة نزاع كما لا يخفى فان قيل نعم لا يبعد تحقق بعض الصفقة مع النقصان الذي هو ليس بنقصان في ذات المبيع حقيقة لكن لا يبعد ان يكون له حكمه من رجوع المشتري مع الامضاء بقسط الناقص وان لم يكن قسطا للنقصان كما يرجع بقسط الصحيح في المعيب فمنوع في الحقيقة اذ ليس رجوعه بعد تملك البائع له كما في ارش المعيب بل هو اولى كما لا يخفى قلنا نعم الا انه مجرد اعتبار وظن فلا يخرج عن القياس الباطل قطعا فان صح له بالخبر قلنا في دلالته على ذلك نظر لمن تدبر كما سيظهر وعلى تقدير القطع بالاولوية او دلالة الخبر فالملزوم الا قتضاء

ان تنقسط على قدرها واما الزيادة فتكون للمشتري خاصة لانتفاء ما يقتضي حكم بعض الصفقة وارش
العيب فيها لكن يمكن ان يقال بان للبايع حينئذ خيار عين حيث يحصل شراء الكل وبعلمه الذي اراده البعض
لاخيار شركة كما ظنه بعضهم كما لا يخفى واما خيار بعض الصفقة فانما يعقل في اصل المسئلة في موضوعين
الاول ان يبيع العقد على قدر من الاذرع معين على جهة الكلية المعبدة بكونه من ناحية من الارض مثلا معينة
بالمشاهدة والتحديد بان يقول المشتري بعتك عشرة اذرع من هذه الارض بكذا فيقول بعتكها ثم يدعي البيع قطعة
منها معينة يدعي البايع انها عشرة اذرع من غير نقصان ولا زيادة ثم تبين النقصان فانه يثبت هنا للمشتري
خيار بعض الصفقة حقيقة في صورتين احداهما ان يظهر ان البايع لا يملك من تلك الارض اكثر من ذلك
القدر الناقص سواء ملك الباقي غيره ولم يجز او لا الثانية ان يكون البايع مالكا لها جميعا او بعينها وقد
اجاز الغير الا ان البايع امتنع من دفع القدر الناقص فان للمشتري حينئذ خيار بعض الصفقة اما بعد بعض الصفقة
اما بعد فقد اجازه على الاكمال او مطلقا فانه كما يحصل بسبب بعض الملك يحصل بسبب بعض التسليم وعلى
هذا الوضع يمكن ان يحمل الخبر المشار في الشرح اليه بل لعله الظاهر منه بقرينة قوله الا ان يكون الى جنب ذلك
الارض له ارضون وكيف كان فلو تبين زائدا على القدر المعين لم يملك المشتري تلك الزيادة قطعا لعدم الفصل
منها اليها وتوهم كون المدفوع بذلك القدر المعين من غير زيادة اشتباها الا يوجب تملكها لكن في براءة ذمة
البايع بذلك المدفوع واستقرار ملك المشتري للقدر الذي اشتراه في المدفوع اليه مشاعا بينهما او بقاء المدفوع
جميعا في ملك البايع وبقاء القدر الذي اشتراه المشتري فيه منظور وجهان من حصول التمكن التام منه والتسليم
ان تمكن من الزيادة ايضا اشتباها ومن امثاله بقاء الخوخ في الذمر حتى يحصل التعيين الحقيقي وقبض المشتري ايضا

قوله في المتن من اشترى مطلقا او بشرط الصحة اراد اولهما معنى ولهم الاطلاق يقتضي الصحة لغة هو الافضاء الوضع شرعا
ولا لغة ولا عرفا ولا الاضطرار الى كذلك والا لم يكن للعيب بعض اثر والبيع ولم يلزم العقد بالتصرف مع الاطلاق ولم
يصح اسقاط الشرط بعد العقد بل مراد الفقهاء من الاقتضاء ان اللزوم الذي هو من احكام البيع شرعا ووجوب
الوفاء لا يحصل شرعا مع العيب بل يحصل الخيار بين الفسخ والامضاء للسببين او احدهما معرفا للنصوص الدالة
على ذلك والاجماع او ان التعاهد والتفاوت الذي وقع بين المتعاقدين لم يقع على الاستقرار على المثل الذي
قضاه على كل حال ولا على ان احدهما لا يرجع فيما كان له على كل حال وانما هو على تقدير السلامة من العيب
فالمفسوخ بفقضى الفسخ مطلقا والاستقرار وعدم الرجوع معلقا على السلامة لا مطروح فيكفي في ثبوت الخيار
عدم اقتضاء قوله تعالى اوفوا بالعقود ونحوه لوجوب الوفاء على تقدير العيب نظيرها قررناه في باب خيار
الغبن لكن يشكل ذلك بان دعوى ذلك في مطلق العيب حتى الذي لا ينقص في القيمة بل قد يزيد كان لا يكون
على عاتقها شعر مثلا مشكل قد ويشكل ايضا بان لازم ذلك ان لا يكون التصرف مع الجهل بالعيب مانعا من الخيار
مع ان الاكتفاء في اثبات الخيار على هذا الوجه بما ذكر قد يشكل بان عدم دلالة الامر على وجوب الوفاء

مع العيب

مع العیب لو سلم لا یدل علی جواز الرجوع والخیار معه بل قد یکتفی فی نفیه بالاصل الآتی ان فرض الحال و المقام فتامل وح الاطلاق علی ارادة اشتراط الخیار مع العیب الی ان یتفرقا ولو جهلا وان لم یصرح بذلک وفیه تامل ولعل المعنی الثانی هو مراد الشیخ هنا وان فصرف عبارته عن ارادة المراد وکیف کان فمؤید ما ذکرناه ما ذکره الشارح وغیره من ان اشتراط الصحة انما هو مؤکد یرید وبذلک انه مؤکد للثبوت الخیار لانه ثابت شرطا ولم یشترط الا انه ثابت شرعا فی الثانی فقهرا وفی الاول قصدا فهو کالو شرط الخیار فی المجلس وفی الثلثة ایام فی الحیوان ومن هنا یظهر صحة ما قیل من ان فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وان نفض لاقتضاء اطلاق الاشتراط ذلک بخلاف صورة الاطلاق فتخریج صورة النص صح بالنص واما تامل الشیخ زده فی اصل اشتراط الصحة من حیث کونه غیر مفید فیه یعرف معنی اشتراط الصحة وحقیقته انما هو اشتراط الخیار وعند تبین العیب بل هذا هو معنی کل شرط یحکم بصحته عند التدبر الذی کما مر بل قد مر منا ان صح اشتراط عدم العهدة وعلی معنی یغلب اللزوم علیه وان معنی قولهم انه لا یصح اشتراط عدم العهدة وانه لا یحصل ایجابه بالاشتراط بناء علی ما هو المعروف من وجوب الشرط شرعا ان العهدة اللازم فظهر ان المراد من اشتراط الصحة انه عرفا فی معنی اشتراط الخیار علی تقدیر العیب لا اخذ وصف الصحة ممیزا لذات المبیع حتی لا یکون المعیب منه اصلا ولا ان النقل والانتقال موقوف علی حصول وصف الصحة حتی یکون باطلا بسبب التغابن **قوله** لیس فیها جمیعا اه اقول قوله فی مرسل جمیل جمع بقضان العیب بشهادة النامل فی قوة التعلیل عرفا بکون المبیع معیبا الذی هو ثابت مع الامضاء وقیام العیب کما هو ثابت مع تعذر الخیار لتغیرها وهو اقوی عرفا وایضا فمما یوهن ظاهر الفقرة الشرطیة اعنی قوله وان کان الثوب فتطلع الی اخره فتدبر جیدا ولا تعجل **قوله** فی المتن وکذا بالعلم برأه کان وجهان العلم بالعیب قرینة حالیة علی ارادة المشتری قرار التملیک لا مطلق التملک فقد یشکل اطلاق دعوی السقوط بمنع کونه قرینة مطلقا حتی مع جهل البائع بالعیب بل وعلم المشتری بجهله برد وحتی مع علم البائع بالعیب وجهله بعلم المشتری بل اعتقاده وعدمه نعم لا ریب فی کونه قرینة مع علم المشتری برد وعلمه بعلم البائع بعلمه بالعیب واضح من ذلک فی القرینة ما لو کان علم المشتری بالعیب بإعلام البائع کما فی النص حیث قال ولم یبن له **قوله** فی الشرح ان فیما مضی من فسخ الوسیلة اه الذی فی نسختی الوسیلة هکذا وان علم بالعیب ثم تصرف فیه لم یکن له الرد ولا الارش وقال الشیخ ابو جعفر فی النهایة کان له الارش کان تصرفه لیس موجبا لرضاه انتهی والانصاف ان مرسل جمیل لا دلالة له علی ثبوت الارش مع التصرف بعد العلم بالعیب بل ظاهر التقسیم فیه ان ما وجده المشتری معیبا ان کان قبل الوجدان فله تصرف فیه فله الارش والا فله الرد بل وکذا صحیح زرارة اذ الظاهر ان الواو فی قوله وعلم حالیة علی معنی والحال انه قد تجدد له علم بعد ما اشتری ولم یتجدد له واحدث لا عاطفة ولو فرضت عاطفة فالانصاف انها فی هذا الترکیب لا یفهم منها سوی صورة التاخر فهو کالمطلق الذی لم یبق للاطلاق یجب الاقتصار فیه علی المتیقن واما الاجماع فالمحصل منه غیر

محتمل فان اخبر بحدثه ضر نفسه ان غابه ما يقتضيه نفي الحكم الضروري من قبل الله سبحانه وهو انما يقتضي
ثبوت الارش لو منع من الخيار بتصرفه في المعيب جاهلا بالعيب لا ثبوته مطلقا ولا دوام ثبوته حتى لو تصرف بعد العلم
بالعيب واذا اتفقوا على سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون بعد العلم بالغبن كما قبله مع ان دليل الخيار فيها
منحصر في نفي الضرر الذي هو من العمومات الحاكمة على ما عداها التي لا تقبل التخصيص فان قلت كيف يتم ثبوت
الارش باستصحاب جواز مطالبة المشتري بردها مخيرا بينه وبين الفسخ كما لو لم يتصرف بعدا صلا او معيبا كما لو كان
قد تصرف جاهلا بالعيب ثم تصرف بعد العلم بروايتهم فوت الصفة الثابتة دين فكيف يسقط بغير اداء قلت
انما يجدي الاحتجاج بالاستصحاب مع كون الشك في عروض القادح لا في عكسه كما هنا وقد حققناه واوضحناه
في بعض كتبنا الاصولية وبسطنا القول فيه في رسالتنا المفردة وح فلعل هذا الحق كبعض الحقوق التي لم تبن شرعا
على الدوام كحق الشفعة ولو جعلنا الارش دينا فلعله كبعض الديون التي لم تبن على الدوام كالصداق المتأخرة في
زمن معين وكزكوة الفطرة بناء على المشهور من سقوطها بالزوال من يوم العيد اداء وقضاء وايضا فالظاهر ان ابن حمزة
انما اسقط الارش لو تصرف عالما بالعيب لتعليل الثابت في خيار الحيوان اعني قوله ع فان احدث المشتري حدثا فانما
اشترى ذلك رضا منه فلا شرط له كما يشعر بذلك تعريفه بالشيخ حيث حكى عنه القول بثبوت الارش مخيرا بعدم
دلالة التصرف على الرضا ولم يسقطه لعدم ثبوت دليل على ثبوته عنده كما اشرنا فلعله يوافق على اقتضاء الاصل
والاستصحاب ثبوته مطلقا لولا التعليل المزبور وتفريع ثبوت التصرف بمقتضى ظاهر النص امارة الرضا او هو بمنزلة
الرضا شرعا فعلى الاول يلزم ان يكون كل ما المسقط قد يكون الرضا به بل كلما يؤثر الرضا منهما الزاما عليهما فاذا
صدر منهما امارة لزمها حكم فتأمل كما ان التصرف امارة الرضا بالملك الفاسد فيكون شرعا موجبا للضرر وسقطا
للخيار كذلك هو امارة الرضا به على الجانب والاعراض عن الارش والاكتفاء بالمعاوضة الاولى التي وقع عليها
العقد فان قيل بل هو اعم قلنا نعم ولكن امارة الشيء ما يتقسم منها الشيء لما احتقت به فافهم واما على ان
فالتقريب ظاهر فليتدبر **قوله** في الشرح فيسقط ما بإزاء الارش اه ظاهره ان ما دل على سقوط خيار الحيوان
سابقا بالتصرف يدل على سقوط خيار العيب سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب ام بعده ويشكل بانه انما
يدل عليه لو كان بناء على بعد المتباينين المتنافيين في النص المتنافي لا على ما ذهبنا واما اللازم بناء على ما هو
الاظهر من سقوط المستفاد من ذلك النص على التصرف بعد العلم بالعيب ثم خصوص الباب الدال على السقوط بالتصرف
مطلقا **قوله** في المتن فلو كان العيب الحادث قبل القبض اه اقول العيب الحادث بعد العقد لا يخلو اما ان يحدث بعد
العقد والقبض وانقضاء زمن الخيار او بعد العقد والقبض وما صدر مع بقاء زمن الخيار او بعد العقد كذلك اما الاول
فلا ريب في انه لا اثر له في اثبات الخيار ولا الارش للاصل والاجماع والخصوص النصوص المتنافية والاجماع بقسميه
الصفة وكذا لو حدث بعد العقد والقبض والحال ان الاخبار لا سقاط في زمن العقد **قوله** في الشرح بل قد يشعر
اه يشكل هذا بان مجرد ظهور اطلاق الفتوى لا يوجب الجزم بالاجماع على عدم الفرق وح فما احتمله بعض المتأخرين

وجه متين بل هو الوجه بعد تنزيل المفوض على الغالب من تأثير العيب نقصا في القيمة اللهم الا ان يكون عليه في امساكه مطلقا ضرر وهو اندر شئ فتدبر جيدا **قوله** في الشرح نعم يمكن القول بعدم سقوط الارش هنا بالتصرف اه اقول هذا مبني على ثبوت الخيار فيما لا يفسد العيب لاطلاق ما دل على اسقاط التصرف خيار العيب اما مطلقا او مع الجهل به كما لخص ناه بصوره فما لو افضى العيب الى نقص الاعيان فثبت الخيار لنفي الضرر كما لو تصرف المغبون جاهلا بالغبن اما لو تصرف عالما بالعيب فلاخيار لما مر من عموم التنزيل على خيار المغبون من اسقط خياره منه فلا شرط له في حكم التصرف مع الجهل بالعيب في كل ما ذكر حدوث العيب لا من جهة المشتري ولو بعد القبض وانقضاء الخيار ما دام جاهلا بالعيب السابق بل ولو كان من جهته في وجه لاستواء الكل في اقتضاء الالزام بالعقد التصرف على المشتري وهل يجب على المشتري لو اراد الرد دفع الارش دفعا للضرر الرابع وجهان من اشتراكهما في دليل الضرر ومن ان دفع الارش ضرر بالمشتري كما ان الزامه بالعيب ان لم يقتض ارشا اضرار به فتخييره على هذا الوجه لم يزل ضرره وايضا ان تضرر البائع بالعيب الحادث من جهل المشتري بالعيب السابق انما جاء من قبل عدم اختياره المشتري به وعدم تنزيهه من العيب فح فالرد من غير جبر اولى وان استوضح الشيخ خلافه فتدبر **قوله** في الشرح وقد يقدح من ذلك وجه اخر اه اول هذا هو الوجه بل هو قاطع للتحقيق كما اوضحه الشيخ لله دره بل لو كان مثل ذلك ربا لكان من اشترى مثلا بمثل من غير تفاضل لو عثر على عيب ما باعه فامتنع عليه رده فغرم عوض الجملة او نقص اخذ عوضه ملا ثم رده ورد عوض الجملة لزاد ارش العيب واجر المثل من الجنس كان ذلك منه ربا وهو كما ترى **قوله** في الشرح لا ان رده خاصة موجب للتبعض اه اول هذا رد على ما علله به الشهيد في ذلك وغيره من اقتضائه التبعيض على البائع وهو متين لكنه يشعر بان للبائع خيار التبعيض هنا وليس كذلك مع العلم بالعيب انه هو الذي ادخل ضرر التبعيض على نفسه حيث لم يخبر به ولم يرض منه بل قد يشكل الجهل ايضا بسبب هذه القرائن منه لان دليل خيار التبعيض منحصر في الضرر وهو انما يقوم دليلا على الخيار حيث لا يكون سببه الاقدام عليه والتسبيب اليه ويمكن ان يعلل عدم جواز رد المعيب منفردا بوجه اخر وهو ان بقاء لوجه البائع بين ذلك وبين الاخذ بالارش يفضي الى مناقشته به ولو على وجه التخيير بان يتعين عليه على التقدير سقوط الارش كما لو لم يكن على ركبها شعر مثلا وفي ذلك ادخال ضرر التبعيض عليه فدفع ضرر لزوم العقد يصير التبعيض مع اقدامه عليه فيتعين ان يكون جنايه بين رد الجملة او الامساك بالارش لتكلم بان حقه الذي جعله الشارع له بسبب العيب سلطه بسببه على البائع شاء او ابى انكان خصوص رد العين المعيبة خاصة لم يجز ان يحكم بثبوته ولا يتحقق حق له في رد الجملة لما ذكرت بل غايته بعد فرض التسليم سقوط حق الرد وتعين الارش مع ان الحكم بالجبر على الوجه المزبور ليس اضرارا بالمشتري قطعا لامكان دفعه بقبول الارش نعم حيث لا ارش كما مثلناه يتعين طريق دفع ضرره برد الجملة وان شاء رد المعيب خاصة منحلا لضرر التبعيض وان كان حقه دائرا شرعا بين الطريقين هنا وانما يجبر بين رد الجملة او رد المعيب خاصة لم يجز ان يمنع

من جواز هذا الا ان يقال ان وجب مراعاته وان كان حقه شرعا انما هو في خصوص رد الجملة خاصة فيجب التعليل بنفع
ضرر المشتري في ذلك بلزوم التبعيض عليه ولا يدفع ضرر البائع وان وجب مراعاته ورح فينبغي تحريرها بقضية الاصل
في المسئلة بقرعها او لائم ما يقتضيه الدليل الخاص فيها فيقول قد يقال مقتضى اصالة اللزوم اختصاص حقه
برد الجملة كما هو الوجه الاخير لاحتمال ان يكون استحقاق رد المعيب مشروطا بالباقي معه كما قرره الشيخ هناك
يشكل بانه لو رضي البائع بارد الجملة فلا اشكال في تاثير رد المشتري اياها وانفساخ العقد انما الاشكال فيما
لو اوفى ولم يرض الا برد المعيب خاصة ورح فقد يقال بان اصالة اللزوم تقتضي اختصاص حقه برد المعيب خاصة كما
هو الوجه الاول لان عموم اوفوا بالعقود كما يشمل كل عقد يشمل اجزاء العقد الواحد وذلك يقتضي تعين رد
الصحيح معه لكنه يشكل بانهم يمثلون ما اشكل بالوجه الاول ورح فالمقام من قبيل العام المختص باحد الضدين كاكرم
القوم الا زيدا وعلمنا من خارج انه استثناء انما من حيث كرم خاصة او حيث بهان خاصة وفي مثله يرجع الى
اصالة البراءة فيهما ورح يجوز للمشتري هنا رد المعيب خاصة ورد الجملة كما هو مقتضى الوجه الثاني لا الى بقاء
اصالة البراءة هنا لصحة تملكه ما ملكه البائع من الثمن نظرا من حيث منافاته الاستصحاب فيه نظر فظهر ان الاحتجاج
بالاصل هنا غير بين واما الدليل الخاص فظاهر انه ليس في المسئلة نص يخصها فالدليل منحصر حينئذ بعد
سقوط الاجماع بلزوم التبعيض كما فصلناه في الاجماع المحكي والنص السالف في كل منهما نظرا الى الاجماع
فيبعد الغض عن يجيء ان نظر من ذهب الى الاجماع على بطلان الاضرار بالتبعيض في غير المسئلة لبطلان رد
البعض خاصة لانه اضرار بالبائع بسبب التبعيض عنده ولم يعلم منه دعوى الاجماع على المسئلة من حيث هي
حتى مع قطع النظر عن ملاحظة التبعيض فالاحتجاج بمثله واضح في الاستنباط غير جائز ومثله الاجماع المحصل
على حرمة شيء مثلا من احدى جهتين فانه ليس اجماع على احدهما اصلا واما النص السالف فالاحتجاج به مبني على دعوى
ظهوره في ان حق الرد للمشتري ثابت في المعيب بشرط ان يرد معه الباقي فان كان منضما الى غيره لا غير خاصة سواء انضم
اليه غيره ام لا وسواء رد ذلك الغير ام لا وانه ليس بشرط ان لا يرد معه غيره وان كان قد انضم اليه غيره بعد الاول له
الافراج برد الجملة فان رد المعيب منفردا مع امتناع البائع لغى رده وعلى الثاني له الافراج برد المعيب فان رد
الجملة مضى رد المعيب وحده وعلى الثالث له الافراج برد المعيب منفردا فان رد الجملة لغى رد المعيب ايضا ولا يخفى
ان النصوص ان لم تكن ظاهرة في الاطلاق فليست بظاهرة في اشتراط الانفراد ولا الاجماع ودعوى ظهورهما في اشتراط
الاجماع كما اختاره الشيخ هنا غريبة جدا ضرورة ان مفهوم الصحيح السابق اعني قوله ايما رجل اشترى شيئا
او شيئا مما يكال او يوزن او شيئا هو بعض من كل اشتراه او هو تمام ما اشتراه ذلك سواء الجميل في الرجل يشتري المتاع
فيجد به عيبا يشمل الصور الثلاث معا فيشملها الجواب بهو قوله فان كان فاته رده على حاله بعيبه اي ان كان خصوص
ما وجد به العيب فاته سواء كان بعضا من كل او كان تمام المشتري رده وذلك لان نزله الاستغراق في مقام
الاحتمال بمنزلة العموم في المقال ودعوى ان المقام ليس مقام الاحتمال مكابرة اذ لو سلمنا ظهوره اذ لو سلمنا

ظهور الصورة الثانية فغايته اثر ظهور في الجملة بادئ بدء لا يجب به الارش لجواز ان البائع يكون مدلسا على الا كما لا يخفى فان قيل رد المعيب خاصة فسخ لبعض العقد والتبعيض في فسخ العقد غير معقول او غير ثابت الا ترى انه لو فسخ في المجلس بعض المبيع لم يمض على صاحبه وكذا لو رد بعض الحيوان في الثلاثة او احد الحيوانين ولعل هذا هو منشأ في لزوم التبعيض على البائع في المقام لا التبعيض الصفقة حتى يرد عليه ما اورده الشيخ سابقا او ما اوردناه حيث يعلم البائع بالعيب او مطلقا لان بطلان التبعيض بهذا المعنى ليس مستندا لزوم الضرر حتى يجاب بما ذكر بل مستنده عدم معقوليته او عدم الدليل على مشروعيته وح فنمنع ذلك رد الجملة خاصة بعد الاجماع على انه لا فرق بين الفسخ والامضاء في المقام قطعا قلت بعد تسليم ان نظرهم الى ما ذكرت لا الى تبعيض الصفقة وانه غير معقول فيه فوقوفه على ثبوت امتناعه عقلا وهو غير معقول بل المعقول امكانه قطعا وذلك لان رد المبيع كلا او بعضا انما هو اثر جواز العقد الذي هو عبارة عن عدم وجوب امضائه ولا ريب ان وجوب الامضاء عبارة عن وجوب دفع المبيع الى المشتري بمعنى وجوب دفع كل شئ منه وعدم جواز اقرار البدل على شئ منه وهذا حكم جميعي لا مجموعي كسائر الاحكام والوجوب بالنسبة غالبا بل دائما كما حررناه وحققناه في كتابنا الموسوم بالقواعد المجتبة في الاصول ولو سلمنا تعقل كون الحكم هنا مجموعيا فلا ريب في تعقل كونه جميعيا ايضا وح فالتبعيض في فسخ العقد يمكن فاذا اقتضاء الدليل في المقام وهو ما اشرنا اليه من اطلاق النص فلا مناص عنه فوقك لو فسخ في المجلس بعض المبيع لم يمض على صاحبه قلنا نعم ولكن المسلم من ذلك انما هو عدم المضي حيث يختص احدهما بالاسقاط الاخر وح فليس ذلك من جهة مجموعية الحكم المدعاة بل لان تجويز فسخ البعض خاصة في المجلس اضرار بسبب تبعيض الصفقة على البائع من قبل الشارع اذ دليله الضرر حاكمة واردة على جميع الاحكام واما لو كان الخياران لهما فان لم نقل بمضي فسخ البعض لكن الاخر على خياره فان منع اثر فسخه في الباقي خاصة فنفسخ الكل وان امضى اثر امضائه في الباقي خاصة وكان هو الذي ادخل ضرر تبعيض الصفقة على نفسه كما في الغاء على ما قررناه والذي يشهد بما قربنا من معقولية تبعيض الفسخ وان الحكم جميعي لا مجموعي اجماعهم على عدم اشتراط خيار الحيوان مثلا بكون الحيوان تمام المبيع لا بعضه كما عليه اطلاق النصوص ايضا ولا زم انه لو باع الدار والفرس مثلا وكان قد اسقط جميع الخيارات او خصوص تبعيض الصفقة فللمشتري الخيار في رد الفرس خاصة تلك فلو لم يسقط خيار تبعيض الصفقة فتسلط على الخيار برد الفرس في رد الباقي وامضائه كما سمعت في خيار المجلس فتدبر جيدا ولا تغفل ومما يشهد على ان المناط عندهم في منع رد المعيب خاصة انما هو لزوم تبعيض الصفقة على البائع لا التبعيض في فسخ العقد الذي مقتضاه الفرق بين صورة اتحاد المبيع وتعدده اجماعهم على ما حكي على جواز رده مع تعدد البائع واتحاد المشتري واختصاص العيب باحدهما انه لو نظر الى اتحاد المبيع صورة لم يمكن الفرق وان توهم بل اللازم عليه سقوط خيار العيب مع تعدد المشتري مطلقا ضرورة ان الخيار على هذا انما هو لمن انتقل اليه تمام المبيع وظاهر انتفائه عن كل منهما والمجموع منهما ليس شخصا واحدا

حتى يحيضها والجبار لا يفيد التصحيح حتى يقال باشتراكهما فيه اذا عرفت هذا كله ظهر لك ما هو التحقيق في المسئلة
بجميعها فتدبر قوله في المتن فان كان العيب حملا جاز ردها الخ اقول هذه المسئلة غير منقحة التحرير
في كلامهم والتحقيق فيها ما حققه العلامة في المختلف واختاره السيد في الرياض من ان نظرهم فيها الى انه لو بين
استبراء الامة بظهور حملها ردها ورد معها نصف العشر ان كان وطئها او كانت ثيبا كما هو الغالب والا فالعشر كما
هو المقرر المجمع عليه في باب النكاح فمن وطئ امة الغير وان من حرة المسئلة كما هنا من ان الامة التي يصح بيعها وهي حاملا
ثابتا عن الزوج او من الزنا وهو حامل من زنا او من حر بالملك لو بين للمشتري حملها بعد وطئها فله ردها
عليه بنصف العشر فظاهر ان ردها ان الرد لكون الحمل عيبا في الامة مع انا حققنا في بذكر انه عيب في غيرها فقد اخطأ
بهذا في ذلك امورا الاول جعله من عبارة الاصحاب منها عبارة الشيخ في مبسوطه فانه بعد ان ذكر اخبار الباب جميعا
قال لا اشتباه في بين هذه الاخبار كان الذي يلزم بوطئ الجارية نصف عشر القيمة الى ان قال واما رد ابنة عبد الملك
يعني التي نصف العشر فيحتمل ان يكون غلطا من الناسخ باسقاط النصف او كانت مضبوطة الجارية ان يحمل على
من وطئ مع العلم بالحمل فحينئذ يلزم عشر قيمتها عقوبة وانما يلزم نصف العشر اذا لم يعلم بالحمل وهو صريح في ان مورد
الاخبار جميعا الجارية التي تبين بحملها عدم انتقالها الى المشتري ثم استظهار ان العقوبة مع العلم بالحمل لكشف
عن كونها مستولدة لا يصح بيعها وانها على ملك البائع ومنها عبارته في النهاية فانه قال ومن ابتاع امة فظهر
بها عيب كان له ردها واسترجاع ثمنها او ارش العيب ولا يجبر على احد الامرين اللهم الا ان يكون العيب من
حمل فليس له ردها على كل حال وطئها او لم يطئها ويرد معها نصف عشر قيمتها فتدبر جيدا ومنها عبارة
المحقق بن حمزة في الوسيلة فانه قال في العيوب التي للمالك عشرة ثم ذكرها ولم يذكر منها الحمل ثم قال واذا وطئ
الامة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردها الا اذا كان العيب حملا فانه يجوز له ردها ويرد معها نصف عشر
قيمتها وان كان الحمل عما وكالم يجب ذلك وهو نص على المطلوب ويقرب منها عبارة الشيخ في ط بل الخلاف
حيث اقتصر فيهما على ذكر ما يطابق القواعد خاصة من دون اشارة الى ما يدعى خروجه في المقام بوجه اصح
منها عبارة ابن زهرة في الغنية وابن ادريس في السرائر والجمع وتدبر جيدا وبعض ظاهر الشيخ في الاستبصار
واما ما حكاه الشيخ هنا عنه فما حكاه الاجماع فلا اصل له اصلا وانما هو اشتباه من الناسخ بالانتقاء فقد حكى
فيه الاجماع على ان للمشتري الرد بعيب الحمل مع الوطي وان عليه ان يرد نصف عشر قيمته الا انه قال بعد
ذلك وليس يجري وطئ الثيب مجرى وطئ البكر لان وطئ البكر فيه اتلاف لجزء منها وليس كذلك الثيب ويمكن
ان يكون الفرق بين الحمل وغيره من عيوب ان الحمل اخشى العيوب واعظمها فجاز ان يغلظ حكمه على باقي
العيوب انتهى وهو بعيد كما لا يخفى كما اشرنا اليه من ان المراد من عيبية الحمل كون الحامل غير قابلة
للبيع والنقل وانما هي الحامل من البائع لامطلقا بالضرورة والقرينة على ذلك جعله الحمل اخشى العيوب واعظمها
فان المراد انه اخشى منها على المشتري والمناسب على تحرير المقام ان يقال انه من العيوب اصغرها ولهذا لم

يتبع الشارح لردها الامع رد نصف عشر القيمة مع الوطي اما على تخريجنا فوجهه واضح اذ المراد انه يلزمه الرد لتبين كونها غير قابلة للنقل ويلزمه ايضا ان يرد نصف عشر القيمة مع الوطي او وطي مملوك خبره من غير عقد ولا تحليل والا فضا فان المسار ع لكلمات المقدمين لا يخفى عليه ان الشارح في تخريجه اتم عبارة واوفى بتوضيح التخريج والضبط والتهذيب انما هو من خصائص المتاخرين قوله في الانتصار وليس يجري هذا معناه على تخريجنا انه يلزمه مع فرضها حاملا رد العشر لا نصف العشر وعلى تخريج الصدوق انه ليس لرد ها مع احتمال ما ذكرنا ايضا وكلاهما غير محكي عن السيد ثم اقرب شيء الى عبارة المصنف عبارة المفيد حيث قال فان وجدها عيبا بعد ان وطئها لم يكن له ردها وكان له ارش العيب خاصة الا ان يكون عيبها من حبل او مع ظهور حبل فله ردها وطئها اولم يطئها ويرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها مع انه قد يشعر قوله او مع ظهور حبل بان الحبل من حيث انه مقتضي الرد لا من حيث كونه عيبا في مملوك انتقل حقيقة الى المشتري فتدبر وكيف كان فقد ظهر لك ان دعوى ان الشهرة على ما ذكر محل نظر بل هي على العكس فتدبر قوله في شرح الشرح لكن لم اجد ما يقتضي خالفته قاعدة كون النماء للمالك اقول هذا في غاية المتانة بل قد يشكل اطلاق تضمين اللبن الموجود حال العقد باحد الوجوه الثلاثة اذ لو جعلناه في حكم الحمل والثمرة على الشجرة من عدم دخوله في المبيع فاللازم ضمانه مع التلف لا عراضه عنه وتسليطه على اتلافه بالاعراض فلا يستعقب الضمان وان كان له استرجاعه مع وجوده على هذا الوجه وان جعلناه في حكم الاجزاء المنفصلة كالصوف ونحوه كما هو ظاهرهم فاللازم التفصيل بين ان يكون ذلك اللبن من اللبن الشخصي قد ازاد قيمتها وكان له تاثير في زيادة الثمن ام لا بان كان التاثير لوصفها المتوهم بسببه وهي ان من خصائصها انها تحلب في ذلك الوقت كما لو وصف له بذلك ولا ضرر بل ولا لبن فيها اصلا بحيث يكون وجود ذلك اللبن وعدمه حال العقد سواء في استواء القيمة كالبيض في الدجاجة انكانت البيضة لو انفصلت لها قيمة مستقلة فعلى الاول فاللازم رده مع وجوده والضمان مع التلف بالمثل او القيمة سواء سبق الفسخ التلف او التلف الفسخ وان كان التلف هنا على ملك المشتري وذلك لاقتضاء الفسخ رد تمام العوضين وان تلف البعض من احدهما القيام بدله اعني المثل او القيمة مقام التالف لكن يجعل هنا غير بعيد بناء على ما مر من معقولية تبعيض فسخ العقد ان يكون للمشتري رد المقارن دون لبنها موجودا كان ام تالفا فيسترجع ما اداه بازائها من الثمن دون الزيادة الحاصلة فيه بسبب اللبن الموجود حال العقد وان حصل بسبب ذلك تبعيض صفقة على البائع لان البائع هو الداخل بنفسه لبسه ضرر ذلك على نفسه فلا يكون مستنكرا شرعا الا ان هذا الوجه لا قائل به بل ظهور الاجماع على خلافه بل ضروري المذهب فضلا عن الاجماع المدعى فهذا مما يعبر عنه بمعنى الاشكال في وجه الخبر المذكور وما ينبغي ان يحمل عليه مع سلامة سنده بل هو من الصحيح على الصحيح اذ ليس فيه الا ابو هبيرة ابن هاشم وقد حققنا وثاقته في محله في كتابنا الكبير ثم وجدت طريقا اخر ضعيفا بعلي بن حديد وبسببه ردها المصنف في نكت النهاية وبالشيخ في رسالة وكيف كان فالاضافة

ان ظاهرها ان خيار في الجميع ان ثبت للعقد او للوقف ليس مع وجوده وبهما مع الثلث فعلم الواحد من قوله
ثلثة امداد اى من اللبن مع كون اللبن مشوبا اذ ليس فيه انها ثلثة امداد من طعام وان فهم ذلك منه ترجح فلعل الاجود
بثلثة امداد مبني على غلبة كون الشاة انما يحلب في اليوم مدادا ولو في ذلك الوقت بدل شرعي دائما
وكيف كان فحكمه لا يسقط فيه بناء على ان ملك اللبن يتبع اصله في الظهور والثبوت بل يصلح هذا النص دليلا عليه
ولو بضميمة الاجماع على عدم الفصل بين انواع الماء ومع الشك في الاجماع فليخرج هذا النوع بالنص عن اصالة القرار
في الملك نعم لو قلنا ان المبيع لا يملك الا بعد انقضاء زمان الخيار خرج النص عن ان يكون شاهدا على حكم المسألة
فان قيل كيف ثبت خيار الحيوان مع التصرف الحاصل بالحلب والشرب قلنا اولا لا نسلم في النصوص ان الفسخ بخيار
الحيوان فلعله بسبب اخر فلا يكون المعنى ان الفسخ مطلقا يوجب ذا لبن وثانيا قد تقدم ان التصرف لا يسقط
الخيار مطلقا على الاظهر وانما يسقط مع العلم فلعله احتلبها غيره وشرب لبنها مع الجهل بكونه لبنها هذا مع
امكان الاحتجاج على بعضية اللبن لاصله بعموم قوله ع الخراج بالضمان بناء على ما فسره الشيخ في ط فراجع
وتامل **قوله** في الشرح الاولى اه اقول قد تقدم البحث ان خيار المجلس والحيوان هل يسقطان بالتصرف
مطلقا او مما لا يكون للاختبار وان فيه وجهين اقواهما الثاني فلا وجه لاعادة المسألة اذ ليس للتصرف لاخيار
التصرية خصوصية تقضي ببقاء الخيار الحيواني ولو قلنا بسقوطه بالتصرف مطلقا لا في المنصوص ولا في كلماتهم
كما لا يخفى كما انه ليس للتصرف العبر الاختباري في المصراة خصوصية تقضي عدم اسقاطه خيار الحيوان الا
في المنصوص وده في كلامهم ابقاء واما الطلاق قوله في التحرير ولا يسقط بالتصرف فالظاهر ارادة بالتصرف المعهود وهو
الحلب لاختبار التصرية لا مطلق التصرف وهو واضح بناء على عدم اسقاط التصرف الاختباري الخيار واما
قوله ولا يثبت قبل انقضاء الثلاثة فالوجه ان يقال لا يثبت قبل انقضاء الثلثة اذا لم تعلم التصرية وانما
يثبت حينئذ تعلم مطلقا **قوله** في الشرح وقد قدمنا اه اول قد قدمنا ان القول بالفورية دليله الاجماع
فاعدة الضرر كما في المقام هو الاقوى لا نحصار وجه التوسعة في الاستصحاب وهو في الشك في قدح العارض
سالط قطعا عند التدبر **قوله** في الشرح فالنجاة اه هذا هو المتجه كما عرفت **قوله** في الشرح وقد لخص من جميع
ما ذكرناه ان خيار التصرية اه هذا كله منبنيا لا قوله وكيف كان اه لان التصرف المتلف لبعض المبيع انما يسقط
ان يسقط خيار العيب ان كان اختباريا لا مطلقا **قوله** ع ان كان المبيع فاسترده على صاحبه حيث احتبر ثبوت
الخيار ببقاء المبيع المعيب بحاله وكانه لقيام الاوش مقامه على تقدير التصرف واما التصرف الاختباري في غير
كالحيوان والعين والتدليس فخالف الوصف في الزيد وغيرها وفيه وجهان اظهرهما العدم على ما تقدم
لظهور قوله ع فذلك رضا منه في ان ذلك امارة الرضا لا انه بمنزلة الرضا كما مر تفصيله سيما التصرف في
باب العين والتدليس الذي منه المقام قبل العلم به فتدبر انه لا يسقط الخيار ولو لم يكن اختباريا فالقاعدة
الضرر ولو التفتنا الى ان الفسخ يوجب بعض الصفقة على البايع وهو ضرر منفي قلنا هو الذي ادخله على

نفسه بالغبن والتدليس فلا ينفي على ان رد بدل التالف بناء على وجوبه مطلقا ينفي صدق التبعيض او ينفي ضرره فتدبر جيدا على ان الشيخ هنا كما مر عن قريب منع من بطلان ما يوجب التبعيض على البايع لتبيين المشتري لانجبار البايع ح بالخيار كما مر في مسئلة من ابتاع مشتبهين صفقة وهو متين كما مر فراجع قوله في المتن وفي النافذة والبقرة تردادا اقول يشكل وجه التردد فيهما بعد تفريع ثبوت الخيار على كون التصرية تدليسا كما يشعر به قوله التصرية تدليس المناط في تاثير التدليس للخيار على اظهار وصف يزيد في القيمة عادة فيأخذ بالبهيمة الزائدة تحلبها لا يجب الوفاء بالعقد كما لا يجب مع الغبن لعموم لا ضرر وغيره كما مر في باب الخيار بل نوع من الغبن في الحقيقة عند التدبر وكاريب في ان زيادة اللبن في الناقة والبقرة مما يوجب زيادة القيمة لانه فيهما مطلوب معتد به في الانتفاع عادة بخلاف الامة والاتان وان ابيح لبنهما مطلقا وفي الجملة فلو رجح تنزيل تردد المصنف على ما استدركه الشيخ من الحكم المخالف للقاعدة ان اثبتنا للمصراة من حيث هي مصراة حكما مخالفا لها كما هو ظاهر المصنف الآن في ثبوته نظرا بل منعنا هذا واذا قلنا انه من خيار الغبن حقيقة او حكما وقد قيل انه لا فرق بينهما وفاقا وفوريته وعدمها الا فرق بين ان تكون التصرية بفعل او لنسيان الحلب فانه لو باعها بعد يومين غير المصراة اردها ونفى ما يأتي لم يكن للمشتري خيار ونعم لو جعلناه من خيار العيب فالخيار بحاله وانه لو تلفت المصراة او عيبت او تصرف قبل العلم بالتصرية فالخيار بحاله ولو جعلنا من خيار تعيب سقط الخيار بالتصرية والعيب الآتي كما مر قوله في الشرح ويمكن تنزيل كلام الاصحاب انه هنا من جدا او يراد ان الثيوبة ليس لها حكم العيب غالبا بسبب مع الطعن في السن فكانه ح عيب معلوم الثبوت عادة فلا يشهد الحال بغيره كما باشتراط الخيار على تقديره فالمراد انه ليس لها حكم العيب من انصرافا للعقد الى ارادة الفرد الكامل على تقدير الصحة لا مطلقا فتدبر جيدا قوله في الشرح او انه يتصرف فيها بوجه ان العلم بكونها ثيبا انما يعلم غالبا بالوطي قوله في الشرح تسبيد في المدد وسواه لكنه في اللمعة صرح بنفي الارش بل حكم بكون الثيوبة من باب خلف وصف الكمال كتخمر العجوة وصل الشعر وكلاهما منه عجيب سيما مع حسن ظنه بابن ادريس الذي ليس فيه الا ابراهيم بن هاشم والصحيح صحته واسمعيل بن مرار الكثير الرواية الذي هو وابن بونس دخاما ومن اعتمده المشايخ في الرواية عنه محسنه بل وثاقته قوي واما قطع حيث لم يسندها الى الامام عليه السلام ان يونس اجل من ان يسند الحكم الشرعي الى غير ما اخذه فالضمير في قوله قال للمعهد قطعا فظاهر ضعف ما في الزهراء من ضعف الرواية بسند وقطعا ثم ينبغي ان يحمل على انه يرد الارش اذا علم انه صادق في دعوى انها ثيب عنده لا مطلقا حتى لو علم انه صادق في دعوى انه لم يجدها عذراء وان احتمل عروض الثيوبة لها عند الشتري وبعد انقضاء زمان الخيار على انا في غنية عن هذا الخبر بالقواعد المقررة فتدبر قوله في المتن الا بان الحادثة اقول الا بان من حيث خصوصيته ليس عيبا حتى لو بان عند البايع مرادا ونا قطعا وانما العيب ملكة النشوز من طاعة المالك فقط وانما ذكر الا بان بالخصوص لوروده في المنصوص كما

هو طريقة الفقهاء من استنباط بعضها من النصوص في كتبهم وح فلا فرق بين الاباق وبين النبوع عن الخدمة كثيرا بحيث يوجب ذلك نقصان قيمته عادة بل لا فرق في ذلك بين الانسان والحيوان كالفرس ويتجه انها كانت مخرومة اوحرونا اوجلالة مثلا لا اقول انه يعتبر في لزوم البيع في العبد ونحوه حصول ملكة الانقياد والاطاعة للمالك حتى يقال بان الاصل عدمها فيكون الخيار فيه هو الاصل في مقام الشك بل اقول يعتبر في ثبوت الخيار ثبوت ملكة التشي المشار اليه فيه لانها هي العيب عرفا لا عدم ملكة الاطاعة فمع الشك يحكم باللزوم فافهم قوله في شرح الشرح في المسئلة الرابعة وهو مبتدأ اقول هذا هو الانصاف بل الاظهر ان وجه كون عدم الحمل عيبا دلالته على كونها عقيما او بعيدة الولادة او مريضة وذلك عيب عرفا يوجب نقص القيمة عادة اما لو فرض العلم بحملها وكونها ولودا على العادة فلعل كونه نقيصة مجرده ومن حيث خصوصيته عيبا ممنوعان او في حكم العيب بمرتبة قابل بل ممنوع بل حال الحمل حال انتفاء الشعر عن دبرها الذي قد عرفت منع كونه عيبا ولعله الى هذا ينظر كلام ابن ادريس الى منع كونه عيبا مطلقا او الى منع كون تخلف الحيض شهرا شهرا من حيث خصوصيتها عيبا فيكون النزاع معه على هذا لفظيا فان قلت ظاهر المتن والفتوى الحكم بكونه عيبا من حيث خصوصيته مطلقا وان لم يسم عيبا عرفا ولم يدل على عيب اصلا او ومتى عيبا ولم يوجب نقصا في القيمة قلت الانصاف ان النص ناظر الى ما هو الغالب عرفا المشار على ما ذكرنا من العيوب وحينئذ فلا يبقى للمتن باطلاقه فان قلت غاية الامر على ما ذكرت كون ذلك امارة على العيب لا انه عيب بنفسه وهو غالبا او دائما ظنية فقد يتفق في النساء الحيض راسا مع صحة المزاج واستفاضة الولادة كما في الصدر الطاهرة صلوات الله عليها وعلى ابيها وآله الطاهرين قلت فالازم نفي الخيار حتى يعلم العيب قلت اولا لا بعد ان في ان الامارة الظنية على العيب لها حكم العيب من التسلط على الخيار لعموم قاعدة الضرر لما في الالتزام بما شانه الامارة العادية على العيب من المخاطرة بل والتسلط على الارش مع اقتضائها نقصان القيمة عادة بدعوى ان اقتضاء العين بامارة المعيب عيب عرفا لكن لا يلزم من ذلك ان يكون ذلك الشئ عيبا مطلقا ومن حيث نفسه حتى لو قطع بتخلف ذلك الملزوم العادي جزما لوافق ذلك بل العيب في الحقيقة كونها مظنونة العيبية وثانيا انما يمكن الرجوع الى الاصل حيث لا نص ولعل ابن ادريس نظر الى الاصل هنا لسقوط النص عنده وبه صار عرفت اولا ومنه يظهر ان اعتبار الاعتياد في الاباق مرتين او اكثر كما اختاره في الروضة في المسئلة السابقة نظر فتدبر قوله في شرح الشرح في المسئلة الاولى ولو كان مورد النزاع في حال العقد امكن التخالف اقول يعني لو اختلفا في ان العقد هل وقع مقرونا بالبراءة او مجردا عنها وح فالانصاف ان احتمال التخالف في المقام ونحوه غريب جدا لان الاختلاف هنا لم يقع في ذكر من ان كان العقد كعقبين جنس الثمن او الثمن او شخصها على ما مر تحريره وانما اختلفا في امر زايد على العقد بعد انفاقهما على وقوعه وتعين مورده في انه هل حصل ما يسقط الخيار المترتب على وقوعه وحينئذ لا وهذا النزاع دائر بين النفي والاثبات كما لا يخفى بل هو من النزاع

المفروض فى المتن عند التحقيق **قوله** فى الشرح فى المسئلة الاولى فى حواشيه ان يمين المشترى هنا على نفى العلم فلو اراد الشهيدة انما كان مراده الرابع من دعوى البراءة عن العيوب دعوى انشاء عبارة تدل على انى برئت اليك منها فلا اسمعنكها واعلمك برائتى منها لا دعوى انشاء عبارة البرئ مطلقا وان لم يسمعها باها كما هو واضح فالازم على المشترى بمقتضى لزوم ورود النقض من المنكر على يمين ما ادعاه المدعى ان يكون يمين المشترى على نفى العلم على معنى نفى العلم المنسوب عن اعلام البائع او سماعه لا على نفى البراءة مطلقا اذ لا طريق له الى نفيها مع احتمال انشاء عبارة لم يسمعها مع انه لو علم بعد العقد بانه كان قد انشأها لم ينفع فلو حلف على الاول اثم ولو نكل وقضينا عليه بمجرد ذلك نفذ باطنا حضر ولو علم بانه لم يبرئه اصلا لم يلزمه التعرض له فى يمينه اذ لا حاجة له بتغريمها بفيده العلم بالبرئ وهو المفيد بالاسماع بل هو الذى ادعاه المدعى وهذا هو مراد الشهيدة وغيره من انه يحلف على انه لم يبرء البرئ من العيوب وباعه مطلقا او على التصحيح بقرينة قولهم البرئ بل هذا لا يحتاج الى القرينة لوضوح روح فالنزاع لفظى وانكان كلام الشهيدة الى التحقيق اقرب **قوله** فى الشرح وبيان مرجعه الى ما وضع عليه العقد اه ان اراد ان مرجع النزاع بينهما الى الداعى فيما وضع عليه من التجرد عن اسماع البراءة او الاقتران بها الذى قال به وان كان مورد النزاع فى حال العقد امكن التحالف وانه عبر بالبيع المفروض فيه ما ذكروا فلا تفهم معناه **قوله** فى الشرح وهو لا يخلو من اشكال اقول لا اشكال فى عدم الانفكاك بالحلف على عدم العلم بالسبق مع فرض اطلاعه وعلمه بعدم السبق سواء ادعى ذلك ام لا لان حق المدعى اليمين على نفس ما ادعاه فاذا فرض مطلعا على خفايا المبيع قبل البيع فمتى قدر على اداء حقه فالانتقال منه الى الحلف على عدم العلم بالسبق مع علمه بالعدم حيف عليه وجور باطل بل لو رضى خصمه منه بهذا اليمين لم يجب عليه اجابته ولم ينقطع الدعوى لعدم مطابقة اليمين لانكاره ولا لحق الدعوى هذا اذا كان جوابه بنفى السبق واما لو اجاب بنفى العلم به فليس هو منكرا لما ادعاه المدعى ولا قادر بحسب دعواه على اداء حقه بتمامه لوسلم له المدعى دعوى العلم بالسبق او برده ولو ادعى عليه العلم وكذبه فى دعوى الجهل به فليس ذلك من دعوى الحق والمال على غيره فيشكل وجوب اجابته لمجرد جره عن ظاهر المنصوص ايضا فاتضح فيبقى الدعوى موقوفة على البينة لاغير لانقطاع الابها او يتجدد للمدعى عليه اقرار او دفع او انكار فيحلف او يرد اليمين فيحلف المدعى عليه او ينكل فينقطع الدعوى مع عدم البينة باحد هذه الامور الاربعة واما قول الشيخ هنا ان الاقرب عدم كفاية الحلف على نفى العلم فى سقوط الدعوى لكن يرد اخاكم اليمين على المشترى فيشكل اولا بان وظيفة الحاكم تعريف المدعى عليه ان له ان يرد اليمين على المدعى لا ان يرد اليمين كما هو ظاهره وثانيا بان دعوى قيام يمين المدعى مقام يمين يعجز عنها المدعى عليه مسموعة مع تسليم المدعى عجزه فى قطع الدعوى بها وفى وجوب الاجابة على المدعى محل تامل او منع للاصل وعدم وضوح النصوص فيه **قوله** فى الشرح ولو باع الوكيل اه الوجه فى تخريج المسئلة ان يقال ولو باع الوصى بدعوى الوكالة فى البيع او فضولا وقد اجاز المالك او يقال لو باع الوكيل وكان

هو الذى

هو الذي قبضه العين فان اعترف المشتري بكونه ودعيا لم يكن له مطالبته بالارش ان امسك ولا رد العين عليه
مطلقا لاحتمال قبله باعترافه وانفساخ الرد بغيره بالبيع وانما يطالب البائع بالرد على من اعترف له الودعي بانه المالك
لامن ملك شيئا ملك الاقرار به هذا مع التسالم على سبق العيب واسخفاف الرد به ولا يثبت كونه المالك باعتراف
الودعي ولا باعترافهما بل لو انكره المشتري ضاع الارش ورجع بالعين الى الحاكم لجهالة المالك نعم لو ان بائعا
ضامنا ان كان قد دفع الثمن الى الوكيل وليس له مطالبته بينة لان للمالك فيه حق الدعوى بنفي العيب او
نفي التسبيق ودعوى المسقط او جرح البينة بل لو علم كذبه في ذلك كله لم يجز له دفع الثمن الى المشتري حذرا
من تغريم المالك فان لم يعترف المشتري بكونه امينا لغيره ولو اعترف البائع لزمه الرد عليه خاصة سواء اوعى غير
توكيل واستبداع ام لا وهو ظاهر فان اعترف البائع بعد دفع العين بكونه امينا لشخص معين تخير المشتري بين
دفع العين الى البائع نظرا الى ظاهر اليد وبين الدفع الى مدعيه اخذا له باعترافه لكن لا يطالب بالارش لو امسك
سوى البائع سواء اعترف البائع لغيره ام لا الا ان يصدقه الغير في ذلك فيخير المشتري حينئذ بينهما اخذا باليد
والاعتراف ولا يتعين عليه مطالبة الغير اي مع تصديقه البائع في كونه امينا لامكان تضاد قولهما ليدفعاه عن
من يشتي مطالبته وهذا هو مراد الشيخ ره من قوله ره واقرار الوكيل بها لا يجدي في جواز الرد عليه وربما يمنع من
جواز الرد على البائع كما لا يوجب تعيين الرد على المقر لو اراد انه لا يفيد جواز الرد على المقر كما قد يتوهم فتضعف
ظاهر ويحمل غير بعيد كما افاده بعض تلامذتنا وهو الفاضل الجواد ابن المبارك ان اراد ان الوكيل المفروض
كونه زيدا المجهول الوكالة لدى المشتري المعترف بسبق العيب لو ورد عليه العين معيبة فاقر الموكل بوكالته
يفيد جواز رده العين معيبة لان اعتراف الوكيل بسبق العيب دعوى في حقه لا تسمع نعم له احلاف الموكل على نفي السبق
فان حلف غرم الوكيل للموكل قيمة العين او مثلها صحيحة وانما نحلفه دفعا لهذه الغرامة وهو قريب جدا سيما
قوله نعم اه وح فلو نكل الموكل رد العين عليه معيبة والحكم في الارش لو اختار المشتري الامساك كالحكم في العين
لكن يشكل اطلاق هذا الحكم بالنظر الى ما لو كان الوكيل المفروض في المسئلة عزيمة بحيث لا يمكن من اقامة البينة على وكالته
كما فرضه الشيخ هنا وشيخنا المرتضى ره لانه حينئذ لم يثبت تفريطه بل اللازم تصديقه على موكله حتى يثبت التفريط
باقامة البينة على وكالته اذ لو اعترف الموكل بعجزه لم يكن له عليه سبيل ولو انكره لم يكن له عليه الا اليمين نعم لو اعترف
بالتفريط للموكل اخذ عليه ما ذكره وعلى هذا ايضا ينبغي تنزيل البحث في ان الوكيل المزبور لو انكر السبق فلم يحلف
بل رد اليمين على المشتري فحلف فهل يلزم الموكل بقبول العين من الوكيل عند ردها عليه لان اليمين المردودة
بمنزلة البينة على السبق ولا يلزمه لانها بمنزلة اقرار الوكيل اذ مع عدم ثبوت التفريط لا تخلف الحالف في ذلك كما لا يخفى

قوله ره المتن وفي الارش تردد اقول قد تقدم الكلام فيه وفي الرد وان الاظهر ثبوتهما معا فراجع وتامل

قوله ره المتن ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث فان الحكم كل فيما لم يقبض قول ظاهر الصنفين حدوث
العيب هنا انما يوجب خيار الرد فيما لم يقبض خاصة كما حكاه في المسالك عن بعضهم مع انه منع ذلك في المقبوض

جميعا الى بان يغيب بعضه كما مر فيمن ابتاع شيئا من صفقة والفرق محكم والوجه كما حررنا سابقا ان ما اختاره هما هو الوجه اذ هو غاية ما يقتضيه النص كما تقدم فتصير المسئلة ثلثية على رد المبيع بخيار العيب بخيار تبعض الصفقة في استرجاع الباقي اذا لم يكن هو المبيع في عرض بعضها عليه لعلمه بالعيب او عدم تبريه منه او مطلقا في وجه قدم ترجيح قول الشيخ رحمه بل لا يجوز له الاقتصار على رد غير المعيوب بل له رد الجملة دفعا للضرر عليه وان رضي البائع بالتبعيض وكان اضراره مهدورا بما سمعت ترجيح قول الشيخ اخيرا بل لو اراد رد الجميع ولم يرض الا برد المعيب وحده لم يكن له ذلك بعين ما مر في غائب المتاع ثم ليعلم في الشرح وثانيا بمكن القول كما في الحدائق بانه اقول لا يخفى ان مثل كلام الشهيد ره في المسالك الى ما ادعاه في الحدائق لان الملك بعد الفسخ مستفاد من البائع وبعد الامضاء مستفاد من الشارع وهو الذي ادعى الشهيد ره تبعا للانتصار والغنية على حصوله فان ادعى صاحب الحدائق ان هذا الملك وان كان مستفادا الا انه لا يعقبه الانعتاق لانه كان حرا لا رقا وساقطا قطعا غاية الامر ان الشهيد لا يدعي ان كل ملك متزلزل لا يحصل معه الانعتاق كما في الخيار المشترط والمشتري في الجنون وهو في محل ضرورة ان ما ادعاه صاحب الحدائق اجتهاد في مقابلة النص واما الشهيد فالذي ادعاه الى بعضهم ما ذكره نوعم الاجماع في المقام على استواء العيوب الثلثة في وجه الخيار بل دعوى ان ثبوت الخيار دليل دعوى بقاء ملك ما انتقل اليه ولو ملكا متزلزلا والتحقيق ان معنى الخيار وهو ان ذا الخيار يستطيع شرعا املك ما انتقل عنه وان ابى من تملكه منه ويلزمه شرعا انتقال ما انتقل اليه الى من كان له ان كان باقيا على صفة المملوكية مع ضرورة ان الملك اما كان على جهة المعاوضة فلا معنى للجمع بين العوض والمعوض واما اذا لم يكن باقيا على صفة المملوكية فلا مانع من تحقق الخيار للمشتري في تملك ما انتقل عن نفسه وان ابى البائع اذا اقتضاه الدليل كما ان المانع ليس فيه جمعا بين العوض والمعوض في آن واحد فقد مر منا فيما سبق ان هذا المعنى هو اوجه الوجوه المحتملة في قولهم في كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه واما ما ذكره الشيخ ره من الانفساخ في الثمن ورجوعه الى المشتري فهما عليهما معا فيشكل اولا بمخالفته الاصل مع عدم وضوح الدليل عليه وثانيا بانه اقتضائه استعمال الرد في بعض المسئلة المشتملة على الجذام وغيره بالاعم من الفسخ الاختياري وغيره وهو خلاف الظاهر فيها ظاهره في ارادة خصوص الفسخ الاختياري وان الفسخ في هذه العيوب كلها من نوع الفسخ بها في العيوب وان زاد عليها بعضها مع بحثه العيب الى سنة وان قضى بل ظاهر الفقهاء الاتفاق على ذلك وثالثا بان التملك القهري لم يثبت شرعا في غير الارث واما اما لو تلف المبيع قبل القبض فعلى الوجوه السابقة ره فالاحتمال الاخير هو المتجه لكن مع ثبوت الارش هنا اشكال من وجهين الاول في ثبوته في هذه العيوب السنوية مطلقا اذا قبض المشتري المعيب صحيحا قبل انقضاء السنة لخلو نصوص المسئلة جميعا عن ذكرها اما اذا تضمنت الرد خاصة مع عدم انقضاء شئ مما استدل به عليه في المعيب الحادث قبل العقد او قبل القبض لتوهم في الحادث بعد القبض ولو في الثلاثة الوضوح حصول التلف في المبدلين بدعهما مشتملين على وصف الصحة وليس في العقد ما يقتضي ضمان بقائهما على وصف الصحة كما

انه ليس فيه ضمان عند عرض التلف بعد القبض والقبض مرتفع بدفع الصحيح سيما والمشتري هنا مسلط على الجناية بترك الرد والامساك وظاهر ان النقوص السابقة ليس فيها ما يشمل العيب الحادث بعد القبض في الجارية والارش والامساك الاسلم ثبوتهما في الحادث بعد القبض ولو بعد سنة الا ما خرج وهو كما ترى بل قد يستشكل من بعض النقوص الباب على ثبوت الارش كقوله ع في خبر علي بن اسباط الجارية والحيوان ثلثة ايام للمشتري وفي غير الحيوان ان يقترقا واحداث السنة بعد السنة قلت وما احداث السنة قال الجنون والجذام والبرص والقرن الحديث كما ذكره الشيخ ره فاقترن بخيار الحيوان والمجلس فليشهد باستيفائها في انقضاء الارش وايضا قوله ع فالحكم انه قد يستشم منه الحرص بما ذكر ولو قبل اولاده ع بورود المملوك من احداث السنة عرفا بمنزلة قول حدوث هذه الاحداث بعد العقد الى سنة بمنزلة حدوثها قبله وبكل ما قدره الشارع من الخيار والارش وغيرهما قلنا عهدة ذلك على مدعيه نعم ان تم الاجماع عليه والا فينبغي النظر في الوجه الثاني اما لو سلمنا اقتضاء الدليل ثبوت الارش في هذه العيوب فانما يسمى ارشا والارش وما في معناه كنقصان العيب ينحو على نقصان فعلي من قيمه مملوك بالفعل لا بحسب الفرض والتقدير اذا عرفت ذلك فرع افراد ملكية المبيع المعيب والمفروض انتفائها والاكتفاء فيها بالفرض فرع قيام الدليل عليه بالخصوص وشذوذه بالجناية على الحر لا يوجب القياس **قوله** في المتن وفرع هذا الحكم بيشمع عدم الاحداث اه اقول ظاهر اطلاق سقوط الخيار بالتصرف المغير سواء كان قبل العلم بالعيب او بعده واطلق غير واحد السقوط بمطلق التصرف سواء كان مغيرا ولا يشكل الاول بان مناط السقوط في النصوص الناقلة انما هو التصرف المغير في معيب كما في صحيح حديث فيه العيب ح فالتصرف المغير وغيره قبل حدوث العيب لا دليل على سقوط الخيار به بل يدفعه ان يقال انما المناط فيها انما هو التصرف في معيب قد ثبت قبل القبض كما مط ح فلا دلالة فيها على سقوط بغير كما اشرنا اليه فيما قرع الجهل بالعيب مط ولا على ثبوت الارش بتركك وهو نعم هنا فيه الاولوية محل تامل اذ ليست بقطعية ولا قطعية وكان هذا هو وجها فاستشكله ع المغير وهو يشعر بعدم ثبوت الاجماع عنده على عدم الفصل بين عيوب السنة وغيرها في ذلك ح فيكون اطلاق النصوص في الباب على الخيار واصالة البراءة من الارش سليما عن المعارض فان ذلك انما قلنا بسقوط الخيار في المغير بان تقدم الضرر على البايع قلنا فليلزم المشتري بدفع الارش ان اختار الفسخ جميعا بين اطلاق النقوص فاعلم المغير كما اعترف به فيما لو حدث في المعيب عيب بعد القبض ويشكل الثاني اولا بما اوردناه على الاول وثانيا بانا لو سلمنا اتحاد الحكم في المسئلتين فيمكن منع اقتضاء التصرف الغير المغير سقوط الخيار لظهور صحيح ابن مسلم في ذلك لقوله ع انكان المتاع قائما بعينه رده على صاحبه واما قوله في صحيح زرارة الثاني وقد مر شيئا فلعله ايضا ظاهر في ارادة خصوص المغير اذ لا يقال لمن مس الثوب مثلا انه احدث فيه شيئا لكن لا يبعد عدم الفرق بين المغير وغيره لاطلاق النصوص سقوط الخيار بوطي الجارية والظاهر عدم الفصل لا يقال التعارض بينها وبين صحيح ابن مسلم المعلوم من وجه فليرجع الى الاصل والاستصحاب يقتضي البقاء لانا نقول لانسلم في بينهما الا ان

الاول انما اقتضى ان التغير من حيث هو يقتضي السقوط والثاني انما اقتضى ان التفرق من حيث هو واجب يقتضيه لكن نقل ابن زهرة على الفرق بين المتغير وغيره في اسقاط خيار العيب الا في وطي الجارية بل ظاهره الاجماع على ذلك وتأمل ان حمل النصوص على صورة فرض عدم التصرف اصلا في غاية البعد وان لم تكن جوابا عن سؤال كما لا يخفى فلعل نظر من اطلق التصرف الى خصوص ما يكون بعد حدوث العيب في مقابلة من اقتصر على المتغير وكلاهما من اعتبر التغير نظره الى ان هذه العيوب كتغيرها في سقوط الخيار بالتغير فيه حيث يحدث حال كونه معيبا لا مطلقا واما التغير قبل ذلك فان كان جنابة يوجب الارش فله حكم من تسلط البائع على طلبه مع الرد واما التصرف بعد حدوث العيب والعلم به فلا اشكال في اسقاط الخيار به لعموم التعليل السابق في خيار الحيوان ولعل المراد من عبارة الحلي بل وابن زهرة وهو صريح المراسم حيث قال في المسئلة الا ان يحدث المشتري فيه يعني المملوك ما يدل على الرضا بعد علمه بالعيب مثل في الوسيلة وهو مما يقوي الاشكال السابق ويقويه ايضا اطلاق النهاية لكن في المقنعة فان وطئ الامة في هذه السنة لم يجز له ردها وكان له امساكها صحيحة وسقيمة واستحسن في نكت النهاية قال الاطلاق ما دل على ان احداث الحدث يمنع الرد والمسئلة محل تامل اما لو حدث في المملوك عيب اخر ففي الوسيلة لم يكن له الرد وله الارش وعندي فيه نظر يعرف مما مر **قوله** في الشرح الامر ابن زهرة في الغنية آه اقول هذه عبارته كلها فان اختلف الجنسان وكان احدهما ذهبا والاخر فضة سقط اعتبار التماثل فقط واعتبر الحلول والتقابض بلا خلاف فان لم يكونا ذهبا وفضة سقط اعتبار التماثل بلا خلاف واما اعتبار الحلول والتقابض فهنا فهو الاحوط يصح البيع من دونهما وان كان مكروها بدليل اجماع الطائفة ويحتج على المخالف بما رووه من قوله عليه السلام اذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم انتهى فتدبر **قوله** في المتن والاعتماد بعادة الشرع فما ثبت انه مكيل او موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله فهو الاصل في هذه الفتوى الشيخ في ط فانه قال المماثلة شرط في الربا وانما تبنى العادة بالحجاز على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ثم بعد الهجرة وغيره حتى حكى الاجماع عليه بغيا واما بعض المتاخرين لكنا لم نجد ممن تقدم المصنف الشيخ في الخلاف والنهاية اشارة الى ذلك بل ظاهر الشهيدين في اللمعتين خلافه حيث قالا ويعتبر المتجانسان اذا قصدا بالكيل او الوزن والقصد غالبة منه اذ هي بين صنفين احدهما لا ربا الا في مكيل او موزون والثاني لا باس فلم يكن كيلا ووزنا والظاهر انهما في معنى واحد وهو تخصيص موضوع تحريم الربا بمعنا والكيل او الوزن اما اعتبار كون الاعتبار في عصر النبي صلى الله عليه وآله خاصة فلا دلالة فيها عليه والاجماع المنقول عهدته على مدعيه بل هو كاحتمال جعل الموضوع مطلق ما عرض له الاعتبار بالكيل او الوزن قبل البيع بالزيادة وان لم يعتد او جعله خصوص ما اعتبر البيعان بالزيادة بالكيل او الوزن عند وان لم يسبق بيعهما قبل البيع بالزيادة بذلك بيعهما باحدهما مع ان هذين الاحتمالين مما لم يجمعهما احد وان كان الثاني مما ربما توهم من الثاني في بعض الطلبة مع ان اللازم بناء على جعل الموضوع ما ذكره الشك في حكم مشكوك الاعتبار باحدهما في ذلك العصر وان كان مما اعتيد اعتباره باحدهما في جميع الامصار بل والاعصار الا عصرنا هذا بل اللازم الجزم بخلافه بل

الحرفية بعدم التحريم في كل ما حدث استعماله كالتتن والقهوة العربية والعجمية والبابنه وغيرها اللهم الا ان يقال انما يحكم بالربوية في الاول لاصالة عدم الانتقال او لاجماع يخصه لعموم الادلة وهو كما ترى مع انهم بل لعل المفهوم بينهم ان مشكوك الاتحاد في الجنسية الاصل فيه الحلية وان كان الاقوى خلافه وفي الثاني الا بعد دليل الموضوع المشار اليه الى المستعمل خاصة فيبقى عموم الابد في الحوادث بحاله والوجه ان يقال انما الدليل في ذلك عموم النص وانما حكم بعدم ربويته ما اعتيد اعتباره بعده باحدهما وبربويته ما اعتيد اعتباره بأحدهما وبحصره وان تحير الاعتياد نظر الى ان نص الامام حكاية لسنة الرسول ص وان كان النبوي ص قد قال لا ربا الا فيما يكال او يوزن كان دالا باطلاقه على تحريم الربا فيما يعتاد بكيل او وزن سواء خرج عن ذلك الاعتياد بعد ذلك ولو في عصره ص او لا وبكيل او وزن ولو اعتيد بعد ذلك باحدهما فيكون موضوع التحريم هو ذات ما اعتيد فيه احدهما الا ان الاشياء من حيث مطلق الاعتياد وموضوع التحليل ما عدها وبشكل بانه لا يبقى في كونه حكاية ولبس ابتداء تشريع لكن لا يخفى انما ان يكون نقلا باللفظ او بالمعنى وكيف كان فلا ريب في ان المتبادر منه ان موضوع التحريم مطلق ما حصل فيه اعتياد الاعتياد باحدهما سواء كان ذلك الاعتياد في عصره ص او في غيره وسواء كان مسبوقا باعتياد غيرهما او لا او مجهول الحال **قوله** في المتن وما جهل الحال فيه رجع الى عادة البلد وان اختلف البلدان فيه فلكل بلد حكم نفسه وقيل بغلبة جانب التقدير يثبت التحريم عموما اما اولا منشأ الاختلاف هو الخلاف في معنى قوله ع لا ربا الا في مكيل او موزون ونحوه فمبنى الاول دعوى ان المفهوم منه ان ما يعتاد فيه اعتباره بالكيل او الوزن يحرم فيه التفاضل على من اعتيد عندهم ذلك ومبنى الثاني على دعوى ان المفهوم منه ان ما يعتاد فيه احدهما يحرم فيه التفاضل مطلقا ويمكن الاحتجاج لاثباته بانا لو فرضنا الاجمال فالاصل يقتضي عدم الانتقال فيثبت عموم التحريم كما قرر وبهذا يظهر ما في قول شيخنا ره ان صدق التقدير يعارضه صدق في عدمه وكما ان الاول مناط الربا كذلك الثاني مناط عدمه فتأمل فانه غريب فان المدعى ان مستمى اعتياد احدهما الا مقيدا بمكان هو موضوع التحريم واذا صدق في ذلك امتنع صدق عدم ضرورة فان اراد ان مناط التحليل مستمى اعتياد الاعتبار بغيرهما فغير مفيد ظاهرا لا دليل عليه وكذا قوله واصالة الجواز المستفادة من اطلاق الادلة وعمومها تقتضي الجواز ولا يعارضها اطلاق حرمة الربا بعد تقييد باشتراط الوزن والكيل فانه غريب فان اجمال المراد من الاستثناء يوجب اجمال المستثنى منه فان قيل الازم من جعل موضوع التحريم معتادا الاعتبار باحدهما في الجملة الاكتفاء بسبق قديما وان عم الانسلاخ منه قلنا نعم ان الظاهر المتبادر على المشتق ظاهر في دوام مدار التلبس واما القول الثالث فان اريد منه انه اذا غلب المعد مثلا بحيث كان الاعتبار باحدهما الا بمعنى معادا للقلة وان تكرر ولا يبقى المعتبر مكيلا ولا موزونا عاد وفي الجملة ولو في بعض البلاد جاز التفاضل والا فلا وان استوى المعد لصدق اسم المكيل ح وان صدق اسم المعدود به ايضا لان صدقه لم يجعل مناطا للجواز رجع الى القول الثاني والا فلا نعرف وجهه وكيف كان فلا وسط اوسط **قوله**

ج ٢ الشرح

في الشرح في شرح قول المتن والمراعى في المساواة وقت الايتباع قد يقال بوجوب تقييد ذلك بما اذا لم تختلف كيفية الرطوبة الخ اقول هذا الوجه هو الوجه بناء على تعميم العلة في بيع الرطب بالتمر ضرورة ان قوله عما ينقص اذا جف اما ان يكون تعليلا للمنع بنقصان ما جف عنه رطبا واما ان يكون تعليلا بنقصان ما جف عن بدله الجاف فعلا الاول فلا ريب في حصولها وان احتملت المساواة عند جفافهما بل وان علم وعلى الثاني وهو الظاهر فقد جعل النقصان عن البدل واقعا علة في المنع من المبادلة لا النقصان المتأخر المعلوم حين العقد بوصف كونه معلوما او لا العلم به وحينئذ لا طريق لنا الى احراز المساواة واقعا فالاصل عدم الانتقال فيثبت التحريم وسبقه من شيخنا وغيره من الفقهاء في المسائل الاتية ما يؤيده وح فقوله الا ان يدفع بمنع اقتضاء النصوص شرطية المساواة بل اقتضاها الحرمة يتحقق النقصان غريب جدا واغرب منه قوله بل مقتضى اطلاقها الصحة وان تحقق النقصان متأخرا عن وقت الايتباع **قوله** في المتن وفي بيع الرطب بالتمر تردد والاظهر اختصاصه بالمنع الخ في المسئلة اقوال ثالثها التفصيل بين بيع الرطب بالتمر فيمنع وبين غيره كما اختاره المصنف وهو من فروع انكار منصوص العلة كما عليه المرتضى وتبعه ابن ادريس الجواز جريا على اصله ومن الغريب انه قال اجمع على الجواز بأسره لا خلاف في جواز بيع البسر بالتمر قال فلو كان التعليل في المنع من بيع الرطب بالتمر صحيحا لما جاز بيع البسر بالتمر مثلا بمثل ولا خلاف بين اصحابنا في ذلك بريد ان البسر يكون رطبا ثم يجف فينقص وبدفعه ان اللازم من تعدية العلة في المقام انما هو النسبة بين كل رطب فعلا وبابسه لا ما يكون رطبا بل هذا قياس محض لا يمكن الاشكال ان النص المعلل في المقام لو سلم ظهوره في التحريم معارض بما هو اظهر منه او هو نص في الجواز وهو قوله ع وقد سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال لا يصلح الا مثلا بمثل واحتمال ارادة المماثلة في المآل غلط فاحش والتحقيق في محله ان المعارض متى كان من حيث النصوصية والظهور لم يلتفت الى شئ من المرجحات حتى الشهرة الا ان يدعى سقوط المخالف عن الحجية وكانه لهذا حكم بالكراهة الشيخ في الاستبصار وموضع من المبسوط واختاره صاحب الكفاية والحدائق وتوقف في الدروس وعلى المنع فلو زيد في الرطب بمقدار ما ينقص الجفاف فالمنع ايضا نظرا الى الزيادة الفعلية **قوله** في المتن اذا كان في حكم الجنس الواحد احدهما مكيل والاخر موزون كالحنطة والدقيق فبيع احدهما بالاخر وزنا جائز في الكيل تردد والاحوط تعديلهما بالوزن اه اقول في المسئلة وجوه اربعة الجواز كيلا ووزنا والمنع كذلك والتفصيل بجوازه كيلا لا وزنا وعكسه منها انه هل يكفي في الجواز المماثلة بأيهما حصلت او يكفي في المنع التفاضل بأيهما حصل وان المانع هو الزيادة بحسب المعيار المأثور خاصة وان المانع هو الزيادة من حيث العين ولعل جزمها اخيرها وهو اختيار المصنف وجماعة هذا كله بناء على جواز بيع المكيل موزونا وبالعكس كما هو الصحيح نظرا الى حصول المعلومية وارتفاع الغرر به كما قرر في محله اما بناء على المنع كما اختاره شيخنا هنا فلا ريب في تعين البطلان هنا ومطلقا لكن لا من حيث لزوم الربا بل لبطلانه في نفسه من حيث الغرر بنا ان الزيادة انما تصدق على الزيادة من حيث العين فاذا استويا في المكيل مع فرض الزيادة التي لا يتسامح بمثلها لو اعتبرا بالوزن

كانت هذه الزيادة غير بها نعم لو فرض منعها للزم المنع من البيع بالكيل في الجنس الواحد مثلا مختلفا بالوزن لقلة احدهما وخفة الاخر وانكانا مكيلين او موزونين او مكيلين وموزونين وشاكلته اختلافهما في وجه قد يسوغ الابتساح بها عادة كالحفنة والشعيرة اللهم الا ان يفرض ان القلة للزيادة في كمية الاجزاء بل الخاصة في نفس الجسم فالملازم على هذا جواز بيع المثقل بالمخفف من الجنس الواحد بالكيل والاوجب اكمال المخفف بمقدار الزيادة فيباع مثلا الصاع من الحفنة الذي يوازن رطلا بصاع ونصف من الدقيق الا ان يقع قصدهما على مبادلة المخفف بما يوازنه من المثقل ويقصد في اثنائه الصبر بل يلزم جواز الزيادة في الكيل في المخفف بمقدار القلة فيباع الصاع من الحفنة الذي يوازن رطلا مثلا بصاع ونصف من الدقيق والانصاف ان بقاء السيرة جارية على المسامحة في هذا النفاوة مطلقا وان اطلاق الاذن ببيع المكيل بمثله كيلا بل وغير المكيل بناء على الصحة وصدق المماثلة بالكيل عرفا وان التفاضل بالوزن لا تضر به اذ لا محذور يقتضي خروج هذه الزيادة عن موضوع الربا او عن حكمه فيكون هذا النوع من الربا مستثنى كغيره من المستثنيات وكانه من هنا زيد المضرة في الكيل بل ذاك الاحوط تعديلهما بالوزن مشعرا بجواز تركه وربما يؤيد اعتبار التساوي بالوزن بان الوزن اصل للكيل لتقديره بركا في الوسق والصاع والكر وغيرها وفيه ان لزوم تقديره بغير ثابت بل لو ثبت لزم خروج الكيل عن الاعتبار اصلا فان كان المدعى في ذلك فهو كما ترى بل اللازم على ذلك صدق اسم الصاع مثلا على كل من المثقل والمخفف مع عدم امتلائه من المثقل بما لا يتسامح به عادة وان اريد انه الاغلب او ان الغالب في مقدار الوزن فلو سلم لم يقتض المدعى كما هو ظاهر وقد ظهر من هذا كله مناط الوجه الاول والاخير وان الاول اقوى ووجه الثاني دعوى عدم صدق المماثلة مع حصول التفاضل عينا او كيلا وضعفه ظاهر نعم لو قلنا ببطلان بيع المكيل موزونا وبالعكس انجر البطلان مطلقا في مفروض المتن كما انه لو قلنا ببطلان بيع الموزون مكيلا وبالعكس فالمتجه الصحة لو بيعا وزنا والبطلان لو بيعا كيلا لبطلان بيع الموزون منهما الا لحصول الرباح كما مر في عبارة المصنف محتملا كما يشعر به فرض المسئلة فيما كان احدهما مكيلا والاخر موزونا لا فيما كانا احدهما اخف من الاخر بما لا يتسامح به عادة مطلقا كما يقتضيه سوق المقام كما انه لو فرض القول ببطلان بيع المكيل موزونا دون العكس فالمتجه العكس ووجه الثاني وهو اختيار العلامة في المختلف ان الاعتبار في المماثل على الاعتبار المعهود في زمن تشارع فاذا اوجب المماثل وحرم التفاضل انصرف الى الزيادة بحسب الاعتبار المعهود في زمانه وان خرج الى اعتبار اخر بعده بحيث يجر الاول كما في الحفنة والدقيق للاتفاق على ان الحفنة مكيلة في عصره وانكانت في زماننا موزونة فلو بيعت بالدقيق كيلا صح لجواز بيع الموزون مكيلا ولم يكن ربويا لانتفاء التفاضل بحسب الاعتبار المأثور بينهما من حيث كونها مكيلة في عصره وح فلا اثر للزيادة العينية بحسب الوزن لحصول المماثلة المعتبرة بل لو بيعت بدقيق وزنا لم يصح لا لعدم صحة المكيل الذي هو الدقيق وزنا دون العكس لا قائل به بل لحصول الربا للقطع بزيادة الدقيق بحسب الكيل الذي هو المأثور فيهما ولانه لو كان الوزن فيهما ما ثورا انضم بخبزيتها

به كيلا فلا وزنا وانه لو كان المأخوذ فيها هو الوزن فما عشر جاز وزنا لا كيلا وبتكيلا ولا بما عرفت من ان موضوع التحريم عندنا هو الذى خصوص المكيل او الموزون فى عصره وانما الموضوع هو المكيل ما دام مكيلا والموزون كذلك وعليه فالازم الجواز وزنا لا كيلا لا العكس وثانيا الكلام منا فى ان المحرم هل هو التفاضل الحقيقى او الاعم منه ومن التقديرى سواء قلنا انه يحرم فى المكيل والموزون فى خصوص ما ومطلقا وحيث ان الانصاف انه لا يعقل التفاضل حقيقة على الزيادة بسبب محض الكيل مع التفاوت فى الوزن ايجاد الفعل بصحح به بزيادة فى احد المتفاضلين كيلا لا وزنا العكس فاذا ثبت ذلك ثبت عدم حرمة التفاضل التقديرى الذى يحصل بمحض الكيل وبه يحصل التساوى وزنا فينبغى الكلام فى وجوب تحصيل التساوى الحقيقى وينفى التفاضل الحقيقى ويجوز الوجهان فيه وجهان قدمنا

قوله فى المتن الاربا بين الوالد وولده اه اقول الاربا فى شمول النص فى ذلك للولد وان نزل ذكرا كان او انثى فيدخل فى ذلك الخنثى وان جعلناها واسطة ولو كان الولد من الزنا وسلم انه منه فلا ربا فى ثبوت الحكم له لان اثبات اثبت الحكم للوالد الواقعى ولو لم يعلم انه منه ثبت الربا بينهما لا لعموم التحريم بل لاجمال المصداق الموجب لجريان اصالة عدم الانتقال وان كان الاصل البرائة نظرا الى حين انشاء العقد من حيث كون الشبهة غير مصداقية والاصل فيها البرائة **قوله** فى المتن فلا ربا بين المولى ومملوكه اقول هذا الحكم غالبا غير محتاج الى النص لخروجه عن عموم التحريم ضرورة انه انما يتصور مع تعدد المالك والمملوك لا يملك ما لم يكن مكاتبا على المشهور فهو من قبيل المتمالية باستثناء الموضوع لكن حمل النص والفتوى على ما هو الغالب من كون العبد غير مالك فهو وجه لالغاء عن الفائدة مستمر مع جميع فى النص بينه وبين الولد والاهل وحمله على انه كناية عن ان العبد لا يملك مع انه خلاف الظاهر منافى لظاهر الجمع وح فالاولى حمله على ارادة انه لا ربا بين السيد وبين عبده المالك او لو ملك فلا يضر ذلك ندرة وجوده ودعوى انصراف النص الى غيره كما هو ظاهر شيخنا دعوى غير مسموع بعد جعل الغضبرة فرضية لا تعليلية بل تخصص الغضبرة بالمكاتب ونحوه ممن يقال بملكه وح فقول شيخنا بحرمة الربا فى المكاتب لذلك فى وجوده والاصل التحريم محل نظر واعرف منه انه مع بنائه على اختصاص الحكم بغير المالك استقرب جريان التبعيض فى المبعض بالحرية او الشركة قال وظهوره فى اتحاد المولى لا يمنع من التبعيض كما فى ذكوة الفطرة وغيرها فان البعض فيه قاعدة مسلمة وح فيصح العقد الربوى مع العبد المبعض بالحرية او الشركة بينه وبين مالك البعض كما يصح بيع الوالد وشريكه المال المشترك على ولده مثلا بمثلين بالنسبة الى حصة الاب اصلا وفضلا ويبطل بالنظر الى حصة الشريك كذا قول لا يخفى ان معنى البيع انما يعقل مع تعدد المالك والمال فكيف يعقل صحته ولو بالنسبة مع فرض العبد بالنسبة الى نصيبه المملوك لا يملك وان فضيلة نفى الربا مختصة بغير المكاتب ونحوه وكيف يقاس المقام بناء على ذلك على المال المشترك المتعدد ذاتا وما لكا ولو نزل كلامه على ان المراد انه ينفى الحكم بالتبعيض هنا بناء على اختصاص الفضيلة بالمكاتب ونحوه لان التبعيض بسبب الحرية او الشركة ينفى التبعيض فى الاحكام مطردة فنوهنا معقول لكنا نقول انما نحمل ذلك حيث لا عموم يجب الاقتصار فى مخصص

على المتن

كتاب التجارة

على المنع فتخرج ولا ربا بين السيد وعبده انما يهم منه غير البعض فينفي هو على الاصل
ان في النصوص ما يدل على التحريم فيه بالخصوص **قوله** في المتن ولا بين الرجل وزوجته قوي لا ربا بينهما
والقوي للزوجة الدائمة والمنقطعة حرة او امة مسلمة او ذمية ان ثبتنا الربا في المكاتب والذمي وشكك
بعض المتأخرين في المنقطعة بدعوى انها لا تسمى زوجة او اهلا ولا ينصرف اليها اللفظ سقط انما الاشكال
في المطلقة الرجعية والتحقيق ان يقال ان قلنا ان الطلاق انما يؤثر الفرقة كما هو الاقوى من حيث وان الزوجية
تجدد للزوجية لثبت الربا اذ ليس لنا ما يفيدها بحكم الزوجية وان لم تكن زوجة في جميع الاحكام حتى يحتج
المقام واما الاستصحاب هنا فليس شيء **قوله** في المتن ولا بين المسلم واهل الحرب اه قول ينبغي ان يعلم اولا ان
ظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ان العقد الما مور به الوفاء
بقوله تعالى اوفوا بالعقود ما تولا التراضي منهما لم يحل اكل المال والاستيلاء عليه وان كان الحربي الغير المعصم
بذمة او امان مستباح الدم والمال فلو كان عقد الحربي مع المسلم على ما له بالبذل كالبيع او مجانا كالهبة
باطلا وانما يبطل من احد الطرفين بطل من الاخر لارتباط واذا بطل اصل العقد لم يحصل عوض البطلان
ولا التحريم الذاتي بسبب الربوي فان الربا المحرم هو الزيادة والتفاضل عما لولا التفاضل لصح بيعه و
على هذا فيكون قوله ع ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا اخذ منهم اتلافهم بدلهم ولا نعطيهم ان حمل على
خصوص الحربي الغير المعصم كما قد يدعى استظهاره صح كان من باب الستانية بانتفاء الموضوع كما يأتي عن استيلائنا
اموالهم بل يتعين حينئذ ذلك ح فيكون معنى قولهم ولا نعطيهم ولا يجب علينا ان نعطيهم وان اوفينا
العقد اللهم الا ان يجعل موضع الربا الاعم مما لولا التفاضل لصح بيعا ام لا وهو خلاف ظاهر قوله تعالى يا
ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا وقوله تعالى فان تبتم فلكم رؤس اموالكم وظاهر قوله تعالى
ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا بيد والله العالم ان الله احل البيع وحرم
الربا منه وان كان مثله في جميع القيود الا التفاضل وان حمل على ظاهر التسليب سيما مع قوله فاخذ منهم
اتلافهم بدلهم ولا نعطيهم لزم ان يراد ليس بيننا وبين اهل حربنا الا اعتصموا منا بذمة او امان ونحوها قلنا
في قوله ليس بين السيد وعبده فيكون ح دليلا على مذهب المفيد والمرتضى وغيرهما من جواز الربا بين
المسلم والذمي مضافا الى مرسل الصدوق ليس بين المسلم والذمي ربا وان اختار المصنف خلافه في قوله و
يثبت بين المسلم والذمي وفاقا للمشهور للاصل فان احتجوا عليه بصحيح زرارة ليس بين الرجل وولده ولا
بينه ولا بين عبده ولا بينه وبين اهله ربا انما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك قلت فالمشركون بعضهم
وبينهم ربا قال نعم اذا لا بد من حمله على المعصم بذمة او امان لما عرفت بل هو ظاهر النص قلنا اثبات حرمة
الربا في الجملة فيما بيننا وبينهم لا يمنع من جواز ذلك فان المفيد واصحابه انما اجازه اخذا لارفعا ولو
سلم ظهوره في عموم التحريم لكان اللازم تخصيصه بما سبق تحكيما للنص على الظاهر فاعدة مطردة فان حمل

في عدم جواز بيع لحم الحيوان بجنسه

المتن يحمل على ارادة انه يثبت في الجملة بعض ما تقدم مع السكوت عنه خوفا او دفعا للتراع لكثرة خلاف الناظر قوله في المتن لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه اول اتفق كلمة الاصحاب على ذكر هذا الحكم في هذا الباب اكثر صريحا في المتن على تعميد الحرمة بجميع الجنس دون مخالفه كلحم الشاة بالشاة والبقر بالبقر لا مطلقا بل بعض جماعة على الاجماع عليه لكن منهم من اطلق كما عن جماعة منهم المعتبر في المقنعة لا يجوز بيع الغنم باللحم لا وزنا ولا جزافا لانه مجهول وكانه يريد مجهول المساواة نظرا الى ان الحيوان لا يوزن عادة وكيف كان فالمشهور نظرا الى انه يستثنى من اعتبار اعتبار المكيلية او الموزونية في خبر التفاضل خصوص بيع اللحم بالحيوان فانه يحرم وان كان الحيوان مما لا يوزن واما الوفرض ووزنا واستويا فلا باس قطعا ولو اختلف الجنس فلا باس وتفاضلا واما المطلق فيحتمل ان يكون غرضه ايضا استثنى من كلا عموم اعتبار اعتبار المكيلية او الموزونية واتحاد الجنس بيع اللحم بالحيوان فيحرم التفاضل فيه وان اختلف جنسهما اما لو علمت المساواة فلا باس ويحتمل ان يكون غرضه الاستثناء من العموم الاول خاصة ويشهد له اطلاقهم اعتبار اتحاد الجنس بحيث يشمل المقام وان الفتوى يلزم فيها التحرير المتقدم ولم يفتوا على انه يحرم وان اختلف الجنس وانما اطلقوا الفتوى اطلاقا فينبغي ان يحمل على انه يحرم بشرط حصول الشرط المقرر وهو اتحاد الجنس والا فبين الاطلاقين عموم من وجه فيحصل الاجمال وهو منافٍ للمقام الفتوى مع انه يمنع من تسمية استثناء اعتبار اتحاد الجنس المبحوث فيه واما اغتفار الشرط الاول فوضوحه يغني عن التصريح به وح فتتفق كلماتهم جميعا على ارادة اغتفاره خاصة واما الوفرض ووزن الحيوان واستويا فلا ريب في جواز بيع اللحم به ح عندهم جميعا ضرورة ان ذكرهم هذا الحكم في هذا الباب واتحامهم اياه فيه قرينة حالية اقوى من كثير من القرائن اللفظية على ارادة انه لحرمة بيع اللحم بالحيوان من حيث الوزن لا انه عنوان مستقل يثبت حرمته في نفسه شرعا كما يثبت حرمة الربا في بيع الكالي مثلا استويا ام تفاضلا اختلف جنسهما ام اتفق اذ لو كان ذلك مرادا من اطلق لوجب صرف ما افتضته القرينة الحالية من كون الحكم من حيث الوزن وافتوا لذلك على انه يحرم وفرضا استويا ام تفاضلا اختلف الجنس ام اتفق ولكانت المسئلة خلافية في ذلك الضرورة على خلافه فمن الغريب انه مع وضوح ذلك احتمل شيخنا ره ممن اطلق الحرمة وفرضا بل استقربه وكان الذي دعاه الى ذلك ظنه ان الذي يقتضيه الدليل مع انه انما اعتمد في ذلك على النبوي نهى عن بيع اللحم بالحيوان والموثق عن ابي عبد الله ع ان امير المؤمنين ع كره بيع اللحم بالحيوان بتضمينه قوله في مقام اخر ان عليا لا يكره الحلال والاجماع المحكي في الخلاف والغنية وكل ذلك لا يفيد المطلق اما النبوي فبعد تسليم انجباره بالعمل فالام فيه يحتمل الجنسية والعهدية الذهنية فيراد انه نهى عن بيع اللحم المقابل بجنسه من لحم الحيوان بالحيوان فان معرفة تحريم بيع الجنس بمثله مع الزيادة واحتمالها امر لا يكره وذلك يوجب قرب احتمال ارادة العهد غاية الامر حصول الاجمال الموجب لسقوط الاستدلال بل كان اللازم حمله على العهدية لكونها الفرد المتيقن الاستثناء وح فوجه الحاجة الى الاستثناء انه حيث كان الحيوان انما يصدق حقيقة على الحي او انه ظاهر في

بحيث يصح اطلاق البيع وكان مما لا يكال ولا يوزن احتيج الى استثنائه من عموم اعتبار المكيلية والموزونية
في الربويين بالنص عليه نعم اقرب الاحتمال عهد بالمقابل بالكل منه في الجملة بفتح حينئذ ارادة تحريم بيع
اللحم بالحيوان ولو من غير الجنس متفاضلا فيكون استثناء من كلا القاعدتين في الزبدية ضرورة ان العهد بالنسبة
اقرب لو فرض الاجمال سقط الاستدلال لعدم لزوم الاقتصار على المتيقن استثنائه وثانيا بينه وبين قوله اذا اختلف
الجنس فبيعوا كيف شئتم العموم من وجه فلا يتم الاحتجاج به على ارادة الاستثناء من قاعدة اعتبار اتحاد الجنس
في خصوص بيع اللحم بالحيوان بل اللازم الرجوع في مختلفي الجنس الى اصالة الجواز واما الموثق فمن الواضح ان الكراهة
اعم من التحريم وقوله لا يكره الحلال لا يصلح ان يكون قرينة على ارادة الحرمة في لسان علي عليه السلام في كل مقام ضرورة
ان المراد انه لا يحرم الحلال لانه لا يكره المكروه شرعا ولا يرجح تركه ان جاز فان احتمال ذلك عليه صلوات الله عليه
والكفر ولانه لا يستعمل لفظ الكراهة الا في التحريم واما الاجماع فانما حكاه على الوجه الذي حررناه لا على
نحو ما ادعاه هذا والانصاف ان الحكم بالتحريم هنا على اخص الوجوه ايضا مشكل نظرا الى ان النص انما دل على
النهي عنه ولا يتم حمل النهي مادة على النهي التنزيهي المقرون بالاذن بالترك كما يصدق على التحريمي
كما ان الامر مادة كذلك فلم يحمل في المقام صيغة النهي مجردة عن القرينة حتى يحكم بظهورها في التحريم

المسئلة السادسة يجوز بيع درهم ودينار اما اولا فانما حكم الفقهاء بالجواز هنا واتفقت النصوص عليه لعدم
صدق بيع المثل بالمثل مع الزيادة مع تركب الناقص من جنسين او تركبهما وظهور قوله لا بيع الثمن الا مثلا بمثل
في ان المنهي عنه انما هو بيع الثمن مستقلا ومنفردا لا ولو منضما وحينئذ فنبقى عمومات الاضمام الى الناقص الجامع بينهما على
الاصل سواء كان المضموم من المكيل او الموزون ام لا وحينئذ فيكون معنى قول المصنف وغيره ويصرف كل واحد منهما
الى غير جنسه انه في الجواز في حكم ما لو قصد مقابلة كل بغير جنسه اذا لم يقصد ذلك فانه اذا قصد ذلك دخل
في بيع المتلفين الذين لا كلام فيهما كما اذا قصد مقابلة كل بجنسه الزائد ودل لفظهما عليه فالكلام في الحرمة و
الفساد غير واضح كونه ربويا صرفا جاز او لم الجواز فيه اطلاق نحو عبارة الكتاب انما الكلام فيما لو قصد مقابلة
مجموع المركب الناقص بمجموع الزائد مركبا من جنسين او مفردا او قصد مقابلة كل جزء من المركب الناقص بعنوان
التركيب باكثر منه من الزائد على اختلاف الوجهين من ان البيع صنو على مقابلة المجموع بالمجموع او الجميع بالجميع فح
فلو تلف احد الجنسين قبل القبض كالدرهم مثلا بعد بيع الدرهم والدينار بالدرهمين والدينار فان قلنا
بان التلف كاشف عن بطلان العقد بالنظر الى المتلف فينظر من الثمن احتمل بطلان البيع جملة لانه لو صح للزم
بالدينار وحده مثله وزيادة وصحته لانه لم يقصد في البيع او لا تملك المثل والزيادة به وحده الذي هو عنوان
التحريم والبطلان وانما قصد التملك والتملك بعنوان الانضمام وهذا اقرب اما لو قلنا بالانفساخ قبل
التلف بانما فالصحة اولى واوضح واولى منه ما لو قلنا بما هو الاقوى من ان التلف فسخ انما يوجب الخيار للمشتري في
فسخ العقد وامضائه كما تقدم تفصيله واعلم انه ربما يتوهم منافاة لحاظ التركيب في المبيعين واحدهما هنا للاقوى

كون المبيع منتفعا عليه بمقابلة الجميع بالجميع لا المجموع بالمجموع وبه فارق القرض من ذلك لان المقصود مبادلة النصف بالنصف وقد ذكرنا ان المقصود مبادلة المجموع بالمجموع ومما ذكرنا يظهر الحال فيما لو اظهر احد الجنسين ملكا للغير وهو بحر او مما لا يصح بيعه فان فيه الوجهين الاولين واشكل من ذلك كله لو اختلف مالك الجنسين فباعهما الوكيل عنهما او عن احدهما وقد اجاز الآخر وكان الجنسان مشتركين بينهما فباعهما الوكيل والفضولي مع الاجازة عنهما او من احدهما والآلزم على ما ذكرنا من التخريج الحكم بالحرمة والبطلان وفي ذلك كله اللهم الا ان يقال ان الشارع حرم التفاضل في بيع الجنس الواحد بالشرط المكتنف من ذلك بشهادة نصوص الباب واجماع الاصحاب ما لو باع الجنسين باحدهما او بهما متفاضلا وفقد كما لو باع دهنا وطلا نصفه زئ ونصفه زيت برطلين من بر او وطلا باع احدهما من الآخر بمثله سواء فضد مبادلة الجنس بجنسه وبخلافه او فضد المبادلة بعنوان التركيب اما لو باع البر منه برطل التمر او برطلين منهما ثم باع البر منه برطل البر او برطلين منهما كان ربا محرما فيكون الاستثناء اخراجا من حيث الحكم كاستثناء الربا مع الوالد ونحوه بخلاف على الوجه الاول اذ يكون استثناء المسئلة بجميع فروضها من قبيل الاستثناء المنقطع ولا يبعد ان الاول اقرب بالاصل والظهور نصوص المسئلة في صورة فضد المبادلة بعنوان التركيب مضافا الى ما سمعت ولا اقل من ان يقال بوجوب الاستثناء في النصوص مجملا فيقصر على المتيقن وهو الاول وعليه يرتفع الاشكال فيما لو ركب احدهما مع المساوي قدرا او زيادة مع تفاضلهما بحسب القدر المختلف مثال الاول لو باع رطلا من تمر برطل مضغوط زيت مضغوط مع تفاضلهما بحسب القدر فانه لولا لحاظ فضد التركيب كان مشكل الحكم بالفحص او فضد مقابلة البر بمقسط من التمر بحصول التفاضل في الثمن مع ان النصوص لا تشمل الفرض ومثال الثاني لو باع رطلا من تمر برطل ونصفه ثلثة ارباع تمر وثلثاه برطل مع استواء القيمة فانه لو فضد مقابلة البر بثلثي التمر يحصل التفاضل في التمر كما هو ظاهر لولا اللحاظ المذكور مع انها ايضا لا تشمله فظهر من هذا ان صلح المساوي بين قدرا اربعة لانه اما ان يتمحضا جنسا او يتركبا او يتمحض المبيع او الثمن وكلها صحيح وصور التفاضل ايضا اربعة لانه اما ان يتمحضا او يتركبا او يتمحض الناقص او الزايد يبطل منها الاولى والثالثة لشرط حصول قدر الناقص من المركب الزائد لا مطلقا وصح الباقي **قوله** في شرح المسئلة السابعة الاربعاء اقول لا ريب في ان المستفرض يشترط النفع والزيادة بان مردوة العين المستقرضة يجر عليه النفع بنفسها مع بقائها لبقائها على ملك المقرض وبطلان اذنه الخاصة وانتفاء ما عدها فلا تحل باذن باحدها مجانا ولا به مضمونا بالمساوي مضافا الى قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ونح فلو تلفتا او التفها ضمنهما بالمساوي لصوم على المبدد وغيره ولا يتعين عليه خصوص ما كان فدد نفر لو كان قد دفع لدفيل التلف سواء كان قد دفع معه الزيادة ام لا لبطلان ذلك الدفع بسبب بطلان العقد المقرضي فيخرج حين التلف بينه مجردا عن الزيادة وبين غيره فتلو هذا فالازم على المقرض اذا كان قد اخذ البدل والزيادة مع بقاء العين التي قد دفعها ارد البدل والزيادة جميعا لبطلان الدفع المزبور بسبب بطلان

القرض الموجب لبقاء المال كله على ملك المقرض كما عرفت في العين المستقرضة بل وكذا لو تلفت العين التي اقرضها لان ضمانها عند التلف لا بتعين بالمقبوض بالقرض الفاسد ولا ريب ان من عليه الحق مخير في جهات وفاء اللهم الا ان يمنع المستقرض هنا من الوفاء فيتسلط المقرض حينئذ على اخذ البدل ويلزم حينئذ رد الزيادة خاصة وعلى هذا فيناسب الكلام في الربويين في البيع وغيره حرفا بحرف وحينئذ فما ذكره مشكل من انه لا ريب في ان مقتضى هذا دليل على حرمة الزيادة وفساد المعاملة وجوب رد الزيادة خاصة في القرض ورد الجميع في غيره مدعيا وضوح الفرق بينهما غريب جدا وكذا ما حكاه عن الاصحاب من انهم اوجبوا رد الزيادة في المقايضة لكن يمكن ان يقال ان ايجابهم رد الزيادة لا ينفي وجوب رد المزيد ابضا او يقال ان المراد من الزيادة في كلامهم مجموع الامرين كما انه هو المراد قطعا من عموم ادلة تحريم الربا الذي معناه الزيادة لغة كما مر وادعى من هذا ان يقال ان نظرهم الى الغالب من الرضا بخصوص المدفوع دون الزيادة ثم اعلم ان وجوب الرد حيث التصرف هنا انما هو من حيث حق الخالق سبحانه اذ هو مالك الملك واملاكهم دون المخلوق من حيث انه اقدم ورضي بالبقاء عنده واذن بالتصرف فيه بالعنوان المحرم كما في القمار والربا بالامر مع رضاها ورضا مولاها فلا يلزم استبراء الذمة منه كما في المغتاب انما عليه الرد والاستغفار بخلاف المغصوب وكذا الحال في وجوب رد البدل مع التلف حيث انهما اقدما على الضمان بالنحو المحرم اعني المقابض لا بالمساوي الا ان عموم على اليد ونحوه يقتضي بالضمان بالتلف فان قلت لا يلزم اقدامهما على الضمان العقدي الباطل اعراضهما عن الضمان بالتلف فينبغي اسقاط ما اتلفاه وان لم يتم لهما ما اقدما عليه قلت هذا الوجه في مقابلة الدليل مع ان غايته ان لا يكون للمالك حق في الضمان بالتلف لا عدم وجوب الضمان شرعا فان قلت تنصرف ادلة الضمين بالتلف الى ما لو لم يعرض المالك عنه اما اذا اعرض فالاصل البراءة قلت اذا اعرض عن المضمين بالمرة كما لو امره بقتل عبده او بالقاء ماله في البحر من غير وجه شرعي فالانصاف ان الادلة لا تشمله اما لو اعرض عنه بوجه دون اخر ففي الانصراف نظر بل منع نعم من هنا يتجه ان يقال ان الزيادة لو تلفت او اتلفها لم يلزم ضمانها الا قدامه على ان ضمانها في ضمن ضمان المزيد عليه وكفائر في ضمانهما بدفع الناقص المساوي للمزيد عليه فاذا ضمن المزيد عليه عند تلفه بالمساوي لم يتجه ضمان الزيادة عند تلفها لاعراضه عن تضمينه اياها مستقلة فكما ان له ان لا يرضى باتلافها مجانا فلا تشملها حينئذ ادلة التضمين الا ترى ان الفقهاء قد حكموا الامن شذ ان المشتري من الغاصب مع علمها بالغصب لا يرجع على الغاصب بالثمن مع تلفه او اتلافه وان وجب عليه رده وحرم عليه التصرف فيه لان اخذه منه اكل مال بالباطل بل ربما استظهر منهم عدم جواز الرجوع عليه بالعين مع وجودها لكنه محل نظر وقد يشهد لما ذكرناه في المقامين قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله فان بتم فلكم رؤس اموالكم بعد وضوح سقوط المفهوم فيه وقد نزلت في بني المغيرة من ثقيف حيث ما ثابوه وقد كان يربون في الجاهلية فطلب خالد من كان يربي عليهم ابوه المال فنزلت

انما الاشكال

امّا الاشكال في انه هل يستثنى مما ذكرناه من وجوب التوبة وحرمة التصرف ووجوب الضمان مع التلف بما ذكر ما يجهل ربه عنها او معها بشرط التوبة لاحدهما او الثاني او هما معا او لا يستثنى شيء اصلا كما هو الاصل وعلى الاستثناء فهل يختص الحكم بما لو اختلط بحلال غيره بحيث لم يتميز الى يدري من غيره او يشمل ما لو تميز غيره وعلى الاول فهل يختص الحكم بمن اخذ الفضل او يشمله ومن اخذ الاقل وكيف كان فهل يكشف عن صحة العقد ام لا امّا المقام الاول فالاقوى ثبوت الاستثناء في الجملة وفاقا لكثير من القدماء والمتاخرين منهم شيخنا المرتضى ره بل حكي ذلك عن الشيخ في المبسوط واختاره المصنف في النافع لاستفاضة النصوص الصحيحة وغيرها من غير معارض مع مخالفتها للعامة فاستشكال ردها جملة كما يرى سيما في القدر المتفق عليه منها وهو الجاهل عن عذر اذا تاب فان فاخذ الفضل وكان مخالفا بل الاقرب الحاق من وجد عند مورثه مختلطا بغيره اذا كان الواجد مضمونا عليه الربا بل لا يبعد استثناء الشاب مطلقا والجاهل مطلقا بالنظر الى ما استراه قبل العلم سيما اذا تاب وان كان الاقرب اختصاص العفو بما لو تاب تقييدا للمطلق منها بالمقيد اما استثناء حضور الجاهل الشاب سيما المعذور فلا دليل عليه نعم روى الشيخ انه لا يصلي الغضب الجرئة بهذه النصوص المضطربة بعضها على مخالفة الاصول كما يرى اذ لا اضطراب في مفادها كما لا يخفى على المتأمل نعم ردها ابن ادريس وهو جيد على اصله على اشكال سيما مع قوله تعالى الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فان الموصول يشمل المحلل والمعين تخصيصه بالاول نظرا الى ادلة التوبة كما صنعه ابن ادريس تخصيص من غير دليل ومما يقرب ما اشرنا اليه من ان الحق في المال لله خاصة وانه يجب ايصاله الى المالك هنا بايصاله الى ربه وضمانا وان اراده بعد ذلك فقد اباح الله ماله من ليس اهلا للاضافة نحو المال والبيوت الخاصة وغيرها واما المقام الثاني فالظاهر الوجه الاول اجمعا بين النصين المتعارضين بالعموم المطلق بالتخصيص فانه اولى من حمل الخاص على الاستحباب كما اختاره شيخنا هنا قاعدة مطردة واما المقام الثالث فالاقوى فيه هو الثاني ضرورة خروج المال عن كونه محرما فعلا مختلطا بالحرام بل هو حلال خفيف وان كان حراما فيما سبق والعجب من شيخنا حيث استظهر وجوب الاخراج اعتمادا على ما قرر في كتاب الخمس مع اعترافه بان نصوص الباب كلها خالية من ذلك مع كونها في مقام البيان قلت مع انها ان لم تكن اخص مطلقا من تلك النصوص فبينهما العموم من وجه والاصل البراءة مع ان العاملين بنصوص الباب لم يوجبوا الاخراج الخمس هنا وهو مؤيد لما ذكرناه اولا نعم يتم ما ذكره بناء على اطراح نصوص الباب بالمرة واما المقام الرابع فاطلاق الاية والفتاوى يقتضي الثاني الا ان استظهار اختصاص المنصوص بل والاية بالاول وجه غير بعيد والاصل يعضده فعليك بالتدبر فيها والتامل الشديد واما المقام الخامس فالوجه فيه هو الثاني ضرورة عدم دلالة تحليل الشارع المال في حال العلم بعد الجهل بشرط التوبة او في حال التوبة على صحة العقد وحصول الانتقال اولا بوجه اصلا سيما مع اطلاق النص والفتوى بالفساد فمن الغريب جدا تصحيح شيخنا له تبعا لصاحب الحدائق تظهر الثمرة في النماء مع ان المستفاد من كلامه

كتاب التجارة

انما لو اختلفا في العلم والجهل والمشتري اختار كل حكمه وهو صاف الحكم بالفسخ الا ان يحمل النص والفتوى على
ان الكلام انما هو مع الاتفاق وهو كما ترى وفي الدرع المتن يشترط في صحة بيعها اه اقول في هذا الاشتراط وجوه
الاول ان يكون التقابض بل القبض الاخير هو الجزء الاخير من التسبب للملك ولازمه عدم وجوب الدفع في كل
وقت في المعين كما لا يجب القبول بعد الايجاب بعدم كون الدفع وقتيا دائما الوفاء الواجب هو قرار المال في
يد القابض بعد القبض الاخير ولازمه انما عدم حصول خيار الفسخ في المجلس الاخ وعدم صحة اسقاطه قبل
لانه اسقاط ما لم يجب وكذا باقي الخيارات المعقولة هنا كخيار العين والشرط والتاخير ومن لوازمه ايضا تعين احد
الوجوه الخمسة وابعدها في كل من المبيع والثمن لو تلف قبل القبض هنا بل اللازم خروج التلف في المقام قبل القبض
عن ذلك العنوان راسا اذ التالف هنا ليس بمبيع وان لم يتلف حتى يحصل القبض الاخير ومن لوازمه ايضا انه
لو مات احد البيعين وكلاهما انتقل المبيع الى وارث البايع والثمن الى وارث المشتري ولو حضرا مجلس العقد
لم يتم قبضهما مقام قبضهما موروثهما في تصحيح العقد كما لا يقوم قبول الوارث مقام قبول مورثه الى غير ذلك الثاني
ان يكون الشرط في حصول الملك بمجرد العقد كون التقابض سيحصل قبل التفرق فيكون حصوله كاشفا عن
حصول الملك من اول الامر وعدمه كاشفا عن عدمه وعليه فلا يحكم بصحة بيعه ثابتا ايضا لان الشرط حينئذ كون القبض
القبض سيحصل حال كون العين غير مملوكة لاطلاق ما ظنك الشهيد الثاني من صحة البيع الثاني على هذا التوجيه
محل نظر كما سيجيء الثالث ان يكون التقابض شرطا في بقاء الملك وقرارا في اصل حصوله بمعنى ان التفرق قبله
هنا كالتلف قبل القبض في غير بناء على انه موجب لانفساخ العقد فظهر رجوع المبيع الى البايع والثمن الى
المشتري قبل التلف اما الا ان الانفساخ القهري هنا عند التفرق لا قبله ومن حكمه انه لا يترتب عليه شيء من
اللوازم السابقة اذا تقرر هذا فلنا الاعتراض ان دعوى ظهور النصوص هنا في احد هذه الوجوه بعينه مشكلة
جدا بل خلاف الانصاف اذ غايتها افادة ان القرار قبل التقابض موجب لبطلان العقد ومقتض لفساده
اما انه موجب للرجوع او من اصل الامر او كاشف فلا اذ العام لا يدل على الخاص فعلى هذا فاللازم العمل على اوجه
الاحتمالات الظهور النص بعينه بحضوصه بل اللزوم الانفساخ والخروج عن الاصول والقواعد على المنقح فتدبر
جيدا ولا تغفل قوله في الدرع الشرح متن الغريب مثل بعض متاخري المتاخرين اليه اه اقول يريد بذلك مولانا المحقق
الاردبيلي فانه ادعى ان هذا الحكم على خلاف الاصل وان الاجماع غير محقق عليه وان النصوص غير صريحة
فيه وردده صاحب الحدائق بعد دعوى الاجماع عليه وان النصوص عليه غاية الصحة مشيرا الى خبر محمد بن
قيس المنقول بالمعنى قلت الانصاف ان مبناه الى ذلك ليس بذلك الغريب ضرورة انه بعد فرض عدم تحقيق
الاجماع وعدم قبول المنقول بخصوصه الخروج عن الاصول والعمومات في النصوص السالم ظهوره عن المعارضة
انما هو اظهار ومثله اذا عورض بما هو اظهر كما لا يلزم تحكيم الاظهر على الظاهر وجعله قرينة عليه ولو عورض
بمثله في الظهور لزم الاجمال الموجب لسقوط الاستدلال فيرجع الى الاصول والعمومات لسلامتها عما

بوجب التخيير وح فيمكن ان يقال من جانب المخالف اقوى النصوص دلالة عندهم الاخبار الثلاثة المزبورة فانها
خبر قيس فلو سلم ظهوره في النهي الارشادي الى اعتبار القابض وكون لفظ بدا بيد حينئذ منه فيشكل
بان الانصاف ان استعمالها في لسانهم عما عهد سراية الحلول والنقد في مقابلة النسيئة فان استعمالها
فيه فوق غاية الكثرة كما يشهد به الاستقراء في الابواب السابقة وغيرها بحيث يحصل الظن بارادتها عند الاطلاق
ان لم يحصل التوقف والاجمال كما ان لفظ النقد في كلام الفقهاء ظاهر في ارادته ما يقابل النسيئة كما في معقد
وان كان في الاصل ظاهرا فيه واما خبر منصور فلو سلمنا ظهوره في الطلب الارشادي دون الايجابي المتعقب
او الاستحبابي فغايته الدلالة على اعتبار قبض احدهما لظهوره في صحة العقد وان لم يقبض المبيع اذا لم يفارقه
حتى يقبض الثمن اذ لم يقل فلا تفارقه فان كنت دفعت اليه حقه وتحبسها بذلك للاجماع على عدم الفصل بين
باولى من ابقائها على عمومها وحملها على الاستحباب فقط واما خبر المجلي فلا امر فيه واضح فان ظهوره الامر فيه
في الارشاد الى ما ذكر لا يمكن الاعتماد عليه بعد قوله ما احب ان تفارقه الظاهر في الاضافة عرفا في افادة
الرخصة في المفارقة على كراهية فان استويا في الظهور لزم الاجمال مع ان الانصاف انه في الدلالة على الرخصة
اظهر منه في دلالة الامر المبني عليها على الارشاد المستفاد بقوله لا احب فان لازم تحكيمها عليه بل اللازم تحكيمها على
ظهور الخبرين الاخيرين بل وغيرهما تحكيما للاظهر على الظاهر فافهم ذلك مطرده اللهم الا ان يقال ان فهم جل
الاصحاب في عملهم يدل على قرينة هي اظهر من ذلك وان لم نطلع عليها وهذا متين ان قطع به والا فالمانع
مستظهر وقد ظهر بهذا كله ان تشديد صاحب الحدائق في الانكار على المحقق المذكور ودعواه ان الذي حمله
على ذلك انما هو الاستحسان في غير محله وان العكس اولى بل ينبغي ان يقال ان دعوى لزوم صحة العقد على
التقابض حينئذ وان العقد قبل قبض العوضين لا يوجب ملكيتهما بل ولا ملكية احدهما سواء كانا من
شخصين او شخص ومختلفين وان العقد ح بمنزلة الايجاب قبل القبول كما ظنه شيخنا هنا وبوهم كلام غيره غير
معقول حتى لو فرض التصريح به من جميع المخول ضرورة استحالة كون الشرط متاخرا على المشروط كما حررناه
في الفوائد بل لازم عدم استقلال احدهما بشئ لو ما ثانيا وجبا وعدم وجوب التقابض بسبب العقد قبل
التفرق وان اسقطا خيار المجلس بل لازم عدم مشروعية خيار المجلس واسقاطه قبل التقابض بل لازم عدم كون
قبض السابق منهما فيه بيع والا لصح وقتا ما ضرورة عدم وجود السبب الصحيح الموجب لوجوب الوفاء شرعا قبله
وكلا زم ذلك لزوم المزاد وجعله بيعا لقبض ثابت يحصل الوفاء بالعقد ح او دعوى ان هذا العقد لا يقتضي وجوب
الوفاء وان صح وكلا هما كما ترى ثم هنا وجوه اخر يمكن ان يحمل النهي في النصوص عليها الاول ان يراد بالنهي الارشاد
الى ان الكاشف عن صحته وانتفائه وجوب الوفاء بحقق الوفاء به بالتقابض قبل التفرق وان الكاشف عن عدم
صحة عدم التقابض قبله فيكون التقابض هنا كالاجازة في عقد الفضولي بناء على الكشف الثاني الارشاد
الى ان انتفاء التقابض قبل التفرق يوجب انفساخ العقد من حين التفرق فهو بعد صحته كما قرر نحوه في معنى

كتاب التجارة

قوله كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فيكون التقابض شرطا في استمرار الفسخ لانها التالف الا ترى الى انه يوجب التسلط على الفسخ في فسخ العقد وامضائه كما هو احد الوجوه المحتملة في معنى النص السابق الرابع ان يكون النهي تعبديا محضا وتحريميا صرفا وحينئذ كما قربنه على احد الوجوه الثلثة بعينه وكان الاصل والعموم ينفيها جميعا فتعين الرابع ان لم يحمل بقرينة النصوص الاخر على الكراهة فتدبر جيدا وانصف قوله في الشرح لدفع الربا لا للصرف فلا بد من التقابض اه اقول كيف يتم هذا مع اختياره في الربا ما اختاره من عدم شمول ادلته لتحريم الربا كابا وستة لما لو تركب الناقص من البدلين من جنسين او تركبا فان اللازم عليه الالتزام بمثله في الصرف بالنظر الى اشتراط التقابض في صحة العقد باي وجه اعتبر من الوجوه الثلثة قوله في الشرح لما عرف سابقا من ان الفرع والاصل جنس واحد هذا الاصل غير مسلم مطلقا حتى مع اختلاف الاسم وعدم كونه جزء من مسمى بمثله الاسم كالدهن واللحم بل قد انكره الشيخ في مواضع فراجع قوله في الشرح لكن ظاهر الاصحاب اه لا ريب في صحة معاملة المقام ونحوه معاملة الفاسد للشك في تعلق العقد بما يوجب سلطنة الانتقال شرعا التوقف على تعلق العقد بما يزيد الحاصل من المتماثلين على مثله في المقدار لو ساوى او نقص لم يحصل الانتقال شرعا للزوم الزيادة والنزول وبتشخيص الموضوع المشار اليه يوجب الشك في حدوث عقد تعلق به فالاستصحاب بقيده فاتر من باب الشك في عروض القادح لا من عكسه فاتر نظير الشك في الخارج قبل الاستبراء في انه بول خالص او مذي كذا قيل والحق فيه جريان الاستصحاب خلافا للمبسوط وظاهره لا حاجز في المقام الى اطناب اذ لا معارض للاستصحاب بتمامه بناء على عمومه حجة وانه لا مجال للمناقشة فيما عليه الاصحاب قوله في الشرح ولو علم زيادة في الثمن عما في الذمة لم يصح اه لكن هذا وان تكرر في كلامهم بان بيع تراب المعدن بالذهب لغير جنسه مطلقا مشروط بالاعتبار الموجب لتعيين المقدار وارتفاع الغرر وحينئذ فوزن البدلين يدل على لحاظ مقابلة كل من الموزون من المجموع الاخر لا بمجموع ما في الاخر من الذهب حتى يباع تراب معدن الذهب بالذهب او بزيادة ذا لو قصد ذلك لزم الغرر والجهالة المنفيين اذ المقصد مبادلة معلوم بمجهول او مجهول بمجهول ودعوى ان التراب لا قيمة له فلا يقابله شئ مدفوعة بانه ليس مما لا يقبل الملك كالاعيان النجسة ولذا يملك بالحيازة بل قد يصح بيعه وحده لغرض التيمم به والسجود عليه وانما لا يصح بيعه من حيث السفهية باعتبار غلبة عدم الانتفاع به وربت شئ لا يصح بيعه اصالة للسفهية ويصح بيعا كالنوى والتماريخ وقشر الازرد والبلوط ووعاء الثمر لارتفاع السفهية بتبعيتها ودعوى ان القصد الى مقابلة ما ينتفع به غالبا خاصة بمثله مع وزن المجموع منه ومما لا ينتفع به يوجب صحة بيع ما في الاناء خاصة مع كون المجموع منه ومما فيه رطلا مثلا وهو كما ترى ولو قيل ان ذلك انما يصح اذا حصلت معلومية المقدار في الجملة كما في التوابع العادية كما مثلنا لم يطرد وان ذلك كاف في ارتفاع الغرر فيه اولا ان ضرورة القصد انما هو الى مقابلة المجموع بالمجموع وثانيا ان الانضمام بناء الغرر مع عدم قصد تقابل التوابع ولو تبعا ولذا لو فصلت دون المجموع ولم يقصد بالمقابلة اصلا لا اصالة ولا تبعا كان غرريا وجهالة قطعا فلا انضمام ان المقابلة حاصلة تبعا والسفهية

ويتفعذ لبيعها كما انها قد تحصل في بيع ما ينتفع كما في بيع الحنطة والحب من الماء وهو على البروج فالاصح
الصحة كما في المغشوش وانه انما يحكم بالبطلان فيما يحكم به هناك اعني ما لو احتمل مساواة الخالص ونقصانه عما في
الزائف من مماثلة فمن قبل الحكم بحصول التخلص من الربا بالقيمة خلافا لاصل فلا يتصرف فيه على ما لو كانت القيمة
متأصلة في المقصد فانها بدله للمقابلة بالمال على الاستقلال فلنا هذا مع انه غير ما استندوا اليه منظور فيه
بان الوجه ما حققنا سابقا من ان بيع الخليط بما فيه زيادة من الجنس او بخليط مثله غير داخل في ادلة تحريم الربا
اصلا وليست جنايته حتى يقتصر في الخارج منها على المتيقن فراجع على ان في صحيحة الحلبي ما يشعر بكفاية
القصد النبعي الاتي الى قوله نعم الشيء القراح من الحرام الى الحلال بعد قولهم له لو جاء رجل بدينار لم يعط الف
درهم وقولهم لو ورث المدينة اه فتدبر جيدا **قوله** في المتن لم يجز انفاقها الا بعد ان تنزل الا بسبع حوضه
ذلك في مقام المعاوضة امضاء كما في الهبة والصدقة ففيه وجهان من ان فيه تسبيبا الى المعاوضة على الجملة
على الاجمال فيكون غشا ومن ان الغرض انما هو تمليك العين على ما هي عليه بتمامها ان قلنا بعدم جواز دخول
الحال في المعاوضة انكالا على غلبة العثور كما هو الظاهر واما دفعه الى الظالم من غير بيان فالجواز اوضح ومنه
بعض مشايخنا وكانه لما فيه من الاعانة على الاثم في التدليس وهو كما ترى **قوله** في الشرح على وجه تقدم سابقا
اول هذا الوجه هو الوجه كما تقدم سابقا **قوله** في الشرح وفيه البحث السابق اول قد تقدم منا سابقا ان
البحث فيه في محله وان استضعفه الشيخ ره فيما سبق ومما يؤيد ما قربناه هناك خلاف الجماعة هنا **قوله** في الشرح
ولم يظهر وجه للفرق اول لعل وجه الفرق بناء على ان للبيع لزوما في حد ذاته هناك للزوم التبعيض على الباقي
ان المانع من التبعيض ليس الا لزوم الاضرار بمن يعتض عليه الصفقة ولا عدم صحة تعلق الفسخ ببعض مورد العقد
كما تقدم تحقيقه وتنقيحه وظاهر انما يقتضي الاضرار بالتبعيض مع ارتباط المبيع بعضه ببعض بوجه من الوجوه
اما اذا لم او مصلحة كزوجي الخف ومصراعي الباب ونحو ذلك واما مثل الدراهم والدنانير مما ليس فيه غرض
ارتباط اصلا فلا ضرر بالتبعيض فيه قطعا والفرض ان العيب انما اختص ببعضها فهو لزوم او فوات العقود
بالنظر الى السليم سليم عن المعارض ولكن هذا التفصيل كما ترى في كلامهم فتدبر **قوله** في الشرح الا ان يتحقق
خلافه اول هذا هو التحقيق المتين والجوهر الثمين **قوله** في الشرح بل ان الارش غرامة مستحقة شرعا اول
هذا في غاية المتانة والبه يرجع كلام المحقق الشيخ على فتدبر جيدا **قوله** كان له خيار بعض الصفقة اول في
ثبوت الخيار هنا اشكال كما مر **قوله** كان مخيرا بين الرد وبين الامساك اه اول قد تقدم ان ظهور العيب
في المبيع الشخصي يوجب الخيار بين الفسخ والامضاء بالارش مع قيام العين بحالها والا فالارش خاصة كما مر
ومن حكمه انه لا اشكال لاحدهما على الابدال الا بالتراضي وعند جديدا نعم الشان في انه لو كان المبيع كليا
ودفع المعيب هل يثبت الخيار المذكور على النحو المزبور ام لا سواء كان المبيع من النقدين ام لا وسواء كان
الثمن منهما ايضا ام لا مما لا مماثلة للمبيع في الجنس ام مخالفا وجهان بل قوي كان ظاهر الصورة الاول والاقوى الثاني

فان الانصاف

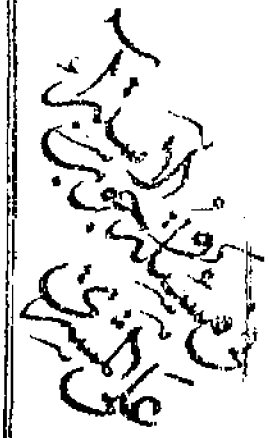
فان الانصراف انصراف اطلاق الاسم الموضوع للاعم من الصحيح والمعيب الى خصوص الصحيح عرفا وانه هو المراد للمتعاقدين
عادة كما لو وكله في شراء عبد مثلا او وكله في بيع شئ فانه لا يشمل المعيب ولا المبيع بالنسيئة ولازم ذلك ان الرضا
بالمعيب كالرضا بغير الجنس انما يكون مبعدا وضد جديد ولو بطريق المعاطاة لان حصول الوفاء به للعقد الاول
والا لزم الرضا به فلم يجز رده اليه كالصحيح بل لم يصدق عليه اسم البدل بخفة فاذ ح فلا معنى للخيار اعني خيار العيب
بين الرد بمعنى الفسخ والامضاء بالارش ولا بد ونعم هو مخير بين الرضا به عن الصحيح الذي اقتضاه العقد عند
ولعل هذا هو مراد المقدرة كما يشعر به عبارته ان لم يقل كان مخيرا بين الفسخ والامضاء وانما قال بين الرد والامساك
ح فيكون قوله وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعا يعني بان هذا الخيار حاصل قبل التفرق واما بعد
التفرق فيه تردد ولعل وجهه احتمال ان قبض ما يصدق عليه الاسم وان لم ينصرف الاطلاق اليه كما في صحيح
العقد في التفرق المعتبر فيه حصول مسمى القبض وان لم يحصل الوفاء بذلك بقبض فرد فعرجيث ان اعتبار
القبض في صحة العقد خلاف الاصل وانما اقتضاه الدليل الخاص فاذا حصل قبض ما يصدق عليه الاسم فليحكم
بالصحة عملا بالاصل والدليل بدعوى ان غاية اشتراط قبض ما يصدق عليه الاسم سقط وهذا بخلاف قبض ما
لا يصدق عليه الاسم اصلا اذ لا يشمله الدليل قطعا مع احتمال ان يقال ان الشرط انما هو قبض ما يحصل به الوفاء
لا يصدق عليه الاسم مطلقا ولذا قال فلو وجد ما صار اليه غير فضه آه فتدبر جيدا ولا يخفى على ان اللازم على
الوجه الاول ان يراد من الابدال بناء على ان له ذلك مع الخيار الذي هو فسخ ملكية المقبوض الذي هو المعيب بعد
ان ملك حقيقة ومحقق الوفاء بقبضه للعقد الاول بحيث يكون النماء قبل الفسخ له مستقرا بخلاف ما على الوجه الثاني
فانه لدا ضرر قبل الابدال لانفسخ العقد واسترجاع ماله وظاهر ان ثبوت حق الابدال بهذا المعنى فهو على رفع
المعيب في غاية الاشكال اذ لا دليل عليه والاصل بعدم سيما بعد تسليم ان له ان يفسخ الخيار الفسخ بالعيب والامضاء
اما مع الارش كما في غير الربوي او بدونه كما في المثلي لضرورته او لارتفاع الضرر بذلك فلا ضرورة الى اثبات
حق الابدال معه لانه لما كان ارتفاع الضرر يحصل بكل منهما وقد ثبتا معا لانا نقول اللازم من العلم بانه
ليس فيه حكم ضرري كما يفيده قوله لا ضرر ثبوت احدهما لا هما معا فاذا دل الدليل الخاص على خصوص
الخيار على الاول لم يمكن اثبات الثاني ولا دليل اللهم الا ان يقطع بتنقيح المناط وان المقتضي والداعي للشارع
الخيار ليس الا الضرر وهو غير بعيد فيلزم ان يقوم الابدال مقامه لكن هذا كله مبني على دعوى عدم الانصراف
الى خصوص الفرد الصحيح وهو خلاف الانصاف كما يقتضيه كلامهم في باب السلم وسيأتي تحقيق ذلك هذا على الوجه الاول
من وجهي التردد فلو رد المبيع ولم يرض به عما اريد بالعقد اعني خصوص الصحيح قبل التفرق ثابتا قبل قبض الصحيح
مبطل للعقد ومحدث لبطلانه كالتلف قبل القبض بدعوى انه كصرف جديد وجهان لا يخفى ما في ذلك مما
من الضعف في الوجهان بناء على عدم الانصراف وحصول ابتاء الوفاء بالمعيب لورده ولم يفسخ العقد
ان كان ضعف الوجه الاول فهنا اهون وكيف كان فالثاني اقوى للاصل **قوله** في الشرح المسئلة الثالثة و

الاعيان اه اقول هذا غريب فان البيع انما يعبر فيه عن مبادلة عين بعين خاصة وهو الفارق بين البيع وبين الاجارة وهذا واضح فلا ريب فيه **قوله** فى المتن ولو موضوعا على الارض وهو الاظهر اقول بيع الثمرة على اصولها او على الارض بكر مثلا منها خاصة لا ريب فى بطلانه لان البيع يقتضى مغايرة المبيع والثمن عينا وما لكا لغة وشرعا اجماعا ولا يختص هذا ببيع الثمار بل يشمل سائر الاعيان والمبيعات ضرورة وان كان فى بيعها على الارض بقدر منها حيث لا يعلم قدرها موجب اخر للبطلان بناء على المشهور من بطلان بيع الصبرة المجهولة المكيل والموزون بالمشاهدة انما الكلام فى بيع الثمرة وهى على النخل بثمر اخر موضوع على الارض مقدر بالمكيل او الوزن او على النخل محرصا كيلا او وزنا فالمراد من قوله ولو موضوعا على الارض ان يكون ثمرا اخر غير المبيع لا بشرط ان يكون موضوعا على الارض **قوله** فى الشرح وفيه ان ظاهر النصوص اه اقول فيه ان خطاب الوضع يجب ان ينظر فيه الى ما جعله الشارع سببا فى الحكم الخاص ولا يمتنع عقلا ان يكون السبب الشرعى فى الاتلاف فى الفهرى انما هو تملك البالغ خاصة لامطلق التملك كما اشار الى ذلك شيخنا الشهيد فى الروضة لكن الانصاف ظهور بعض المنصوص فى ان السبب مطلق التملك مثل قوله ع فانهن اذا ملكن عتقن وغيره مع ان لنا فى كون الاصل هنا بقاء الملك نظرا لامعنى للاصل الا الاستصحاب وهو انما يتم مع الشك فى عروض الفادح كما فى مسئلة الخنثى لا فى عكسه كما فى المقام **قوله** فى الشرح نعم يحقق الحال اه اقول هذا الى اخره فى غاية المتانة بل المتجه هو القول بالسخطة كما عن المرتضى وغيره سواء قصد الذبح ام لا وسواء ذبح ام لا اذا كان القصد المسلط بسبب التملك على الذبح والابقاء كما هو شان البيع وح فان اختار المشترى الذبح لزم البايع ذلك لان البايع قد سلطه على نفسه بسبب البيع فان يتصرف بملكه ما شاء وان اختار البايع خاصة الذبح لم يتسلط عليه بغير اذن المشترى لان المشترى لم يسلط على نفسه وقوله ع الناس مسلطون على اموالهم لا يقضى بالجواز من غير اذن بعد فرض تسلط على نفسه فالمسئلة لا يظهر فيها تقدم فى كلام المصنف من انه لو تنازع صاحب الاصل والثمرة فى التبقية رجحنا مصلحة المشتاع **قوله** فى الشرح ما يشمل التملك اه اقول لا معنى لارادة ما يشمل التملك بعد الاعتراف بان العبد لا يملك وان ما بيده ملك لسيده لامتناع تحصيل الحاصل فالمراد ان من ملكه اجازة لسيده تملك ماله ومن لم يملكه اجازة له التصرف فيه كما يتصرف فى سائر اموال التى ليست بيده العبد **قوله** فى المتن يجب على المالك ان يستبرء الامة ان كان وطئها اه اقول تحرير هذه المسئلة غير منقح وذلك لانه لا ريب فى ان وجوب الاستبراء على البايع والمشترى انما هو لاجل التحفظ عن اختلاط الانساب كما دل عليه النصوص كصحيحة الحلبى وغيرها وكلمات الاصحاب وعليه فاللازم ان يكون الامر بالاستبراء للبايع كناية عن وجوب تاخير البيع حتى يحيض او يمضى المدة المذكورة فيما لم يحض لا انه امر بترك الوطى حقيقة بحيث يأثم بالوطى ويعاقب على تعلم اذا كان مريدا لبيعها قبل ذلك لان بيعها قبل ذلك هو المنافى للتحفظ لا وطيها وهو مريد له الذى يتطرق صدان يعدل عن ارادته التعجيل الى تاخير البيع فمتى وطئ جاز له ذلك ولزمه تاخير البيع عن وطيه الاخير خمسة واربعين يوما الا ان يحيض قبل ذلك ولهذا

كان الحكم

كتاب التجارة

كان الحكم مختصا بالموطوئة فان غير الموطوئة لو اراد بيعها قبل ان يحرم وطئها اليوم وان كان لو وطئها حرم عليه البيع الذي كان اراده حتى تقضي المدة المذكورة او تحيض ولا يمكن ان يراد تحريم الوطي على من اراد البيع قبل ذلك وان عزل بل جواز العزل بل وجوبه مما ينوهم منه الدلالة على عدم تحريم الوطي حقيقة في نفسه وانما هو مستتبع في تحريم البيع عاجلا وان كان في ذلك الزام ذلك عليه نظرا لامكان تحريمه في نفسه ما دام مريدا الاقطع سواء حرم البيع مع ذلك ام لا فالتحقيق ان المقام نظير ان يقول المولى لعبده اذا اكلت فلا تشرب عليه الماء الى ساعتين او يقضم في انه لا يدل على حرمة الاكل على من اراد الشرب بعده بالاولى وان عبر عنه بنحو قوله لا تاكل اذا اردت شرب الماء قبل ذلك كما في المقام فقد يرجح فلا معنى للحكم بوجوب اتمام الاستبراء بعد البيع كما احتمله في المسالك وقطع به في جامع المقاصد وانما اشار اليه من المراعات فان اراد ان الامر بالاستبراء بالمدة المذكورة ناظر الى ان ظهور الحمل خاصة يكشف عن كونها ام ولد للمبايع فلا يصح بيعها بخلاف ظهوره بعدها فهو كما ترى للاجماع على بطلان متى علم ان حملها من المبايع مطلقا لكن هذا المعنى الذي اشرنا اليه لم نر به مصرحا فانهم بين من ظاهره ايجاب ذلك الوطي على المبايع والمشتري من غير فرق بين من يحيض وغيرها وبين من خص ايجاب ذلك على المبايع فيما لو لم يحض كتجنا هنا مدعيا ان ذلك مراد الاصحاب قيل ولعل عذر الاصحاب في ترك التصريح بما اشرنا اليه ان الغالب عليهم المحافظة على الفتوى بمتون النصوص **قوله** في الشرح خلافا للمحكي عن ابن ادريس اول في الخلاف عن المخالف بعد حكايته هذا عن ابن ادريس وتبعه في الاصحاب بعد ذلك وبالجملة فهذا الرجل يخبط ولا يبالي ان يذهب ويخرج على شيخنا بما لا يجوز **قوله** ولو حملت قومت عليه حصص الشركاء اه لا ريب في وجوب التقويم حينئذ بل هو اجماع لو تبين الحمل انما الكلام في وجوبه مع الاستبراء بزيادة الحمل واما لو انكشف العدم فلا ريب في عدم الوجوب كما لا اشكال في عدمه لو سقط الحمل قبل طلب الشريك او قبل علمه به واما كلام الشيخ في النهاية فمنصرف الى الوطي الموجب للاستبراء بوضع الحمل الموجب للاستبراء كما لا يخفى والاقوى وجوب التقويم مع الاستبراء للرواية عما رواه الكليني لا تطؤها ولا يمنعن ان يكون ثم حبل واما خبر الجعفي فغير معارض له لانه مطلوقا ولا مفهوما اما منطوقا فظاهر واما مفهوما فلان المفهوم انما ذا لم يحمل فلا تقويم لانه اذا لم يعلم الحمل ولا عدمه فلا تقويم واحدهما غير الاخر فهو انما يدل على ان الوطي المعلوم مجرده عن الحمل بل الوطي المجرد عن الحمل لا يوجب التقويم وهذا لا يمنع ان يكون احتمال الحمل موجبا اخر للتقويم كنفس الحمل فان ثبوت المفهوم لا ينافي بعد الموجب للحكم بناء على ما هو الصحيح من عدم عموم المفهوم نعم كقولك اذا جاء زيد فاكرمه وان زارعمرا فاكرمه ولو قلنا بعموم المفهوم فالمنطوق هنا اخص منه مطلقا فتقدم اللهم الا ان يقال انه ساقط عن الحجية لدعوى المجوز بزوفيه تامل **قوله** في المتن وفي السلف اه اول الاربعة صدقا اسم البيع بتبع حصول معنى النقل عن الملك بعوض سواء كان المنقول هنه درهما او دينارا او غيرهما من الاعيان وسواء كان العوض مساويا في الجنس او مخالفا او مختلفا وان غاير ما يعتبر مع ذلك في صدق اسم البيع ان يكون العوضان معا من الاعيان فيكون البيع نقل عين بعين لا مطلق نقل العين فخرج به الهبة



وتحوها

نحوها والاجارة وعلى هذا فيكون كل من المتبادلين بائعا لما له بمال غيره وكل منهما مشتريا لمال غيره بماله من غير فرق بين كون المال من النقدين او من غيرهما وانما الاولوية في صدق اسم البائع والمشتري على كل من المتبادلين بالعرض كالحيوان بحيوان او حيوان بثوب بل لا يصدق اسم البائع على شخص الا حيث يصدق اسم المشتري على ذلك الشخص باختلاف الاعتبار ولا تظن ان البائع اسم لخصوص السابق بالنقل عن الآخر بالجزء الاول من العقد لانا احدهما لصاحبه ابتداء هذا الكتاب بدينار فقال الآخر بعتكه بدينار كان الثاني بائعا قطعا وكذا البيع اسم لخصوص النقل بلفظ البيع دون غيره لانا نتمام على وقوع بلفظ ملكتك كذا بكذا ونحوه مما يفيد المعنى المذكور ولازم ذلك كله صحة السلف بلفظ بعتك هذه الدراهم او عشرة دراهم بكذا من الحنطة الفلانية الموجلة الى كذا ونحوه عوض بتلك العبارة مع حذف الناجيل ونحوه ان يكون العقد من كل من المتبايعين بلفظ بعت بان يقول احدهما بعتك الكتاب بالفرس فيقول الآخر بعتكه الفرس بالكتاب واستحالة ما اشتهر من امكان تقدم القبول على الايجاب اذ المتقدم منهما هو الايجاب باي عبارة فرض مع دلالتها على النقل والمتأخر هو القبول وذلك كما حققنا ذلك في محله وقضية اللازم على ذلك ان يكون بيع السلف في الحنطة والواضح منهما من بيع النسيئة بالدراهم لا صحيحا له كما هو المعروف بينهم بل المسلم عليه عندهم خلاف ذلك كان بيع النسيئة عبارة عن بيع اشترط فيه تاخير اداء الثمن الى اجل معلوم وقد عرفت ان كلا منهما بمعنى اي عوض عن صاحبه كما ان كلا منهما مبيع من وجه اي مشتمل عند بالنحو الحاضر له غير ومشترى اي مستحق له كذلك بالنحو الحاضر من هذا الوجه الاول اذا تناول في كل منهما على حياة واحدة لا ريب في ان ليس المراد من لفظ المتن المشترط فيه غيره خصوصا قابل العرض عوضا عن الدراهم والدنانير المستتبعا بالاثمان باعتبار اعدادها فانه للنقض بعضها فانهم لم يشترطوا في صحة بيع النسيئة ان يكون الثمن دراهم او دنانير كما اشترطوا في بيع السلف ذلك ولا ان يكون الناجيل فيه في غيرهما وانما ذكروا ان النسيئة في مقابلة النقدين ان بيع الاثمان اعني الدراهم والدنانير يختصان باشتراط القبض في المجلس للمتبايعين في صحة بيع كل منهما بالآخر وذكروا انه لا يصح اشتراط التاجيل في كل من المتبايعين وهو لم اخر وح فاتضح ان بيع السلف نوع من النسيئة اشكل حكمهم بعدم صحة بيع السلف مع الافتراق قبل القبض مع اجماعهم على الصحة في بيع النسيئة بل اللازم على ما ذكرنا استبانة هذا الفصل كذا والاكفاء عن بيع النسيئة اذ هو مبني على ما ذكرنا بل هو هو ضرورة ان البيع كما ينقسم باعتبار اختلاف اصناف المبيع الى بيع الحيوان وبيع الثمار وبيع العقار وغير ذلك وباعتبار كون المبيع كليا او جزئيا الى ثلثة اقسام بيع كلي بكلي وجزئي بجزئي وجزئي بكلي كذلك ينقسم باعتبار النقد والنسيئة الى ثلثة اقسام بيع حال بحال ومؤجل بمؤجل وحال بمؤجل فاذا كان كل من العوضين مبيعا باعتبار كونه مضمونا ومثمنا باعتبار كونه مملكا كما ذكرنا امتنع تسليم الثالث بالضرورة فتدبر وقد ترى في المتن الشرط الثالث قبض راس المال قبل التفرق وظاهره هنا وفيما مر في باب الصرف ان القبض المتاخر عن العقد شرط في حصول القبض للعقد ومقتضيه متاخرة عنه وانت خبير باستحالة كون مقتضية الشيء شرطا كما انه ومقتضاها متاخرة عنه كما اشرنا

ان ذلك هناك واوضحناه وفصلنا في مقام اخر والحق ان الوجوه المحتملة هناك كلها محتملة هنا الا الرابع والخامس
على شئ منها بعينه من القرائن المشاهدة سيما المقام وان الاصل والعمومات تنفيها جميعا فتدبر جيدا والانصاف
وقد اغرب شيخنا في قوله وكان الامر بالوفاء بالعقد اعم من ان يقتضي العقد الملك مع التفرق قبل القبض
كما لا يخفى بل في قوله بل قد يقال باعتبار تسليم الثمن في حقيقة التسليم فان اطلاق العقد في كل مقام يقتضي
تعجيل التسليم وهو عزما لم يتبين توقف التصرف على حصول التسليم قبل التفرق وان ما دل على الاعم غايته
امكان ان يقال انه لو كان العقد يقتضي التسليم بوجه قدم منه استرداد نقدهم ذمع الثمن قبل حلول الاجل والا لبينا
لهم عدم الالتزام بذلك الا الى التزام بعد قبض قبل التفرق ولا نقول بملك المبيع عليه ولا اشتراط في قرار العقد
بحيث يعم قبض التسليط مع استمرار على المنع وغير ذلك ولذا لم نجعل احدا منا من الوجوه التي اشرنا اليها حجة
المسئلة قوله واما المنع فالسند في شيخنا الاجماع اول ظاهر شيخنا بل صريح الحدائق ادعاه عليه الاجماع
المنقول وقد سمعنا من جميعهم ان الخلاف قوله واما المنع ان الذمي اذا باع مسلما او عبدا مسلما لا يصح للمسلم تملكه اول
لا دليل على ان الذمي اذا باع مالا يصح للمسلم تملكه الذمي بعقد باع ما لا يملكه الذمي بفرض عدم اطلاق ادلة
تحريم الخمر كتابا وسنة واجماعا بما في التذكرة بها شاهدا الامر بها قرارا لهذا الذم على باطلهم و
عدم تعرضهم بسوء على بعض انواعه ان كان صحيحا عندهم وهذا بجرد لا يقتضي ملك الذمي على مثله من الخمر وانما
ولا ظاهر استدلالا كان ما منها هو حتى يصح دفعه الى المسلم ودفاعه الى غيره وبقاء الدين في ذمة المديون
بطل حتى يتم من الحلال في شريعتنا ولا يمكن ان يكون بيع الخمر منه صحيحا في حقهم باطلا في حقنا كما لا يمكن ذلك في
شرب الخمر لقضاء ذلك عموم الشريعة فان قلت كيف تأخذ من الجائر ما باخذه باسم المقاسمة والخراج وتدفعه
الى الديان وفاء قلنا ليس ذلك لمحض دلالة اقرار الجائر على عمله وعدم جواز التعرض له بل لما دل على ان لنا ان
نتملك ما باخذه بالعنوان المزبور من النص والاجماع ولهذا لا نأخذ منه ما بيده من اموال الناس من غير العنوان
المزبور الا على وجه اللقطة ونحوها ولا نتملكه بالتذويج فالالزام في المسئلة الاستناد الى النصوص خاصة دون ادلة
الاقرار والمنصوص كما ترى بين ما يخص بيع الذمي مطلقا على مسلم او عبد مسلم او مجاهرا بترك الاستفصال
وبين ما يشمل ذلك بيع المسلم على مثله ودعوى انصراف اطلاقها الى خصوص بيع الذمي اما مطلقا او من الذمي
مسلما بقرينة معلومية البطلان بالنسبة الى غيره مدفوع بان البطلان ظاهرا وواقعا محقق مطلقا والا لم تم التمسك
ولم يكن ناسخ ومن المعلوم ان الكفار عندنا مكلفون بالفروع كلها كالاصول ولو سلمنا اختصاص البطلان
ببيع غير الذمي فلا يمتنع ان يبيح الشارع لنا تملك المال المفوض بالعقد الفاسد في بعض الصور كما اباح تملك
المفوض من مال الخراج من غير الامام وكالاستيلاء بكلب موسر ونحو ذلك مما لا ذم يوجب علينا رده الى مالكه وان علمنا
بعينه وح فلا تكون معلومية البطلان قرينة على ما ذكره مطلقا واما دعوى الانصراف الى ذلك لغلبة التجاهر
في ذلك الزمان وظنه المحقق في بلاد الاسلام ح فعهدته على مدعيه فتدبر على ان بيع الخمر من المسلم

على المسلم

في بيع الذمي وشرائه وتملكه المسلم

على المسلم وغيره في زماننا اكثر من ان يحصى وفصله مؤمن الطاق مع ابي حنيفة في ذلك الزمان معروفة فاذا خلا
ابو حنيفة له يا ابا جعفر يلقى انك تقول بالمتعة فقال نعم فقال افلا ابيعك بناتك واخواتك يتمتع فكذلك بين لك
فقال يا ابا حنيفة يلقى انك تحلل بيع النبيذ يعني المحرم فقال نعم فقال افلا ابيعك بناتك واخواتك يجامعن في
الحوانيت بيعة فيكذبن لك فقال له سهم سهم وسهمك اقذع على ان المصور حيث ابيض محله في
البناء على فضاء ارفع في الخارج حتى يحمل ما ادعى انه المشهور سابقا بل السؤال انما عن حكمها لو وضعه
في الخارج وح فلا يلزم تنزيلها على المشهور في الخارج وبذلك يندفع ما لو قيل ان اشتمالها على بيع الخمر مرة
على ارادة بيع الدن حال ذلم بعهد من مسلم بعيد وليس المقام مما يحمل فيه المطلق على المقيد اذ المقيد انما وقع في كلام
السائل خاصة نعم لو قلنا ان اقتضاء المشي على العمل ببعض العام يسقط حجية ظهوره في الباقي كان ذلك وجها الا ان الوجه
كما قرر في محله التفصيل وعلى كل حال فيمكن ان يقال ان دفع المال الغالب المال بالعقد الفاسد الغاء لما له عالم و
اسقاط لحرمته كما انه لو قال لغيره القي مالك في البحر لم يجب على الملقى ضمانه وان حرم عليه الالقاء شرعا ولم يكن
في ذمته عليه حق في الدنيا ولا في الاخرة فكذا لو دفعه اليه بالعقد الفاسد عالما بالفساد او جاهلا لانه قاصر يحرم
على المشتري قبضه بل جميع تصرفاته فيه لعموم لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل لكن ليس عليه فيه حق مخلوق بالكسر
ولا بالفتح عنه ولا بالذات لانه بنفسه التحق بالبر ماله وهدر حرمته فلا ضمان ليس عنه وان كان لوطء البهيمة
مع وجوده وجب عليه دفعه لعدم انتقاله عنه كما اشرنا الى ذلك كله في باب الربا ولا يلزم ذلك انه لو سرق
من المشتري هبة او سرقه او غصبه لم يكن لاحدهما ظلامة امام المشتري فظاهر وامام البائع فلما عرفت من هدر
واعراضه عنه بالكلية وانما كان سبب استناد التلف عنده ما يعلم انه لا يمكنه شرعا ان يحكم له بذلك ولذا لا يتظلم المفسد على القاتل
والسارق ولا يتظلم احد عليهما بل لا يصدق اسم العدوان عليه على اخذ الغاصب السارق من يد المشتري قبل دفع
البائع فيه فكانه تلف في يده بعهدته في حكم المباحات الاصلية فانه انما لا يجوز اخذ مال الغير اختيارا ما لم يكن
اعرض عنه بالكلية والحاصل اعراضه عنه حيث يشتري به مالا يملك شرعا على حد اعراضه عنه حيث يشتري به
ما يملك في تنزيل اسناد التلف اليه وعليه لم يبق له على من يقبض فيه بعد البيع تبعة ولا ظلامة غاية الامر انه باق على
ملكه وهذا لا يمنع من جواز اخذه وتملكه بحيث اونه كما يجوز اخذ كل مال اعرض عنه صاحبه لا لبدل اذ يكفي في
دليل جواز الاخذ اصالة البراءة بعد ان لم يكن ظلما طعا وعدم شمول قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل لقبض غير المشتري ولا نحو قوله ولا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه ان لم يكن على الجواز ادل ولا قوله
كل مغصوب مردود وقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ونحوها كما لا يخفى بادنى تامل ويكفي في دليل القائل
باخذ عموم ادلة الحيازة من قوله لليد ما اخذت وغيره وعليه فهل يستقر الملك بالاخذ بنية التملك
للبائع الربع قيمة او امانت العين بايديهم وجهان مشهوران في المال المعرض عنه بل قولان فظهر بهذا كله ان
ابتناء ورود النصوص المزبورة سواء فرضت هاهنا او خاصة على الاصل والقاعدة فتدبر جيدا ولا تغفل قوله

في المتن

في الثمن حاشية الجمال بعد ولان المتاع اه اقول الاولى ان يقال مؤنة ما يتوقف عليه نادبة البيع على البائع والقبض على المشتري فيدخل فيه اجرة وضع الثمن في الميزان ونحو ذلك واما اجرة الكيل والوزن فاقول اذن يقال انها على من امر بها المصلحة من البائع والمشتري فان التسليم لا يتوقف على نفس الكيل والوزن لامكان رفع المبيع من غير كيل ووزن بان يعرض عن الزائد ولم يعلم المشتري اشتمالها على الحق واحتمال المقتضيان عليه عند البائع رفع التهمة من غير الاولى اتم حكموا بان التسليم لا يتوقف على التعيين وانه لو دفع اليه صبرة من حنطة مثلا كان مؤنة ما وحكموا بان مؤنة الغسل في المشاع على من طلبها لا عليهما والحاصل انما كانت اجرة الكيل على البائع فالبائع الا نزه الذي يستقل على عمل يعلق بماله والحال انه بعد لم ينتقل الى غيره لان النادبة والتسليم انما تكون غالبا بعد الكيل ولو مثلا بل انما تكون فرض حصول النادبة والتسليم قبل ذلك كما لو اعرض عن الزائد وجئ بين ما يكون بمقدار حقه وادعى ان بكمال النقص فلا طريق للمشتري بان يلزم البائع بان يكمال هو دونه حتى يلزم دفع الاجرة لو ابى عن المباشرة وتعذرت عليه واحسن ما يقال هنا كما ينبه عليه بعض الامد ثنا ان اطلاق العقد يقتضي سلامة المشتري من غرامة المبيع والبائع من غرامة الثمن فكان احتمال كون الكيل على البائع من اثر شرط التي يوجب تخلفها وجئ ان العقد انما يقتضي السلامة من الغرامة قبل النادبة والتسليم واما لا فوجب اجرة الحمل الى دار المشتري على البائع وهو كما ترى والتسبب في توهم ذلك عليه في نوع الكيل قبل النادبة والتسليم فظن ان اطلاق العقد يقتضي السلامة منه فتدبر **قوله** في المتن وهل القبض شرط في صحة الرهن اه اقول الادب في لا خلاف في ان العقد قبل القبض عند صحيح غير باطل بمعنى انه متأهل لحصول اثره اعني اللزوم على الراهن عند حصول سببه اعني القبض على القول بتوقفه عليه بل هو على هذا القول عقد صحيح جائز من الطرفين كسائر العقود الجائزة كذلك بل هو كالبيع قبل انقضاء الخيار غاية الفرق بينهما ان الرهن حيث كان معناه حبس العين عند صاحب الدين على وجه وصفة المعهود بسبل الخيار والتزلزل بالنسبة الى الراهن بل لا يقبل الا اللزوم بالنظر اليه بخلاف البيع الذي معناه نقل الملك حيث انه يقبلهما ان العين التي عينت بالرهانة لا تكون مرهونة فعلا قبل القبض بناء على القول بالتوقف نعم هي مضمونة بالرهانة فعلا مرهونة فضلا الا ان الشارع لم يمض هذا العقد حتى يحصل القبض فهي عليه كالمبيع على مذهب الشيخ من انه لا يملك الا بانقضاء الخيار لظنه ان الملك بما لا يقبل التزلزل والعقد عليه كعقد البيع فكما لا ريب في صحة عقد البيع وان غير باطل ولا فاسد على راي الشيخ فلا عقد الرهن على هذا القول وعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من النزاع في كون القبض شرطا في صحة الرهن او لا انما هو انه هل هو شرط في اللزوم او لا فتدبر جيدا **قوله** في المتن وقيل بشرط وهو الاصح اه اقول دليله الاية والرواية اما الاية فقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة بتقريب ان يقال انها في مقام الارشاد الى ما يعتبر الدائن ويسلطه شرعا على استيفاء دينه من العين المرهونة فكانه قال اذا اردتم ذلك فالذي ينفعكم ويسلطكم شرعا عليه من

حيث علم بجواز الشارع للراهن فسخ العقد ورفعها تقبضوها منه يجوز عقد الرهن وان لم تقبض العين المرتهنة
فانه لا يسلط كم شرعا على الاستيفاء منها حتى تقبضوها منه فقد اتاح على ان عقد الرهن قبل القبض يجوز
للراهن فسخه والرجوع فيه ويكون ذلك مخصصا من عموم اوفوا بالعقود بل تقييدا فيه وتخصيص العموم وتقييد
المطلق لا خلاف فيه بين المحققين غاية الامر انه مفهوم وصف والحق عندنا حجيته كما اوضحناه في كتبنا الاصولية
سيما اذا سيق لافادة الاحتراز كما في نحو للقيام بينهما وان المقام من باب تقييد المطلق لا من باب تخصيص
العام الذي لا كلام في وجوب حمل المطلق على المقيد منه فهو من قبيل قوله اكرم العلماء مع قوله اكرم زيدا
العالم نهارا واما ما استفربه بتخيله انه من حمل الامر على الارشاد الى ما ينفع عاده في مقام الاستيثاق وانه من
المفوض دون حمره وان كان الذي ينفع شرعا فيه ما هو الاعم منه ومن غيره فلا نفتنا انه حمل لها على خلاف ما
هو الاغلب بوضع الشارع من حيث كونه شارعا من تشريع الشريعة وتقريرا حكامها بل الانصاف ان سوق
الاية من اولها الى هنا كالصريح في تعليم الطريق الشرعي في المعاملة لا العرفي مطلقا فتامل قال سبحانه وتعالى يا ايها
الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب ان يكتب
كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فان كان الذي عليه الحق سفيها
او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا
رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى ولا يأب الشهداء
اذا ما دعوا ولا تسئموا ان تكتبوه صغيرا او كبيرا الى اجله ذلكم اقسط عند الله واقوم للشهادة وادنى ان لا ترتابوا الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها
بينكم فليس عليكم جناح ان لا تكتبوها واشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه
فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة واما السنة فقوله
ص في خبر محمد بن قيس لا رهن الا مقبوضا بتقريب ان الاذن بمقام الشارع ان يكون المراد لا فائدة في الرهن
شرعا الا اذا كان مقبوضا فيكون حكما صريحا في ان عقد الرهن لا يلزم بدون القبض واما السند فقوي معتمد
جدا فانا وعملا كما لا يخفى على من راجع قوله في الشرح منا عن الكفاية من الجزم بوجوب اذن الراهن الى قوله
واضح الضعف اقول بل هذا كلام واضح القوة ضرورة انه لا تنافي بين وجوب الاقباض وجواز القبض بدونه
كما لو اعاره او استودعه او رهنه او وقف عليه او فرضه شيئا بايجاب وقبول ثم بعد ان يقبضه فانه يجوز له
المنع ولو ان يقبض من غير اقباض وذلك لان حصة الاقباض هي القبض مجردا ثم للحاكم جبر الممتنع على الاقباض
فان تعذر تولاه بنفسه فان لم يكن الممتنع قد فسخ العقد الموجب ثابرة على الاقباض فان حرم عليه القبض
اقرب الوجهين ومثله الكلام في الرهن المشترط بل امره اسهل بناء على ان ثمرة الشرط في البيع انما هي الالزام
عن الفور والتراخي لا وجوب الشرط كما مر تحقيقه قوله في المتن فان امتنع دعوا ولو اتى بحق المواطات اما اولى
وجه السماع عموم قوله ع البينة على المدعي حيث انه يدعو على ما حيث انه يدعي ان اقراره دفع على وجه التواطؤ

سيما اذا كان معاصرا هو الحامل لها على ذلك كما هو الغالب عند وضع لصلحة المقر له في الاستيجار بالاشتغال عليه
لخوف الامتناع عنه لو قدم البعض وانتزع في ذلك ولا معارضة بعموم قولهم اقرار العقلاء على انفسهم
جائز الذي على انه لا يسمع الانكار بعد الاقرار كما ظنه شيخنا رحمه معتمدا في ترجيح الاول على ما اشار اليه
حيث ظن ان التعارض بينهما العموم من وجه بل انما عمل الاصحاب بذلك لعدم التنافي بينهما فرد ذلك
المجيب في كلا الضوابطين فكانه قال الاقرار من حيث تضمنه اقرارا على المقر فاض على المقر كما لو ادعى
ان اشتبهت الدار بملك الكتبي لغرض ولغرض لا يرجع الى دعوى على المقر واما لو ادعى المقر له شيئا ليبني
عليه ذلك الاقرار فالحكم بجواز الاقرار وعدمه من حيث هو اقرار لا يقتضيه ولا يشينه اللهم الا ان يتعقب ذلك الاقرار
اقرار اخر بان الاول لم يكن عن تواطي بينهما والا فشمله عموم البينة على المدعى من غير معارض اصلا كما انه لو ادعى
ان اقراره كان عن اكراه من المقر له او من غيره سمعت اجماعا فكما ان قاعدة مضي الاقرار لا يقتضي هذا الدعوى
هنا فكذا في الاول ومثله ما لو ادعى المقر ان المقر له يعلم ان اقراره وضع غلطا او على تاويل بينهما بعلامة
لا مطلق دعوى الغلط بنحو والتاويل كما اطلقه شيخنا قدس سره ترجيحا لهذا باب واسع وقاعدة مطردة في كثير من
العمومات التي ينزلهم فيها التعارض من وجه وغيرها بعقلها من تدبر منها ما مر في باب الطهارة حيث حكم
العلامة بنجاسة ما دون الكر من البئر وانتصر له الشهيد في الروضة قائلا ان الدليل النقلي بعضه مشعر الى
عمومه مفهوما قوله عليه السلام اذا كان الماء قدر كر لا ينجسه شيء فاعترضه بعضهم بانه معارض بعموم التعليل في ماء البئر
بانه لا مادة قال وحيث كان التعارض بينهما العموم من وجه فليرجع الى اصالة الطهارة سيما مع الترجيح
بالشهرة المتاخرة قلت بل لا تعارض بينهما اصلا فان كون الكر مطلقا سببا في العصمة لا يمنع من كون المادة
كذلك سببا فيها فان مدار كل على سببيته سببا لا يدل على حصر السببية في ذلك السبب ولا ينفي سببية ما
عداه وح فها هنا مقتضيان وجب الحكم بالطهارة من غير حاجة الى الترجيح ولا الى اصالة الطهارة مع ما في الترجيح
بالشهرة المتاخرة واصالة الطهارة في الشبهة الحكمية سيما في الطاهر فانا من المناقل ارجوعها الى الاستصحاب
مع الشك في خدش المعارض وهو باطل قوله في الشرح والفرق بعروض المانع غير مجد فالمعدوم ح الاجماع
اقول الوجه ان هذا الفرق غير فارق كما ذكرت لكن لا تم ان رهن ما يفسد سريعا يحتاج الى رهن
ليس بلازم عند رهن لم يحتفر وانما هو توكيل في ابداله وفي رهن بدله عند تخمر ان كان كليا عند نفسه فاستفد
صيغة الرهن في المبدل ح مجاز وهو جائز في العقد الجائز اعني عقد الوكالة ويكون الرهن الحقيقي هنا في الخمر
ضمنيا تظهر ثمرته في نحو من دعوى البيع الضمني في مثل قوله اعتق عبدك عني على الف لكن هذا خلاف فاهم
وح فليس المانع الاجماع مع قابلية المحل لمعنى الرهن بل عدم قابلية المتعلق حق الاستيفاء منه مع ظاهر لفظ
المبيع فيتعين قابلية المحل لمعنى الرهن فيه منصرف اليها وهذا التعليل انفع لجريانه فيما لو رهن سكنى الدار
في سنة متاخرة عن الاجل بحيث يتسلط على اجارة الدار لبستوفي دينه لكن انما يتم بناء على اشتراط

القبض فـ قوله والوجه ان رهن مدبره بطل التدبير اقول لا يخفى ان فك الرهن باداء المديون او ابرء عنه او ضمان الغير او ابراء الدين او حصول المهايأة الشهرية لا يمنع من كون الرهن هنا قبل الفك ولا يكشف عن فساد العقد بل صدق الفك ودليل على صحته وح فمنعه عن مقتضاه من السلط على بيع العين او اجارتها لاستيفاء الدين على تقدير الحاجة الى ذلك لا السلط عليه مطلقا فلو بذل المديون الدين من غير جهة الرهن لم يكن للمرتهن الزام ببيع الرهن ليستوفي دينه منه خاصة اجماعا وح فمنعه كمنعه المنذر المعلق على فعل واجب وترك محرم فان عدم وجوب المنذور يعدم فعل الواجب وفعل المحرم لا ينافي صحة نفس النذر وح فلو عزم الراهن على انه لا يفي من غير جهة الرهن بل وعلم انه لا يبرء من دينه ما دام حيا لا لسبب فهو لا يحاله فاسد الى بقاء المدبر على حاله المؤدي الى مزاحمة في مقصده من جعل الرهن لما اوقعه من التدبير حيث ان القصد الى احد الضدين بنفسه قصد الى عدم الضد الاخر ورجوع عنه سواء شعر بكونه قاصدا للعدم ورجوعا عنه ام لا كما حررناه واوضحناه في مسئلة عبيننا الامر بالشيء مع النهي عن ضده مطلقا وان لم يعزم على ذلك ولا علم بما يكون بعد ذلك وانما عزم على السلط المرتهن عليه على تقدير احتياجه الى الوفاء على الرهن فيه فان اتفق ذلك كشف عن قصد نقض التدبير من حين الرهن فان ارادة الجمع بينهما محال وارادة بقاء التدبير بعد وقوع ارادة الضد منه التي هي بعينها ارادة عدم الضد الاخر الذي هو التدبير لم يمنعها الشارع ضرورة جواز التدبير ولزوم الرهن ولا يريد ان ابقاع اللازم هو بنفسه فسخ للجائز على تقدير المزاحم فانه ظاهر عرفا في العدول عنه وان لم يتفق ذلك فان رجع في التدبير صريحا او ضمنا انتقض التدبير ومنه ان يأذن ببيعه في وفاء الدين وح فان لم يكن شيء من ذلك لم يكن في محض الرهن دلالة على نقض التدبير ضرورة انه لو رهن مصرحا بانه عازم على الوفاء من غير جهته وانه جازم بانه يفك الرهن مثلا سبقى عنده لم يكن بينهما منافاة وح فلعل مراد المصنف والاكثر من ان الرهن يبطل التدبير اي على تقدير المزاحمة وعلى فرضها لانهما لا يجتمعان اصلا حتى مع التصريح بما اشرنا اليه وح فيخدش مع القول بالمراعاة لا انه خلاف الظاهر والاولى ان يحمل على ان المراد ان اطلاق الرهن ظاهر عرفا في ارادة نقض التدبير والعدول عنه كالامر بالبيع من بعد مع احتمال ان يكون انما امر لجزمه بان بعد الاشتهار وح فيكون القول بالمراعاة قولا بانكار الظهور العرفي وكلاهما وجه واما قول الشيخ في الخلاف انه ان مضى بالرهن فسخ التدبير صح والا لم يصح فراجع الى ما قلنا من ان التدبير ينفسخ مع المزاحمة لا مطلقا فيرجع الى القول بالمراعاة ومعنى فواته والا لم يصح انه لو فصد انه رهن ما دام حيا لا مطلقا بطل الرهن ووجهه ظاهر ضرورة اعتبار مقتضى الدوام في معنى الرهانة لغة وشرعا فبدونه يقع باطلا واما ما عن التحرير من استقرار التدبير وانتقال الرهانة بعد الموت من العبد الى قيمته من التركة فالمراد انه حلف سواء استقرت الرهانة فيه وبطل التدبير حينئذ وكان وجهه انه لما كان انتقال الرهانة الى البدل ممكنا عندهم كما حكموا به فيما لو رهن ما يفسد سريعا لم يدل رهن المدبر على نقض التدبير مع وجود قيمته كذلك المزاحمة بينهما ح بالابدال وفيه انه قياس لا نقول به لو قلنا بالاصل مع الفارق ولو قيل بانفساخ الرهانة عند

موت المدبر من غير اداء دل ولو كان التدبير جائزا او في خصوص ما لو كان لانها بتدبيره ونحوه كما قواه شيخنا وقد نظرا الى عدم حصول الرجوع او حصر يقدم التدبير لسبقه ويبطل الرهن كما يقدم حق الجناية في العبد المرهون نحو لدعاء بان ضمان الرهانة بعضه وهو المقصود منها الدوام ما دامت العين المملوكة موجودة لا ان مالكه والا لنفذ عتق المرهون من جبر اذن المرتهن ولا ما دام المالك هو بنفسه اقرار المملكة فيما يمكنه فكم مجبر او معلقا نحو بنفسه رجوع في التدبير مع المزاحمة والفرض ان التدبير مما ينتهي الرجوع وبان حرم اذا التهى الخبر بموته في الحال لا بقضي العتق واما ما نقض به من حق الجناية ونحوها فيناسب مع الغارق اذ الانفاع فيه فيه لا يملك الراهن فيه اقرار المالكة واضعف عندهما ابطلان الرهن من اصله مطلقا فائدة لا قائل به اصلا وان حكاه صاحب الكفاية **قوله في المتن اما الوصح برهن خدمته** اقول هذا القول مع انه غير معروف القائل غير معروف الوجه اذ غاية ما يجح له به ما دل على جواز بيع خدمته من النصوص الصحيحة وغيرها مع دعوى الاجماع على ان كل ما يصح بيعه يصح رهنه ولو سلم فانما يمكن تسليمه فيما يمكن قبضه والانتفاع به وقد عرفت اختصاص ذلك بالاعيان مضافا الى ان معنى قولنا كل ما يصح بيعه يصح رهنه ان ما يصح بيعه فيصح رهنه لا ما يصح اطلاق اسم البيع عليه ولو مجازا ولا ريب ان اسم البيع انما يقع حقيقة لغة وعرفا بل وشرعا اجماعا على نقل الاعيان بالاعيان كما يدل عليه نقل اهل اللغة وصريح العرف وتفريع الفقهاء والانفاق على ان الاجارة ليست من البيع سواء كان المبيع الموجر عينا او مدبرا ام غيرهما وانما اختلفوا في ان استعمال لفظ البيع في مقام الاجارة مع القرينة على ارادة نقل المنفعة مجاز او حقيقة فيعمها الاعيان ام لا كما اختلفوا في عكسه والنصوص انما تضمنت استعمال لفظ البيع في نقل خدمة المدبر في غير مقام العقد وظاهر ان امتناع المعنى الحقيقي قرينة على ارادة المعنى المجازي وهو لا يدل النصوص على جواز نقل المنفعة مطلقا ولا في خصوص المدبر بلفظ البيع ولا ان نقل المنفعة فيه بيع حقيقة وانما تدل على جواز نقلها وان كان مدبرا كما حملها عليه العلامة او على العتق كما حملها ابن ادريس وعليها اراد بذلك القبيل **قوله في المتن فلو رهن المسلم خمرا اه** اقول بل لو رهن الذمي الخمر ونحوها من فيما يصح بيعه لما قرر في المسألة الثامنة من احكام السلف **قوله في المتن وكذا لو رهن عند الكافر عبدا مسلما اه** اقول انما وجهه نفي السبيل في قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حيث ان لزوم المرتهن الراهن ببيع العبد وبقضاء دينه سبيل على العبد المسلم ويشكل بان نفي السبيل انما يقضي نفي سبيل الموجب لثبوت حق للكافر على المسلم اقتضى ذلك عدم صحة الرهانة من الكافر فقط فان في صحة الرهن منه اثبات السبيل على الراهن المسلم بل لازم ذلك عدم صحة البيع ونحوه من العقود

ونحوه من اسباب الضمان والاجماع بل الضرورة على خلافه بل الاجماع قائم على جواز اجارة الانسان نفسه من الذمي وغيره وتظهر الثمرة في حكمهم بانتفاء الضمان للكافر على المشتري المسلم ووجهه مع الاباء عموم قوله الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وقد يجاب بان الاباء انما ينفي السبيل من قبل الله سبحانه وتعالى حصصا كما في المقام لانصراف

عمومها البرح فلا ينتفي السبيل الذي يثبته المسلم على نفسه كما جاء في تفسير من الذمي واستدامته منه فلذا
ولازم ذلك عدم ضمان المسلم له ما يتلفه منه وثبوت الشفعة له حيث يعلم المسلم بتركه وهما كما ترى على
ان في دعوى الانصراف نظر وح فلا بعد ان يكون المعنى والله اعلم لن يجعل للكافرين من حيث هو هم ودعوى
المؤمنين سبيلا فتأمل نظير قوله ان الباطل كان زهوقا وقوله تعالى فلله الحجة البالغة ولعله لذلك حكم المصنف
وغيره بصحة الرهانة هنا ووجوب وضعه على يد مسلم ووجهان استمتاع الذمي على المسلم والمصحف اهانة
لهما وغيره علو للكفر فاذا قبضه المسلم ضمنا بلا اهانة وان كان نائبا عن الذمي وح فلو قبضه مسلم عن الذمي
واستمر القبض لم يجز ولم يبطل الرهن قوله في شرح الشرح ومن الغريب ان الفاضل في التذكرة الى قوله جوز ومن
المعلق على الوفاء او الوصف اه اقول ليس هذا بغريب في ذلك الان منذور الصدقة مثلا معلقا مما يحتمل فيه
امكان الاستيفاء بالبيع لاحتمال ان لا يقع المعلق عليه فلا يتحقق النذر من اصله اذ ليس مجرد النذر مطلقا
مانعا من بيعه حتى مع العلم بالانتفاء كما لو علقه على ان غاب الشمس مثلا وانما منع بحر من بيعه لم ينكشف الحال
مراعاة لاحتمال الانعقاد ولهذا لو باعه والحال هذه ثم انكشف الحال كان البيع صحيحا فليكن الرهن هنا كذلك
فان قلت المانع من صحة الرهن هنا انه لا بد ان يقصد بنذر المعلق على عدم انعقاد النذر والعتق لا بد فيها
من التنجيز قلت اولا الغرض ان القصد الى الرهانة اللغوية على وجه التحرز غاية الامر ان الشارع لم يصححها
ولم يصححها على تقدير الانعقاد وليس هذا من شأن المعلق بشيء ولو سلم كونه تعليقا فلا نسلم انتفاء البطلان
اذا كان المعلق عليه موضوعيته الموضوع كما في المزوج الايلاجي وطلاق مظنونة الطلاق او الزوجية ومن هذا
المقام يعرف الكلام في باقي الاحكام من رهن المبيع ذي الخيار ولو للبائع والعبد المأذون لرهن ظهره والجاني على
مولاه او غيره والمريض المأيوس من برئه مع حاول الدين واحتمال سبق الاجل حمل ام الولد مع انكشاف موته
قبل المالك او عتقها مع الاعسار وتزويد الرهن على الدين المحمل مطلقا قوله في المتن ولو رهن ما يتسارع
اليه الفساد اه اقول رهن ما يسرع فساده لا اشكال فيه مع الحلول ولو بتقدير الثانية مثل الاجل وكذا الاشكال
فيه اذا احتمل بقاؤه بعد الاجل ولو لتيسير الاصلاح ورهن ما يحتاج الى صلاح على الراهن اذا توقف البقاء عليه اما
بل يكون رهنا يمكن الاستيفاء منه ولو بيع ولو باصلاح الاجنبي وجهان ظاهرهم الاول واجودهما الثاني
سيما ولم يكن هو المالك لان الرهانة انما تقتضي تسلط المرتهن على الاستيفاء على تقدير البقاء وذلك لا
يقتضي وجوب الابقاء وان حرم عليه الاتلاف ومثله الحفظ لو تعذر منه الراهن والمرتهن تعم وجب الاصلاح
والحفظ من حيث الملكية على المالك لا كلام فيه على ان الاستيفاء يقتضي وجوب الحفظ فعلى الودعي ونحوه مع انهم
هنا كالاصلاح لمصلحة ولو شرط للمرتهن الاصلاح فهذا الشرط لا يفيد قلت اللازم جائز كما هو الاصل في
العقود اللازمة على ما حققناه سابقا فيكون وعدا لا يلزم الوفاء به الا بدليل ولو علم فساده قبل الاجل
ولو للعجز اصلا فهل يصح رهنه مطلقا ويلزم البيع عند خوف العشا بمن يكون رهنا او يلزمه البيع وان شرط

عدمه او يصح اذا شرط ذلك او لا يصح رهنا حقيقة مطلقا وانما هو استيثاق بحق وتوكيل على البيع وعلى بعض الثمن بعد ذلك او وعد براد اشرط فلا يلزم بالقبض فلا يكفي قبضه عن قبض الثمن لو بيع ورد بعض الثمن وجوه اخيرها ضرورة امتناع الاستيفاء من نفس العين عند الاجل وان بدله غيره فلا يكون رهنا من غير عقد بخلاف برحال تشخصه ولا قبضه قبضا له بخصوصه ولا بقاس المقام على بيعه بالحل المتأخر عن الرهانة للحائل بينهما من الفرق الواضح كما لا يخفى وبهذا يظهر ما في كلام شيخنا فتدبر قوله في الدين وهو كل دين ثابت في الذمة اه اقول ظاهره هنا وفي غريب الرهن انما يصح الرهن على الدين دون العين وهو احد القولين والاصح الصحة وانما منه من المحققين ضرورة ان الرهن لغة وعرفا حبس مال على مال اي غرض استيفائه وتحصيله كما حبس لخصوص الاستيفاء منه وليس في الشرع حقيقة شرعية ولا يدل وجوب التخصيص والابراء لانتفيه قوله تعالى اعني وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة بل يمكن الاحتجاج بعمومها عليه اذ ظاهرها الارشاد الى ان احتجتم الى ضبط اموالكم وتحصيلها ولم تتمكنوا من ضبطها بالتحرير والكتابة والاشهاد حيث تحتاجون الى ذلك سواء كانت ديونا او اعيانا فالذي ينفعكم في ذلك شرعا رهانة مقبوضة من حيث انه لا يجوز الرجوع للراهن شرعا بعد القبض مطلقا وكون الابراء السابق اعني قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل فاكتبوه واردة في خصوص الدين لا يوجب تخصيصها وبقربنة ذلك ان بينهما قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم والعين قطعا مضافا الى عموم اوفوا بالعقود وصحيح محمد بن مسلم عن احدهما سئل عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك بما استطعت فانه في قوة التعليل بالاستيثاق مطلقا وان كان واردا في الدين واذا ثبت ذلك فلا وجه للحكم ببطلان الرهانة على المبيع او الثمن المتخيرين بعد القبض مع احتمال كل وجه كلا او بعضا مستحقا للغير كما هو احد القولين ووجهه ظاهر ضرورة ان على تقدير استحقاق الغير فالبدل مال الغير فالكلام فيه كالكلام في المبدل والاظهر ان على قبضه بحكم بعدم جواز رجوع الراهن عند الانكشاف واما قبله فلا طريق اليه لوجوب حفظ ظاهر اليد الفاضية بانتقال البدلين بالعقد منحلة الرهن هنا دائرة مدار استحقاق الغير كتحقق العقد الفضولي الدائر مدار لحوق الاجازة وكتحقق بيع من باع عن نفسه مالا لغيره فاشتراه فاراد الفاعل بالبطلان عدم الحكم بالرهانة قبل الانكشاف وعدم وجوب القبض ولا الاستمرار فلم يملك وان اراد مطلقا كما هو ظاهر شيخنا معللا بعدم العلم بالاستحقاق وعدم شمول المقبوض والعلة فيما عن المذكرة معللا بعدم حصول الارتفاق لانه اذا باع عبده بالف ونحو ما بإزاء الف فانكانه ما قبض الثمن ولا ارتفق به الكل كما ترى نعم لو علل البطلان بان الرهن هنا وفي الدين انما حصل مبنيا على التعليق كان وجها وان كان ايضا محل نظر كما مر قوله في الدين وكذا مال الكتابة ولو قيل بالجواز بتركان اشبه اقول يبدو لي ان منع من منع من رهن الرهن على مال الكتابة مطلقا وان الاشبه الجواز مطلقا يشير بذلك الى مذهب ابن حمزة حيث جعل عقد الكتابة لازما في المطلقة جائزا في طرفها بالنظر الى المكاتب وجائزا بالنظر اليهما معا في المشروطة خلافا للمشهور القائلين باللزوم فيهما بالنظر اليهما ولا بعد في ترتيب القائل باللزوم بالنظر اليهما في المطلقة والجواز كذلك في المشروطة

ومناط القول بصحة الرهن هنا وعدمه انما هو القول بلزوم العقد بالنظر الى الكاتب وجهه ظاهر ضرورة انتفاء
اشتغال ذمة الراهن بناء على الجواز بخلاف القول باللزوم ولازم ذلك ان يكون الاقوال فى المسئلة ثلثة الصحة مطلقا
وعدمها كذلك والتفصيل بين المطلقة فالصحيح والمشروطة فالعدم وقد ظهر بهذا ان قول شيخنا ان تخريج الصحة هنا
غير جيد لاختصاص الخلاف بصحة الرهانة وعدمها بالمشروطة غير جيد قال ولو قلنا بالجواز امكن مع ذلك الحكم
بصحة الرهانة كما يصح الرهن على الثمن مع الخيار لهما او للمشترى وبدفعان الثمن مملوك فى زمن الخيار للمشترى كالبيع
ولذا لا ريب فى وجوب التسليم عليهما مع عدم انقضاء العقد وبزواله لاحدهما انتهى وحاصل ما ذكره ان الرهن
بالاسقاط ويكون العقد كالناقص نظرا فى اشتغال الذمة بالدين ووجوب الاداء حال الخيار وهذا غير ما ذكرناه
بجواز العقد فى نفسه بالنظر اليهما او الى خصوص الكاتب وانه بمنزلة عدم الوكالة والرد بعزل العارية فان معنا
ان حكم شرعا عدم وجوب المضى على ما تعاقدا عليه فان امضى احدهما ولم يمض الآخر لزم الآخر الوفاء كما فى الجعالة ونحوها
لذا لا يمكن جعله لازما بالاسقاط **قوله** الثمن فلا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالابق المتعذر
بعين الموجر مثل خدمته اقول يعنى بذلك الاجير الخاص كمن يستأجر على ان يخيط الثوب بنفسه وان يصوم
عن ميت كذلك ووجهه ظاهر اذكره وبمثله الاجير المطلق اذا استغرق جميع الافراد كمن يستأجر على صوم غد
بعينه بنفسه وبغيره فلم يبق قابل للوفاء بموجب العقد لكن قال شيخنا قد يشكل ذلك باطلاق ادلة الرهن و
الاستيثاق للمال التى يكفى فيها الاستيفاء من الرهن فى بعض الاحوال الى ان قال فلعل ذلك يستوثق على المجموع
البدو على احتمال ضمان من هو بيده اقول لا يخفى ان العمل الخاص المستأجر عليه كصوم غد بعينه بنفسه وخياطة
ذلك مثلا مع تعيين زمان والمكان والآلة كالمنفعة المحرمة فى عدم الاستيلاء فلا يمكن تحصيله بالرهن
ولا يجدى الاستيثاق فى الاعيان المضمونة بناء على ما هو لازم الاقتصاص بالرهن عنها عند التعذر فتأمل
كما ان الاستيثاق من الدين انما هو لثمرة الاقتصاص بالعرض المطابق للدين من ثمن الرهن بعد بيعه حيث
ان الشرع ملك من مال الراهن وانما يملك المرتهن عند تعذر تتبعه الاقتصاص عوضه بيعه والحاصل انما يرضى
الحاكم الباذل له فى مقابلة عن الرهن حيث انه مكلف بتخيير دفع احد الافراد المطابقة للكلى الذى هذا
منها وهذا معنى بدلية الاجير المطلق غالبا كالمستأجر على خياطة الثوب بنفسه وبغيره فان الرهن يباع
مع الامتناع ويستأجر بثمنه نيابة عن الاجير من يخيطه حيث ان تحصيل خياطة هذا الخياط احد افراد ما
كلف به ذلك الاجير المطلق وهذا بخلاف الاجير الخاص فان تعين العمل مع انتفائه واوجبنا ما يمنع من غاية
التكليف بالاجير على التخيير يجب بتوجب الحاكم عنه بالدفع حال الامتناع واما قياسه على الرهن على الاعيان
فيندفع ذكره انه يرد على من يقول به والمصالحة كما عرفت وقد بينا ان العمل الخاص كما يبنا ان منه الاقتصاص
عنه بالرهن كما بينا ان فى ذلك فى الاعيان لعدم استقلاله باء نها بل انتفاء العمل والحال انه ليس له بدل
دليل على بطلان العقد من اصله لان تملك الاجير الاجرة من غير عمل اصلا كاكل المال بالباطل اذ ليس العمل

قبل وجوده مال به يكون مفيدا حتى يكون عدم الانتفاع به اتلافا له يوجب الضمان كما هو واضح وح
فالاشتغال الذي مدة عند انتفائه تم مع بقاء زمان العمل فتكون مشغولة بابقاء عين فتسقط وهذا لا يمكن استيفاؤه
من الراهن به فلا يكون الرهن ح على شيء ويؤيد ذلك او يدل عليه انهم اجمعوا على ان منافع الحر لا تضمن بالغصب
واما لو فرض استيفاء الغير لتلك المنفعة الخاصة فلو قلنا بان منافع الحر تضمن بالاستيفاء بحث صحيحا وجوع
المستاجر على المستوفي فذلك لا يوجب الحكم بضمان الرهن هنا اذ هو سبب بسيط دائر بين الراهن فيكون الرهن باقيا
ردنا على ما لا يثبت بعد في الذمة وهو باطل كما اعترف به شيخنا سابقا فمستوفيا له لعدم دخوله في
عهدته بالادلة ح فانتفاء العمل المقدر وكعرض الموت قبل القدرة عليه كاشف عن عدم تملك العوض
واما فسخ العقد وجوب العمل وجوب دفع العوض وتملكه عند حصوله فينكشف بذلك بطلان العقد فيبطل
الى التملك من اصله ولو تحلل وقلنا بانه انما يوجب الانفساخ من الحين منع ذلك بقاء من ضمان الرهانة لارتفاع
استحقاق الدين بالانفساخ ورجوع عوض الاجارة الى صاحبه والحاصل لا اثر للرهانة هنا لانه ان عمل
فلا فائدة في الرهن وان لم يعمل فلا استقرار منه بعبرة حتى يستوفيه منه بالرهن بل انما حابسا ان يريد السفر
ان كان بعضه وهذا واضح ثم ما ذكره الشهيد رة في غاية المتانة لكن لا دخل له بالمقام كما لا يخفى فتدبر قوله
في المتن ولو رهن على مال دهنا ثم استدان اخر فاول الاولى ان يقال لو جعله دهنا على دين ثم جعله دهنا
على اخر سواء تقدم الدين الذي جعل عليه الرهن اولا او تاخرا واقترنا وسواء كان الدينان لواحد او اكثر
وجهه ظاهر ضرورة ان معنى الرهانة انما هو استيثاق حوالة المرتهن في العين لما لكها لغرض استيفاء الدين
وهذا المعنى لا ريب في امكان تعدده بتعدد الدين مطلقا سواء تقدم ما ذكرا او تاخرا او لا ريب في توقف صحة العقد
الثاني على اذن المرتهن الاول مع التعدد واجازته لما فيه من المزاحمة له بدون ذلك وح فايهما استوفى
طلب البيع للاستيفاء كان له ذلك سواء دفي بدينهما معا او دفي الاخر احدهما او بعضه او طلباه معا
فباع فان دفي ثمنهما معا فلا كلام وان لم يسعهما فحصل بينهما ان الثمن بالتسوية او على نسبة الدين او هما
سيان الى عنده بنظر عنده كان له ذلك او بقرعة ان او بتقديم الاول السبعة وجوه اوفاها الثاني واحوطها
الثالث واضعفها الاخير هذا كله مع تصريح الراهن الاول باستمرار الرهانة بينهما اما لو صرح بفسخ رهانته
فلا كلام وموضع الصدع انما الكلام في اطلاق الاذن بالرهانة ثانيا هل هو ظاهر عرفا في الاعراض عن الرهانة
الاولى وفسخها ام لا وجهان اوجههما الاول ولهما من قوة سبب الرد عند الثاني ولم يصرح له بالرد وكل هذه في استدامة
القبض بل يمكن الاستناد في ذلك الى عموم التعليل الثابت في خيار الحيوان من قوله ع فان احدث المشتري
فيه حدثا فذلك رضا منه فلاحظ له على ما مر مرارا من ان له على ان يفسخ البائع في المبيع يوجب الفسخ حيث
يكون له الخيار بل لعل ذلك ان العين ثابتا مع اتحاد من له الدين ايضا يشعر بالاعراض عن الارتهان الاول
وتمام الكلام محل نظر فتدبر قوله في الشرح فمن الغريب قول المصنف على ما ذكره اقول ليس هذا بغريب بل الغريب

الجزء بانه لیس للراهن فسخ الوکالة المشروطة فی العقد سواء فسر بانه لا یعزله کما هو ظاهرهم او بانه لا یجوز
له عزله ولو کان لو عزله انعزل وسواء قلنا بان شرط شرط فی العقد اللازم تخلف لزوم العقد بتخلف الشرط کما هو الصحیح
وجوب ایفاء الشرط وان تخلف لزوم العقد مع عدمه ما ثبت فی مثل البیع للدلیل یختص توضیح ذلک انا لا نجد انا
ان نقول الراهن رهنتک هذه العین عندک علی ان لک وکیلا علی بیعها اراد ذلک استبقاه وبذلک
وعلی قبض ثمنه من المشتری وما اذنت فی قبضه وعزلتک عن ذلک واما ان یقول علی شرط انی وکلتک علی بیعه
علی بعض ثمنه وسأذن لک واما ما ظننته شیخنا من امکان ان یقول علی شرط ان لا یبیع الا بثمن مثله من غیر ان یوجب له
الوجه الاول او الثانی فغیر معقول ضرورة انحصار البیع الصحیح فی الاصالة والوکالة وحیث ان عقد الوکالة لا یحتاج
فی لفظ ویکفی فیه الاذن مطلقا وفی قبولها الفعل ولو بعد حین ما لم یحصل العزل فلا جرم کان معنی العبارة کالتی
ایقاع الوکالة مقارنا لایقاع التوکیل المزبور سواء کان قبول الوکالة قبل الرهن فلیکن سعیکما هنا معا او بالرهن اولا
لیس فیها ما یدل علی ان الراهن قد اوجب علی نفسه شیئا لان الموکل قد وفع والایجاب انما یعقل ان یتعلق
بما لم یقع بعد علی ما مر تحقیقه فی باب الشروط ولا یمکن ارادة تعلق نفس الوکالة وکالة ولا تعلق لزومها علی الموکل
اما الاول فظاهر واما الثانی فلان جواز عقد الوکالة انما یناط نظر الی الراهن عکس مطلوب المرتهن فانه یرید من الراهن
ان یوجب علی نفسه ان لا یعزله اذ لا ثمرة له بدون ذلک وح فهذا الاشتراط فی معنی الوعد المحض الا انه وقع
مقارنا للعقد وقد عرفت بما قررناه الادلة علی وجوب الوفاء به وعلی تقدیر القول بالوجوب فذلک لا یمنع
من انعزاله بالعزل وانکان عزله محرما کما شرط فی البیع ان لا یبیعه من زید فباعه منه فان تحریم بیعه من زید لا یمنع
من صحته وکما لو شرط ان لا یطلقها بل لو شرط ان لا یبیعه من زید وان لا یملک ملکا فیها او شرط فی المقام
ان لا یعزله کان شرطا مخالفا للکتاب والسنة ویکون باطلا واما عدم انعزال الوکیل لو عزل وقد علم
ما وکل فیه ولم یعلم فقد لمر بمختصر واما العبارة الثانیة فغایة ما یقال فیها انها تدل علی انه قد اوجب
علی نفسه لانشاء الموکل عند ارادته الاستیفاء او وجبان لا یعزله بعد توکیله اذ لا یحصل غرض المرتهن
بدون ذلک وقد ظهر بهما مما عرفت فی الاولی ولو قلنا بان العبارة دالة علی ان الاذن کان علی ایجاب عدم العزل
اصلا فلا اشکال وضعفه وظهر الحال فی نظائر المقام کما لو شرط فی النکاح وکالتها علی الطلاق او شرط علیها
وقد اتضح ایضا انه لو مات المرتهن المشروط له الوکالة بقی الحق من لم ینتقل الی الوارث فان الوکالة لا تورث
وکذا وجوب التوکیل ووجوب عدم العزل لو قلنا انه لیس ذلک من الحقوق فمن ورث وانما هو تکلیف
یقع موضوعه کما لو نذر ان یتصدق علی فقراء بلدة فمات ثم لو شرطها الراهن منفردا او منضما الی شرط المرتهن او
مطلقا صح وکان وکیلا محضا بالاضافة الا بالارث کما یعرف شرطها الغیر ههنا مما سلف فی لزوم الدین ولو مات المرتهن
ولم یعلم الراهن کان کسبیل ما لو جن حتی یعلم بجنونه اما قول المراد انه اذا لم یعلم تفصیلا ولا اجمالا ان الرهن فی جملة
ما اطلع علیه الوارث من ترکته سواء علم قبض المرتهن بقسم لا بل سواء علم بقائه او احتمل وجوده فی

غير ما بينه المركز كان احتمال ان يكون مدفونا تحت الارض ومستورا او علم للصبار احتمال الاثر الذي بل حتى لو علم
انحصارها كان بدء عليه عند موته فيما وجده الوارث اذا احتمل تلفه قبل موته من غير تفريط ووجهه رفع ذلك
كله ظاهر عند وده لصدقه شرعا في الملكية وان كانت في يده ها اعم منها ومن الامانة بل ومن الغصبية مع ان الاول
براءة ذمة الوارث من جهة التصرف فيما وجده في يد المرتهن واصالة براءة ذمته من الضمان لو تلفها جميعا واصالة
عدم الزيادة في المرتهن من الضمان للزائد عن الدين من الرهن على تقدير زيادته ولو التفت الى اصالة بقاء
المال بمعنى عدم تلفه او علم بقائه لم يثبت بذلك شرعا انه احدها وجده الوارث فتجهيلا ولا اجمالا وكذا لو علم
كونه قبل موت المرتهن في الصندوق الذي فيه المركز اذا احتمل تلفه قبل موته بل وبعد موته من غير تفريط فان
الاصل لا يوجب التعيين تفصيلا ولا اجمالا ومثل ذلك يجاب لو التفت الى اصالة عدم التلف واصالة عدم
قبض المرتهن لغيرها وجده واصالة عدم وضع المرتهن في غير ذلك المكان كما هو واضح وان استوضح ضده شيخنا
هنا لهذه الاصول خلافا على الجماعة وهو كما ترى بل هذا كله آت فيما لو جهلت عين الرهن فيما يجده المرتهن بيده
بل حال جنونه لكن الحكم بضياع الرهن على الراهن حينا كان المرتهن ام مبتاكما لا يوجب فراغ ذمة الراهن
من الدين لامتناع من تعلق الدين باعيان اموال المرتهن بتحجير لسفه عارض او فلس او موت كان عقد الرهانة لا يقتضي
تعيين الوفاء من الرهن خاصة حتى مع وجوده وتميزه وانما يقتضي عدم تسلط المرتهن على الاقتضاء عنه امتناعا
الراهن باي اموال الرشداء ما لم يفتح الوثاقة وتسلط المرتهن على الزام بيع الرهن للاستيفاء وهل يقتضي ذلك
سائر الديان في استيفاء تمام حقوقهم ان قصرت اموال المرتهن وفائهم بل وان لم يكن لهم مال سوى الرهن فضيع دونهم
حينئذ كذلك او انه لا يقتضي الا تزاحم الراهن في نفسه ومن حيث هو حتى لو كان من مستثنيات الديون من غير التفات
منه الى حال الديان اصلا عموم يقتضي مزاحمتهم في تعيين عنا يقتضيه التقسيط في نفس الرهن فان كانت اموال الراهن
ايضا ديونا جميعا لم يزاحموه في اخذ بعض الرهن على ان باخذ باقي في دينه من باقي الاموال وان لم تكن وافية لم يزاحموه
في توزيع النسبة على عين الرهن بحيث يكون هو وغيره سواء من جميع الوجوه بل يختص المرتهن باخذ النسبة
من عين الرهن اذا كان الرهن من مستثنيات الديون وجهان اقواهما الثاني لضروره عدم منافاة تعلق
الديون جميعا التي منها دين المرتهن بالاعيان جميعا التي منها الرهن لما قصده المتعاقدان كما هو واضح
منافاة الى عموم ما دل على تعلق الديون بالاعيان من قوله تقدم من بعد وصية يوصى بها او دين وغيره
ويؤيده ما رواه الشيخ والصدوق باسنادهما عن ابي عبد الله في رجل افلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم
رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الديون قال يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها
على اهل الدين بالحصص وباسنادهما ايضا الى سليمان المروزي قال كتبت الى ابي الحسن عن رجل مات وعليه
دين ولم يخلف شيئا الا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه اكثر من مال المرتهن ايأخذه بماله او هو وسائر
الديان شركاء فكتب عم جميع الديان في ذلك سواء يتوزعون بينهم بالحصص ولو قيل ان دين المرتهن لم

يتعلق الا بالرهن دون باقى الاعيان فيلزم ان يتعلق دين الباقين بالباقى خاصة وان لا يزاحموه الا ان يزيد على
دينه فان اريد على انه لا يجب على الراهن الوفاء ولا على وارثه لم يسلم فهو خلاف ما اقتضاه العقد بل خلاف الاجماع
سببا للوثيقة فاشبه ارتهانه كالضمان عندنا فوجب انتقال الحق عن الذمة فيختص بتعلقه بالرهن اذ لا يلزم ذلك برأس
من الدين يتلف الرهن مطلقا بفتح الوهانة وان اريد ان دين المرتهن لم يتعلق لصاحبه عين المرهون فزاحمه
باعتباره الراهن بقيمته الا فى الرهن فذلك لا ينفى تعلق الدين كلها بالاعيان كلها ولا ينفى مزاحمة الدين
للراهن فى تعلق التقسيط بالرهن كغيره اذ لا بين فى ذلك فزاحمه من الراهن بقيمته للمرتهن فى الرهن ولا يدفع مزاحمته
المرتهن التى اقتضاها العقد للراهن الا ترى انه لو اتلف الراهن او وارثه من دفع ما يقضيه النسبة كان للمرتهن
ان يتعلق عليه الحاكم فى بيع الرهن فاصدر لباخذ حقه منه بخلاف الباقين فليس لهم الاستعلاء على عين
بعينها وذلك بطل اختصاص المرتهن بعين الرهن بمعنى ان له الاقتراح عليها لم يمنع الوهانة فى غيرها
الاستيفاء من عين الرهن فلم يوف من غيره بخلاف غيره لكن على حسب المقام فقد يضيع دين الباقين دونه
كما اذا كان المرتهن من المستثنيات البيع سواها وقد يستوفى اجمع مع اختصاص المرتهن بعين الرهن بالمعنى
الذى ذكرناه كالو وفت اموالها وقد يختص اجمع كالو ضربت اموالها لكن مع اختصاص المرتهن بعين الرهن
بالمعنى الذى عرفت فقد يوجد ولا يستحق فى الرهن والمرتهن احق باستيفاء دينه من غيره سواء كان
الراهن حيا او ميتا ولو اعوز ضرب مع الغرماء اه اقول قد شرح هذا المتن فى الذى يليه والاضافة فى
هذه العبارة وامثالها ليست محضة فى خلاف ما ذكرناه وكاصرح به فى ان دين المرتهن لا يقع عليه التخصيص
اصلا بل وظاهره بل محتمل ارادة ما اشرنا اليه من معنى الاختصاص بالاعيان فيكون معنى قوله ولو اعوز انه لو
اعوز المال كله عن وفاء الدين ضرب المرتهن بدينه مع الغرماء ووقع عليه التخصيص كغيره وان اختص بعين
الرهن بحسب حقه اذ المراد لو اعوز الرهن عن وفاء دين المرتهن ضرب المرتهن بدينه صحيح فان وفى
المال استوفوا جميعا وان قصر قصر عليهم كذلك لان المعنى انه لو اعوز الرهن عن وفاء دين المرتهن سقط
ثمن الرهن وحده ورفع التخصيص بالنظر الى باقى دينه ودين الباقين الا ان الاختصاص اثر خلافا لظاهر
وكيف كان فلا ينبغى الاستيحاش بعد الدليل المحكم ولا التقليد فى الحكم لغير الحاكم نعم المعنى المذكور مبنى
المقنعة والنهاية والمراسم والشرايع واما المرتضى وابن زهرة وابن حمزة وابن البراج فلم يذكروا المسئلة الا
قال فى النهاية اذا مات الراهن وعليه دين لغير المرتهن لم يكن لاحد من الغرماء ان يطالبه بالرهن الا بعد ان
يستوفى المرتهن ماله فان فضل شئ رده على الورثة وكان ذلك لباقى الغرماء وبمثله عبر الجماعة الا انه زاد
انه قال وقد روى ان يكون مع غيره سواء بالخاصون والاول احوط قال المصنف فى نكت النهاية المراد بما رواه
فى الحكم لان الرهن وثيقة للمرتهن فلا حق الاختصاص باستيفاء الخ وما رويناه فى ذلك غير مقطوع
به ثابتة فالاحوط البقاء على الاصل الثابت الى ان قال والروايتان ضعيفتان وقال ابن ادريس انما

ما شاء الراهن لم يكن لاحد من الغرماء ان يطالب المرتهن بالرهن الا بعد ان يستوفي المرتهن ماله من الراهن فان
فضل شيء كان لباقي الغرماء وقد روي في شواذ الاخبار انه يكون مع غيره سواء والصحيح ما انعقد عليه
الاجماع دون ما في شواذ الاخبار قلت عرفت ان الاجماع منعقد على لزوم العقد من طرف الراهن وانه ليس
له جعل حق الاستيفاء من الرهن لزم نقد بيعه على غيره كما قررناه في مكنة وغيره لا انه يدعى الاجماع على
المسئلة من حيث الخصوصية اي سواء قلنا ان الراهن قد جعل له حق الاستيفاء من العين من حيث هو رهن
ما اي بحيث لا يزاحمه هو فيها او قلنا انه قد جعل له حق الاستيفاء فيها من حيث خصوصيته اي بحيث لا يزاحمه
هو ولا غيره من الغرماء فمن حكم المزاحمة مع قضوا بان على تقدير عدم الرهانة بل جعل له ان يزاحم غيره على
تقدير القضو وحيث عرفت ان دعوى ان عقد الرهن على النحو الثاني قد الكلام بل المنفي قصده قطعا
وعرفا انما هو المعنى الاول فلا يزاحمنا الاجماع المدعى ولا حاجة الى ما ذكر من التحريرين وانما نحرجنا شاهدا
دليلا بل لو صرح الراهن بارادة المعنى الثاني اشكل الحجر بصحته اذ عموم الناس مسلطون على اموالهم بمقتضاه
الجثية لا يفيد التسليط على رفع حقوق الغير وكذلك قولهم تقاضا او فوا بالعقود اذ اللفت الى انه انما يفيد وجوب
الوفاء على المتعاقدين بما جعلا مسلطين عليه فلا يدل على اضفاء ما لم يثبت مشروعيته والتسلط عليه
من مزاحمة من له الرهن لزاحم فتدبر جيدا فانه دقيق ولم ار في الشرح لكن يشكل اذا كان ويشهد له اقول هذا
الاشكال واضح الدفع كما ستظهر وانما الاشكال ان رهانة عين بدلها معيب يجب ان يبحث من ظهور العيب فيملك
مالك العين لولا الرهانة ردها انما لا نستفيد رهانة نفهم كرهانة العبد الجاني والمرتد الذي اعترف المصنف وغيره
بصحتها وعدم استفادة رهانة كما مر وضمحل دعوى الاستفادة هنا لعموم اوفوا بالعقود والاجماع على لزوم الرهن
من طرف الراهن بدعة انه خطاب للمتعاقدين والراهن هنا لم يرد الثمن وانما اخذ منه بوجه شرعي لظهور العيب
في المبيع الموجب للتسلط على اخذ البدل ما دام مملوكا للمشتري لم ينتقل عنه حتى يضطر الى اخذ المثل او القيمة
ليرد به فاحفظه في الخصوصية ودعوى ان تسلط الراهن على الرهانة المبنية على الدوام واللزوم يمنع
من تعلق حق المشتري بالخصوصية فينتقل الى المثل او القيمة وانكان بعد على ملك الراهن ولم ينتقل عنه كما
ان تسلطه على البيع المبني على الدوام او اللزوم كذلك يدفعها في مسئلة مزاحمة المرتهن الغرماء من ان تسلطه
اعني الراهن على ما بازاء الارهان انما يوجب مزاحمة المرتهن للراهن بنفسه وليس له التفات الى ان للراهن ان
يجعل المرتهن كذا ... يرد عليه ما تقدم من تعلق حقوقه بوجه اصلا فراجع واما قياسه على البيع فيدفعه ان المشتري
انما يبحث بظهور العيب فسخ ملك البائع بفسخ عن الثمن وبملكه عنه بعيد انه منه لا فسخ ملكه عن البائع فليس
حقه في الخصوصية على الاطلاق بل على وجه خاص فانه العقد الثابت فاذا اختلف الملك بسبب البيع
فلا بد من انتقال حقه الى المثل او القيمة كما في صورة التلف اما في المقام فالعين باقية والملك لم يختلف
وانما احدثت رهانتها فلا يمكن ان يزاحم بها حقوق الغير كما عرفت فحق الخصوصية في العين فلا مانع عنه بل

هذا

هذا اظهر ما لو رهن من الشري شقصا من احد الشريكين في الدار ثم علم الشريك الاخر فشفع فانه لا يرتفع الرهن بالشفعة لانه استحق على الشفيع فان قلت لك ان تمنع جواز بيع ثمن المعيب مع ان الشري الاول حق الرجوع فيه بالعيب مع ظهوره بكيف صح البيع قلت جاز ذلك لان حق المشتري انما يحدث عند الظهور والاختيار وانتفاء المانع من التصرف والتبرع والبيع قبل ذلك ولو قلنا بثبوت الحق قبيل ذلك رافعا وانما يظهر ظهوره بجواز البيع وصحته انما يتفرعان على تعذر الملك وجواز التصرف لا على جواز عدم قابلية المرهون للمانع بعد ذلك ثم بنى على ملك المالك فان كان في العين حق للغير لم يثبت بعد شيئا وانما الاشكال على استقرار رهانة الثمن بان عود المبيع على ملك الراهن يبطل ان يعود رهنا وصف لرهانة فينتفي لانتفاء محل الثمن الا ان ردها شرعا ويعقب بذلك عود رهانة المبيع فانا نقف هنا ونقول انتفى المانع من ملك المشتري له ورجوعه فيه فلا ان هذا الاشكال انما يرد في خصوصها لو كان الثمن ثمن مبيع معيب هو فلان رهنا قبل بعد واسترهن ثمنه عقارا لا في مطلق ثمن مبيع معيب فلا رهن ذلك الثمن بعد البيع رد ثانيا ان رهانة الثمن سواء وقفت بعقد جديد او بالشرط الاول عقارا تبعا لسبب عود وصف لرهانة في المبيع العائد الى ملك الراهن ضرورة امكان نقد الرهن على دين واحد فتعود منعا فيا شرعا محافظة التلف على بعضها وحق رهانة الثمن ليست بذلك احتياطا عن رهانة المبيع بل هي رهانة مستقلة فلا يبنيها عود المبيع رهنا ولا يصح ان يقصد انه رهن ان لم يعد المبيع رهنا لانه تعليق مفسد للعقد وثالثا بما ذكر يتجاوزه من منع عود وصف لرهانة الى المبيع بالفسخ لكن منع ذلك لا يوجب الحكم ببقاء الثمن في ملك البائع وكونه رهنا لما ذكر من الاشكال وسنعرفه الحال فيما لو كان العيب في الثمن المرهون سواء رهن بكلا عن المبيع الذي كان رهنا ام لا فان البائع هنا الذي هو الراهن لا يستطيع الفسخ كما يستطيعه المشتري لو وجد العيب في المبيع وانما يطالب بالارش خاصة سواء سقطت الرهانة بتصرفه في الثمن ام لا ضرورة انه قد سلط الرهن على نفسه بسبب العقد اللازم اعني الرهن على الوفاء له باستيفاء دينه منه وهو كما ترى يمنع مرده الى ملك المشتري ثم لو فسخ الرهن العقد واخذ الارش كان له الفسخ بالعيب بكفي في فسخ المرهون اذن برد الثمن ولو كان المبيع قبل بعد رهنا لم يعد رهنا باذن المرهن برد الثمن المسترهن بكلا سواء شرط عوده رهنا ام لا لما عرفت بما حققناه سابقا من ان شرط المتجدد غير معقول فلا بد ان يرجع الى اشتراط احداث عقد الرهانة في المبيع بعد تملكه فيحتاج لزومه الى تجديد القبض ايضا وليس هذا من العود في شئ وهل يلزم هذا الشرط لو وقع الوجه لا انه ليس شرطا في عقد وانما هو شرط في فسخ العقد فان الاذن برد الثمن فسخ حقيقة لرهانة عين الثمن واما لو لم يشترط فظاهر انه لا دليل على عودها فهو امر من الشارع واما دعوى ظهور الاذن المجردة في افادة اشتراط عود المبيع رهنا معها فيه فما عرفت محل نظر واعرب منه احتمال ان للراهن رد الثمن المعيب المسترهن من غير اذن المرتهن نظرا الى عدم صدق اسم التصرف على الرهانة وهو كما ترى وكيف كان فالاولى حمل عبارة المتن ونحوها على ارادة

انه لو دفع

انه لو دفع الثمن الى المرتهن وفاء عما عليه لا يبرأ ثم ظهر في المبيع عيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن ووجهه ظاهر فتدبر جيدا قوله في شرح الشرح والى ما يمكن استفادته من مفهوم الرهن اه اقول الانصاف ان العمدة في دليل الحكم بمنع الراهن من جميع ما كان له التسلط عليه قبل الرهانة من التصرفات العلمية والعقدية الا باذن المرتهن وكونه كالاجنبي بالنسبة الى الرهن في جميع ذلك اقتضاء اطلاق الحبس المفهوم من قوله رهنت هذا عندك عرفا و لغة قطع سلطنة الراهن عنه وجعل يفسر بالنظر اليه كالاجنبي ما دام الدين في ذمته فما ذكره الشهيد وغيره من التعليل ليس احتجاجا بمحض الاعتبار كما قد يتوهم بل اشارة الى ان ذلك مفاد ذات العقد عند اطلاقه الذي يجب على الراهن الالتزام به روحا لغرض الاستيفاء داع الى الحبس المطلق الا ان معنى الرهن هو الحبس على خصوص جهة الاستيفاء حتى يقال ان المنع من التصرف الذي لا يوجب نقصا ولا تلفا ولا مانعا في حكمه كتقبيل الجارية وسكنى الدار ولو قليلا يحتاج الى دليل جديد بعد عموم الناس مسلطون وغيره ومن هنا يمنع العمل بالنص المزبور وان صح وصرح مرورة بتمام الاجماع على وجوب الوفاء بعقد الرهن بحسب ما يقتضيه اطلاق العقد من غير استثناء كون الرهن جارية او كون التصرف وطأ مثلا بالضرورة سواء اوجب الاستيلاد ام لا كوطي البائس بل هذا المقام من موارد وجوب عرض الخبر على الكتاب مع ان الغالب من وطي الجارية رهنا ما يوجب الاستيلاد ولا ريب انها لو ولدت ثم مات سيدها انعتقت عليه فاطلاق الرهانة كاد يكون شاهدا بل يستحيل على الامام الاذن بذلك وتجويزه من غير تنبيه لا انه اذن بالتهجم على القبيح اعني ابطال الحق الاقدم وتفصيره فيه ظاهر وهذا لا يفرق فيه بين ان نقول بجواز بيع ام الولد المستولدة قبل الاستيلاد ام لا كما لا يخفى فلا بد من حمل اطلاقه على التنبيه ولو من هذه الجهة وح فلا يمكن العمل بصريح وطي البائس بناء على عدم اقتضاء اطلاق العقد المنع من ذلك بدعوى تنزيله على خصوص ذلك الوطي اذ لا انصراف اليه وتعين التنبيه سببا في الاطلاق فيحتمل ان يكون هو المستند في الحكم بالنظر الى البائس ايضا ومما يومي الى كونه على التنبيه والى ما قلنا من ان اطلاق العقد يقتضي عموم المنع لغة وعرفا قوله عليه السلام ان الذين ارتهنوها اه فكانه اشار الى الجواب الوافي بان العقد بنفسه يقتضي ان يحولون ولذا تراهم يحولون بينه وبينها ذليلا لم يسعه المضي ان لم يسأله عن صورة الخفي اجاب بما يشعر بالتنبيه اذ قال لا ارى هذا عليه حراما فتأمل جيدا كل ما في قوله شجاعة ان مقتضى الاصول الجواز ولا يعارضها الاطلاق اه بل الظاهر ان نظر الشيخ وابن ادريس حيث حكيا الاجماع في المسئلة الى ارادة الاجماع على وجوب الوفاء بالعقد لا الاجماع على خصوص المسئلة مع قطع النظر عن ذلك وح فلا يستثنى من التصرفات شيء الا ما يطلع برضا المرتهن به مما يعود الى سلامة الرهن او نحوه من غير مجال لما فرع عليه كمداواة المريض بما يؤمن معه تلفا ونحوه وهذا كما لا يخفى يعني الحكم بانقضاء العقد طلاق التعبيد لا ينافي ما اخترناه من عدم انقضائه مراعى بغرامة الغرماء والمشتري قوله في شرح الشرح ضرورة كون المنع بعد البيع اه اقول كيف يمكن سقوط الرهانة بمجرد البيع مع تسليم ان الاذن المتأخرة اسقاط لها من الحين فتأمل

عدم او كان عطالبا لسقوط سابقا بسبب المسقط المتاخر ضرورة عدم امكان تقدم المعلول على
الناشر بل كلا على فلا يرد ذكره سقوط حق الوثاقة شد البيع وانفساخها من غير مسقط فرق الحق والفرق بين بيع
المقتضي وبيع الراهن واضح ضرورة ان بيع المقتضي له حكم الفضولي وانما يحتاج الحصول عليها الناشئ عن العقد
والقصد وكون المالك مريضي مالك النقل فتتم اركانه اما الراهن فان كان للمرتهن حق لم يسقط قبل
اسقاطه وانما يسقط عند اسقاطه نعم قبل اسقاط المرتهن مخاطب بامضاء عقد الرهن ومقتضاه عدم
كون عقد البيع الواقع بعده عليه ناقدا فرق في ذلك المشتري بل يتوقف تمامها على حصول اسقاط المرتهن حقه
فان كان ليس له حق خ بدعوى انه يسقط بمجرد البيع فيلزم ان يكون اسقاط المشتري سواء كان بطريق الاذن
بالبيع او كان اسقاطا مجردا كالوارد بعلم بامر فد بيع اسقاطا للا الواقع له وهو كما ترى اذ اسقاط ما مضى
على صفة التجرد بما يناخ غير معقول فان قلت هو اسقاط لحق الارتهان الحاصل قبل البيع ولا نسلم السقوط
حق الارتهان الى حين الاسقاط مع عروض البيع قلت نعم لو ورد المرتهن عقد البيع فحقه مسقط للاجماع اما
اسقاط الوثاقة بطريق الاجازة او مجردا فلا دليل على اسقاط حق الوثاقة الا الى زمن البيع الذي يسقط به
حق الحق لا بالبيع وقولنا يسقط بالبيع نريد انه يسقط عنده لا بمسقط مجرد اما بعده فلا علاقة او فوا بالعقود
المقتضي لتخير صحة بيع الراهن ح ويكون عقده عليه ناقدا فرق في ذلك المشتري قلت هذا غريب ولا الان الاسقاط
الى زمن الاسقاط مستصحب ثابتا ان كان اسقاط حق الارتهان شرعا الى زمن البيع لم يخ ساقطا عنده الى
يسقط وان كان اسقاطه الشرعي الى ان يحصل المسقط فلا يلزم ان يكون الحق حاصلا بعد البيع وان لا يكون
العقد عليه ناقدا فرق في ذلك المشتري حتى يحصل المسقط وهو ما اشار اليه الشهيد ره ثالثا قوله تعالى اوفوا
بالعقود انما يدل على الحكم بتخير كل عقد على حسب ما وضع فقول الاريب في ان الحكم بفسخ البيع مع رد الراهن
انما دل عليه وجوب الوفاء على الراهن بعقد الوثاقة المستفاد من قوله تعالى اوفوا بالعقود لان مقتضى البيع
وان بقي المرتهن فضولا اوجب الشارع الوفاء به اعني عقد فلا يدخل هذا البيع فيما اوجب الشارع الوفاء
به وان وضع من ذلك العين الصحيح العبارة وما ذلك الا لان حق الوثاقة ما لم يسقط مانع من النفوذ والمضي
فيجب ح ان يكون العقد المتعقب للوثاقة انما امر بالوفاء به وحكم بتخير عند سقوط حق الوثاقة بالاداء
او الاسقاط المجرد او الفك لا قبل ذلك ح فما دام الراهن مخاطبا بالوفاء للمرتهن فهو غير مخاطب
بالوفاء للمشتري بالعقد الحادث بعد الوثاقة ولا ريب ان عموم اوفوا واطلاقه متعلق به بعد البيع قبل
الاسقاط كما هو متعلق به قبل ذلك وهذا بخلاف عقد الفضولي فانه غير مخاطب بالوفاء بعقد براجم
الوفاء به للوفاء بعقده فيتخير فيتخير كون الاجازة كاشفة لانا قلنا وما ذكرنا شيخنا وه من هنا فان ذلك
ظاهر كلمات الاصحاب في المقام انه نفوذ بل لا يوجب الانفكام وكذا ما ذكره في مسئلة العقد الذي فيه غير
الفك حيث صرحوا بتخير العقد لزوم صحيحا على دعوى انكشاف الصحة والزوم من حين العقد بان

المقتضي موجود وانما المانع من النفوذ حق المرتهن فاذا زال بالفك اثر المقتضي اثره اذ لا يخفى ان وجود المقتضي
لا يكفي في التاثير ما لم يزل المانع فاذا زال اثر المقتضي عند الزوال لا قبله والا لوجد المعلول قبل تمام علته
التامة وحكمه بالتحرير واللزوم لا يلزم منه دعوى الكشف لاحتمال ارادة التوقف على الفك كما مشى في الاجانة
فظهر ان ما ذكره الشهيد ره من نقائض التحقيق فتدبر جيدا ولا تستعجل على ان التدبر الصادق في كلام
الجماعة سيما الشهيد الثاني والمحقق الثاني يعطي موافقة الشهيد فيما ذكره بل ظاهر الشهيد الثاني ان ذلك
عندهم من المسلمات فراجع وتدبر ثم اعلم ان حكمهم بتوقف صحة بيع الراهن على اذن المرتهن وقبل البيع او بعده
ليس على اطلاقه وان اوهم ظاهر الفتوى وانما عرضهم من ذلك البيع بثمن لا يكون وفاء الا برضاهم كالبيع
بعروض مثلا او بالنقد بن لكن على ان يكون الراهن طلقا بالنظر الى الثمن بحيث يتصرف فيه كيف شاء فانه
لو اراد بيعه بخصوص بغرض وفاء المرتهن واعترف له المرتهن بانه انما يريد بيعه لوفاء الثمن لم يتوقف صحة بيعه
على اذن المرتهن مسابقا ولا لاحقا ضرورة ان الغرض من عقد الرهانة ليس الا تحصيل الوفاء وليس اشتراط
اذن المرتهن في صحة البيع لامر تعبدي تقعا وابقة لا ريب في انه ليس للمرتهن شرعا سلطنة على ابقاء ذمة الراهن
مشغولة بدين المرتهن تقعا سيما مع حلول الاجل وتعذر وفاء بغير بيع الرهن فلا يقال له ان لا باذن او
ان باذن فان اذن صح البيع والا اجبر على الاذن فان اذن والا تولى الحاكم الاذن اذ لا اجبار في شيء هو
له واذ لا اجبار فلا وكالة بل لا بد عليه ما يبيع المرتهن متوقف على اذن الراهن حتى في هذه الصورة نعم يقوم الحاكم مقامه
فيها عند امتناعه لكن لا يلزم من صحة بيع الراهن من غير اذن المرتهن في هذه الصورة ان يكون طلقا بالنظر الى الثمن
لان ثمرة الرهانة والغرض منها تحصيل غلبة الاستيفاء لا مجرد العزم على الوفاء بالثمن لامكان العدول فلا
من الحكم ببقاء اثر الرهانة في الثمن بمعنى عدم جواز استقلاله بقبضه من المشتري بل لا بد من تراضيهما على قبضه
احدهما او ثالث فان تعاسرا فالحاكم حيث ان عقد الرهانة تحبيس بمقتضى نزع يد الراهن عن الرهن لا نزع
نظره فانه ملك له وبمقتضى كون القبض على نظر المرتهن ايضا نظر الى تعلق حق الاستيفاء وكما بمقتضى كونه ملكا
مخصوصا فان الرهن بمنزلة المال المشترك الذي لا يمكن قسمته كالدرة مثلا فلا بد في القبض من كون تراضيهما
على احدهما او ثالث والا فالحاكم ولذا حكموا ايضا بان الثالث لو رد الرهن لزم الدفع اليهما وانه لو دفع
الى احدهما فقد ظلم الاخر كما قرر ذلك كله في نفس المبيع المرهون فظهر بهذا كله انه يصح تسمية الثمن في هذه
الصورة رهنا باعتبار تعلق اثر الرهن الذي هو مورد العقد به من حيث تعلق حق المرتهن بالاستيفاء منه
وان كان لا يجوز اخذه وفاء قبل حلول الاجل وكذا القبض فيه الا باذن الراهن ويجوز له اخذه وفاء بغير اذنه
بعده عند امتناعه من الوفاء بغيره ويصح نفي اسم الرهن عنه باعتبار انه ليس بمورد عقد الرهن ابتداء ولا يحتاج
الى احداث قبض جديد يتعلق به بعينه بناء على توقف لزوم الرهانة على القبض والى هذا المعنى اشار الشهيد ره
في قوله ولو اذن له في البيع بعد محل الحق فباع صح البيع وكان ثمنه مكانه حتى يقبضه منه او من غيره وكذا

في الجواهر

في المحرر والشهيد في الدروس معللا له بانه فضيه عقد الرهن وهو كما ترى والوضوح والمناقشة فيما فيه
استند ذلك اذن الراهن في هذه الصورة لكنهم لم ينصوا على اشتراط صحة البيع فيها ولو نصوا عليه كان الدليل
على خلافه وظنه شيخنا دارة خلافا على الجماعة في قولهم ان اذن المرتهن في البيع فباع بطل الرهن ولم يكن الثمن
رهنا الا اذا شرط عليه ان يجعله رهنا مكانه مع ان غرضهم من ذلك صورة ما يكون من شان الراهن ان
يستاذن المرتهن في البيع وظن ان ذلك انما هو ما لو اراد الراهن ان يكون طلقا بالنظر الى الثمن لا حتى لو اراد
خصوص ما هو طريق الى وفاء المرتهن سيما مع اعتراف المرتهن له بذلك وكونه لم يجعله بالاستقلال في قبض الثمن
وح لا ريب في ان الثمن لا يكون رهنا الا بعقد جديد ولا يتوقف صحة البيع الماذون فيه من الراهن على جعله
الطلقة على رهنه جديدا الا ان تكون اذنه بالبيع مشروطة بان يرهن عنده الثمن جديدا وح فلا يكون القبض
للرهانة الاولى حاصلا بالاذن حتى يحصل الشرط وهو رهن الثمن جديدا حيث ان الاذن السابقة لم تكن مطلقة
وانما وقعت مقيدة هذا وغير بعيد ان يقال لو باع الراهن الرهن باحد النقدين بحيث يكون وفاء المرتهن
لو حل الاجل سيما لو كان الثمن عينا تحت يده المرتهن بامانة او غصبا وفي يد من كان المبيع في يده صح البيع
ولم يكن للمرتهن رده مطلقا سواء كان غرض البايع ان يكون طلقا بالنظر الى الثمن ام لا نعم لا يكون طلقا بالنظر
الى الثمن الا باسقاط الرهانة نعم يكون الثمن مكان اصله اذ المنافات بين البيع وبين عقد الرهانة انما تحقق
اذا لم يكن من حكم الثمن ان يكون اصله شرعا اما اذا كان له حكم اصله شرعا فلا منافات بينهما اصلا اما لو باعه
بدون ما عليه للمرتهن محاباة بان كان للمرتهن الرد قطعا نعم للمرتهن الرد والاجازة بالنظر الى قبض الثمن الا ان هذا
لم يغير ما هو الحاصل والحاصل الذي يقوله ان ما للمرتهن ان يجبره عليه من تملك احد النقدين بيبع الراهن على ان
يصرفه في خصوص وفاء الدين كما لا يتوقف صحته على اجباره لا يتوقف على اذنه بعد فرض عدم تفريط بما يوجب
عدم حصول الاستيفاء من الثمن فلو استقل بقبض الثمن كان كما لو استقل بقبض اصله بعد وضعه عنده او
عند ثالث فان له استعادة الحاكم في ان يقبضه من يرتضيانه معا او الحاكم ولو تلف كان كما لو تلف الرهن بغير
تفريط راجع اخ وارادة الراهن ان يكون طلقا بالنظر الى الثمن لا يجعله طلقا كما هو ظاهر والحاصل انه يجب
استئذان المرتهن في البيع وانما يملك الرد والاجازة في بيع يكون فيه مخاطرة على عدم تمكنه من الاستيفاء
من ثمنه كما يتفق كثيرا في بيعه بالكلي او بمعين غير مقبوض للمرتهن اما مع ارتفاع المخاطرة ضرورة او مع اعترافه
بذلك فتوقف الصحة على اذنه مما بعيد جدا بل لا دليل عليه بل الدليل على خلافه فتامل بالتمام
في هذا المقام فانه من اغمض المطالب بل غير بعيد تنزيل اطلاقاتهم على ما هو الغالب من حصول المخاطرة
فان قلت بجوز ما ذكرت يقتضي تجويز الهبة والعتق بل والاتلاف وابدال الرهن باخر فهرا على المرتهن بان
يقال تكون القيمة مكان الرهن في غير الاخير قلت هذا قياس بضحك الثكلى فان ما ذكرت اهمال لمحل الحق الصحيح
بل اهمال لاصل الرهانة وما ذكرنا اعمال لمقتضى الرهانة وتحصيل للغرض المقصود منها بل يحصل في تحصيل

فتدبر

فتدبر جيدا جدا قوله في الشرح ثم ان الظاهر سقوط حق الرهن الخ اقول بل الاربعة سقوطه يحرم الاذن ضرورة انها بنفسها اسقاط لحقه لانها على انه لا اراده الاستيفاء ومنه يعرض ورده انه لا يجتمع اراده الاستيفاء مع الرضا بالبيع فعلا او الهبة والعتق قبل الاستيفاء من الرهن وح فدعوى تبخيا بقاء حق المرتهن بحصل العقد الثاني فانه لا يسقط بحرم الاذن للاصل غريب جدا فانه بمنزلة الاسقاط الصريح قبل العقد فكما لا يصح منه الرجوع فكذا هنا بل لا يبعد ان يقال لو وكله الراهن على البيع فعلا قبل ذا كل للمرتهن غير اسقاطها كان قبوله للوكالة لا يجوز فيها للمرتهن نحو ما عرفت وكان الذي اوهمه ذلك جزم الشيخ رح في لف نفسه البيع لو رجع الرهن عن اذنه ولم يعلم الراهن وكيف كان فاشكال العلامة في غاية المتانة ويؤيده ما مر في باب الخيار من قوله ع فذلك رضا منه فلا اختيار له قوله في الشرح ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة الى اخر المسئلة انزل هذا كله منزلة الاعبار عليه قوله في الشرح قلت قد يقال بالبطلان ان لم ينعقد الايجاب او قول قد يران العقد المسلم اشتراط في صحة الوثاقة كون الرهن مما يباع في الجملة ما دام رضا لا كونه مما يباع دائما ما دام رهنا والتعليل بغرض الاستيفاء انما يؤيد الاول دون الثاني ومن هنا اجمعوا على بطلان رهن الوقف مع العلامة والمحقق والشيخ وغيرهما ورهن ام الولد مطلقا وقد مر ان الخمس متعلق موقوف مع احتمال استمرار المانع ومحققا مع امكان البيع الصحيح كالبيع على من يعتق عليه او بشرط العتق او في ثمن رقبتها فظهر ان امتناع البيع في الجملة لا يضر في صحة الرهن اصلا ولو قلت كيف يكون للمشتري حق المطالبة بالبيع مع امتناعه عليه شرعا قلنا كالوندان لا يطالبه بجعله في وقت معين فان المانع من استيفاء الحق في وقت ليس بمسقط للحق من اصله قوله في المتن فعلى بائع قبل لا ما دام الولد حيا اما قول وجهه عموم النهي عن بيع امتعات الاولاد الذي بينه وبين عموم او فوا بالعقود التي منها عقد الرهن العموم والخصوص المطلق يخصص وح فلا يكون بيعها صحيحا ولا مملكا شرعا في غيرها استثنى منه بالدليل الخاص كبيعها في ثمن رقبتها بل يكون فاسدا كما هو الاصل الاولي في المعاملات وغيرها ولو اجيح المجوز بخصوص ما دل على وجوب الوفاء بعقد الرهن على الراهن المرتهن على عمومه المقتضي لوجوب بيعه لاستيفاء الدين مع مطالبة المرتهن بيعه فالشامل لام الولد وان كان عموم المنع يشملها في المقام لكن لما كانت النسبة بينهما العموم من وجه لزم الترجيح وهو هنا حاصل للعموم الاول لسبق تعلق حق المرتهن على حق العتق وبالاولوية والمساواة للبيع في ثمن رقبتها ولو ظنية وبالشهرة لاجبناه بان معنى اوفوا بعقد الوثاقة الذي هو جزئي من كليه اوفوا بالعقود اذا وضع بينكم عقد الوثاقة فليبع الراهن للمرتهن ويبيع الرهن بحيث ينتقل الثمن الى الراهن ثم يدفعه الى المرتهن وفاء عن دينه وظاهر ان ايجاب الشارع شيئا فرع كونه مقدورا عقلا وشرعا واذا كان الشارع قد استثنى من كليته اوفوا بعقد البيع بيع امتعات الاولاد كان تملك ثمن ام الولد لمن هي بالمرتهن غير مقدور شرعا ضرورة تحريم بيعها وفساده اذ قوله ق للراهن معناه اوجد العقد الصحيح لينتفع به المرتهن وليس معناه كل عقد بعد الوثاقة

صحیح ینتفع به المرهن وظاهر ان احدهما غیر الاخر وان الثانی غیر محمد فی المقام والادلة علی صحة بیعها وان ماتت حسبتها بل لدل علی ان الرهن لا یعتق بالعمی والجذام والتدبیر وهو کما تری فکانه قال بع ام الولد اذا طلب المرتهن البیع ان مات ولدها لانها حینئذ امکنک البیع وتملک الثمن شرعا وهو حق کما لو امکنک بیعها علی من یعتق علیه فیلزمک بیعها ووفاء المرهن بل لا بعد وجوب البیع مع جهوه الولد بسبب مطالبة المرهن ان کان ثمنها دینا لم یطالب صاحبه لکن طالبه المرهن ببیعها فی ثمن رقبتها لعلمه بوفاء قیمتها بهما معا واستثناء هذین الموضعین لا بنا فی اطلاق القول بالمنع مع جهوه الولد ولا یکون قولا بالتفصیل لان النظر فی اطلاق المنع الی ان محض حق الادمیان لا یکون سببا فی فسخ البیع مطلقا وهو کذلک فظهر بهذا کله ان النظر الی الترجیح هنا فی غیر محله لتعذر التعارض وظهر انه لا ریب فی ان الاول هو الاشبه باصول المذهب وقواعده سواء کان الوطی باذن المرهن ام لا فتدبر جیدا **قوله** فی الشرح مع انه قد یقال بعدم الرجوع اه اقول بل لا یحتمل البطلان فی شیء من امثال المسئلة لان بطلان جهة الاشتراط بسبب فساد العقد وعدم اقتضاء الاشتراط لا یوجب فساده بالاخلال بالشرط وعدم وجوب الاتیان به فی نفس الامر لا یمنع من کون السبب سببا شرعیا فی نفس الامر اذا حدا هما غیر الاخر الا تری لو شرط فی البیع ان یذبح له فذبح ثم انکشف فساد البیع لم یکشف ذلک عن فساد الذبح ومثله من اعتقد حصول النذر فاعتق او تصدق او کاتب ثم انکشف العدم الی غیر ذلک مما لا یحصی لو قیل بان القصد فی العتق یعتبر فیه ان لا تکون بحیث لو اعلم بخلاف لم یقصد فلنا هذا غلط محض اذ لازم الحکم ببطلان کل بیع تلف المبیع فیه او الثمن بعد قبضه من غیر حصول ثمرة لهما فی ذلک او حصول الضرر العظیم بسبب ذلک کما قد یتفق ذلک کثیرا کالعبد یقتل مولاه فتدبر جیدا **قوله** فی الشرح اذا لم یکن قد شرط التوثیق او کونه رهنا اه اقول لیس کل صحة اشتراط کونه رهنا علی المجموع بحیث اذا برئ من بعض الدین بابراء او بتبرع او وفاء سقط من الرهانة بان ذلک توثیق وهو بنا فی اعتبار الدوام فی معنی الرهن اذ معناه حق ان رهنت هذا علی الدین المعین الی ان ابرئک بعضه وتقریر ذلک فی الامتناع والرجوع الی التوثیق ما لو شرط المجموع فی نفس الرهن مع ذلک او وقع علی معنی انه لو تلف من الرهن شیء فلا رهانة فان ادعی ان معنی الرهانة علی المجموع راجع الی الرهانة علی بعض غیر معین من ذلک لکل اشکل بان الرهانة علی کل من کل رهانة غیر هاد به فلا یشمله عموم او فحوا ه ونحوه کما لا یشمل بیع ما لا ینفع به کالحشرات سما لو قیل ان الخیار فی تعیین ذلک البعض الی الراهن دون المرهن فانه یحکم مع ان سقوط حق الرهانة بالوفاء وجزء اثر فهری لا یتوقف علی قصد ولا تعیین فالحق انه یعتبر فی الحق المرهون علیه تعیینه کالقسط المؤجل الی شهر من المهر مثلا لا القسط المؤجل عن ذلک المهر الی شهرین بل یشکل فتدبر اشتراط التوثیق ایضا بانه کان التقیید بما بنا فی الدوام خروج عن الرهانة العادیة او عن معنی الرهانة لغة وعرفا کذلک لحاظ التوثیق اذ الرهن لغة وعرفا تحبیس وتحجیر فی المال ومنع من التصرف فیه فی غیر غرض المرهن من البیع بثمن یملکه الراهن علی وجه یمنع من التصرف فیه فی غیر وفاء المرهن ما لم یفه من غیره وظاهر ان هذا المعنی یشابه

الحالف على المال فيه الاشاع من الشرف بنداً لا في الغرض المذكور وانه ليس فيه توزيع فلا تنقسط اصلاً وانما ينقسط التوزيع والمنقسط عند الوفاء بالثمن الذي هو اثر الرهانة وثمرتها لا نفسها فان ابدانه حبث يرهن الدار مثلاً على الف فله بعضه رهن عشرها على عشر الالف لكل اشكال بما مر من ان هذا رهانة على كل من كل من غير تعيين وهو غير عادة فلا يشمله عموم الامر بالوفاء نعم لو رهن عشرا منها على عشر منه معين ثم رهن عشرها على عشر منه معين وهكذا كانت رهونا متعددة بتفاك كل منها باداء ما هو رهن عليه ليس في ذلك توزيع فلا تنقسط اصلاً مع البناء فيخير على جواز رهن المشاع من المعين والمشاع وهو غير بعيد بناء على انا عينا العبيد في الرهن كان اشاع والا امتنع رهن المشاع استحسانا وهو كما نوى مع ان الازم دعوى المنقسط انه لو تلف بعض الرهن بغير فعله اشتم ادى بعض الدين بحق الباقي من غير رهن والاصل والاجماع والنص على خلافه فتزاد الحاصل الظان دعوى المشهورة على بقاء الجميع رهنا على الباقي وان قل ناظر الى دعوى ان معنى الرهانة لغة وعرفا وشرعا يقتضي ذلك وان مناط الاجماع على وجوب الوفاء بالعقد على حسب ما يقتضيه معناه لغة وعرفا وشرعا لا نمنع دعوى ان الاطلاق ينصرف الى ذلك اجماعا كانصراف اطلاق التوكيل على البيع بالنقد وبثمن المثل فلا ينافي الحكم بالتحرم مع التعيين عليه فتدبر جيداً جداً **قوله** في المتن لا يجب تسليم الام المطالبة اه هذا انما يتم مع العلم بان الراهن ذاكر للرهانة كما هو الغالب فانه بمنزلة الثوب الذي طارت الريح بمرئى من مالكه حيث ليس لها نزعه ولا مالكه اطلاقه بل هو امانة ما دام ذاكرا معرضا عن اخذه والمراد من وجوب التسليم حينئذ عدم جواز المنع لا وجوب حمل اليد امانة مع القطع بنسيان الرهانة عنده وانه بعيد فيشكل دعوى ان حق امانة مالكه لعدم سقوط اذنه للمرتهن بوضع يده عليه هنا للاطلاق فيجب حينئذ صورة الفك وان لم تكن مفيدة بما دام رهنا لكنها مفيدة بصورة الفك الرهانة غير معلومة الشمول لصورة الفك فيجب ان تكون حق امانة شرعية يلزم رده اليه او تذكره بها اما الرهينة فالاذن فيها غالبا مسوق للاطلاق حيث يشمل صورة القطع بعروض النسيان واما الطعام ونحوه كالعين المستاجرة فانها بمنزلة الوديعة الى شهر مثلا مع القطع بعروض النسيان الى بعد شهر فتظهر بهذا ما في كلام شيخنا دام ظله واما ما فصله العلامة فتين جدا وانه ينبغي حمل ظ قوله ينبغي على اللزوم دون الاولوية واما ما ذكره العامي فناظر على كل حال اما الاحتمال عروض النسيان فيهل يلزم الرد او الاخبار فيه وجهان من استصحاب الذكر فيكون معرضا ومن كونه مثبتا فيبطل وهو الوجه **قوله** في الشرح بل لكن الاشكال ان حق الرهانة متعلق بالعين اه اولا وكلا في اطلاق قول المصنف الالزام بالقيمة بحيث يشمل ما لو كان الرهن مثليا بضمن بمثله لا بقيمته اشكال اذ لا دليل على تعيين كون الضمان بالقيمة هنا مطلقا ولو اريد من القيمة هنا مطلق البدل مثلا او قيمة فنعم ما جاز الا ان ظاهر ان البدل ولو كان مثليا يكون رهنا فهرا شرعيا وان لم ينفسخ العقد بحسب فصد المرتهن رهانة ولا اعطائه حكم الرهن اصلا وهذا هو الذي انكره البعض ولا اشكال فيه اذ الاصل عدم انتقال حق الرهانة من عين الى اخرى والغرض ان الفصد الذي ينتفسخ العقد انما يتعلق بخصوص البدل عن

التفات الى غيره اصلا والاصل براءة ذمة الراهن من احكام الرهانة من المنع من التصرف وغيره بالنظر الى البدل و
الغرض انه ليس في الادلة ما يدل على ان للبدل في باب الضمان جميع احكام المبدل شرعا حكما فهرتا كالشفعة
في الدار المجلس مثلا اذ لازم ذلك ان من اتلف حبا حلف ما لكها على عدم استعمالها او نذر ان يهبها من زيد
مثلا وان يتصدق بها او كانت مستاجرة فضمنها المتلف ان يكون للبدل جميع ما قرر للمبدل من حرمة الاستعمال
ووجوب الهبة والصدقة وملك المستاجر المنافع وهو كما ترى والاضعف انهم لا يريدون ذلك وانما يريدون
ان قول القائل رهنت هذه العين عندك على الدين المعين انما يقصد منها عادة وعرفا تحبيس العين بحيث
مالية الشرعية ضرارا كان بدلها ثمنا لها بالبيع باستدعاء المرهن او عامة شرعية لزمت بالاتلاف وليس
المراد تحبيسها على الوفاء بحسب خصوصيتها الخاصة ضرورة اذ لازم ذلك عدم تسلط المرهن على الاستيفاء
من الثمن بل لازمه انفساخ الرهانة بمجرد البيع مطلقا ولو كان من المرهن بامر الراهن لعرض الاستيفاء بل ينبغي ان
يتعين الوفاء في الرهن بدفع العين بعينها كلا او بعضا وهو كما ترى فاذا تم ما ذكرناه من القصد الى تحبيس
المالية مطلقا تم ما ذكرناه من كون الغرامة ولو اوشاما مثلا او قيمة بمنزلة ما اتلف في كونها رهنا شرعيا بمعنى كونها
رهنا عقدا بالا فهريا محضا وان لم ينفسخ العقد والقصد ولا اثر يجب جعلها رهنا بعقد جديد وقبض
مستانف بل بالمعنى الذي كان بمثل الرهن رهنا بعد بيع الرهن بامر المرهن بل يقول لو اتلف بدل الرهن او
غرامته متلف قام بدله ايضا مقامه في كونه رهنا بالمعنى المزبور وهكذا وان تسلسل فتدبر جيدا فانه مفيد
جدا ويظهر الوجه فيما حكموا به الامن شذ من انه لو اذن الراهن للمرتهن في البيع قام الثمن مقام المبيع في كونه
رهنا بيد المرتهن ولم يجز له التصرف فيه قبل الاجل كالمبيع اذ ليس في اذن الراهن دلالة على اسقاط المرتهن حقه
من المالية بوجه ولا قبول المرتهن توكيله في البيع دلالة على ذلك ايضا لامكان كون بذل عين الرهن بعين ثمنه
مصلحة للمرتهن من حيث الرهانة بخلاف ما لو اذن المرتهن للراهن في البيع حيث حكموا بان هنا لا يكون رهنا
الامع الشرط دون بمجرد دعوى ان اطلاق اذن المرتهن للراهن في البيع سيما قبل الاجل ظاهر عرفا في الاعراض
عن حق الرهانة اصلا واسقاطها من حيث عين الرهن ومن حيث ماليته فلا يكون الثمن حينئذ رهنا الامع
الشرط اذ الشرط يكون قرينة على ارادة البدل وعلى بقاء ارادة الاستيفاء من الرهن من حيث المالية وان
بدل الخصوصية كما في صورة بيعه بامر المرتهن للاستيفاء وكما في صورة الاتلاف نعم يمكن المناقشة في هذا
بمنع دلالة اذن المرتهن مجردة عن قرينة الاسقاط والاعراض ولو بمثل الاجل بل هي اعم والعام لا يدل على
الخاص ثم على تسليم ان اذن المرتهن للراهن في البيع ورجوعه اقول لا يبعد ان المراد ان اذن المرتهن في
البيع اذا لا يقتضي بمجرده فسخ الرهانة وهو ما اقررت بما يدل على اشتراط كون البدل رهنا فانه هنا لو
رجع قبل البيع كان للراجع ولو رجع بعد البيع لم يؤثر رجوعه لقيام البدل مقامه في الرهانة تماما لو
اذن اذنا مصرحا فيها بكون الراهن في البدل ومبدله مطلقا فلا يبعد في كونه فسخا للرهانة ورجوعا عن

الرهن والاستثناء برد الثمن وما اشبه ذلك ليس له الرجوع مطلقا باع الراهن ام لا اما لو اذن في البيع اذنا مجردا فهل هو ظاهر في الاعراض عن حق الرهانة وعن ارادة الاستيثاق بالرهن فانا ما اليه مطلقا كما هو المحكي عن جد الشيخ فيما سبق حيث حكموا بانه لا يكون الثمن رهنا اذا هو لم يشترط او هو ظاهر في ذلك ان وقت قبل الاجل لا بعده كما عن الشيخ في احد اوليس لها ظهور في ذلك مطلقا بل يبقى المرهون حق الرهانة في المالية فيكون الثمن رهنا مطلقا كما في صورة اذن الراهن للمرتهن بالبيع عندهم وكما في صورة الاتلاف حتى لو اتلفه المرتهن وهو غير بعيد والحاصل لا بد من تقييد كلامهم وحمله على ما ذكرنا وان اوهم ظاهره خلافه ومعه فقول المشهور في غاية المتانة وقوة لسلامة الاستصحاب وكون الشك في المقام وفي نظائره من باب الشك في عروض الناقل كما حققنا ذلك في باب الطهارة في مسئلة من يتيقن الطهارة والحدث ويشك في المتأخر ولذا حكمنا هناك بالعمل على ضد الحالة السابقة وقال المصنف في المعتبر قد رجينا في الشرح وخبر اسمعيل ابن همام عن ابي الحسن اولا الاظهر ان ظاهره انه يفتدي من الاصل بقرينة اقتضاره في الجواب عليه واحالة الحكم وصيته على ما علم من انه لا يفتدي منها ما يزيد على الثلث فكان السائل علم ذلك لكنه احتمل ان اجتماعهما يوجب هدد العتق المنجز لاكثر ثلثه بالكلية مستبعدا انه لولا اجتماعهما لنفذ العتق المنجز وان زاد على الثلث ولهذا لم يعترض الامام عليه الا بالجواب باطلاق نفوذ العتق حتى كانه قال اما العتق فينفذ مطلقا فمبني على ما في صحيحة ابن مسلم حيث قال يمضي عتق الغلام ويكون الفضل فيما بقي دنانير بل شبهها الشهادة للحسنة بعدها بنصف كما يخفى على من تصفح اذ لم يفرض في الصحيح ان كلا من العتق والوصية دون الثلث وان الزايد هو المجموع خاصة وابعد من ذلك استبعاضه ما ذكره وقوله في الحسنة ان ظاهرها جواز العتق من الثلث كان حمل الواو على الاستيناف خلافا الاصل فانا اعرب بها عن على انا لا نضايق ان غاية ما يمكن تسليمه هنا وفي الاحتمالين من هذه النصوص من غير معونة الظهور حملها فلا تكون دليلا لنا ولا علينا على ان اجتماع العتق جميعا يحتمل الوصية بالعتق على بعد ويحتمل التدبير قريبا جدا حيث انه لا يحتاج الى انشاء العتق بعد موته واستقراء النصوص يعضده فيتم ما ذكرنا شيخنا في هذه النصوص ولا يضر فقدنا للاجماع على خروج التدبير من الثلث والغرض من هذا كله دفع اظهرية ما من نصوص الاصل وان لم يبلغ اظهرية نصوص الاصل فان ذلك يكفينا في الالتزام به لوجوب الرجوع الى الاصل بعينه عند تعارض الظواهر والاستصحاب فان الكلام في صحة العقد والايقاع وبطلانه لو لم يجز الوارث بالنظر الى ما بين يديه على الثلث لا في المنجز وعدمه والشك هنا في فتح العارض لا في عروض الفاتح فلا يتم الاستصحاب بل الاوفقية بظاهر الكتاب والمشهورية بين الاصحاب فان شهرة القدماء ومتأخري المتأخرين عليه محققة منهم الصدوق في الفقيه والشيخ في يبه والتهذيب والخلاف والكليني والسيدين وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس وهو اختيار شيخنا المحقق وصاحب المعالم واكثر المعاصرين كالسيد الطباطبائي والمحقق الشيرازي الميرزا حسن في غايته وصاحب الهداية المحقق الكاظمي وغيرهم مضافا الى خلاف اهل الخلاف كما نص عليه في ط وغيره مع ان الاضافة

اظهر به بعض نصوص الاصل كما نقدم عما الاخيرة بل والاولى وخبر ابي بصير مرازم فان النصوص الثلاث اظهرها ما تضمن العتق والهبة والابراء والعطية وكلها تحتمل الوصية والتدبير اذ هما سيما خبر ابي بكر فانه مجمل قد ذكر انه نهى عن الابراء لانه لا يحمل فيه التعليق فيكون النهي عنه نهي كراهة لامتناع ارادة التحريم ونفي الصحة كما هو مقرر بكونه من الاصل اذ لو كان من الثلث كالهبة بعد الموت لم يتم الفرق وكذا لو كان الابراء والهبة المنجزة من الثلث وحمل بل فيه على الترقي كما احتمله شيخنا بعيد غاية وقد استظهرها ذكرناه الشيخ في التهذيب كما ناه استظهار ارادة الكراهة من قوله لا يصلح في خبر سماعة ودعوى ظهوره لو اراد انها من الثلث لقال لا يصح ان زادت على الثلث بالنظر الى الزايد وكذا بعد كراهة التبجيز فيما فيه من نقصان حظ الوارث وان كانت المنجزة اقل من الثلث اذا لم يحسبها من الثلث بل فقط كما يومي اليه ما دل على استحباب عدم استيفاء الثلث في الوصية وبه ارادة الكراهة اطلاق قوله لا في صحيح الحلبي هذا ولو حملت الهبة في خبر ابي بكر على المنجزة لاحتملنا في قوله يحسب ذلك من ثلثها انه يحسب لها اذا لم يوص اي بما اتفق في ذلك بمنزلة من اوصى وانه لا بأس في جعلها الوصية تبتني من الثلث وان كانت لو اوصت فالهبة السابقة مخصوصة من الاصل كما قد اشعر به اطلاق قوله يجوز هبتها الكن لا ينكر بعده واما خبر جراح فلا يبعد ان عموم المفهوم منه كما هو ظاهر عن مراد الا ان من الصحيح من حيث العدل اذ يرجح ارادة انه اذا اعطاه في غير حالها لم يجز اما لو اراد بها خلاف المرض مع سلامة العقل كما هو الظاهر فلا بد من ان يراد انه ان اعطاه في مرض لم يصح في جميع المال بل يصح في بعضها وهو كما يحمل ارادة انه لا يصح ان زادت العطية المنجزة على الثلث بالنظر الى الزايد كما مر فان مقدار الثلث منها وما دونه صحيح ماض وان حسب من الثلث لكن يحمل ارادة انه ان كانت العطية منجزة جازت مطلقا ان كانت معلقة على الموت لم تجز ان زادت على الثلث بالنظر الى الزائد كما مر فيكون المفهوم ان اعطاه في مرضه فليس الجواز على اطلاقه لكن الانصاف ان ظاهر لفظ العطية في السؤال ارادة خصوص المنجزة وظاهر لفظ الصحيح في الجواب ارادة خصوص صحة المزاج فاذا كان الجواب مبنيا على ظاهر السؤال والمفهوم مبنيا على ظاهر المنطوق تعين ان يكون المراد من المفهوم هو الوجه الاول اعني ارادة نفي الجواز في صورة المرض بالنظر الى الزايد على الثلث خاصة اذ الوجه الثاني اعني ارادة نفي الجواز بالنظر الى العطية المعلقة التي هي في الحقيقة وصية لا يختص بحال المرض اذ هو مشترك بين حالتي الصحة والمرض فيلزم ان يلغوا التقييد عن الغاية نعم لو لم يستظهر من لفظ العطية خصوص المنجزة كان احتمال كل من المعنيين من المفهوم وجيها اما مع استظهاره فلا يبعد كون الوجه الاول هو الاقوى للخصوص وكالاصل على القول بالخروج من الثلث مع امكان ان يقال لا يمتنع في الجواب ان يكون اهم من ظاهر السؤال سيما وان السائل لم يقل سئلته عن العطية المنجزة من ابيه دائما قال سئلته عن عطية ابيه فلعل الامام عم الوقت في جوابه الى ان الغالب من عطايا الاصحاء التبجيز فاطلق الجواز ان الغالب من عطايا المرضى التعليق بالموت فنفى بالعطية المفهوم منه اطلاق الجواز وح فلا يكون الجواب مقصورا على خصوص

بما استظهر من لفظ السؤال ولو سلمنا ظهوره في كونه مفصولا عليه ليكون دالا على الخروج من الثلث لم نسلم كونه ظاهرا لازما من نصوص الخروج من الاصل على انا لو فرضنا ذلك وبهذا في الدلالة لزم القول بالخروج من الاصل هذا ومما يشهد باستعمال الطيبة في التعليمية مع انه في العرف كثير شايعا بالنظر الى حال المرض قوله في ح ٣ كان رد الحلة في الوصية فان المراد انه كان لا يجيز الطيبة الموصى بها بعد الموت اذا زادت على الثلث بالنظر الى شهادة قوله وما اقربه واما ما فهمه شيخنا زيد من ان رد الطيبة المجزة الى الوصية وتلفها بها في الحلم من الغريب فظهر من هذا كله انه ليس في نصوص الثلث شئ يدل على ان خصوص المجزة تقضي من الثلث كالوصية وانه لا فرق بينهما اصلا الا ان الوصية تقضي من الثلث مطلقا والمجزة تقضي منه في حال المرض خاصة نعم هنا صنفان من المنصوص صنف حصر ماله عند موته وقصر تصرفه في الثلث وصنف اطلق في جميع ماله حتى يموت وهو يدل على انه مقام الطيبة في الجملة حال المرض قطعا لقوله ما دام فيه شئ من الروح ونحوه بل هو مجمع عليه وكلا الصنفان منفقان بالنظر الى الثلث فما دونه حتى في المعلقة على الموت وانه مسلط على ذلك وبالنظر الى الزائد على الثلث مع الصحة اذا تجزع بل وبالنظر الى الثلث فما دون من المجزة حال المرض كما اشعر واذا ملق في ذلك ثم تصرف في شئ مما ذكر على اجازة الوارث ومخالفا بالنظر الى الزائد من المجزة على الثلث حال المرض في ان المالك هل هو مطلق في تصرفه ذلك او هو محجور عليه فيه وفي ان ما كان من المجزة بهذا الثلث فما دون هل هو موصى من الثلث او من الاصل بمعنى انه اذا بانت مجزة الثلث بطلت وساواه وان فضل منها شئ لا وهذا في الحقيقة ليس حكما مستقلا وانما هو متفرع على الاول فالصنف الاول يقتضي الحكم بالثاني وبثبوت الجر بل اطلاقه والصنف الثاني يقتضي الحكم بالاول لكونه مطلقا فيه وفي الوصية وح فنقول لا بد من التماس الشاهد في الجمع بين الصنفين لا يبعد ان خبر ابي بصير مرازم وعمار بسنديه الرابع والخامس صحيح شاهد فان التفصيل فيهما بعد الصنفين معا ودافعا الاجمال حين يقع الاشكال فان النص والاظهر يحكمان على الظاهر والمبين يحكم على المجمل فاعلم ذلك مطردا بينهما وان مرسل مرازم صحيح السند البرجلا بل هو من صحيح الاجماع لصفوان فلا يضر ارساله صفوان الى من ذكره في الدلالة وقوله الا ان الفضل لها ان لا يبيع ما يعول ولا يضر وشتر فند بوجيدا واضف قوله في الشرح بل قد يعين ذلك قوله في موثقة عمار اذا اوصى بكله فهو جائز اقول موثقة عمار الاولى انما ذكرناها في الوسائل عن الشيخ باللفظ السابق ولم يحكها في الكافي اصلا نعم قال بعد ذلك وروى هذا الحديث باسناده الى ابن ابي عمير نحوه الا انه قال فان تعدى وعاظنه شيخنا خلاف المظنون حادة لانا لسنا الا على الظن من الزيادة والشيخ انما يريد عن الكافي اصلا بل ليس هذا الخبر في الكافي اصلا وانما هو في الخبر الثالث مع ان حق الرابع والخامس ينبغي ان يكون قرينة على غلبة تجزع الغصة او انه حذف قوله فان قال بعد ذلك وزاد فانعدت به والشيخ عكس قوله في الشرح كابن حمزة قد خلطنا خلافه في حاشية الوسيلة اقول الذي في الوسيلة باب الوصية هذا لفظه فان اوصى حال الصحة او في المرض غير المخوف او المشبه مجزكان من اصل المال وان لم يجز كان من الثلث وان اوصى في

مرض مجوز

رض محوف واشرف على الموت لم يصح وان لم يشرف كان من الثلث انتهى وهو كما ترى يفيد ان الجراحات من الاصل والظاهر ان المراد بالمخوف ما لا يعلم فيه ثبات العقل والرامى بقتل هذا اضطرابه وكان شيخنا يقول هذا الاخط عبارته فى باب الحجر فانها توهم ذلك فتدبر قال فى المريض وهو محجور عليه فيما زاد على ثلث ماله الا ان اطلاقه يقيده ما سمعت

كتاب الكفالة

قوله فى الشرح كما هو ظاهر الجماعة اه لعلهم يريدون ان رضى المكفول له بذلك كاف فى الحكم للكفيل بشىء المكفول له اذا ابى ويكون النزاع على هذا فقط فلا حاجة الى الاستغراب بشهادة الشاهد فى التجريد سيما فى كلام المتقدمين الكثير فى قوله فى الشرح قد يناقش اولا اه فى دعوى كفالة الكفالة المطلقة على ذلك فتامل بل ضع قوله فى الشرح وثانيا بل هو اه فى الظهيرية ضع لاحظ ان ارادة الضمان فى الكفالة لاستعمالها فى الغرم فيما حققته كما هو ظاهر اهل اللغة كما فى مصباح المنير وغيره قوله فى الشرح لا يخفى من قوله اه قد بينت لك فيما قررناه ضعف ما قاله شيخنا ان كان النزاع معقولا قوله فى الشرح للصورة الاضافة تدبر فى الحكم بوجوب الاحضار مع الامكان اصالة الوجوب ودلالة الملازمة المستفادة من قوله تعالى ان الله يامر بالعدل والاضرار وغير ذلك واما وجوب دفع الدين مع الموت فلا اضافة ان لا نظر الى الحكم بها الا النفى المذكور واذا لم تكن الدين واجبة على المطلق بالفعل مثل الدين حتى يكون الاطلاق سببا فى اتلافها على المستحق كما فى المسئلة السابقة اعنى اطلاق المديون بل الواجب عليه الاحضار حيا قبل الموت واذا مات تعالى حكم ولى الدم بتركه لا بالمطلق لانقطاع ما وجب الاحضار لاجله اعنى استصحاب الاصل البراءة لولا النفى المذكور قوله فى الشرح لكان وجوبها اه اقول الاولى فى التعليل ان يقال وجوب دفع الدين انما كان شرعا مع التعذر الاستمرارى كالموت ونحوه وحيث تبين عدم الاستمرار تبين عدم حصول موجبها فوجب دفعها اذ لو علم التعذر الى فاية كشهر او سنة لم يجب دفع الدين للاصل وفقد النص بل يجب انتظار الى حيث يتمكن من احضاره فالتعليل بالجهالة ان اريد منه هذا المعنى وان كان بعيدا فلا باس به والا فلا وجه له كما هو واضح اذ الجهالة المحكوم فيها بانتفائها المتغرم انما قيل بها فيما منع من ورثة الميت مانع مع وجود ما اقتضاها حيث يتعلق التكليف بكل فلا يمنع ان الكل هنا عجز مكلف به مع عدم تحصيل التعذر الاستمرارى قوله فى الشرح فيه اشكال اقول هذا الاشكال لا مدفع له وتقريبه ان الدفع انكان عن سقوط حق الاحضار فلا يجب وبقاء حق ولى الدم على حاله وعدم وجوب ذلك المدفوع وانكان دفعه على شرط اسقاط حق القصاص لم يجز اشتراطه ولم يصح لولى الدم قتل القاتل وكذا اخذ الدية وان كان دفعه دية فان كان ذلك لوجوب دفعها بحيث ان النص المذكور فى الاضافة ان النص لا يدل الا على استحقاقها مع التعذر الواقعى دون التوهمى فتم الاشتراط وتعمل مراد العلامة انه حيث يكون الدية صلحا عن استحقاق القصاص وعليه فلا وجه للقتل ولا الاشتراط المال واما قوله فهل لماء فهذا النظر وجيه حيث لا يكون دخلا عن القاتل فى الصلح عن دمه اما لو كان كذلك فرجوع المطلق عليه امن لانه فى معنى الفرض بشهادة الاستدعاء قوله فى الشرح وهذا ايضا اشتراط

قوله في دعوى ان المطلق المذكور يرجع على الكفالة السابقة بالنقض ما قيل بل ضمن لان الكفالة اللاحقة حررت لمصلحة عدم الاتيان بالمكفول اولا وان كان عن ما ثم وهذا لا نقض فيه للكفالة الاولى بوجه فيجب عليه الاتيان بها اذا لم يات بالمكفول الاول ولم تكن الكفالة الاولى موقتة اما لو كانت موقتة كان يقول كفلت بنفس فلان هذا الشهر او الى ثلاثة ايام في هذا الشهر فانها تبطل بمجرد وقوعه فلا تقتضي النقض اوضح قوله في الشرح لعدم المورد اقول هذا الى اخره سنين جدا قوله في الشرح كان سنا اقول ان كان الغرض انه لا سلم احدهما تسليما لتعذر حصول غرض المكفول له من المكفول فلا نسلم لا يخالف في السقوط بمثل ذلك وكذا لو كانت كل من الكفالة مؤجلة بعين الاجل الذي اجلت به الاخرى كان يكفل كل منهما احضاره في وقت الزوال من اليوم المعين فاحضره احدهما فيرد ويعود النزاع على هذا النحو ايضا وان كان الغرض ان الطالب عند الكفالة لا يتناول طبعا صورة احضار الكفيل ولا الاجنبي ولا حضوره بنفسه ان هرب وكان الحوالة ايضا وخلافه ولذا لو صرح بتعميم الكفالة لهذه الصورة لم يكن في صحته اشكال ويؤيد الثاني من كون النزاع مبنيا على دعوى الانصراف وعدمه ما سيأتي عن العلامة وغيره من ابراء ذمتهما بتسليم احدهما عن الاخر نعم ان اراد المصنف ان اطلاق عقد الكفالة يتناول هذه الصورة طبعا لكنه يتسامح في مثل هذه الصورة ويكون النزاع حينئذ صوريا كان المانع من الانصراف المذكور مستظهرا وان كانت دعوى الانصراف ليست بذلك البعيدة

كتاب الصلح

من حاشية الكفالة

قوله الصلح لا يخ اما ان يكون عن الشيء ببعضه او بمنفعة او بغيره فما هو من قبيل مالك ذلك الشيء او يكون بغيره مما هو من قبيل المصالح بالفتح من عين او دين من جنس ذلك الشيء او من غيره او منفعة من غيره او حقا لله او من الدين بدين او عين او حق وعلى كل حال فاما مع تسالمهما سواء سبق الدعوى ام لا او مع تناكرهما ومع تناكرهما فلا بد ان يكون احدهما محقا والاخر مبطلا لكن اما ان يعلم كل منهما المحق منهما او يعلم باحدهما دون الاخر او يجهلان معا والجهل اما ان يكون بسيطا او مركبا ثم ليعلم ان معنى قول القائل صالحك عن كذا بكذا بحسب التبادر والصادق لغة عرفا وشرعا انما هو راضيتك عن كذا بكذا فدلالة صيغة الصلح على الرضا باللفظ دون دلالة صيغة البيع والاجارة مثلا عليه بشاهد الحال فان قول القائل اجرتك كذا بكذا او بعتك كذا بكذا يفيد معنى بادلتك عن كذا بكذا من غير تصريح بالرضا لفظا وكلاهما يدلان على مبادلة الشيء بغيره ومقابلته بر اما البيع والاجارة فدائما واما الصلح فانما عدل الصور الاولى اعني ما يكون عن الشيء ببعضه او بمنفعة منه اذ لا تعقل المبادلة في الملك مع اتحاد المالك للبدلين بمعنى مع علمهما بالمحق منهما وتسالمهما عليه ان يكون قول المالك راضيتك ببعضه او فبعض بمعنى رضيت منك بقائل البعضين من استيلائك على الكل او البعض فلا يكون الصلح صحيحا اصلا لانتفاء الرضا او انتفاء الخلو عن المبادلة حقيقة وعن الرضا وطيب النفس كما هو ظاهر فلا ينقطع النزاع برفعه بل هو

كبيع الغاصب المغصوب على ما ذكره وكونه معاملة لا هبة لا مجاورة عن تراض اللهم الا ان يكون من القرائن ما يصرف بشهادة الحال بالاكراه مما يدل على هبة الثالث الغاصب في اعراضه عن بعض حقه اختيارا فقالوا قطع كلا منهما بانه له ولو من حيث ظاهر اليد بالنظر الى احدهما فيمكن حمل قول الخانية على معنى وهبناك البعض ان دفعت الى الباقي والداخلة على معنى وهبنا لك البعض ان اعرضت عن طلب الباقي ويكون معنى القبول فرضي اي على فرض صدق دعواها المخاطب في هبة بعضه فعلق على الشرط المزبور ولا زم ذلك الحكم بصحة الصلح ظاهرا وباطنا وانقطاع النزاع به مع دفع المقر له الاعراض عن الباقي بناء على فرضه صلحا بناء على اصالة الندب وكيف كان فالهبة المشروطة ليست من باب مبادلة هبتين بعينين كما نقله من ادعى انها تفيد فائدة البيع مع انها ليست بيعا حتى اجابوا بذلك نقضا عن جهة مدعي فرضية الصلح فانه تمارى لان الهبة المشروطة من باب مطلق الهبة فهي لما ذكرناك مجانية في شرط في عدم الرجوع فيه بالوفاء بما شرط فيها واما لو صالح على الدين المسلم عليه ببعضه وابرأه عن بعضه فان ذلك مع فدية المديون على الوفاء شرعا وامتناعه فظاهر الحال ان رضا ذي الحق بانقص من قبيل القسم الاقل من كونه رضا بأقل المتبينين الامر الظاهر المحاصة اليه الذي على الرضا وان لم يكن ممتنعا في حكمه فان كان المديون عاجزا الا عن البعض المقر به فيتعين ما ذكرنا من تبقي الحكم بصحة الصلح ظاهرا وباطنا على الظاهر العبارة السالم عن شواهد الاكراه وليس الصلح هنا مبادلة مال بمال حتى يرد ان المعاوضة يقتضي عوضا من كل الطرفين كما مر وانما المراد من قولهم الحط اه ونحوه ان اسقطت عنك الزايد على المقر به ان دفعت لي المقر به فاذا قبل صح الصلح فتأمل في الحقيقة ابراء معلقا واحتمال كونه ابراء للزايد وهو ما لا يقبل بالبعض المقر به وانه بمنزلة قوله اجنبت عن دينك هذا بنصفه مثلا بعيد فان ظاهر الابراء سببيته دفع البعض في الابراء بل لعل التعليق مفقود في هذه العبارة ايضا لكن التعليق غير مأثور في الابراء وكذا الاحتياج الى القبول الا ان صحة الصلح في هذه الصورة جميع فيها فلا يضر فقد التعليق ولا الحكم بلزوم القبول هنا ولو كان ابراء ولا يتوهم ان هذا من دلائل كونه صلحا بل سرحنا وجاء عن الحنفية بأسرها اذ لا يمتنع ان يكون الابراء بهذه الصورة يجري فيه التعليق ويعتبر فيه القبول اما لو صالح عن الدين باكثر منه فان وجد المنع لعموم تحريم الربا في الزيادات سواء خصصنا تحريمه في المعاوضات بالبيع وعممناه لعقد المعاوضات مضافا الى قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم مع قوله وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ومن يعد فينتقم الله منه فقد ظلم نفسه وقد ظلم فيما ذكرنا حكم ما لو صالح عن الشيء بغير جنسه من مال الى آخر فانه يتجه كونه من باب المعاوضة فان لنا ما قلا يخلو اما ان يكون الشيئان ربويين او لا فان كانا ربويين فان قلنا بتحريم الربا في جميع المعاوضات كما هو الاقرب فلا ريب في الفساد وان قصرنا تحريمه على البيع خاصة فالمعروف تقريم الحكم بالصحة على الحكم باصالة الندب والفساد

على القول

على القول بعدم تبعيته ومثله القول في صحة الصلح عن عين بعض ما في الصك وبعد رد بعض الثمن في السلم وفي ثبوت خيار المجلس والحيوان والتأخير عن مكان العقد ومنها الصلح عن الدين بأقل من دين وثبوت الأرش في خيار العيب وخيار عيوب السند والشفعة ونحو ذلك مما يعرف على عنوان البيع ومنها الحكم بكونه جائزا ان افاد فائدة العارية والهبة بناء على الفرق بينهما ولا تهولا يلزم مطالبة غيرك للناقول لا ريب ان مراد القائل بالفرق بينهما هو ان البيع اسم خاص بمبادلة عين بعين والاجارة اسم لما هو بمبادلة منفعة بعين او منفعة والهبة اسم لتمليك العين مجانا والابراء اسم لاسقاط حق في الذمة فاذا اجتمعت جميع شرائط الصحة في شئ من هذه العناوين ترتب الآثار المترتبة على ذلك العنوان ولا يعتبر صدق اسم البيع مثلا على انشاء بخصوص الفاظ بعينها وكذا غيره وانما المدار على انشاء المعنى الخاص بما يفيده حقيقة اما لو قلنا بكفاية المعاطاة في البيع ونحوه كما هو الصحيح وان لم يحكم بلزومه لم يحتج الى اللفظ اصلا في صدق الاسم وان لم نكتف بالمعاطاة فغايته ما يعتبر في صدق اسم البيع اللفظ المستعمل في نقل عين بعين حقيقة سواء كان وجه الحقيقة هو الوضع على جهة الخصوصية او لما هو اعم مع قيام القرينة على ارادة المعنى المعين من حيث كونه فردا من ذلك المعنى العام لا من حيث الخصوصية فان احدا لم يعتبر في البيع ونحوه اكثر من العبارة اللفظية القرينة وكون الاستعمال فيها على الحقيقة لا المجاز يشهد بذلك حكمهم بانعقاد كل من البيع والاجارة والهبة بلفظ التمليك وانه يخالف معناه في ذلك باختلاف ما يكتنف به من القيود ولم يتوهم احد ان التمليك اصل برأسه وان افاد فائدة غير ضرورة ان تمايز العقود انما هو بسبب اختلاف مقاديرها وما يراد منها فاذا فرض اتحاد المفاد والمعنى المراد ولو من حيث المصداق والفرد بما هو اعم لم يمكن عدم صدق الاسم الموضوع لذلك المعنى المفاد لو تذرلبكر من وكلاء منها فاكرم زيدا انفاقا ووعاء لتذره عالما بكونه زيدا او جاهلا فاذا فرضنا ورود العقل الدال على ان من اكرم زيدا فعليه عتق رقبة فلا ريب في شمول النص لهذا الذي اكرم من حيث كونه رجلا مؤمنا لا من حيث كونه مسمى بزيد ومما على ما ذكرنا من انه لا يعتبر في صدق اسم البيع كون العقد بخصوص لفظ بعت فغيرها ان الفقهاء لعقد البيع والبيع فاتم بين من عرفه كالمصنف بانه اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم يفهم منه ان البيع هو نقل الملك بعوض معلوم باي لفظ دل عليه وبين من عرف البيع بانه انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي ومنهم من عرفه بانه الايجاب والقبول الدال على ذلك ومنهم من عرفه بانه عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والثمن وتسليمهما ومنهم من عرفه انشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضي وعرفه شيخنا المحسن اثر انشاء مقتضي تمليك العين بالعوض على وجه التراضي والصحيح المطابق للغة والعرف المستفاد بقال انه تبادل عين بعين والا لم تخرج الاجارة واما التراضي والقبول ونحوهما مشروط في الصحة لا في التسمية كما مر بنا واوضحنا في محله نعم عرفه المحقق الكركي بانه نقل تملك من مالك الى غيره بصيغة مخصوصة وهو لا يدل على ان المراد منها خصوص لفظ بعت بعينها

سيما مع ان المحقق المذكور نقل الاتفاق على ان العاطاة ان المجردة من اللفظ اصلا بيع حقيقة وان لم تفد اللزوم
فان اراد القائل بالاعتماد الازم من حيث المفهوم اعم من كل من تلك الخمسة نحو ما بين لكل منها مفهوما بل
قد يصدق حيث لا يصدق شئ منها كالصلح عن الشئ باسقاط حق شرع اسقاطه كالشفعة وان كان حيث يجامع
شروط صدق اسم البيع بيعا حيث يجتمع شروط صدق اسم الاجارة اجارة وهكذا وانما اجتمعت شروط الصحة
في البيع حين علمنا احكام صحة البيع والا فاحكام البيع الفاسد فلا معنى بقبول لا يثمر الخلاف على هذا شيئا
لكون احدا منهم لا يلتزم بذلك وان اريد انه ما بين لجميعها ما بنزكلية بمعنى انه لا يصدق اسم البيع متى صدق
اسم الصلح وبالعكس وكذا البواقي فكما هو ظاهرهم بل صريح بعضهم فلا يضاف انه لا طريق الى تسليمه الا التقليد الا
عرفت هذا بان ذلك يهدم اكثر فروع الكتاب واجيبها قوله في متن المتن والقول بالجواز احوط قول لا
ريب في حسنه على الاظهر بناء الجواز مجانا من جبر الزام بالادراك ولا ابقاء باجرة فلا تغيير بينهما ضرورة ان قوله
الناس مسلطون على اموالهم وقوله لا يحل مال امرئ الا بطيب قوله المضبوط مردود بمقتضى عدم الازيد
في حرمة التسلط من الغير على ماله الغير بين الابتداء وبين الاستدامة حيث ان الاستدامة ترك اختيارى
آخر بالنظر الى نفس الابتداء ضرورة انتفاء احتياج الباقي في بقائه الى مؤثر وانه لا يمكن ان تكون
علة الابتداء بمجردها علة في البقاء والا لذلك لكان مذهب الشيخ في غاية المتانة وح فاللازم على ذلك
انما هو الحكم في الاستدامة بالحكم في الابتداء ولا ريب انه لا يجب على الشخص بذل ماله لمصلحة الغير مجانا ولا
باجرة الا مع الاضطرار اليه فيجب بذله بالاجرة كالحمل بنفقة الغريق وحياكة الثوب لو خشي البرد المفرط
مثلا وليس من ذلك محض حفظ مال الغير بناء على عدم وجوب حفظ الاموال من حيث هي اموال حيث لا
يكون ودية ونحوها ولو سلم ان قوله لا ضرر ولا ضرار يقتضي وجوب الحفظ الذي تركه موجب لحصول
الضرر فلنا ان نريد بالضرر الحاصل بترك الحفظ مجرد تلف المال قل او كثر وان كان مالكه يعد به
اضعافا مضاعفة فالانصاف ان النفس لا يعبد به بل لا اعرف احدا يلتزمه وان لزمنا ما يوجب ترك حفظه
على نفوس المالك كترك حفظ سفينته او فرسه التي يتلف بتلفها او بجنى تلفه فالتزامه لا يضرنا في المقام فانا نقول
كلما يلزمه بذل الابتداء يلزمه بذل الاستدامة وكلما لا يلزمه ابتداء كما لا يلزمه استدامة ولا ريب انه لو كان الحائط
مشرفا على الانهدام على النفوس لم يجب على الجار مثلا بذل جذعه لا مستأكرا مجانا ولا باجرة وان استلزم
سقوط الحائط تلف ما لا يحصى من الاموال فان المتبادر من قوله لا ضرر ولا ضرار انه لا يشرع لاحد ان يضر
غيره اعتباطا بسبب ماله مثلا وان قل لا انه يجب عليه حفظه وان قل بما له باجرة او مجانا وان لم يكن ايها
واحدها غير الاخر نعم قد يشكل بذلك بان ترك الحفظ وان جاز الا انه عين الاضرار هنا الذي هو ازالة الحائط
وما جعل عليها من الحائط سببا بناء على ما هو المحق من ان فعل احد الضدين عين ترك الاخر وبالعكس حيث
لا قائل بفصل احد الاضداد عين ترك الباقي مع التمكن وبالعكس كما حققناه واوضحناه في محله وبدفعه

انما الاشكال

انا لانقول انه يجوز لمالك الحائط قلع ما فوقه ابتداء واستقلالا بل لايجوز ذلك بل لو فعله كان ذلك
ضامنا لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه بل نقول لمالك الحائط ان يقول اني لا ارضى الان باستدامة البقاء
ولا اذن لك فيه فاذا قال ذلك لزم الواضع القلع او ان يأذن بالقلع مفدته الى تخليص مال المسلم المحترم
ورده اليه فان لم يقلع ولم يأذن به كان ظالما بل غاصبا فيجوز لمالك الحائط الاستقلال بالقلع كما
الواضع فهذه حرفة الفرق وفي ماله فهذا مما استغنى عن الرد لقوله ع ليس لعرق ظالم حق كما حررناه واوضحناه
في نظائر باب الغصب واما الزمان الذي لا يمكن حصول القلع فيه عادة فلا خطاب فيه على الواضع لكونه
ظالما وفاعلا غاصبا بسبب وضعه انما معصيته اذا من اذن مالك الحائط بالوضع ونحو فلو كان الواضع ثم
لم يتسلط مالك الحائط على القلع بنفسه وكالحاكم بل لو طالت غيبته لم يستحق اجرة المثل على بقائها بخلاف مدة
الامتناع فان قلت لو سلمنا ما ذكرت فعابه ان تسبيب في اتلاف مال الواضع ولو بمباشرة الواضع بنفسه لا
اتلاف بالمباشرة مع انه لا فرق في حرمة الاضرار والاتلاف بين المباشرة والتسبيب قلنا التحريم التسبيب الى
الاضرار بنفسه كحفر البئر في الطريق مثلا لا التسبيب الى التكليف بالرد الذي لا يمكن الا باتلاف المال الكثير وهذا
غير الاخر ولو قبلنا ان قوله لا ضرر يفيد انه ليس فيه حكم ضرري وايجاب الرد هنا حكم ضرري لذا يجب اتلاف
الماء من غيره واستنباطه من ارضه ورد الامانة الشرعية والاعلام بها اجماعا ويؤيد ذلك بل يدل عليه تسليم
ووجوب الرد قبل الوضع وان استلزم تلف المال الكثير في مؤنة الوضع ولم يحمل احد جرح المستعير عليه
بها ولا منع المعير من الرجوع بالحائط لامع غرامة اجرة البقاء ولا بد منها واعلم ان هذا التقرير يجري في كل
تصرف وضع عن اذن سواء سقيت العين عارية ام لا كما لو اذن اذن لغيره في وضع شيء في ماله وهو في يده
وكما لو كان التصرف بسبب اذن الشخص وكالمسئلة بل اوضح منها ما لو تصرف المشتري في المبيع بحيث ارش المباينة محلا
او مرضا فيفسخ او ملكت العين المستعارة كالحائط مثلا الغير المعير بارث او بيع او غيرهما واوضح من ذلك ما
لو كان العقد المملك جائزا كالهبة الغير المشروطة فتدبر جيدا فيما ذكرته في المتن ولو هدم بغير اذن شريكه وجب
عليه اعادته اول القول بالاعادة مبني على قاعدة عامة لا تختص باتلاف الشريك المال المشترك بل يجري في مطلق
اتلاف مال الغير وان كان محققا وهو ان المراد من المثل في ادلة الضمان مثل قوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل
ما عوقبتم به وجزاء سيئة سيئة مثلها ونحوه ما هو اقرب شيء الى التالف فما هو به امثل حتى يشمل نفس القيمة
مع فقد المماثل لانها مثل من حيث المالية وبه امثل حال التعذر المثل المستعمل في الاصطلاح مثليا الذي
بما تساوى قيمة اجزائه ولا ضرر عدم اجزاء المماثل في القيمي الا بعض الغرامة واجزاء القيمة وان تيسر المماثل شأ
او بالخلاف التفسير الاول فان لا ضرر اجزاء المماثل مطلقا وعدم اجزاء القيمة مع تيسر المماثل الا بعض الغرامة
يخفى فتدبر ومن هنا ظهر ما سبق في باب القرض الى ان ضمان القيمي بمثله وعلى الثاني يتفرع القول بالاعادة
مطلقا اما التفصيل المشار اليه في الدرر ومن قلده فلا نعرف له وجها وبالجملة فالمسئلة بحيث لا يكون الهادم هو المتراب

(قوله وان استلزم تلف المال الكثير في مؤنة الوضع)

بل حيث

بل حيث لا شركة على ما بيناه اما في الغرض المذكور فيشكل كل من القولين بل والتفصيل بان الزام الشريك بالاعادة
فرع تسلط المتصرف بالهدم على مباشرة الاعادة بالمال المشترك اعني المهدوم وهو ممنوع شرعا لعدم جواز التصرف
في المال المشترك لاحد الشريكين بغير اذن صاحبه الا فيما اذن له او وضعاه في مكان ثم ان اراد احدهما عنه بغير اذن صاحبه
لم يكن للاخر رده اليه من غير اذن بل هذا في الحقيقة من باب قوله ما اذا ظلمك فلا تظلم الا من باب قوله ليس بعرفي ظالما
حتى اذا كل منهما ظالما لم قد وابقه فالملازم بالاعادة حينما مر كما هو ظاهرهم الزام بابقاء الشركة بل باعادتها بالنظر
الى الصفة الفائتة وهو الزام بما لا يلزم اذ لا يجب على الشريك ابقاء الشركة ولا احدثها اذ يجوز له طلب القسمة بعد
الهدم في المهدوم ولا يلزم الاعادة بل يلزم رد ما خص صاحبه من الارش كما ان الالزام بالارش ملغى حينما الزام
الاعادة عن الشركة في الصفة المعادة وهو لا يلزم حتى ينبغي ان يقال امر يؤمر بدفع ضرر شريكه اما بالاعادة او بدفع قيمة
حصة صاحبه من الارش لكن ليس له اختيار الاعادة او الم باذن الشريك بل لو كان له شريك ثالث لم يكن له الاعادة
الا باذنهما وان الزمناه في هدم المختص بل يتعين عليه رد الارش لهما لامتناع الاعادة عليه شرعا وصيرورته كالمتلف
في هدم الاجنبي للمشترك اما لو اتلف الاجنبي المال المشترك او مختص الذي لم يتلف لكان مشتركا كما لو غصب
شيئا فاتلفه ثم ملك المالك فطالبه الوارث فهل يلزم دفع البدل اليهما على الشركة ام يجوز ان يدفع لكل منهما
مقدار حصته وجهان ثم لو دفع لكل منهما مقدار حصته فهل يكون الاخر شريكا فيه قهرا وان عين الدافع للقابض
او يفصل في ذلك كله بين ان يطرد التلف حالة الاختصاص فيخرج وجه الدفع او بعده فيتعين عليه الدفع
اليهما بل يحكم بالشركة حتى لو خص بالمدفوع احدهما وجوه والوجه في المقام الاول والثاني هو الثاني ضرورة
انه ان كان مشاعا حالة التلف فالشركة قد تلفت بتلف محلها وانما وجب على المتلف بسبب التلف ما قيمته
كقيمة ما يقابل المقدار المحق من ذلك المال الذي كان مشتركا لا ان ذلك المال المشترك انتقل مشتركا الى الذمة
فان الذمة ليست اناء ولا ظرفا للمال المختص فكيف مشترك فان ذلك غير معقول عند التدبر وان كان ذلك
مما قد يتوهمه الفقيه من كلماتهم بادىء بدء وانما المعقول من معنى الذمة ان المتلف مثلا مكلف فعلا او شأنا بمقدار
ما اتلفه لمالكه وهذا المعنى كما يعقل وصفه بالاختصاص كذلك الشركة وحينئذ بل لو وضع ما لو كان مختصا فتلف ثم ان
المالك فاسقط الدين الى مقدار ولو قبل اذا تلف المال مشتركا وجب ان يكون مضمونا على صفة الاشتراك فما
يدفعه الى احدهما بدلا يكون بينهما ولو كان بقدر حقه فضلا وقد وقع تخيلا لمعنى البدلية وانها اختصاص به شيئا
للمال المشترك من غير رضا الشريكين والوجه لا ريب في ان نماء المشترك مشترك قهرا فكذلك بدله لقلنا صفة الشركة
انما تحصل باسباب الشركة وكون الشيء بدلا عن حصته مشتركة بمجرده لا دليل على كونه من اسبابها الظاهرية
نعم البدل وان لم يقصد به الوفاء لهما وانما قصد به وفاء احدهما خاصة ومن حكم الوفاء انما يكون قد
عن قصد وفاء خاصة وعين له وكونه قصد خاصة فيه من غير الشريكين لمال مشترك غير مسلم اذ الاموال
في نفس الذمة انما على المتلف ان يفي كلا منهما مستقلا او مجتمعين كما لو دفع اليهما معا من غير تعيين ولا ملاء

كتاب الشركة

كذلك قد يكون البدائع مشتركا بشركة حدثت بالدفع المربوح لا قبله وعما يؤيد ان الوفاء ليس من لوازم البيع لاحد الشريكين ان يبرئ ذمة المغرم من حقه من غير رضا شريكه وايضا صفة الاشتراك لا تدل على وجوب ضمانها اذ ليس عما يؤثر في مال الشركة زيادة ان لم توجب نقصان فان الشركة عيب لذا قد يثبت بسببها الخيار واما الباس على الماء فهو على بطلانه واضح الفرق

كتاب الشركة

قوله في المتن ولو شرط التأجيل الخ القول الاول في تحرير المطلب ان يقول ولو اذن في القرض الى اجل لم يلزمهما الا ان يجاز لكل منهما الرجوع ولم يجز لهما القرض بعد الاجل الا باذن مستأنف وان العبارة المذكورة هو هنا خلاف المذهب بل محتملة لوجوه كلها خلاف السوق وخلاف قوله بل لكل منهما الخ قوله في الشرح انه هنا خطر ص ٢٠ الخ اقول نعم هنا خصومتان لكن الاصل في الثانية قول مدعي الشراء بالبائع على شريكه القبض كما لو ادعى عليه الاتلاف لاتحاد المناط في كونه اصيلا فقبل دعواه فقط فتنصرف الايمان على القبول في دعوى الاتلاف كما قدمناه نعم لو ادعى عليه الاذن القرض في تلك الدعوى كان هو الطالب بالبينة دون صاحبه لان ظاهرهم كون دعوى القبض ليس كدعوى التلف كما صرح به اكثرهم وكيف كان فلا اعلم وجه الرد شهادة المشتري لان الخصومة في قبضه للبائع واختلفا في قبض البائع للمشتري لا الاذن فكان اعتراف الوكيل بعد بعد فرض طلب الاذن للوكيل اذ لا اذن هنا اصلا فلم لو وقعت الدعوى بينهما في ان المشتري قبض البائع ام لا كان المشتري في شهادته للاذن مدعيا قوله في الشرح فيسقط اخذ نصيبه الخ اقول ظاهره ان مبنى القضاء هنا انما سلط المدعي عليه على بعض المدعى عن نصيبه خاصة دون تمام المدعى عن قبض جميع الثمن وهذا منافٍ لظاهر قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر فان ظاهره ان البينة تثبت تمام ما ادعاه المدعي واليمين تنفي تمام ما انكره المنكر والسبب فيما ذكره شيخنا وهو ان اقرار الاذن بان المدعي وهو المشتري قد قبض المأذون وهو البائع يقتضي انعزاله عن الوكالة في القبض وحينئذ فلا تسلط له على قبض ما عزل عن قبضه كما لو اعترف الموكل في البيع والقبض بقبض الثمن من وكيله ثم لو رجع الاعتراف هنا بذلك فلا مرية لدى المتأمل على قبض ما اعترف به الموكل الوكيل بقبضه منه فلتشهد هذا حق ولكن المقام ليس منه لان الاذن هنا اعترف للمشتري بالقبض ولم يعترف للبائع بانه قبض منه بل هو باق للمشتري على البائع في القبض من المشتري مدع صرف كما اعترف به شيخنا في المقام كما مر في البائع بنكوله ثم هو اعتراف محض بالنظر الى المشتري وهذا لا يوجب انعزاله بل يبقى المدعي بينهما المدعى عليه من البائع والمشتري لان البائع يريد بيمينه على نفي القبض المتسلط على قبض الجميع دفعا عن نفسه بغرم الاذن لظنه ما يقبضه فالدعوى بينهما باقية بخلاف المسألة المقيس عليها فان الاقرار هناك للوكيل وهنا للمزيد على انه قد يمنع حصول الانعزال بذلك حيث يكون المقر به مدعيا اشتباه المقر به اقراره الاترى انه لو وكل شخص في بيع عبد له ثم اعترف بموته او بموت الوكيل قبل البيع فان الوكيل لا ينعزل بذلك ولو بلغه ذلك عنه قبل البيع بل يبقى على حاله من التسلط على البيع وقبض الثمن والمدعي مع المشتري في العبد بحيث انه لو وكل في شيء يتعلق بالمدعى كما لو وكل في الدعوى

قاعدة مطردة مذهبا كان او منكرا ولهذا يحلف حيث يكون منكرا ويرد عليه اليمين حيث يكون مدعيا اجماعا
قوله في المتن شاركه الاخر فيه الخ اقول لا يخفى ان المشاركة حيث يكون العوض عينا معينة وتكون الشركة فيها
فسخ الشركة في المعوض وكذا الاريب فيها حيث يكون القابض وكلا عن صاحبه في القبض عنه حيث يكون الشيء
كلها وقد دفع المشتري بنية الوفاء لهما اما لو لم يكن القابض وكيلا عن صاحبه وقد قبض من المشتري غلطا سهوا فاكثر
اقل او اكثر وقد نوى الدافع الوفاء لهما فانما يكون المدفوع مشتركا بين البائعين ضلا عند وصول ذلك
المدفوع اليه لان الوفاء بالنية انما يحصل بقبضه اما قبله فلا شركة في المدفوع بين القابض والدافع فان
كالمال المبعوث الى الغريم حيث لا يكون الرسول وكيلا عن الغريم في قبضه فان تلف بكون التالف على الدافع
لا على الغريم فلعل كلام المصنف ناظر الى صورة الوكالة خاصة مضافا الى الصورة الاولى لا الى كلا صورتي الصورة
الثانية فان توقف ملك الغريم على قبضه وقبض وكيله اجماعي اللهم الا ان يكون المراد بجواز المشاركة بالنظر الى
الصورة الثانية من الصورة الثانية وهذا واضح والمنكر في فتاوى الفقهاء سابقا ولاحقا ما بطا في الاولى
وقد عرفت مأداه لكن بقي هنا شيء وهو ان المعاملة الوفائية عن ابيه او عقد اهل يازم ان تكون على وجه الاختصاص
اذا كان المعوض عنها على ذلك الوجه حال المعاوضة وان تكون على وجه الاشتراك اذا كان المعوض عنها
كذلك حال المعاوضة مثلا او الاثنان فلا يصلح وفاء الدين عن المملوك على وجه الاختصاص من الاعلى وجه الاشتراك
وكذا الابضع وفاء الدين عن المملوك على وجه الاشتراك الاعلى وجه الاشتراك او بضع وفاء كل من الدينين
عن المملوك على وجه الاختصاص على كل من الوجهين دون الدين عن المملوك على وجه الاشتراك فلا بضع قوله
الاعلى وجه الاشتراك او بالعكس وجوه كما فتن بالاخير منها اعني عدم صحة وفاء الدين عن المشترك الاعلى وجه
الاختصاص من الانصاف ان هذه المسئلة غير محررة في كلامهم الى زمن الشهيد الثاني قده ولا هي المقصودة
من الفتاوى المحررة في المتن وغيره من كتب الفقهاء وانما المراد منها ما عرفت وهو ايضا المراد من نصوص الباب
الا انا لم نجدها جيدا وانصفت ولكن ذكر الشهيد ره ان المشهور ان الوفاء عن العوض الذي كان مشتركا لا على
الاعلى وجه الاشتراك بمعنى انه لو بيع المال المشترك بمائة مثلا فدفع الى احدهما خمسين قاصدا تعيينها عوضا
عن حصته معرضا عن وفاء صاحبه اصلا وقبل القابض ذلك منه على هذا الوجه لم يكن كله وفاء للقابض بل
نصفه وان النصف الاخر يكون لصاحبه مخلا حتى مع علم الوكيل صاحبه اشكال باجماعهم على عدم ملك الغريم
المال قبل قبضه او قبض وكيله في القبض وان اراد ان المقصود ان النصف الاخر معه لان يشاركه صاحبه فيه
اشكل بان الدافع اذا كان على وجه الاختصاص فالقابض لم يكن دفعا الى الغريم الاخر اذ لم يقصد ايفاءه فكيف
يملكه هنا مع عدم نية الاختصاص وعدم حصول شرائطه بل اللازم على هذا ان يكون الدفع باطلا بالنسبة
اليهما معا اما بالنسبة الى القابض فلعدم نية الدفع على وجه الاشتراك واما بالنسبة الى صاحبه فلعدم
نية الدفع اليه اصلا والحال لم يبق ما يمنع من بقائه حتى يكون القبض على وجه الاختصاص الذي ليس الكلام فيه

كتاب المضاربة

قوله في الشرح الآن بنا نتوقف في ذلك الخ اقول لهذه المناقشة من شيخنا نحن لا نعقلها فان اشتراط كون العقد الجائز لازما ان ابقى وبقي معه العقد كما هو ظاهر شيخنا بل صريحه ان اذا كان حكم العقد الجائز عدم الاختصاص بوصف يجوز ان كالعقد اللازم فاشتراط غير مختص بوصف اللزوم لانه اذا اقتضى كان لازما وان جيء باشتراط وصف الجواز كان جائزا لما دام الجواز مع ان شيخنا اعترف بان حكم العقد الجائز ملك المنع وان شرط عدمه حيث ان العقد الجائز ممنوع من الوفاء في كل آن ان لا على حصوله في ان اثناء العقد فاصدر وان شرط عدم ملك المنع فاسد يفسد العقد وهذا المعنى لا يتهارى في اشتراط اللزوم الذي حكم بصحته في هذا الجائز بل هو كما هو واضح بل حكم اشتراط مناف لمقتضى العقد لم لا يمكن هنا فرض حالتين حالة يصح معها العقد وحالة يفسد بسببها ولا اريد من تلزم الشرط اشتراط ان لا يرجع في العقد الجائز نحو كالعارية ونحوها الا انه لا يملك الرجوع وان كان خلاف الظاهر كما مر بل حلا سر بحيث يفسد ولا ان هذا في الحقيقة رد على العقد الجائز لا شرط فيه ويدل عليه ما ان شيخنا قد اعترف كما يجيء بان مثل ذلك لا يجب الالتزام به في العقد الجائز وان سلمنا كونه شرطا وان الشرط في العقد الجائز لا يكون واجبا وان الفاسد لا يخرج عن جوازه فغير جيد اصف قوله في الشرح من غير فرق بين العمال والوكلاء وغيرهم الخ اقول يشكل بان ضرورة العرف قاضية بالفرق بين العمال بمعنى عدا هم من الوكلاء والملاك فان مقام المضاربة يقضي بان المال من المالك وتوكيل العامل على الشراء بما دفع اليه خاصة على احد وجوه ثلاثة اما على ان يشتري المدفوع اليه كلا او بعضا ويبيعه على ان يشتري بجزء مشاع على وجه الاشاعة كالنصف مثلا او يشتريه بقيد كونه على وجه الاشاعة نظير بيع صاع من صبرة معينة وان كان لا اشكال في ان العبارة الواقعة من العامل عادة هي كالواقعة من المالك هو الوكلاء المطلقين غير العمال بحسب السوق فانه يقول ابعث منك هذا القفيز مثلا بدرهم الآن عرضه بغير بيان حال نفس المضاربة يدل على قصده من قوله بدرهم اي بدلهم مما دفع الي حتى لو فرض انفاق البائع والمشتري على ان البيع على عنوان المضاربة لم يكن للبائع مطالبة المالك بدرهم من غير ذلك المال بل لو اراد المالك دفع درهم من غيره لم يلزم البائع اجابته ولم يبرء ذمته الا بدرهم من ذلك المال دل على هذا لو تلف مال المضاربة جميعا قبل دفع العامل الثمن عند لم يلزم على المالك دفع فداء الثمن وكما على العامل الا لازم يكون العقد رجوع البيع الى البائع لعموم قوله كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فتدبر قوله في الشرح وفيه انه لم يصر للعامل البيع من دون اذن الوارث اه اقول لقد اجاد شيخنا في ذلك لكن يشكل استنادا كما بان المبيع لم يكن له الالتزام بالانفاض حتى ينتقل الحق منه الى وارثه بل لا يلزم جواز العقد وانفساخه بالموت عدم جواز بيع العامل بعد الموت على وجه يصح في بيعه كما لا يخفى بسببه بجاوان اجاز الوارث هذا يكون فلا ظهر الصحة بعد الموت وانتقال العالم قوله في الشرح والاقرب الحاكم امينا اه اقول كان بيع في ذلك قضاء المسالك ويشكل الطلاقه بان الوارث مع كامل رشده وحضوره كاطريق لولاية الحاكم عليه في شيء من ذلك بل هو فضولي

كغيره مع ظهور الربح قبل الموت ومع عدم ظهوره ح او ظهوره بعد الموت فالمال كله للمالك فلو باع الحاكم
عينا من غير اذن المالك كان فضوليا والله العالم قوله ولا بد ان يكون معلوم المقدار اه نقول من الواضح
ان المضاربة هنا في الحقيقة توكيل في التقلب بالمال المدفوع الى المضارب مع اشتراط الربح فمن في الحقيقة عبارة
عن استيمان فارتفع التوكيل والجعل وكما يجب ان الاستيمان يصح بالمجهول جنسا وقدرا والمعلوم كذلك وكذا
يصح الابضاع من غير جعالة هنا اجماعا واما الجعالة فصحيحا ان التحقيق كما بينه معلوم قيمة وردها من حيث كونها
نصفا او ثلثا او نحو ذلك مما يمكن تسليمه كما اختاره العلامة وكثير من المحققين بل لا يبعد عدم الغرر والمعلومية
فيها اصلا ومع ذلك فالظاهر بقاء الحرم باعتبار المعلومية جنسا وكذا من صحة التوكيل والاستيمان فان ادعى ان المضاربة
خارجة عن هذا وبين الثلاثة بالضرورة على خلافه وان ادعى ان الجعالة لما اشترط في صحتها العلم بقدر الجعل جنسا
ووصفا بطلت مع الجهل ببطلان الجعالة خاصة فيلزم هنا اجرة المثل وان صح التوكيل والاستيمان كما في كل ما
بطل فيه الاجارة وان اشتملت على استيمان او توكيل كما لو استأجره على حمل متاعه المجهول وبيعه اجارة مجهولة
فانه يجب له اجرة المثل بالغة ما بلغت وان صح بيعه واسلمه اقتضى على المتاع فيكون المرجع في الحقيقة ما سيجيء في مسئلة
الجعالة ومبنى التحقيق هناك ادق ودعوى انها ليست من الجعالة كما يشهد بان احدا لم يشر في الباب الى باب
الجعالة ولا احتمل بعضهم القطع بصدق في غرمها ضرورة ودفعه مكابرة والله العالم فان رجع على اعتبار
العلم في مال القراض في نفسه مع قطع النظر عن اعتبار العلم في المجعول في باب الجعالة بحديث النهي عن الغرر كما قد
يوجد في بعض كتب الاستدلال فيه ولا اعلم بذكره احد من اصحابنا رضوان الله عليهم في كتب الاصول كالكافي
والتهذيب وغيرهما وانما ورد عن طريق العامة والمروي انه نهى عن الغرر والنهي محمول على الحظر وغيره
حقيقة اذ لا ريب في صدق فوات الغرض المبني عليه بالسلام مثلا وقد بينا ان الظاهر من النهي عن الغرر انه نهي عن المعاوضة
في المعاوضات كالبيع والاجارة لا في مثل الايقاعات والمضاربة مع قطع النظر عن الجعالة لا معاوضة فيها
والا لبطل الابضاع مع الجهالة اذ اللازم باطل اجماعا وايضا في اللازم بطلان العمل المجهول القدر وهو واضح البطلان
فيتعين ح ان يكون وجه البطلان من حيث دعوى الاجماع واما احتمال ان الجعالة لازمة معاوضة فتبطل بالجهالة
خاصة فبينا في ان التحقيق انها ايقاع مشروط لا عقد معاوضة كما ريب ان الايقاع للشرط يبطل بالجهالة
كقولنا ان شفى الله مريضي فلله علي هذا الكيس مع جهلنا بما فيه والحاصل ان مبنى المسئلة على ما يختار في
باب الجعالة ولو اجيب بان معرفة قدر الربح موكول على معرفة مقدار الغراض قلنا نعم ولكن انما يتفق ذلك على معرفة
مقدار ما يبيع به العامل والعلم بقدر الثمن اما بعينه حال البيع او حال دفع المال قراضا قلنا نعم موقوف صحة مع جهلهما
بيوم ان اشترط ان ما يشتري به صنف فله منه نصف الربح صنف مثلا فلو دفع اليه مع جهلهما بقدره او بجنسه وقف
للعامل الصحيح بعد بيعه او بعضه او بجميعه التي هي مستلزمة لحصول العلم بالثمن في كل ما يبيعه للعامل شيء فلو
فرض تلف البعض من غير تفريط كانت المضاربة بما بقي في محلها وان لم يعلم قدر التالف ولم يمكن العامل بالبيع

كان الباقي

كان الباقي امانة في يده على حقها الشائع والله اعلم قوله ولو احضر المال وقال قارضتك باحدهما شئت اقول
واصح ان فيه بعض التكلم اذ لا يبين ما شاء القارض منهما وكذا لو قال قارضتك باحدهما اذا اراد احدهما
المعين في نفسه لم يتبين الابهام المانع من جواز التسليط على كل منهما للاسلم وكونه غير معلوم الاذن فيتحقق
فضا ولا تقابلا ولا جعلا اما لو فوض بالغرض كما هو ظاهر ما تقدم دعوى الابهام في المقام او حكم على تقدير ارادة
تعليق التوكيل على حصول اشارة المخاطب نحو ان يقال ان شاء هذا فقد وكلتك وكل اذا اردت فاخرج التوكيل
عن زمن الخطاب الى زمن الاشارة اما لو اريد تخيير الموكل حال الخطاب فطلاق وقت الاشارة لم يكن تعليقا
ولا ابهاما نعم ظاهر هذه العبارة عدم التوكيل في الايجاب بكل منهما جميعا بل وعدم استبداده في احدهما ايضا
وعدم الجعل لم يصح اصلا اذ كان الاحد هنا دفعا اما دعوى عدم صحة الموكل المخير اذا كان على وجه التخيير
الذي هو على خلاف في باب الوكالة كما لو قال بع لعبدي هذا او اعتق وكذا الكلام في باب الوديعة فلو قال خذ
احدهما واحفظ او خذ احدهما عاريته مثلا او قال من هذه احد عبيدي فلان وهم فالكلام عندهم في تصحيح ذلك
كالروح فالتعليل بالتعليق يرتفع بما ذكرناه من ان الظاهر عدم ارادته والتعليل بعدم تشخص متعلق العقد
كما وقع من شيخنا في المسالك انما يتم على تقدير جعل القراض كالبيع والرهن والاجارة مما لا يقبل التخيير موضوعا
فلا يصح بعتك عاشر من هذين ولا رهنت عندك احدهما او اجرتك مثلا ووجهه هنا ان النقل والحبس
يحتاج الى محل يتعلق به بحيث يكون محلا مستقلا عن المالكية ومحبوسا عند غيره وهذا المعنى ممنوع من معنى التخيير
انما التوكيل والاذن والشرط فالضرورة قاضية بقبوله التخيير لان مرجع الى الجمع بينهما في كونه موكلا فيه على شرط
عدم الجمع بينه وبين الاخر الاتي امر يصح ان يقال خذ احد هذين الرغيفين باحدهما وفرضا ولا تأخذهما معا
والحاصل انه قائم على المنع هذا كما هو الظاهر بشهادة روح الباب عن مقام التوكيل والاستيمان والجعل وانه في
حكم البيع والرهن والاجارة وهم بما عندهم اعرف والله العالم وان كان الانصاف ان الاذعان بذلك لا تطمئن
الا تقليدا اللهم الا ان يقال انهم اجمعوا في خصوص هذه الوكالة على ما لا تقاوم مع عدم التعيين وان التخيير هنا
خاص لا يصح للاجماع كما انهم قد حكموا باشتراط المضارب بان يكون دراهم ودنانير للاجماع لا لغير فتم المطلوب
الان يشكل في تحصيله او يمنع منقوله والله العالم قوله في المتن واذا اخذ من مال القراض اه اقول الاولى في
المقام ان يقال اذا اخذ المال او بعضه خائنا كان ضامنا ضرورة انه لا اثر للحجر في نفوذ امره وعدمه كذلك في ترتب
الضمان سواء كان الحجر في البعض او في الكل سابقا او لاحقا وانما يدور الضمان مدار ان يكون الاخذ واقعا
على غير الوجه الذي وقعت الاذن عليه الموجب ذلك لكونه خائنا وقابضا للمال بغير اذن صاحبه لعله اراد
ان يبين ان ما ينفذ في البعض خاصة نافذ في الكل كما يراه شيخنا في المسالك وكيف كان فهذا الحجر غير منفع
قوله لما عامل الا اجرة المثل اه اقول الذي وجدناه في المقنعة ما لفظه واذا دفع الانسان الى غيره مالا
ليتجر له الربح بينهما وبينه لم ينعقد بذلك بينهما شركة وكان صاحب المال بالخيار ان شاء اعطاه شيئا

قوله ليس للعامل
قوله يتجر له على ما ذكره

له في الربح وان شاء ضمنه وكان له اجرة المثل في بخارته وكذلك ان اعطى انسان غيره ثوبا ليبيعه له وشرط له جزء نصف الربح او ثلثه فصار بالخيار ان شاء امضى ما شرطه وان شاء رجع فيه وكان عليه لبيع الثوب اجرة المثل في البيع دون ما سواه وليس على المضارب ضمان الا ان يتعدى في المال او يخالف شرط صاحب المال في البيع الا بتباع وللمضارب اجرة المثل والربح كله لصاحب المال انتهى والذي وجدناه في النهاية ما لفظه فان اعطاه المال ليتجر له كان للمضارب اجرة المثل وكان الربح لصاحب المال والخسران عليه وقد روى انه يكون للمضارب من الربح بمقدار ما وقع الشرط عليه من نصف منصف وربع فربح او اقل او اكثر وان كان خسران فعلى صاحب المال ومتى فسخ المضارب ما رسم له صاحب المال مثل ان يكون امره ان يسير الى بلد فسار الى غيرها او امره ان يشتري متاعا بعينه فاشترى غيره او امره ان يبيع نقدا فباع نسيئة كان ضامنا للمال ان خسر كان عليه وان ربح كان بينهما على ما وقع الشرط عليه ومتى جعل صاحب المال الامر الى المضارب فما يبيع ويشتري ويسافر به ويبيع بالنقد والنسيئة كان جميع ما يلزمه ضمانا ولم يلزمه ضمان ما هلك من متاع واذا اعطى الانسان غيره ثوبا او متاعا او امره ان يبيع فان ربح كان بينهما وان نقص شيء عما اشتراه لم يلزمه شيء ثم ان باع فخسر لم يكن عليه شيء وكان له اجر المثل فان ربح كان صاحب المال بالخيار بين ان يعطيه ما وافقه عليه وبين ان يعطيه اجر المثل انتهى ثم قال بعد مسائل ومتى اشترى المضارب مملوكا وكان اباه او ولده فانه يقوم عليه فان زاد ثمنه على ما اشتراه انعتق منه بحساب ما اصابه من الربح ويسعى في الباقي لصاحب المال انتهى والذي وجدناه في مراسم سلارة ما لفظه والمضاربة ان يدفع رجل بمال لرجل فله اجرة المثل ولا ضمان عليه اذا لم يتعد ما رسم له صاحب المال انتهى واما ابن البراج فانا استقرينا كلامه في هذا الباب في جواهره فلم نجد له ما نقله عنه هنا بعينه ولا اقوال في كلامه في مسائل متكررة ما يدل على موافقته للشهور وكيف كان فالحكي عنهم مخالف بظاهره لما وجدناه في كلامهم فتامل وكيف كان فقد ظهر لك من خلاف هؤلاء الاعاظم الاقطاب من محرر دعوهم الاجماع في مسئلة اشتراط كون مال المضاربة دراهم او دنانير واما لها تما اتفقت عليه كلمتهم لوجوه عرفت الحقيقة الى دعوى اتفاق من قال بصحة المضاربة بغير الاصحاب لا الى اتفاق الاصحاب بدعوى القطع برأي الامام عليه السلام مع ما لفته من عرفت من الاكابر وان كان ممكنا لكنه كما ترى هذا وفي كلام الشيخ في النهاية هنا اضطراب اخر لا يخفى على المتامل حيث حكم بالاشتراك في الربح في مسئلة الثوب ليس من الدراهم والدنانير وجزم بالعدم في مسئلة العبد بعد حكمه بالجهالة فتأمل

قوله لعدم الوثوق الخ

لعل المراد ان الاصل في كل معاملة عرية الفساد الا ما دل عليه الدليل كالمضاربة المحكوم بصحتها وان لم يوثق بحصول الربح وهذا مبني على ان المضاربة والقراض ماخوذ في مفهومها اشتراط الشركة في جميع الربح لا اشتراطه فيه في الجملة والشك في صدق الاسم يجوز الشركة في البعض بعد فرض ان لا دليل يقتضي الصحة في المقام من هذا الا بنا في دعوى ان الاصل الفساد حتى مع قطع النظر عن صحتي الغرر كما ذكره شيخنا قده ولكن الانصاف صدق اسم المضاربة والقراض لغة بل وشرعا كما سيظهر من النصوص بجرد اشتراط تملك الشركة في الربح

في الجملة وان لم يشترطا الاشتراك فيه في جميع فال في القاموس مادة ضرب وضاربه المضاربة وهي
وقال بعضهم في مادة قارض المقارضة مضاربة كانه عقد على الضرب في الارض والسعي فيها وطلبها بالتجر حتى
ان بذل المال لا يخرجه عن كونه مضاربة والربح بينهما على ما يشترطان والوضيعة على المال انتهى فان لم يشترطا ان يكون الربح
جميعه بينهما بحيث يخرج عن الفرض المذكور واخذ الشهيد ثاني على الفساد بعدم دعوى علم مسمى الاسم الذي
تدور عليه مائية هنا بالخصوص كما يجيء ابو بصير عن ابي عبد الله في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة ويشاهد ان يخرج
به الى ارض اخرى فعصاه فقال هو له ضامن والربح بينهما وبمثله قال ابن عيسى قال سئلت ابا الحسن عن قال
المضاربة قال الربح بينهما والوضيعة على المال ونحوهما غيرهما والانصاف ان الجواب ناظر الى معناه فيثبت بها
لا الى انه يلزم بينهما شرعا ان يكون الربح جميعا مشتركا وانه لا يكفي اشتراطهما الاشتراك في الجملة بل في النصوص
ما يدل على الصحة مطلقا متى اشترط الاشتراك في الربح في الجملة كصحيحة جميل عن ابي عبد الله في رجل دفع الى رجل
مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى بغير الذي امره قال هو ضامن والربح بينهما على ما
شرط فالانصاف ان الصحة اقوى لكن الجميع قابل للمناقشة والله العالم هذا كله بناء على ان باب المضاربة ليس نوعا
من مطلق الجعالة والا كما هو الانصاف فانها لا تزيد على التوكيل بجعل وح فالملزم الحكم بالصحة متى اجتمعت شرائط
صحة الجعالة في جميع الفروع التي حكم بها بالفساد من غير نص ولا اجماع كمسئلة اشتراط كون المال دراهم او دنانير
ونحوها فتدبر قوله لا نسلم انكار الزيادي المشهور في كل مقام بعض المدعى بينه بين الاقل والاكثر كما لو اختلفا في ثمن المبيع
او ثمن الثمن او ثمن الاجرة او ثمن المستاجر او غير ذلك كما في المقام وغيره ان المدعى للاكثر هو المدعي دون المدعى
للاقل منكر فقط لفساد ما ذكرتما على ما اعترف من الاستحقاق للاقل وانفراده بانكار الزيادة واتفقوا ظاهرا
على انهما لو اختلفا في المبلغ او في الثمن او في العين الموجرة لا في نفس العقد على ان كلا منهما مدع و
منكر نظرا الى ان كلا منهما يدعي شيئا ينكره صاحبه سواء كان المدعي في ذلك بعد قبض البدل او قبله او بعد
او قبله وانفرد المحقق الثاني قده في التسوية بين جميع صور الاختلاف في العقد او في المعين نظرا منه الى ان
الصورة الحادثة في الخارج في المقامين معا اذا اختلفا فيها فاثبتها احدهما ونفاها الاخر وكل من الصورتين
وقع الاختلاف فيها امر حادث الاصل خلافه فهذا مدع وذاك منكر وح فلا يبقى الفرق بين الاختلاف في
العقد او في المعين ويلزم اجراء هذا المعنى في جميع صور الاختلاف في الاستيفاء الاخر الموجبة للضمان اذا
اختلفا في تخصص السبب الخارجي الرافع بدعة واحدة كما لو اريد بشرة او عشرين او بهذا او هذا وكالقبض والاقباض
ونحوهما وكالطلق احدا يلزم به في مثل ذلك والانصاف ان اللازم الالتفات الى معنى قولهم البينة على المدعي
واليمين على المدعى عليه وان المراد من المدعي ما هو هل هو من ادعاء حادث شيئا الاصل خلافه من حيث كونه
كذلك حتى يشمل ما لو ادعى ان الطارئ الخاص هو الغراب او ادعاء الاخر هو الذباب ونحو ذلك او ان المراد عندهم
من ادعى على شخص خلاف ما هو الاصل خلافها فانكر المدعى عليه ظاهرا ما ادعاه فان قلنا ان المراد بالمعنى الاول لزم ما

ذكره

ذكره المحقق الثاني رده من عدم الفرق بين المعاوضين بل وبين ما الحق بها وان قلنا ان المراد به هو المعنى الثاني كما هو الاقتضاء ثم ما حكم به المشهور من كون مدعي الاقل منكرا فمحل لان الشاهد بالاقل كالمثبت مثلا من الالف انما يشهد له بما اقر به والاقرار لا يحتاج الى شهادة في قدر ما وقع به الاقرار فان النفت الى ان الشاهد بالمثبت مثلا ينفي ما اراد عليه من حيث جعل له عنوان في المعاوضة قلنا ان جهة نفيه ليست مجعولة من الشهادة لان عدم استحقاق الزيادة هو الاستصحاب والشاهد لا يثبت ما يثبته الاصل نعم لو التفت الى المعنى الاول كان مفاد الشهادة تعيين صفة المشهود به من حيث هي هي اي باعتبار كونها حادثة هي خلاف الاصل لا باعتبار ما تقتضيه من تعلق الظلامة بالمدعى عليه كما انها تشهد بنفي الظلامة عن الزائد لا بنفيها بخلاف بينة مدعي الاكثر فليتدبر لكن يشكل دعوى التداعي مع الاختلاف في الثمنين ودعوى ان كلا منهما مدع ومنكر ضرورة انهما لو اختلفا في ثمنية الثمن فالمناسب لما ذكرناه ان يكون المدعي منهما هو البائع خاصة وبالعكس لو اختلفا في ثمنية المبيع هل هو الكتاب مثلا او الفرس مثلا مع اتحاد القيمة مما اختلفا في ثمنيته فانهما مع الاختلاف في المبيع مثلا يكون البائع هو المدعى عليه بالنسبة الى ما عينه المشتري مستحقا له بالعقد واما ما عينه البائع فليس هو الا مقر محض لا عتراف له بانه ملكه ولزمه دستة امرأل المشتري اذا لفرض انكاره له ولا يدعي عليه شيئا آخر فان التفت الى اختلافهما في صورة العقد وعنوانها لزمهم موافقة المحق الثاني فالفرض تحكم لان ما يثبت بالاقرار مطلقا لا يحتاج في ثبوته الى بينة مطلقا كمسئلة الاقل والاكثر واما الجهة السببية فلا تثبت بالبينة الشرعية كما سبق وهذا واضح فان قلت ان البائع وان اعترف للمشتري بملكه ما عينه هو له ولكنه يكون مدعيا سببيا يدعي على المشتري استحقاق حبس ما عينه على المشتري بل يدعي على المشتري انه ظالم في عدم دفع الثمن اليه بعد تمكنه لما عينه فيكون كلا منهما مدعيا ومنكرا قلت اولا يلزم على ذلك ان يكون مدعي الاقل مع الاختلاف في العقد مدعيا ايضا لانه مع انه يدعي جواز حبس الاقل حتى يدفع المبيع يدعي حق حبس البائع المبيع بعد دفع الاقل وانه ظالم في ذلك وثانيا انهم اطلقوا الحكم بانهما متداعيان من حيث اختلافهما في الشخص محضا ولم يقيدوا ذلك بصورة عدم نقض الثمن مثلا بل يشمل كلامهم صورة القبض والابراء وعدمها وثالثا ان دعوى استحقاق الحبس من البائع التي يدعيها المشتري من حيث اخراجه بان المال لم يخرج البائع عن ان يكون مدعيا عليه ظلامة سببية ولان استحقاق الحبس انما يكون دعوى بعد ادعاء المحبوس عليه ملكية المحبوس عليه ما لكية المحبوس لا بد منها واما دعوى انه ظلم بنا خير دفع الثمن مع تمكنه اياه من المبيع الذي عينه فهي في الحقيقة راجعة الى دعوى تشخص العقد بما عينه المشتري وقد قلنا ان البينة لا تثبت الجهة السببية وانما تعلق بالاقرار فان المشتري يعترف بان ما اخر دفع الثمن بعد التمكين من المبيع ظلم وانما يقول انما ظلمك اذا اخرته بعد دفعك ما ادعيته عليك مبيعا فالخلاف بينهما في المصداق خاصة والبينة لا تنفع في التشخص بالنظر الى المفرد بريدا وانصافا فيخص مقام التداعي بحيث يكون كلا منهما مدعيا منكرا بصورة اختلافهما في ادعائهما التشخص خاصة كما هو

هو المفرد فرجع باب الفساد قوله فان الربح امر معدوم منوط الحصول الخ هذا كلام لا يأتي لو في الغرر لانتفاء
بالمجاهلة على الثمرة المعدومة وعندهما بما قل من جنسها المشاركة فيها فوجد على ملك المشتري مع ان المجاهلة هنا
من الثلث بل وجه الغرر فيها ان المضاربة سعاية في نصيب الوارث بعض الربح مع تكفلها ببقاء راس المال وكلاهما
افادة الوارث شيئا مع سلامة راس المال فليس فيها الا عقد زيادة المنع للوارث ان لو لم يضارب ام يجعل
نفع اصلا فنوع محسن الى الوارث وان كان لو شرط الحصة الدنيا كان الاحسن اليه اكثر وهذا بين حتى لو قلنا
بان الربح يحصل على ملك المالك ثم ينتقل بعضه بعد ان ملك العامل وهذا واضح منه لو كانت
العين المشتراة زائدة فالضم على راس المال عند الشراء لانقضاء كون الشراء بتوكيل المالك انفقها جميعا
الى المالك حال العقد والا لم يكن الشراء توكيلا ثم فدينا خوا الربح كما لو كانت العين المشتراة تساوي راس
المال فضم حال العقد ثم ترتفع قيمتها بعد ذلك فحصل الاشتراك في العين بحسب الربح عندا وارتفاع القيمة
ولعلهم اراد وا هذا المعنى وان كانت عبارتهم غير جيدة بل يمكن ان يقال بعضها غير المتاع بدليل اذا شاركها
في هذا المعنى كما لو فرض مجرد الماشية وولد شرعن استيفاء النخل مثلا فلو لم يبع صدقة ما قبل ان فيها لم يستقد
المالك ولا الوارث شيئا فلا باس هنا بيعها محاباة ان لم يحبها المالك على الوارث بشيء اشيئا بل قد يعلم
بدلها شيئا وان لم يكن معادلا لقيمتها الستوفية فتدبر واوضح منه ما قال المريض مواضعا هذا القول
عين فلم يضمن وان الفائدة بملك النصف بعد ان ملكهم المالك كلها وانكان النصف اكثر مواجوه المثل الخ
ما ذكرنا اولا قوله ولو قال العامل فيهما كذا ورجع الى المناسب لغير المسئلة ان يقال لو قال العامل
بعد النض بحث زائدا على راس المال وجميع المؤتمر كذا ثم رجع لم يقبل سواء جعلنا ملك العامل عند القسمة او
عند ظهور الربح كما هو راي المصنف عفي عنه انما لو قال ذلك بعد ظهور الربح فان قلنا بان العامل لا يملك شيئا
من الربح شيئا لم يكن قوله رجع اقرارا بشيء لاعترافه بان المال كله للمالك حتى فهو اخبار محض حتى لو رجع بعد النض
او لبس قوله سابقا ربحت شهادة بان الربح سبب ملكه الربح بين النض بل لو جزم به الاسفل ولم يكن اقرارا كما
اما لو قلنا بان العامل يملك الحصة بظهور الربح فلا يخفى ان قوله ربحت دعوى منه بملكه الحصة واما اعترافه
بملك المالك فليس اعترافا اذ لا نزاع في تملك المال كله قبل ظهور الربح وتملك الربح هنا راجع الى تملك متعلقه
اعني المال الذي لا كلام في تملك المالك له قبل ارتفاع القيمة وبعدها بل لو لم يرجع اقرار منه بانه لا يملك
في ذلك شيئا فهو اعتراف ينفي ما ادعاه اولا وهو اولى بالقبول ولعل المقاطلق العبارة لوضوح المطلب وان
كان مراده ما ذكرنا واما التعبير بالزيادة المذكورة فلا مكان المناقشة في افادة وجب بظاهرها المعنى المذكور
لاحتمال ان يراد ان المال بعد النض زاد على النقد المذكور المدفوع في الجملة وهذا لا يفيد اقرارا بالزيادة عليه
وعلى المؤتمن كلها فاذا ادعى ظهور هذا الاحتمال وحصول الاجمال بين المعنيين لم يمكن الحكم بكون تلك الغبطة
مجردة اقرارا مطلقا ولعل المقصود انه لو حصل الاقرار من العامل لم يسمع انكاره بعد ان قضى القضاة قوله

وكذا عدم سماع الانكار بعد الاقرار الخ ليس هنا قاعدتان مستقلتان وانما الاطلاق مبني الاقرار فاضر لعدم سماع الانكار معه وقوله الشامل الخ عن صفاء نضد قاعدة سماع الامين في كل ما يدعيه بعد عدم بيان هذا العذر منها حتى كل بائع لا يسمع خصوم نضد بن الامين على المالك فيما يخالف الاصل كالتلف والتعرف وفعل الموكل ليس مثلا تمام بل ان الامين لا ينضمن البدل الضمان في مثل التعرف والتلف اذا قضاء الاصل العدم في المثال الثالث لا يسمع ليس في هذا التعميم بعد تسليم ما بنضد لها قاعدة مقبولة الاقرار على المفرط فان قبول اقرار الامين في الخ ليس من باب نضد بن قبول الامين من حيث كونه امينا بل من باب قبول الاقرار على المفرط فاذا اقر الامين هنا بالزيادة ثم انكرها لم يسمع انكاره لاطلاق ما تقدم الاقرار لا لاطلاق سماع قول الامين فان ما ذكرنا من الاصل قرينة الامين ليس فيه نضد بن على المالك تغيير قوله لم تخالف الامانة فليس المناط في المقام الا الاطلاق بعد الاقرار وهو ايضا عموما قوله بل النضد بن اما لو ربح الخ قوله يمكن ربح الخ يمكن نضد بن ان امكان الربح ليس شيئا عينيا تظهر بما ذكرناه في قوله بل نضد بقال نعم ما نحن فيه من تقديم احد قولي الامين على الاخر ليس من قبيل الاقرار على المفرط لان الاقرار انما يسمع في شيء لا ينشأ في التحرير وقد اجاد الشهيد في انتصاره على دليل نضد الاقرار في اتمام المطلب قوله والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ولا يتوقف على وجوده ناضا الخ المراد من ظهور الربح انما هو على الشعراني زيادة قيمة المال عن قدر راس المال سواء كانت ناشئة عن نماء من المال بركالو اشترى العرض بعشرة فصار قيمته اثني عشر ثم زادت بعد ذلك او معاوضة له كالو اشترى بدينار فصار قيمته الصوفية كذا بنقود سواء كان العرض المفروض هو الذي اشترى بالنقد المدفوع او بدله او بدلا عن بدله وهكذا فانه يحصل الغرض والدليل على ذلك العامل الحصة المشروطة له قبل النض انما هو ما دل من النصوص على ان الربح بينهما على ما شرط بعد ان صدق اسم الربح حقيقة على ما حرر في علوم العربية وزيادة قيمته على راس المال وطريق ذلك اللغة والعرف اذ ليس لفظ الربح حقيقة شرعية ولا اضافة فلا ينبغي الريب في صدق حقيقة ذلك صدقا فالى ان اللغويين ضربوه بالفضل والزيادة وهما اعم من الفضل والزيادة من حيث الكمية او من حيث الاعتبار كالنض فان قولنا زاد الماء وزاد السعر بهما حقيقة وكذا زاد جاه فلان على فلان ونض ربح فاذا كان مال المالك يسوي درهما مثلا فزاد فصار يسوي عشرة فربح المالك في ماله او فضل ماله اليوم فيما كان عليه سابقا وانما احتج به على المطلوب مما عدى هذا النض كالمسالك وغيرها فلا يخرج من نظر لانها جميعا موقوفة على صحة الوجه المذكور منها الاحتجاج بجواز المطالبة بالقسمة فكان ايجابا او الاقضاء اول الكلام ومنها ان الربح مملوك على الاشتراك وليس غير العامل شريكا فيه ايجابا فيكون هو المالك وفيه ان الكلام في صدق الربح قبل النض فان تم فلا اشكال في الشركة بينهما فيه بعد البناء على ان عقد المضاربة موثرا شرعا التملك بما اشترط فيه وبطلان ما ذهب اليه المفيد ايضا من بطلانه وتوجه اجرة المثل ومنها ان المالك يضمن للعامل حصته بالتلف كالاجنبي الذي يغصبها وفيه ان هذا انما يسلم بعد اثبات تملك الحصة المزبورة للعامل حتى وان الربح المشترك صار نضا فانكان

الضمان اجماعا والا فعلى اول الكلام نعم الاجماع على الضمان وعلى استحقاق المسألة بالقسمة على نقد يسلم
يدل على الشركة في عين المال عند هلاك المستدل بدل على الاجماع منهم على صيرورة اسم الربح حينئذ للاجماع
على عدم الاشتراك حينئذ لا ربح حقيقة في باب المضاربة هذا ويمكن الاحتجاج على ذلك بعد فرض الشك في
صدق اسم الربح حينئذ لغة وعرفا بالنقض الدال على انفساخ في العامل اذا اشترى بماله وسلامة القول
الباقي بتسليمه لذلك وتقريره ان الاجماع حاصل على عدم الانفساخ في المشهور في ملك الغريم بالكيل
ونحوه وهو مشترك ذلك لا يوجب شرعا كما اذا فرض ان العامل لا يملك من العبد شيئا مع فرض زيادة ثمنه عن رأس المال
وقد اشترى بالوكالة عن المالك كما هو المفروض لزم الانفساخ على الاجنبي قهرا وهو خلاف الاجماع وح فيكون النقض
الدال على ذلك دالا على ان ملك العامل يصدر من ابيح فيتفق عليه وهذا انما يمكن حيث يكون على التسوية
حقيقة للاجماع على ان العامل لا يشارك حيث لا ربح فيسلم المطلوب واما ما احتمله شيخنا من كفاية عدم ملك
المالك بدعوى ان ملك ان يملك عند النض فلا يخرج عن ان يكون انفساخا على الاجنبي الذي هو خلاف
الاجماع هذا واستغرب شيخنا وقال ان العامل انما يملك الحصة عند النض بعد حمله النض على ما ذكر وان تسلمنا صدق
اسم الربح حقيقة مجردا على التسوية وزيادة القيمة قال لان مجرد ذلك غير قابل للملك اذ ليس هو بعين ولا بد
في الذمة حتى يصح وصفه بالملك والشركة وانما هو امر وهمي صرف وانما القابل للملك والشركة الربح بعد النض
لا قبله ان لم يقم الاجماع على خلافه وبتكمل او كابانه فانه حكم بان الزوجة انما ترث من العقار وغيره قيمتها وانها لا
ترث في اعيانها شيئا وكما يبان الارث يملك ظهري فاذا امكن تعلقه بالقيمة مجردة عن العين امكن القول
بمثله في المقام فان القيمة في المقامين بمعنى واحد اللهم الا ان يمنع كونها وارثة لزوجها حقيقة وانها تملك في
وريثة القيمة من غير ان تكون وارثة من زوجها عينا ولا قيمة وهذا خلاف ظاهرهم وثانيا اذا دل النض بظاهره على
الشركة في القيمة او تملكها وامتنع ذلك لكونه امرا وهميا لزم ان يكون المراد بالشركة في المفهوم على تسليم القيمة كالية
الانقضاء اذ استباع ارادة المعنى الحقيقي قرينة على ارادة غيره فلو لم يسلم ذلك فلا ينبغي الفرق بين المقامين مع
انه اعترف بامكان قيام الاجماع على الشركة في نفس الربح قبل النض وسلمنا ذلك وهو كما ترى فان الاجماع لا يجعل
غير المعقول معقولا فان اراد انه يضطر الى دعوى الشركة في عين المقوم الذي هو محل فيمكن ظاهر النض بعد
اقتضاء ارادة ظاهره كما وقع لشيخنا فيرد عليه هذا وقد ورد على هذا امور الاول انه لو ملك العامل حصته من الربح
مجردا على التسوية لزم ان يكون الخسران العارض بعده بحيث ينسب الى جميع المال عليهما مع انفاقهم على خلافه وان
العامل بعد وضع الخسران لا يملك شيئا الثاني ان المضاربة كالهبة التي لا يستحق المحابي له شيئا الا بعد
تمام العمل وظاهر ان مجرد ظهور الربح ليس هو منتهى عمل المضارب فان المضاربة بانية بعده فطفا ما تم بحصل الصنع
او انتهاء ما وكل فيه ان كانت مفيدة الثالث ان اللازم على تقدير الشركة ان يملك العامل ربح الربح وهم لا يلتزمون
به والجواب عن الاول المنع مما ذكر بل لانه يكون الخسران عليهما بالنض الى الربح خاصة لانه الذي اقتضاه العقد

فان قلت فالازم حينئذ استقرار ملكه بنماء الربح الرابح الى ملكه جزء من العين ولو بعد الخسران قلت في الجواب عنه وجهان الاول ما ذكرنا من ان العقد انما اقتضى تملك الحصة من الربح عملا بمقتضى استقراره الى حين القسمة فيكون الشرط في تملك الحصة حين الظهور كونه رابحا مستمر البقاء على هذا الاسم الى حين القسمة فلو عرض الخسران بعد الربح انكشف عدم تملك العامل شيئا لان المالك انما شرط على بعضه تملك العامل ما يصدق عليه اسم الربح وحال الخسران ليس بزيادة في المال حتى يتملك العامل حصة منها وبهذا يملكها العامل حال الخسران وبه كشفان ما صدق عليه اسم الربح قبل الخسران غير مملوك من اول الامر لان معناه اشتراط ان يبقى اسم الربح عند القسمة الثاني ان نقول ان الربح قبل الخسران وان كان مملوكا لكنه تلف بالخسران لانتفاء موضوع الربح عنده وهذا معنى قولهم ان الربح وقاية لرأس المال فانهم يعنون ان مالا يبقى ربحا وزيادة على رأس المال لا يملك العامل منه شيئا بحسب اقتضاء ذات العقد عن تعبير حاجة الى اجماع يدل عليه او بعض بمقتضيه ليس المراد بكون الربح وقاية انه مملوك تزلزل او لم يزل حتى يتوجه ما ذكره بعض المحققين من ان المراد بكون الربح وقاية انه متزلزل طبعا باعتبار انه انما يملك من حيث كونه زيادة لا مطلقا فاذا انتفت الزيادة فلا مملوك بخلاف ذوات الملك في محل الخسار فان الزوال حينئذ للملك لا للمملوك وهذا اولى واسلم وان كان مرجعه الى دعوى كون الملك للربح ما دام موجودا مستقرا غاية الامر عروض التلف له بالخسران وهذا لا ينافي الاستقرار فان كل مملوك على وجه الاستقرار معرض للتلف وليس هذا تزلزلا في الملك بل في المملوك بخلاف الوجه الاول فان التزلزل فيه باعتبار كونه مترقبا لحصول الكمال عنده وعدم نظير وصفهم البيع الفضولي بالتزلزل باعتبار كونه مرجا لحصول الاجازة الكاشفة عن الانتقاء من اول الامر وعدمها الكاشف عن عدم ذلك لكنه قد يشكل بما قد نر للظاهر الناص الدال على تملك العامل فعلا حصته من ابتداء ان كانت الحصة من الربح موجودا فلم يمكن ترتيب العتق والحكم بالانعتاق فعلا ويمكن الجواب عن ذلك بان حكم الشارع بالعتق فعلا مع فرض ان تملك العامل الحصة متزلزلا بالمعنى المذكور يدل على احد وجوه ثلاثة امتناع رد النص المذكور الاول ان يكون مبنيا على وجوب التقويم على العامل حينئذ فيستقر ملكه الحصة فيترتب عليه العتق الثاني ان يكون مبنيا على انفساخ العقد فقهرا يترتب عليه العتق نظير حكم الشارع ببقاء وكالة الوكيل الغائب المعزول وان لم يعلم العزل الثالث ان يكون الشارع نزل احتمال ما لكنه العامل منزلة الثابت المحقق في ترتب الاثر فان تنزيل الشارع المحتمل منزلة المحقق اكثر من ان يحصى بيانا والعتق مبني على التغليب والتغليب فيه رجيا وعن الثاني ان المناط في توقف الملك في الجملة على حصول العمل كما في العبد مثلا ان ذلك مقتض بعقدها والامر في المضاربة كذلك لان عقدها اقتضى شرائط كون الحصة للعامل عند ظهور الربح الحاصل بعد تقليب المال فيكون حصول الربح هو السبب في التملك بحسب اقتضاء العقد ولا ينافي ذلك بقاء كونه مضاربا وماذونا في تجديد تقليب المال على جهة الوكالة نعم يبقى الثاني وهو ان زيادة الربح الى ان يتقوم المال كالا ينافي ذلك بقاء كونه مبنيا على المال بل الانفساخ ان المضاربة برجوعه استمر ربحه وان كان الحصة

كتاب المضاربة

في غير باب المضاربة ليست باستئمار بزيتم فلا تستلزم كون المجعول له أمينا على المال فان قول القائل من ردّ عبدك فله كذا يدل على الاذن له في بعثه وانه اما تنزل عنده الى نحو من الرد بحيث لا يضمنه الا بتعد او تفريط وعلى اي ان اراد ان لرب المال حصة العامل لا يملك العامل بمجرد الظهور حتى مع القسمة والقسمة فهذا غير مسلم وان اراد انه لا يملك ربح ما يخص حصة المالك من الربح فهذا غير منافٍ للمدعى لان العامل انما يملك حصته من الربح خاصة فلا يدخل في ذلك ربح حصة غيره من الربح وهذا واضح وان اراد ان الربح كله قبل القسمة لو نزل بقدره بعد اخرى فالعامل لا يملك الا نصف الزيادة الاولى حسب دون نصف الزيادة الثانية وما بعدها فمن الواضح بطلانه والظاهر انه اراد ان اللازم بعد البناء على الشركة في الربح بمجرد الظهور ان تكون حصة العامل من الربح الاول راس مال له فيكون العامل والمالك لكل منهما مال مستقل فيختص كل واحد منهما بربح ماله فلو كان الاصل عشرة مثلا ثم ربح مثلها فنصف الربح بينهما اثلاثا يكون القسمة بينهما في الربح الثاني ارباعا وبعان منهما الاصل للمالك وربعان هما الربح بينهما نصفان فيكون ثلاثة للمالك والرابع ربح مال العامل الذي جعل راس مال له وهكذا وبدونه اولا انه اذا اعتبرت القسمة على هذا الوجه وفرض جعل الحصة الاولى من الربح الاول بمنزلة راس المال للعامل لزم خروج المضاربة عن كونه مضاربة بعد حصول الحصة الاولى له وفرض كونها راس مال له اذ هما حينئذ شريكان على احدهما بالمال المشترك باذن صاحبه من غير شرط له فيكون في الحقيقة بضاعة وان جعلت ح مضاربة اخرج الى مضاربة ثانية عن المضاربة الاولى التي فرضت على النصف من الربح وبقاء المضاربة الاولى وفاسدة فتامل فان المورد يدعي ان الاتفاق على بقاء المضاربة الاولى على صورتها يدل على عدم شركتهما بظهور الربح الا لخرج المضاربة عن كونه مضاربة بما عرفت من كون حصة العامل من الربح بمنزلة الاصل من مال المالك فمن نفع المضاربة بربح وفيه انه لا يمنع ان تكون الشركة انما اقتضت ملكية العامل حصته من الربح على انها جعل عن عمله وح فلا تكون بمنزلة الاصل فان الذي اقتضاه العقد ان كلما يتجدد من الربح يملك العامل نصفه جعلا وليس الملوك جعلا بمنزلة المملوك اصلا وقد بينوا هم ان اللازم ان يكون نصف الربح الثاني للعامل على وجه الاصالة وانه يملك نصفا من حصة المالك من الربح فيلزم ان تزيد حصة العامل في ربح الثاني وما بعده وعلى هذا عمل ولو ان العامل لو ملك العامل حصته بظهور الربح لملك ويجدد من حين اذ كون الحصة ملكا على وجه الجعل لا على وجه الاصل يمنع من ان يملك الزيادة لان الغرض ان الشرط التضعيف في كلما يتجدد من الربح فتكون حصة العامل كلها مملوكة له جعلا لا اصلا مع ان فرض جعلها اصلا بحيث يقتضيان تسبب ذلك حصة المالك من الربح تحتاج الى عقد اخر والفرض خلافه ونظير المقام ما لو اشتركا في ثمرة نخلة مثلا على التضعيف فان كلما يتجدد منها يكون بينهما نصفان فالاصل هنا بمنزلة النخلة للمالك والربح بالعامل بلغ بمنزلة الثمرة بينهما نصفان كمن نام فلت وثانيا ان نقول ان كون الربح ربحا لربح غير معقول لان الربح زيادة في مال المال وصيرورة القسمة لبسها فيه وكاصير حتى تتحقق زيادتها ربحا لها فالربح كلما ربح للاصل المدفوع الى العامل سواء زاد نصفا او تدريجا فكما ان

الزيادة الدخيلة لا بسبب اعدادها الى ان تختمر من الربح وجعلها كالمكتسبة فالاسبب اقبل منها الى المتقدم منه بل بسبب الكل
الى الاصل فتتصف بمقتضى العقد وهو طلب الربح حتى يحضر العامل بها فتدر بحيلا واضعف منها اصل ان معنى
المورد والزيادة بعد الزيادة ربحا للربح فالعامل يملك منها وان سقط فاذا بطلت الزيادة من بدل القرض
الذي هو عوض مال الكلام فيما قبل القبض فالعامل يملك نصفه فقط فاذا اراد ان يفسخ فله ان تكون حصة العامل كما
قال المالك فان لها حصة في بينهما فظاهر ان الصفة لا يختص تلك بل يعم قطعا واعلم ان ما قلنا من بطلان
قول المحققين في باب الزكوة وبعض المحشين الثاني وصاحب المدارك بل قال فوق ظاهر وهو غريب وكيف كان ظهر
مما ذكرنا من الاقوال في المسئلة قول رابع كما في المسالك والمدارك وغيرهما كالا يخفى وقد ظهر مما ذكرنا بطلان القولين الاخيرين هذا واللازم على ما اخترناه ان يفسد العامل في بعض العروض
او غيره قبل الفسخ وبعد فاهي الربح وجعلي الوكالة والامانة فيما نحن فيه الشركة في الربح اما على القولين الاخيرين فظاهر
الاقتصار على فسخ الوكالة واعلم ان الذي يرفع المضاربة امور الاول تلف المال كله او موت احدهما ولكن يبقى
الشركة هنا مع ظهور الربح الثاني حصول فايدة العقد ان كان معينا كقوله ضاربتك بهذا المال الى سنة مثلا
او الى ان ينض او الى ان يربح مثلا وان لم ينض والشركة هنا بالنسبة فلو نزل السعر بحيث ذهب الربح كله ولم تبق الشركة
واختص المال بالمالك وكذا لو نزل السعر مع موت احدهما الثالث الفسخ سواء كان مقيدا بغاية ام لا وحكمه كما في
الرابع القسمة وذلك كما اذا اخذ العامل منضا فكان الباقي كله للمالك واحتاج التقليب الى شرط الخيار للاشتراك
وامكان من جنسه كالنصف مثلا كان راس المال هنا خيره فيما قبل القسمة الزيادة امر عليه هذا ان كانت القسمة بعد
النضوج بحيث كانت احد الامرين اما لو كانت القسمة بالعرض فالمضاربة بحالها بل القسمة والمال الحاصل لا يصح به
المضاربة على المشهور لكونه عروضا وابقاؤه فان طلب المالك القسمة ظاهرا عرفا واراد الفسخ فلو نزل السعر والحال هذه كان
ملك العامل على ما يقتضيه مستقرا لزوال الاشتراك بسبب القسمة الصحيحة فلا يرجع حتى يذهب بدهاب الربح ولا دليل
على تزلزل ملك المقبوض بعد القسمة الصحيحة ولا على ضمانه اياه للمالك المقاسم لو اتلفه وكالقسمة في جميع ذلك
بيع العامل حصته على المالك او غيره فان دعوى انكشاف بطلان البيع بنزول السعر بعد الذهاب للربح حتى لو كان
بعد قبض البايع والزام البايع برد الثمن الى المشتري ممنوع لدعوى تملك البايع الحصة بالظهور تملكا جديدا
نعم لا باس بدعوى كون تلف الربح حينئذ على المشتري والمالك ولو اقتسم المشتري مع المالك قبل نزول السعر كان
كابتياع العامل حصة في استقرار الملك على المقبوض بعد القسمة اما لو نض المال واجحافا زائدا على راس المال استقر
بينهما اشتراكا مستقرا بمعنى انه لا يضر نزول سعر بدله بعد النض فلا يزول سعر الثمن ضرورة استقرار كون الزائد
ربحا على المتقدير بن نعم لو تلف الزائد على راس المال كان التلف عليهما نزول السعر حيث كان عروضا في الحقيقة
بالربح وكون راس المال جميعا للمالك لكونه فايدة له على ما تقدم ومع التسليم فظاهر نزول الاشتراك هنا الا
بالقسمة ولا فرق في استقرار الشركة هنا بالمعنى المذكور بين ان ينض المال كله او بعضه فيقدر راس المال خاصة

فان الباقي لا يزول الاشتراك فيه بنزول المستحق ان كان عروضا وانما يزول بالقسمة ومع عدمها فصل بقضاء القاضي او بالتراضي مع حصول راس المال مطلقا او بشرط حصول الربح واستقرار الشركة ولا مطلقا وجوه او وسطها او وسطها وجوه وجزم بها اخيرها في آخر للاول دعوى انصراف العقد الى ان الاذن في التقليب منتهية الى حصول راس المال ناضا ووجه الثاني دعوى انصرافه الى ان منتهيها الى حصوله كذلك رابحا ووجه الثالث مع ذلك كله وهو وجه بعيد في المقام شيء لم اجد من تعرض له وهو انه لو دفع المالك دراهم وكانت على قيمتها معتبرة فاشترى بها سلعة ثم ظهر الربح فيها ثم زادت قيمة تلك الدراهم المدفوعة بعد ذلك فهل زيادة تخطيء بزيادة العروض او تزيد عليها فهل تكون زيادة قيمة الدراهم بعد الاستبدال بها اما فقط من كون زيادة قيمة السلعة وجاوزت قيمة رأس المال بارتفاع الشركة في بيع السلعة لتلف وكونه في الحقيقة هنا كنزول سعر نفس السلعة ام لا وجهان ومرجع ذلك الى ان المراد من راس المال في الباب الذي اشترط المالك للعامل الشركة فيما يزيد عليه هل هو العين المدفوعة باعتبار قيمتها حال الدفع او باعتبار قيمتها عند فسخ العقد او باعتبار عددها محضا مع قطع النظر عن القيمتين معا فعلى الثالث لو نزلت قيمة الدراهم مثلا الى نصف قيمتها السابقة وكان قد اشترى بها قبل نزولها سلعة لزم ان يكون الربح في السلعة حاصلا بمجرد نزولها وان لم يزد سعرها في نفسها وهو كما ترى وعلى الثاني يلزم ان تكون زيادة العين المدفوعة عزيلة للربح الحاصل في السلعة وما حضرني له فان استوفا فلا ربح ولا خسران وان زاد سعر العين كان خسرانا وعلى الاول يلزم ان يكون الربح والوجهان يقال لا ينبغي الاشكال في انه لو صرح المالك في ارادة الشركة فيما يزيد عن قيمة المدفوع حال الدفع كان العقد صحيحا لعموم ادلة الاشتراط وكان الربح بينهما وان زادت قيمة المدفوع بعد ذلك وان صرح بارادة الاشتراك في الزائد على قيمة المدفوع عند الفسخ كان ايضا صحيحا لما ذكرناه والكلام في المجرد عما يدل على احدهما هل يصرف الى ارادة الاول او الثاني وجهان اقربهما الاول وان كان الثاني لا يخلو من وجه ثم ليس العامل امينا فلا يضمن اي المراد من وجه التفريع من قوله فلا يضمن اي ان يد الامين مطلقا خارجة عن قضاء القرآن الثابت بعموم على اليد ما اخذت ما دام لم يخرج عنها بقضاء الاستيمان من ذلك المفرط والمتعدي فان خرج عنه احدهما دخل في عموم على اليد ويرد لا يلزم من الحصر في قولهم الامين لا يضمن الا بالتعدي والتفريط واتفاقهم على انه يضمن حيث يباشر الاتلاف عمدا او اشتباها او لغير شرعي كان الحيثية ملحوظة في كل من القاعدتين اعني قاعدة يد الامين وقاعدة الاتلاف فتخصص من عموم كثير وان لم يثبت ما ادعي من قولهم خصوصا من وجه فليس التعارض بين ما دل على ضمان الامين اذا هلك وبين ما دل على المتضمين بالاتلاف الخصوص والعموم من وجه حتى يرجع عند الاتلاف بغير تعد وتفريط الى اصالة البراءة بعد اختلاف الحيثية في كل منهما بل هذا نظير ما يتوهم من التعارض بين قولهم الناس مسلطون على اموالهم وقولهم لا ضرر ولا ضرار حيث اجاز بعضهم لمن اراد ان يحفر بئرا في داره عند اساس جاره ذلك مع افتضاء اثر الاضرار ويرد فلا يتوهم ان المراد من قولهم الامين لا يضمن الا بالتعدي او التفريط

ما دام امينا لا يمين عليه على الاصح وهذا واضح **قوله** من غير فرق عندنا اه قلت سبأتي الرد بعد خلاف
المشهور في المبسوطة بكون التلف بأمر ظاهر ولم يكن ظاهرا فيه فالزم المودع بالظاهر البينة والمقام اولى منه
بالخلاف في ذلك **قوله** وهل يقبل في الرد فيه نزد اه محل الكلام مما ان ادعى العامل بل الامين الرد ملا عدى
المودع حيث اتفقوا فيه على القبول وان اختلفوا في لزوم اليمين عليه ولم يكن المالك متهما عليه الخيانة وان انكر
على وجه التهمة والتهمة فانه لا اشكال هنا في ان المالك هو المدعي والامين هو المنكر والرد المذكور في عبارته
انما هو صورة الانكار لا على هذا الوجه انما مع اعترافه باتتمانه المذكور مع احتمال الاتتمان والخيانة سواء كان
المالك جاهلا بعدم الرد او لا فوجه الترديد في ذلك ان يدا مأمونا لا تستتبع الضمان حيث لا خيانة ولذا لو
كان غاصبا فادعى الرد حبس ليدفع اما الامين او البدل ولو عن المجهول لو كان كاذبا وحيث ان دعوى الرد هنا
ليس اعترافا بالخيانة ويمين المنكر لا يثبتها بل غايته بقاؤها كما يشهد به الاستصحاب وهذا بمجرده لا يكفي في تجويز حبسه ان
الحبس قبل ثبوت الخيانة ظلم وقد قال تعالى ولا عدوان الا على الظالمين سواء احتمل اتتمانه او اعترف المالك به
بالاتتمان ولا يلزم ذلك سماع دعواه الرد اذ لا اثر لانكار منكره وبهذا التقريب يلزم خروج المقام عن عموم قوله
ع البينة على المدعي واليمين على من انكر وبابه هذا المعنى بعينه هو الموجب لقبول دعوى الودعي الرد فلا يتجه الفرق
بينهما بعد اتحاد المناط فان قلت وجوب الرد حق للمالك كاداء الدين فلا يبان دعوى المديون الاداء
لا تسمع وان اعترف الغريم له بالاتتمان وعدم التعمد ظلما بين الغريم هنا فانزلة منزلة العلم لعدم الاداء و
هذا الدار وهو الدفع مما في يده وانكان في الواقع فقد دفع قبل ذلك اما المقام حيث ان الدعوى تعلقت بالرد
الشخص الذي لا يستتبع عليه غرامة ولو مع الاتتمان الاعلى تقدير خاص اعني الخيانة التي لم تثبت بوجه ومع
تسليم بين المنكر في مقام الرد لا تفيد في مقام العمل شيئا من حبس ولا غرامة بل غايته المقام ان ينتظر ارتفاع
اتتمانه هذا واعترافه بالخيانة وابطه فتدبر في باب الوديعة النص على قبول قول المودعي وانكان غير ثقة بحيث
يشمل دعوى التلف ودعوى الرد كما اصرح على قبول قوله فيهما بل فيه انه لا يمين عليه وح فلقائل ان يقول
ان المودعي لغة لا يختص بالمودع القابل للمستعير والمستأجر ونحوهما بل يشمل الامين مطلقا فيتم المطلوب وهذا
وجه ما اختاره الشيخ عن قبول قول العامل في دعوى الرد واقامة البينة عليه وان استظهر المصنف خلافه فليس الا دعوى دخول
المقام في عموم قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر وقد عرفت منعه فليتدبر ويتفلح من الناقل في عدم
قبول قول مدعي الرد هنا الشامل في قبله بالنظر الى سائر الامناء كالمستعير والمستأجر والمسترهن وغيرهم من الامناء
من طرف الشارع لا المالك كما ان المودع والمستأجر والراهن وغيرهم ممن بيده ليست موجبة للضمان شرعا الا
التفاط في الكل بل يقدح من ذلك الناقل في توجه الدعوى على من انكر الايداع وان اثبت البينة بعد ان
اعترف المدعي بان انكاره المنكر لم يكن عن خيانة وتقريره في ذلك فانه لو اثبت الايداع والخيانة معا وان انكار
عن تأمين فلا كلام انما الناقل في صورة التجرد من ذلك كما هو المفروض في المسئلة السابقة ووجه الناقل ان

القضاء انما شرع دفعا لضعف حوائجه لانصاف المظلوم ورد الظلامة الى اهلها وذلك موقوف على ان يكون للقضاء جبر يلزم القاضي المحكوم عليه بموجب الموازين قوله فلو اقتسما فخسرت العامل الخ يشكل لزوم الرد بانه مر على ان تملك العامل الحصة بعد الظهور او بعد النض موقوف على تبين عدم عروض الخسران بعد ذلك ما داموا على المضاربة وبه يفرق بينه وبين تملك المبيع بالعقد الفضولي حيث يكون موقوفا على تبين الاجازة فيما بعد بناء على انكشاف ان هذا المعنى غير ثابت في الباب بل ظاهرهم الاتفاق على غلبة التملك وتنجزها بالظهور او بالنض وادنى ذلك ان يكون عروض الخسران بعد القسمة التي ذكر من المصنف الحكم بصحتها وتميز المشترك بها ان يكون عروض الخسران حينئذ بمنزلة عروض لم يحصل ربح اصلا وكونه مغلقا براس المال الذي هو لربين يضمنون على العامل واما قبلها فالعقد الوقاية بالربح فغايته تعلق الخسران بخصوص الربح ما دام مشتركا على جهة الاشاعة اما دعوى اقتضاء العقد ذلك حتى بعد التميز بمعنى ان العقد دل على ان المالك ملك العامل لا على وجه الاشاعة بحيث يكون كالشراء للخيار في عقد البيع فالانصاف خلافه مع ان ظاهرهم ان ما اخذه العامل بالقسمة يرجع فهرا الى المالك وعلى هذا لا يكون مما اشترطه المالك على العامل في العقد بل يكون على هذا احكاما من الاحكام الشرعية التي قررها الشارع فالقاهر عليها كالقاهر على فساخ العقد بتلف المبيع قبل القبض على احد الوجوه المقررة هناك وهذا كما لا يخفى يحتاج الى تامل واضح من بعض واجاع والاول معلوم الانتفاء والثاني عهدته على مدعيه نعم لا ينكر الوقاية التي يقتضيها العقد من تعلق الخسران بالربح ما دامت الشركة ثم براس المال وعلى هذا فلا يتم ما تقدم من ان العامل لو طلب القسمة لم يجبر المالك بل ايما طلبها اجبر صاحبه لغلبة الشركة وانتفاء الضرر بل تقدم منهم كما صرح به في المسالك دعوى الاجماع على ان للعامل المطالبة بالقسمة بظهور الربح حتى جعلوا ذلك دليلا على غلبة الشركة بمجرد الظهور فدعواه هنا المراعاة والتوقف على عدم عروض خسران فيما بعد كما يخلو من تدافع ممن اضاربه

كتاب الوديعة

ويتلوه كتاب الوديعة

قوله في المتن اذا انكر الوديعة او اعترف وادعى التلف او الرد ولا بينة فالقول قوله اقول اما قبول قوله مع انكاره الابداع فواضح لكونه منكرا وليس بايين فيلزمه اليمين من غير شبهة وان امكن الاكتفاء بالبينة عنها في بعض الصور كما لو ادعى انه ورد عرق يوم الجمعة مثلا واقام البينة على انه كان هو او صاحبه غائبا لعموم قولهم الاشياء كلها على هذا حتى يعلم او تقوم على ذلك البينة وليست البينة هنا على نفس النفي حتى يقال ان قواعد البينة على المدعي انما هي على من انكر يمنع من قبولها الا ان التفصيل قاطع للشركة وانما هي لاثبات شيء يلزم الانتفاء واما لو اعترف او ادعى التلف فغير معقول امكان الاول ان يدعي التلف مع دعوى المالك عليه الخيانة بعدها وتفريط الثاني ان يدعي ذلك من غير ان يدعي المالك الخيانة او يعترف بعدها اما المقام الاول اعني صورة دعوى المالك عليه الخيانة بعدها وتفريط فلا ريب في سماع دعواه عليه بها وقبول بينته عليه فيها ومع انتفائها فالظاهر انه لا كلام لهم في توجه اليمين على المودع بانكاره لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر فانهم لم يستثنوا المودع بانكاره من هذه الكلية و

واما تحرير هذه المسئلة هنا بانه لو ادعى المودع على المالك انه اودعه فانكره ثم لو رجع المدعى فادعى التلف او الرد والكرة
المالك لا فى دعوى الخيانة وعدمها اذا انكرها المودع فهو الذى خالف فيه الصنف فى قوله ومن وافقه حيث قبلوا
قوله من غير يمين بل هو الظاهر من سوق الفقرة المروى فى المقنع وغيره وعلى هذا فلو ردت اليمين على المالك فيحلف مع عدم
واما المقام الثانى فالذى يظهر من كثير منهم ان المدعى اذا رفع فى التلف وعدمه مع علم دعوى الخيانة بل ومع
الاعتراف بعدمها صار فالمودع هو المدعى والمالك هو المنكر وح فالبينة على المودع واليمين على المالك وان
حيث لا يبنى له اكتفى منه باليمين وان لم يرد ها المالك عليه واضح لهم بالحصر المفهوم من قوله ص انما اقضى بينكم
بالبينات والايمان وهو انما يتم على تقدير الاجماع على عدم طلب اليمين من المالك حيث لا يبنى مع انه يشكل
قوله البينة على المدعى واليمين على من انكر بفصل قاطع للشركة ومن الجائز قبول قول المدعى هنا من غير بينة ولا
يمين اما البينة فلانتفائها بالفرض واما اليمين فلانه مدع واليمين على من انكر وسنعطف هنا عن المالك بتأتى
الاجماع وكان للشك فى دعوى الاجماع نظر لعلهم فى القواعد نصد بطر لكن لقائل ان يقول ان المتيقن المعتبر
الذى ادعاه الصدوق فى المقنع حيث قال انما حلفت اسانيد هذا الكتاب كلها فى رد بينة عن المدعى وعينها
الثقات فاضى بفساد بطر ان لم يكن نقل من غير يمين ولكن فى بعض المنصوص لم احد نقلا ان كان غير ثقة الا ان يرتبط
باعراض الكل عنه ويمكن ان يدعى ان المنصوص فى الباب ناظر الى خصوص ما اتهم بالكذب من غير جزم عن المالك
فتدبر ويرد جواز تحليف المتهم والتعليل بانه لعله يعترف وهذه اليمين ليست يمين فصل اذ لو نكل المتهم
الجزم جاز له اقامة البينة ولم تذهب اليمين بعد الجزم اذ ذلك انما هو فى اليمين الفاصلة لا المحاول بطلبها
الاقرار هذا والمحقق ان دعوى كون المودع فى صورة دعواه التلف مدعيا محل تامل فانه لا يدعى على المالك
شيئا ولا يدعى هو انه اسقط ما كان عليه للمالك كما فى صورة دعوى الرد ولا يدعى على المالك بانه
حقه عنه كما لو ادعى ابراء المالك من الدين او اخذ الوديعة فانه انما يكون مدعيا بمثل هذه الوجوه واما دعوى
التلف من غير تفريط او تعد فمتى كذبه دعوى تلف بعض اموال المودع من غيرها فى امانة لا يجعله مدعيا على المالك
شيئا بل قوله تلفت من غير تفريط او تعد كابراء عن انى لم افعل ما يوجب الضمان فتح بتوجه عليه اليمين الفاصلة
ان كان الدعوى على المقام الاول وبين انها ان كان على المقام الثانى فى غير صورة الاعتراف بعدم الخيانة
وعلى هذا فلا يلزم اليمين على التلف فقط بل يكفى اليمين على نفى التعدى والتفريط وان كان ذكره غير مفيد
هذا كله فى دعوى التلف واما فى دعوى الرد فالانصاف انه وان كان مدعيا انه اسقط حق المالك من الرد
الا ان دعوى الرد ليس عنوانا منه انه رفع سبب الضمان فيها بتعد او تفريط الذى لا تضمن الوديعة بغيره بتبانه
فاذا فرضنا انه لا يدعى عليه تعديا ولا تفريطا فمنه لا يدعى عليه خيانة فيها بجحود ولا غيره فلا يصح الزامه بالرد
والحال هذه فان رد العين انما يمكن حيث توجد وتفقد على وجه ما واستصحاب وجودها والقدرة عليها
بل استصحاب وجوب الرد عليه لا يثبت عروض نقله على الخيانة فيها او التعدى فيها بما شاء او تسبيب كما ان استصحاب

فلذة المكلف على استدامة في الوقت واستصحاب تذكره بل استصحابا وجوبها عليه كما ثبت فسقط مع خروج
الوقت والعلم بعدم ضلوح فيشكل تغريم البدل الا ان يقال ثبت تعرض ما يوجبه من سبب الضمان ولو على ندر
وجوب العين بحيث يكون البدل لكان الحيلولة لان بدل الحيلولة انما يثبت حيث يثبت وجوب التسليم كان البدل يثبت
نفس العين الذي تعلق بها وجوب الرد فان ذلك الاستصحاب المذكور يوجب على الحاكم حبسه حتى يعلم التلف بجهل
الباس فيظن للسان ان يريد من الجهل بلاده وابقائه فهو تجهيل عفو يتم لثبت موجبها وان اريد من التفتيش والبحث
عن العين من غير اضرار به فسلا يجدي بدعوى ان ذلك وظيفة الحاكم بما نظر على ايصال الحقوق الى اهلها فلم وجه
فان عش على ما ذكر عزم والا فلا اذا تقرر ذلك فمقول الا فرق في دعوى التلف والرد بين ان يكون بعد تعد
او المالك او ظلما او المناط في ذلك كله عدم ثبوت موجب الضمان بل لا فرق في ذلك كله بين الوديعة والعارية
غير هنا ان الامانات الشرعية والمالكية حيث لا تكون مضمونة هل يفرق بين دعوى التلف فالرد على المالك وبين
دعوى ها على الوارث حتى لو ادعى على الوارث التلف حال حيوة المورث والرد عليه يلزم هنا البينة لانه مدع على
غير من ائتمنه فلا يلزم بعد ما فيه خالف الاصل كما صرح به شيخنا فذكر بها المسالك وشكل بوجيه ان المناط
الذي ذكرناه جار في المقامين كما لا يخفى على من تدبر مضافا الى شمول الخبر السابق المروي في المقنع فتدبر جيدا
فان انتقاله الى الوارث لا يخرجه عن كونه موديعا نائما ولكنه امين شرعا فتطابقا فتدبر جيدا

كتاب الاجارة

قوله في الشرح ثم قال سئل عليه بخبر ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن ع الخ اقول الظاهر بحسب النظر
القاصر ان السؤال عن ان هذه الاجرة المفروضة المضبوط بيعها هل تصح بحيث جميع ما ذكر فيها على ضبطها او يفسخ
بموت المؤجر فيكون للوارث لورثتها بعقد اجرة بما كانت المؤجرة بعد حيوته ان كان صحيحا او كان لم ينفسخ من
المناجر وح فظاهر قوله ع في الجواب نكان لها وقت معلوم بيلغ او لم يصل ان نزدها للبناء للفاعل او لم يصل
المؤجر ان نزدها بالبناء للمفعول فلورثتها تلك الاجارة اي ان الاجرة جميعا لهم بمعنى ان لهم ما فضل ان كان وجد
وعالم تتيسر فيكون هذه الفقرة بهذا التقريب ظاهرة في صحة العقد بالنظر الى جميع المدة وان المناجر المؤجر
المتوفى جميعا اي حتى ما ناخر عن موته الموجر بالعوض المقرر على المضبوط المقرر من قوله ع فان لم يبلغ ذلك الثمن
وبلغت ثلثه او نصفه او شيئا منه فعلى ورثتها بعدد ما بلغت من ذلك الوقت الى آخره الظاهر منه بمقتضى المناسبة
للفقرة الاولى انها اذا ماتت في بعض المدة كما هو المفروض من اول السؤال فالمؤجر من حيث مات الى آخر المدة
يكون ارثا واما عوض ما مضى له جميع الموت فلا عالم الحكم منه بكونه موروثا للعدم معلومية بقاءه خاليا مع انه يحتمل
لو كان موجودا في عوض الفقرات السابقة وليس المراد انه يورث عوض ما مضى من المدة الى زمن الموت خاصة على
تقدير وجوده اذ هذه الفقرة لا تصلح لتفسيرها لاطلاق الفقرة الاولى اذ على هذا يكون قوله ع ولا لورثتها
تلك الاجارة اي بعضها على تقدير الوجود والمناسب ما مضى فتدبر فيكون المراد من الجواب بكلا تقرير الحكم

بصحة الإجارة بجميع المدة وانها غير منقضية ولا منفسخة بموت الموجر فهو تقرير من الامام ع على صحة العقد ونفوذه في جميع المدة وملك المستاجر من الموجر المدة بالعوض المقرر كما هو مذهب المتاخرين حتى لو قلنا ان الاصل مع المنفسخين ذا كان الاقوى خلافه بقي شئ وهو انها انما تدل على ان الاجارة لا تنفسخ بموت الموجر واما عدم الانفساخ بموت المستاجر فلا دلالة فيها عليه بنفي ولا اثبات فان قلنا ان الاصل مع المنفسخين لزم الحكم بالانفساخ بموت المستاجر ايضا كما هو ظاهر الشيخ في النهاية وغيره فيما حكي وان قلنا بان مذهب المتاخرين على الاصل ثم المطلوب في هذا المقام ان يكون بعد الاقوال في المسئلة ما حكي في التذكرة عن بعضهم من القول ببطلانها بموت الموجر دون المستاجر لخفاء الفرق والاصل معا ومن الغريب تامل جماعة في دلالتها على ما ذكرناه بل استظهار بعضهم دلالتها على البطلان بموت الموجر مع ان المناسب لو كان الغرض ذلك ان يقال بتبطل الاجارة بالموت مرددون حاجة الى هذا التفصيل والتطويل في الجواب قوله في المتن اذا اجر عبده ثم اعتقه صح العتق الخ اقول اقتصر العلامة رة في التذكرة على حكاية الاتفاق على الحكم الاول مشعرا بعدم معلومية الخلاف فيه في المقام الثاني وافرد بحكاية الاتفاق عليهما معا مع تصريحه باختلاف اصحابنا في انه هل للعبد الرجوع على مولاه باجرة المثل بالنظر الى ما بعد العتق من زمن الاجارة بل حكى القول بالرجوع عن جماعة من اصحابنا واستخبر بان القول بصحة الاجارة بالنظر الى جميع المدة حتى ما بعد زمان العتق لا يجامع القول بالرجوع باجرة زمان العتق لوضوح ان معنى صحة الاجارة بالمعنى المذكور صحة نقل تلك المنفعة جميعا الى المستاجر الموقوف على تملكها اياها جميعا وتملك العوض الذي بذله المستاجر بدلا عنها حيث نقلها اليه فلا يتناسب وجه للرجوع على السيد بل كلا على المستاجر بدل ولا على احدهما بخصوصه كما مر بيانه وان لم يحل شئ من ذلك على احد فان صحة العقد لا يجامع الرجوع باي وجه فرض كما هو واضح وح فلا بد ان يكون غرض القائل بالرجوع انه بصحة العتق وفسخ الاجارة بالنظر الى ما قبل زمان العتق خاصة لا بالنظر اليه والى ما بعده فان اراد شيخنا ان دعوى الاتفاق دعواه على هذا المعنى فهو مسلم الا انه خلاف ظاهره او صريحه الا ترى ان القائل بالبطلان يحتج بان منفعة الحر لا تملك فيرجع العبد بعوضها على من سبب استيفائها منه من غير حق وهو السيد ولا يقول بالبطلان بالنظر الى جميع زمان الاجارة فان هذا المعنى لا قائل به منا قطعا والحاصل ان بطلان الاجارة هنا في الجملة محقق لا يمكن انكاره نعم يرد عليه سؤال الفرق بين بيع العبد المستاجر وعتقه بعد البناء على صحة الاجارة في جميع زمانها اي حتى في ما بعد زمان البيع فيقال للاول ايضا تصح اجارة العبد الذي اعتق في اثناء المدة بالنظر الى جميع المدة وح يمكن ان يقال اولا لو صح هذا السؤال واضع الفرق لم يكن ذلك موجبا لدعوى انه قائل بالصحة في جميع المدة مع قوله بالرجوع الذي هو الرجوع ببدل ما يملك الذي هو معنى بطلان تملك السيد اولا ذمرة وثانيا انه يمكن توهم الفرق بين المقامين بان يقال لما كان عقد الاجارة وعقد البيع وجبا تلقي المستاجر والمشتري عن المالك الواحد ما كان مسلطا عليه فتح اجماع تسلطهما على ذلك العين على حسب ما سلطهما عليها مالكها فيكون البايع قد سلط المشتري على عين كان قد سلط غيره على الانتفاع بها مدة معينة فكان تملكهما جميعا وتسلطهما مستمرا عاما بالاعتبارين وهذا بخلاف

ترتب العتق على الاجارة فان المؤجر انما يملك التسلط على منزله عليه سلطان ما دام كذلك فاذا فرض زوال الملك عن جميع اجزاء العبد بالعتق المستوجب له جميعا الحكوم بصحته كذلك اجماعا كشف ذلك عن عدم تاثير عقد الاجارة في جميع المدة اي بالنسبة الى ما بعد العتق **قوله** في المتن ولو اجر الوصي صبيا مدة بعلم بلوغه فيها بطلت في المبقى ومحت في المحتمل ولو اتفق البلوغ فيه اول ظاهر الفرق بين المدة المبقى فيها البلوغ من اول الامر وبين المدة التي لم يبق فيها البلوغ من اول الامر ولكن مجرد العلم بوقوعها في اثنائها في ان الثابت بمجرده فيها ان للصبي الفسخ دون الاولى وهذا يشكل بانه ان اريد من ذلك ان للصبي رد العقد له امضائه بحيث يكون كوصي متقاولا بالنظر الى زمان البلوغ الذي كان مجهولا بناء على صحة الاجارة في نحو المقام وانه لا يجوز في صحتها وتاثيرها ان تكون واقعة من ممكنا ايقاع العقد حال وقوعه السابق فهذا يوجب عدم الفرق بين هذه وبين سابقتها كما هو واضح وان اراد ان للصبي خيار الفسخ لا بمعنى رد العقد وامضائه بل بمعنى انه له خيار فسخ العقد الذي هو لولا الفسخ لكان صحيحا بالنظر الى فان البلوغ الذي لم يكن معلوما من اول الامر فيكون العقد حين لم يعلم به الصبي حتى انقضت المدة المذكورة صحيحا محضا مستقرا مجهلا ان الوجه الاول فان العقد الفضولي لو لم يجز ولو لعدم العلم به يكون باطلا فيكون خيار الفسخ له عند نفسها اذا تزوج ابنة اجنبيا عليها بل نظير فسخ عند ابنة اجنبيا بناء على انه فسخ من الجنين فلو لم تعلم حتى ماتت ابنة اجنبيا يكون العقد صحيحا ماثرا للارث وغيره فهذا المعنى من الخيار مع انه لا دليل عليه من نص ولا غيره قطعا مناف لما اجمعوا عليه في باب الحجر من ان سببه انما هو الصغر وانه لا يزول لاحد من اب ولا وصي ولا غيره مع انتفائه بعد فرضه كونه رشيدا في نفس فان البلوغ الواضح مع الرشد وفع موضوع المحجورية وبثبوت الخيار المذكور يتوقف على ولاية الولي بالنظر الى فان البلوغ الذي لم يكن معلوما من اول الامر فيكون العلم بالبلوغ حال العقد شرعا وبناء في كونه غير محجور عليه لا نفس البلوغ والرشد اللذين هذا معنى بثوتهما عليهم من انضاف بعضهم بعد مراجعة كلامهم ولا بد عبر عليهم الا ممتنع وح فالمناسب في تحرير المقام ان يقال لو اجر الوصي صبيا مدة بعلم بلوغه فيها محت بالنظر الى زمان الصغر وبطلت بالنظر الى زمان البلوغ سواء كان معلوما من اول الامر او مجهولا الى ان عرضه في اثناء المدة وهل للصبي امضاء العقد بعد بلوغه ورده وجهان قد تقدم مبناهما في باب الفضولي ولعل المراد من هذه العبارة وان ضربت ثم لا بد في ان البلوغ ما دام مجهولا مستصحب عدمه وحكوم بمحت عقد الولي فيه اما لو بين سبقه فموكشف ان الحدث قبل الصلوة وكشف ان البيع فكان نقل المالك قبل البيع الى غير المشتري وامثال ذلك فتدبر جيدا وح فيكون المراد من قوله وصحت في المحتمل اي ما دام محتملا وان كان لو بين خلافه انكشف فسادها من اول زمان البلوغ المبين بعد الجهل بعروضه ويكون المراد من قوله وبطلت في المبقى اي سواء كان ذلك الزمان المبقى كونه فيه بلوغ مبقيا من اول العقد او عرض العلم به بعد سبق الجهل واحتمال عدمه فيكون قوله وهل للصبي الفسخ الخ ناظرا له كلا مقامي حصول التبقن بالبلوغ على ان يكون المراد من الفسخ رد العقد الفضولي الذي لا اصل

فيه الامضاء والرد فلو لم يفسخ حتى انقضى زمان الاجارة تعين البطلان بالنظر الى زمان البلوغ كله بكلا شعيرة هذا واما ذكره شيخنا زيد من استثناء صورة يوقف مصلحة الصبي فعلا على ضم ما بعد زمان البلوغ فيتبين من اول الامر الى زمان صغره عن محل الكلام ففي غاية المتانة وافقه العالم تمت الاجارة

كتاب الوقف

قوله في المتن ويجوز ان يجعل الواقف النظر لغيره اقول لا ريب في خروج العين الموقوفة على الدوام عن الواقف عينا ومنفعة بشهادة خروجه عن الارث وحكمهم بانه لو شرط الواقف رجوعه اليه بطل الوقف وحكمهم بان منفعة العبد الموقوف على الموقوف عليه لا تنتقل بعد الى الملك وح فالاصل يقتضي عدم صحة جعل النظر لغيره ولا لغيره كان فكما يثبت على العين حبل الوقف انما كانت من حيث كونه مالكا لها فاذا زال الملك زال اثره ولذا لا يصح شرط على ان يكون وليا وناظرا بعد انما الكلام هو المقصد هنا لا وكالة عن الموهوب والموقوف عليه ولم يتوهم متوهم احد من قولهم الناس مسلطون على اموالهم ونحوه بل لو شرط ذلك كان باطلا لكونه مخالفا للكتاب السنة لانحصار اسباب الولاية شرعا في امور معلومة محصورة والشرط لا تشرع شيئا جديدا بل لعل اشتراط ذلك مفسد بناء على فساد العقد بالشرط الفاسد فاتضح بهذا انه لا يمكن الاحتجاج على الحكم في المقام بعموم المؤمنون عند شروطهم ولا بقوله تعالى اوفوا بالعقود ولا بقوله ع الوقوف على حسب ما وقفها اهلها ضرورة ان خروج الوقف عن الملكية يستلزم خروجه عن الولاية بل انتقالها الى غيره فانه لا يملك فضلا الملك مع ابقاء ما كان ثابتا عليه في المقام من المقامات ان ح فيكون المراد من قوله ع على حسب ما وقفها اهلها اي على حسب ما قصدوا من تعميم او تخصيص او ترتيب او تشريك ونحو ذلك اذ الوقف كله من فروع قولهم الناس مسلطون على اموالهم بل هذا الحديث بشعر بجزء جماعة عن المسئلة بخروج المال عنهم بل الفقهاء هنا لا يدعون ان كلا من الواقف ثابتة بالاصل والا لما احتج الى ان يجعلها لنفسه ولكان من يجعله ناظرا او وكيلا عنه يملك عزله وهم لا يلتزمون بذلك ولكان المجعول يملك عزل نفسه ولم ينقل خلاف بل قد اعترفوا الا من شذ بانه لا ولاية له على الوقف لو لم يجعل عليه ناظرا حتى اوردوا على من استصحبها ح مدعيا انه كان مالكا وليا فاذا زال احدهما يبقى الاخر بان الولاية انما كانت من حيث كونه مالكا فاذا زال الملك لم يبق بقائها بل قد اعترف شيخنا في المتن الاتي بما اشرنا اليه وكان ذلك عدم صحة الاعتماد على المسئلة الا بنقل يجبرها الا بالاصول العامة التي احتججنا بها هنا وهو ما ورد في صدور اوقاف الائمة ع كما ورد في وقف مولانا الزهراء ع ووقف مولانا امير المؤمنين ع ووقف مولانا موسى بن جعفر ع وهو احرى مما لا يقبل على نزاهته من ان يسن معصوما كابراهيم واسماعيل وردها في ذلك ووقف مولانا امير المؤمنين ع فراجع والمدرك ما ورد في مسئلة احتباس القبض من صحيحة صفوان عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له ان يحدث في ذلك شيئا فقال ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيما الحديث وفي العسكري ع واما ما سئل عنه عن امر الرجل اذكر يجعل لنا جعلنا ضيعة ونسلمها من ثم يقوم بها ويعمرها ويودي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل لها بعض من

الدخل لما حبسنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الشبعة فيما لا يجوز ذلك لغيره لكن ليس فيها ما ينص على ان لان يجعل بفسر ناظرا الان يفهم ذلك من المحتوى ودليل الخطاب وكيف كان فليس في المنصوص الا توقف ما يدل على شرائط العدالة في الناظر المجعول لكن ليس فيها اطلاق يقتضي اجزاء جعل غير العادل أذلم نقل بذلك فالاصل يقتضي اعتبارها للشك في حجر جعل غير العادل شرعا كما هو احد القولين في المسئلة واشهرهما العدم وكانه لعمكم في اصل المسئلة بالاصول العامة اولدعوى اطلاق المنصوص لكن قد عرفت ما فيه بل اعتبار العدالة هنا اولى منها في الوصي عن الميت لكون الثالث في حكم مال الميت بخلاف الموقوف **قوله** في المتن لان فائدة الملك موجودة بتبعه بشكل بانه لا يمتنع وجود فائدة الملك لشخص مع انتفاء كونه مالكا للعين كما لو اوصى الشخص بمنافع العين كالحمام والدكان الشخص او لنوع ما دامت فان الموصى له لا يملك العين بنفسها حينئذ لعدم الوصية بها بل تبقى على حكم مال الميت مسلوبة المنفعة كما اعترفوا في باب الوصية وح فالاحتجاج بما ذكر لا يتم لكونه احتجاجا بالاعم على الاخص ولا يدل على الخاص وذلك لان العين والمنافع عندهم مملوكان مستقلان يمكن ان يكون مالك احدهما غير مالك الاخر لكن ملكية العين تستتبع شرعا ملكية المنافع والنماء حيث لا تزاحم بخلاف العكس وليست مملوكية العين عبارة عن نفس التسلط على منافعها ولو في الجملة فعلا او لا لامتناع فرض ما ذكروه كثيرا من كون العين مملوكة مسلوبة المنفعة وانما مملوكية العين عبارة عن كونها بحيث من شانها التسلط على منافعها كلا او بعضا لا لمانع ولو عادة كالطير للمشتري مرجوعه عادة ولم يتوهم احد ان امتناع البيع على الموقوف عليه يدل على عدم كونه مالكا كما قد يشعر به كلام المصنف فانه لو دل لدل على عدم كون الواقف ايضا مالكا وانما دليل القول بعدم مالكية المنتفع انه لم يكن مالكا للعين ولا للمنفعة قبل الوقف قطعا ولكن علمنا تملكه للمنفعة بالاجماع بعد الوقف واما العين فلا دليل على تملكه لها بنص ولا اجماع فيبقى على الاصل وحصول فائدة الملك اعني تملك المنافع جميعا اعم من الملك للعين وعدمه وهذا بناء على حجية اصالة العدم في نفسها او حجيتها استصحابا حتى مع الشك في قدح العارض ظاهرا وانما بناء على منع ذلك فالازم التردد بين القولين من غير جزم باحدهما فيرجع في الفروع المبنية على القولين الى ما تقتضيه الاصول فيها واما النماء فهي من جملة المنافع وان كان عينا كثمرة البستان وحمل الدابة وقد عرفت الكلام فيها واما الضمان بالتلف على ضمان نفس العين لانها مال ومنافعها التي تتلف لا بتلفها فالاحتجاج بعلى كون المضمون مالا ومملوكا للادميين مطلقا وانه ليس مما لا يملكه سوى الله مبين وهو ظاهر واما الاحتجاج بعلى كون الموقوف عليه هو المالك للعين دون الواقف كما صنعه شيخنا او بالعكس كما يشكل بان القائل بان الواقف هو المالك انما يقول بكونه مالكا عينا مسلوبة المنافع بالمرة والعين المسلوبة المنافع بالمرة لا تضمن بفسخها لمالكها اذ لا يتمكن لها الان فلا يتم المقسوم انما هو عينا والمنافع المفروض انتفاؤها وابقاء فالمالك لا ضرر عليه بهذا الاتلاف وانما المتضرر به الموقوف عليه باعتبار تلف ما يملكه من المنافع بسبب تلف العين ونظير ذلك وكون المضمون عوض الانتفاع بالعين لا عوضا عن نفس العين ما يضمنه الغاصب بسبب الحيلولة فان المال المغصوب يح بعد على

ملك المالك عينا ومنافع وقد ظهر بهذا كله انه لا اثر لما ذكر في شيء مما ذكر على الحكم على انا لو قلنا ان اللازم ضمان الرقبة
وقفا عن الواقف على حسب ما وقف كما هو الاقرب كان المضمون له في الحقيقة بناء على ما هو الحكمة الواقف العين هو الواقف
والموقوف عليه وانما جواز البيع عند الاختلاف ضلى يتدبر يسلم فتأمل الدلالة ان لهم تملكوا ولو بالبيعة البيع
البيع اذ لا بيع الا في ملك ثم انهم حكموا بجواز بيع المنفرد في الارض الغير عنوه بتبعية الاداء وهذا بعينه في العين الموقوفة
فان انقاء كالبستان لاختصاص الماء بالموقوف عليه فلعل جواز البيع بهما من هذا القبيل وما لم يكن كذلك كالدار
لعل من ابصارهم يجوز بيع خدمة العبد بمعنى جواز التصلح كما مر في باب التجارة والحاصل لم يتضح لنا ما يوجب الجزم بما
الوجه في بناء على تفصيل صاحب العين مسلوبة المنافع وان كان الظن مع المشهور نعم ذهب بعض مشايخنا الطبرستان ظاهر
اصل اللغة ان مادة وقف انما يفيد افراد مالك المالك على امتناع غيره بخاصة ما دامت العين كذا وان تفرع
عنه جعل الامتناع بها بالمنع والحبس عليه الا اثر لا يقتضي خروجها عن تملكها فاسلوبة المنافع وهذا يجرد
يوجب امتناع البيع على الواقف والموقوف عليه معا ضرورة بطلان بيع ما لا ينتفع به وما لا يملك بل الاقتضاء
العام امكان وقف المالك المالك على غيره خاصة والاقتضاء ان المادة بنفسها لا تقتضي الا ان عشر عينها
عينا ابتة بتا بناء على كونه عقدا يبقى على ما اقتضوا على به للاستمرار وامتاد عوى ان الوقف ما يفيد تحبيسا خاصا عن
التصرف في ملك العين بما يكون هو التحبيس المقارن للملك العين كما مر فكانه قال ملكتكها حابسا اياك عن تملكها
وعلى الاول يحبسها ملكا اذ ليس شيء منافيا ملكك ودون خبري فالعين الان محبوسة مرخى الحبس
والامتناع بعد ان كانت ملكا بسبب فلا اقتضاء لتقرره كما هو محتمل عرفا ولو قبل ما مضى عليه الواقف كان
حكمها حكم الموقوف على حسبها ونفيها اصلها ومع الاطلاق يحمل على الاول كان وجيها فان قبل لا يتصور
دلالة تحبيس البيع على كون العين ملكا للموقوف عليه وان اسكن فاويله بما ذكرت قلت كلام في ان تملك الموقوف
عليه منافع العين كتملك الوارث او انه ملك ثم حبس فهري ليس عن تملك ما لك اذ هو انما هو تملك عن تملك او ان
كان فهرا بالنظر الى الطبقات المتاخرة بل ربما النظر الى الاولى ايضا بناء على عدم اشتراط القبول اصلا ومع
فقد بعدم دلالة الصيغة وضعا الغير ولا شرعا على ارادة تملك الواقف نفس العين الموقوف عليه فلا محيص عن
التزام ما ذكرنا من ظاهر على تملكه بعد تسليمه بما ذكرا وغيره واما القول بخروج الملك عن الواقف ورجوعه
الى الله تعالى فان اريد به انه فقد بتملك عن عبده الواقف كان كفرا وان اريد ان العين لا يملكها احد اصلا اذ
ملك الموقوف عليه منافعها اشكل بان منافع العين انما تملك فرعا عن مملوكية اصلها رتبة والدوران اختلف
المالك بان كان مالك الاصل غير مالك المنافع فان المالك لا يملك منافع ما خرج عن ملكه فكيف يملكها
غيره اعني الموقوف عليه وليست المنفعة كاجزاء العين يدخلها الاستثناء فيكون فك الحبس العين عن ملكه
منافيا ملكا لمنافعها خاصة والاصح ان يقال بعتك الدار مثلا على شرط ان لا تسكنني سكناها شهرا كما صح
بعتكها على شرط ان تسكنني اياها شهرا فان قلت فكيف جاز اشتراط خدمة العبد في العتق فاستثناؤها

في التحرير قلنا لو سلمنا ذلك فلا نسلم انحصارها في الاستثناء والاصح تحرير العبد مجردا عن منافعه كما مر في
استثنا بعض الاجزاء في العتق لا يمنع من عتقها لابتنائه على السراية شرعا فتذكر ولو الى حصة الغير فكيف لا يجري الى ما نحن
فيه هذا لو لم يقصدها بالتحرير هذا مع ان هذا القول لا يقتضي اعتبارها من حيث المادة ولا من غيرها ولا نقض مع تخلف
الفصل فيكون ساقطا نعم لو قصر القول بذلك على خصوص الوقف على المجد والمدارس ونحوها من المصالح كان وجها
بناء على اقتضاء الصيغة مادة الخروج عن الملك على وجه التمليك ان امكن وحيث كان ذلك في المصالح لا يمكن ان تكون
ما لكة كان معنى المادة ههنا الخروج عن الملك على وجه قصر صرف منفعة الموقوف على المصلحة خاصة بل ومثله
الوقف على الفقراء او المسلمين بناء على امتناع تملك الجنس من حيث كونه جنسا وبدفعه انه لو لم يملك الموقوف
اصلا حينا ولا منفعة فكيف يستاجر الدكان الموقوف على المصلحة او يباع ثمرة البستان الموقوف عليها ابراء بل
ان يقال على مذهب الحلبي ان الاجارة والبيع انما هي على النيابة عن الواقف فالعين بل المنفعة خرج بمنزلة ما لو نذر
ان لا ينتفع فيه الا بوجه مخصوص كالصدقة مثلا في انه يحجر عليه بالنسبة الى التصرفات بحيث لا ينفذ منه لو وقفها لان
الشارع لم يمضها له كما في المرهون وام الولد ونحوها بل مما يؤيد ذلك ويدل عليه انه لو وقف الدكان مثلا
على مصالح المسجد وقلنا انه يملكه المسلمون فكيف يستاجره احدهم مع ان المستاجر لا بد ان لا يكون مالكا للعين
وانه لو كان مالكا لها فلا بد ان لا يكون مالكا للمنفعة لولا الاجارة الثانية اذ لا بد ان يكون مالك العين غير
مالك المنفعة وبعبارة اخرى لا بد من اختلاف مالك العوضين ولازم ذلك ان لا يصح من مسلم بيعا ممن يصلي في
المسجد والاجماع على خلافه انما لو قلنا بان المالك هو الواقف فيمكن دفع الاشكال بان الناظر ينوي بالاجارة من
المسلم النيابة عن الواقف ويقبض العوض عنه ويصرفها في المصلحة المعينة عنه فيكون الوقف من المالك بمنزلة
ما لو نذر العمل المشار اليه في العين المملوكة له عشرة او نحوها واما على القول المشهور فلا طريق الى دفعه بعد
التامل وكذا على الوجه الثالث اعني خروجه عن ملك الادميين فان اجارة الحاكم الدكان او بيعه ثمرة البستان
ليست من نفسه لكونه اجنبيا وانما هي عن الله فيلزم خروج المنفعة والعين بالاجارة والبيع عن ملك الله تعالى
الله عن ذلك علوا كبيرا ومما يؤيد مذهب الحلبي وان لم يدل عليه انه لا اشكال بتسمية الوقف صدقة جارية في
النص وحكم الشارع ببقاء عمله بسببها نظرا الى دوام نية الناظر او الحاكم النيابة في نفع الموقوف عليه بعد
بعد المنافع والمنتفعين واما الاشكال الاول على القول المشهور بالنظر الى صورة الوقف على الفقراء او المسلمين
او الجهة بانه لا يمكن تمليك كل واحد منهم ولا كل واحد من اهل الجهة جميعا الجميع ولا بعضا ولا بعض
الجنس والجهة استدلالا فيمكن دفعه بان يقال ان انحاء التملك مختلفة في القوة والضعف والاولى ان ظاهر
الاكثر في باب الزكوة ان الفقراء شركاء حقيقة مع مالك النصاب وانها تتعلق بالعين تعلق الشركة وان المالك
مسلط على تعيينها عليهم فقط بل مسلط على دفع البدل عنها مع ان ذلك كله منافٍ لقاعدة الشركة فلا
يمتنع هنا ان يقال ان كلا من الفقراء او من اهل الجهة مالكا للكل ولكن الشارع سلط الواقف على تخصيص

من شاء

من شاء بما شاء وحرمان من شاء وسلطهم على ان يبيعوا البيت ان بدا لهم الثاني اللاحق شاء او ابى فهذا وذاك

قوله المتن ظهر وقف حصته من جديد ثم اعتقدهم بصح العتق اما اولا فتصح المقام ان يقال لا يتبين ان الوقف باطل جعلناه عقدا او ابهاما انما يراد منه بناء التخيير ودوامه ان الشارع قد امضى ذلك الواقف وصححه لكن مع الامضاء والتصحيح عدم تصحيح ما يحدثه الواقف او الموقوف عليه بعد ذلك متابينا فيه من البيع والهبة والرهن والاصداق والتحرير بالكتابة والتدبير او بالصبغة ونحوها من عقد او ابقاع يتوقف على القصد لما قلنا من امضاء ذلك كله لامضاء ما وقع اولا ولزومه وكذا كل ما اخر وقع بعد متقدم مبني على اللزوم كالرهن بعد البيع والوقف بعد الرهن ونحوه وهذا واضح انما الاشكال في ان الامضاء المزبور هل يلزم منه عدم ترتب الاسباب القهرية التي قررها الشارح ولم يعتبر في مؤنتها القصد كالانفاق بالعمى والتكسب والافتراء ونماء الارض والاستيلاد فنقول ان عموم ادلة الاسباب المذكورة ونحوها قاض بانتقاض الوقف عند عروضها وعموم امضاء الموقوف قاض بعدم تاثيرها في خصوص الموقوف فيتعارضان تعارض العموم من وجه فيرجع حينئذ الى الاصل من عدم التاثير واستصحاب بقاء الملك او الى التخيير حيث لا ترجيح بينهما بالعمل وجها ان قواهما الثاني وذلك لان ادلة الامضاء واللزوم هنا ليست الا ادلة الامضاء في غير المقام كالبيع والرهن وغيرهما والانصاف انها ناظرة الى افادة بقاء العين مملوكة للمشتري او مرهونة الى ان ملكه او امنا بدلة للمملوكية وما دام المشتري والمرتهن قابلا لذلك وانه ليس للمشتري ولا للراهن مثلا التصرف بما ينافي ما عليه الوقف فهما بالنسبة فيها دلالة على ان العين لا تخرج شرعا عن قابلية ذلك فعلا ولا على المشتري والمرتهن مثلا لا يخرج عن قابلية تسلطهما عليها شرعا بوجه فظهر لك الاوجه ان لم يتوهم احد فرقا في باب البيع او الرهن المنافي بين قوله تعالى اوفوا بالعقود وبين قوله اذا اعتق العبد عتق فان العتق يخرج العين عن قابلية التملك والارتهان ولا بين ذلك وبين قوله بملك الحر بعد ماله بالاستيلاء وعليه لو حفر المشتري الذمي الارض فاستخرج كنزا فانه يجوز للبائع انتزاعه وما لا فلا يمنع البائع منه بقوله تعالى اوفوا بالعقود وبدل على ذلك قوله من الفقه ما دون الدرهم فهو له فان البائع وغيره في ذلك سواء ضرورة انتفاء المنافي في ذلك كله وعدم التعارض الموجب للترجيح والرجوع الى الاصول او التخيير مع انتفاء المرجح فالحاصل العوارض التي من قبل المامور بالوفاء الخاصة به بالعدد عما سبق يمنع تاثيرها دون ما عداها حتى الانفاق في وجه قريب نظرا الى ما عرفت من ان ثبوت عموم تاثيرها غير صالح لثبوت عموم وجوب الوفاء فان عروض الانفاق سبب المحو والافناء او نماء الغريب او عتق الشريك ونحوها بمنزلة عروض الموت الموقوف عليه فان قلت مقتضى هذا ينبغي ان يبطل الوقف بثبوت الموقوف عليه بناء على انتقال الملك اليه فيكون ارثا لكون الارث من العوارض القهرية قلت اولا الارث الشرعي انما يثبت بالاملاك الطلقة اعني ما لم يسبق بشيء آخر له تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين ان لا يمنع الاجتناء بالوقف ولا ابقاء الدين فيه لما قلنا فان ذلك للامر بالوفاء بالوقف فيما من النوع الاول وثانيا لو سلمنا عموم ادلة الارث لكن لما كان

الوقف المسمى والمتعارف الموجب بنفسه الوقوف على حسب ما وقفها اهلها واما مصارفه الترتيب الاولى طبقا
وسهما فلا يخفى ان يقول الواقف وقفت هذا على ولدي ثم من بعدهم على حسب الميراث طبقات وسهاما مادام فلا
الوقف بعد ضوح طريقها في غير هذه الصورة تكون اخص منه من عمومها الارث مع ان في خصوص الوقف ما
يدل على ان الارث لا يدخله قوله المتن وهو اشارة الى ان من اتلف الاجنبي العين الموقوفة سواء كانت عبدا
او دابة او كانا ما مثلا عمدا او خطاء فالاصل تعلق الضمان كما في الملك المطلق لعموم قوله على اليد ما اخذت
ومن عند عليلم رجزاء سيئة سيئة مثلها وغير ذلك انما الاشكال في كيفية ضمانه وانه هل يضمنه بالملك
للمضمون له فيضمن المثلي بمثله والقيمي بقيمته كما لو اتلف غيره من الاملاك الطلقة او يكون عليه رجاع ما كان بحسب
على ما كان الامكان فقول الاضافي الذي تقتضيه ادلة الضمان هو الثاني وهو المناسب لما ذكره المصنف في باب
الغصب من الاصل ضمان القيمي بمثله محافظة على الخصوصيات مهما امكن ووجهان كما يأتي الضمير عن القيمي انما
يثبت بالاجماع والضرورة الامر الاول الطلقة واما في غيرها كالرهن والوقف فالذي تقتضيه ادلة الضمان ان
تدارك كل شيء بالنظر الى كل مورد لا يبعد ان من اتلف الرهن فراساء الى الراهن والمرهن معا فيضمن
الراهن بمثله او بقيمته طلقا فان رجع المرهن فلا يمكن ان يكون البدل رهنا فهرا لان العقد انما تعلق بالعين
التالفة لا بدلها حال كونه رهنا ولا عينا فلا بد من رده من المتلف البدل على دين الرهن ثم دفعه الى الراهن
وفاء ولان يدفعه الى الراهن وفاء ثم يرهن عنده على دين المرتهن هذا ان لم نقل بانه العقد على بدلها تنزيلا
العين من حيث المالية لا من حيث الخصوصية فيكون البدل رهنا عقدا بجعل الراهن كالرهن فهرا بجعل الشارع
كما استقربناه في باب الرهن وان كان لا يخلو من نظر واما الوقف فان جعلناه ملكا للموقوف عليه فلا يأتي
فيه ان يكون البدل رهنا بجعل الواقف بدعوى ان الوقف تعلق بالعين باعتبار المالية لا باعتبار الخصوصية
لان انتقال العين منه منع من تأثير الايجاب في وقفية بدلها الذي ليس له وقفنا بمثله في الرهن بخلاف في الرهن
وجعل الشارع البدل وقفا لا دليل عليه فمن هنا جزم المصنف ومن تبعه بكون البدل طلقا للموقوف عليه وكل
ما ذكرناه من ضمن طلقا لم تشتغل ذمة الموقوف عليه كما مر في ان البدل في باب الضمان بدل عن نفس العين المتلفة
لا عن منافعها خاصة حتى يكون البدل هنا مطلقا كالمضمون وان كانت انما تضمن باعتبار منافعها ودعوى
ان الضمان في خصوص باب الوقف لخصوص المنافع لا لذاتها باعتبارها تحكم يحتاج الى دليل والمعروف انتفاع
والعين المتلفة ان حكمنا بلزوم بقائها بحيث لو عدم انتفاع الموقوف عليه بها فلو فاتت بملك طلق فان وصف
دوام الانتفاع لم يبق وانما تلف ما يشتمل على الطبقة الثانية لا تلف منافعها حالهم فلو فاتت طلقا لم تلف
بل كان اضرارهم حق عين مستدرك وهو باطل ولو قلنا انا لم نكن نضمن الا حظ ويجوز او ليست ما الكرملا
لم يلزم تداركه غيرها قلنا انا لا نسلم انه لا يضمن الزكاة لو كان الوارث حملا للاجماع على عدم ملكه لها وهو حق
يفصل جيدا واما ما ادعاه شيخنا قدس سره من ان المتلف بالاتلاف العين كانما احضر المنافع الاحضرها فالفها على الطبقة الاولى

فلا حق للاخر فيها فهو كما ترى في غاية الغرابة بل هو مما لا يوثق من مثله بل يمكن ان يقال ان في تلك العبارة مشعرا على
الواقف بوجه حيث انه جعلها صدقة جارية بصلة تواتيها ما دامت باقية بظاهر النصوص فاتلافها ابطال لذلك
وح فالطريق الذي يتدارك به ذلك كله ان يضمن مثل ما اتلفه ولو قيميا على حسبما وقف المبدل عن الواقف
الاول وانه لا يصح وقف القيمة بدلا عن العقار وان صححنا وقف الدراهم والدنانير ضرورة انها لا يتدارك بها
المنافع الخاصة المطلوب بقائها من المبدل وهذا بناء على انتقال الملك الى الموقوف عليهم وبناء منفعة
واضح واما على مذهب الحلبي فكذلك بالاولى واضح وطريق ان يضمن البدل عن الواقف الاول على حسب ما
وقف ولا ثم يملك العين مسلوبة المنافع ان تغفلنا ذلك والى منا بضمان ما لا يملكه والاكتفاء الايقاف عنه بحسب
هذا كله لو اتلفه اجنبي اما لو اتلفه الواقف فالذي يلزم ايضا على ما ذكرناه الضمان على النحو المزبور تداركا لما فات
على حسب الامكان نعم قد يشكل الحال لو اتلفه الموقوف عليه لو كان واحدا لامتناع ان يضمن على نفسه ثم على
من بعده ابتداء ويندفع بامكان ان يضمن على غيره مما لم يوجد الطبقة الثانية فيكون وقفا على غيره معتدا به
المتدارك الوقف على الثانية **قوله** في الشرح قلت قد يقال ان المجهة الفرعية في الاول اه اقول الظاهر بل القطع
بانها اراد صورة ما لو وقف على البنين خاصة او على البنات كذلك وح فيشكل بان اصالة عدم وجود الذكر
في الاول والبنت في الثاني يرفع الاشكال فلا يبقى الفرعية اذ هي لكل امر مشكل كما انه لو شك في وجود الذكر
في مكان اخر كان منتفيا بالاصل والا لوجب استعمال الفرعية حتى اخمل يجد وارث او زيادة روح فاختصاص
من عدا الحي هو مقتضى الاصل ولا معارض له عند المتدبر فدعوى بشخارة تعارض الاصول هنا محل تامل
قوله في الشرح ولو قال على اولادي فاذا انقرضوا اه اقول تفهم هذه العبارة وجوه ستة الاول دخول الطبقة
الاول من اولاد الاولاد خاصة على الترتيب نظرا الى ظهور عطف الانقراض على الانقراض في الدلالة على الترتيب
وعدم القرينة على ان دخولهم على الترتيب او الشركة والاصل الترتيب

قوله في الشرح لان ذمته مشغولة اه اقول ظاهره ان استقرار الضمان على من تلف العين في يده انما كان لان ذمته مشغولة بالبدل دون ذمم من قبله وان دفع غيره ليس عن اشتغال ذمته به وانما هو قد دفع من قبل نفسه اداء دفع عنه دون فلان او اضمنه عنى يدفع بعدئذ الرجوع وهذا غريب جدا لضرورة ايهتواء الكل في حصول سبب الضمان للبدل واشتغال الذمة به للمالك اعني تمكن من ايصاله عليه وان الامر بالضمان هنا للبدل على الكفاية كتفتش الردة اذ لا يريد الفرع على اصله مع ان لازم عدم اشتغال ذمة الدافع ان لا يصح الرجوع الا مع نية الرجوع وانه لو دفع بدلها امانا لا عتقاده انه الذي استقر التلف في يده او جهله بالغاصب الثاني او لنية عدم الرجوع عليه لم يصح له الرجوع والضرورة على خلافه بل ينبغي ان يسترجع البدل في الفرض الاول وهو كما ترى والتحقيق ان يقال ان السبب في الرجوع عليه انما استقر بيده على العين حتى تلف بسبب عليهم اشتغال ذممهم بالبدل كما سبب على نفسه فلا عليهم ستثنا اشتغال الذمة ثم يرجع عليه بمثلها اما هو فقد اساء الى نفسه الى غيره فيرجع غيره عليه ولا يرجع هو على احد هذا واضح في صورة الغصب من الغاصب اذ للغاصب الاول ان يقول كان غرضي على رد عينها فانت الذي سببت عني ضمان البدل والحاصل بدا الاول علة ناقصة في ضمان البدل والاخير تمم العلة في بعضها ثم بعضا فكانت هي المؤثرة للضمان فلتطالب كما طالب من تلفها في يد الاخير من غير عكس فان استقرار الضمان عليه ليس خاصة له على الاخير فان قلت هذا لا يتم فيما لو تمكن الجميع من رد عينها ما دامت موجودة كما لو استعارها الثاني من الاول والثالث من الثاني حتى تلفت قلت يتم الحكم في مثل ذلك بالاجماع على عدم الفصل ان تم ويتنزل كلامهم عليها لو كانت البدل للاحقة حائلة بين العين وبين السابقة حتى تلفت على هذا فيصح الرجوع من كل سابق على لاحقه اذا اخذ البدل منه عوض الحيلولة وان كانت العين موجودة ولا يصح رجوع الاخير على السابق لما عرفت من المناط فتدبر جيدا ولا تغفل قوله في الشرح وحكاه في الرياض اقول ان اراد مولانا العلامة ان حبس الحر حيث يقطع بانه لو لم يحبس لحصل مقدارا من المال امتنع كونه مستاجرا على عمله في ذلك اليوم الذي حبس فيه فما تلف عليه لا بسببه وكان سببوق عمله عاقرا جدا بحيث يقطع بانه لا يجيء لو لم يحبس فهو في غاية المتانة ضرورة انه يعد حاضرا والحكم بانه لا عوض عليه هنا ضرر من الشارع منفي بالنص وان اراد انه يضمن مع مظنة التحصيل وان قام احتمال التخلف بعد الصدق انه دون عليه عرفا فانحو خلاف ولعل نظر الاصحاب الى ان الحبس من حيث هو حبس لا يوجب الضمان لقيام احتمال تخلية غالبا ولو بعيدا وهو كذلك بل الحق انه لا فرق بين الحر والمملوك في ذلك وان المناط في الضمان فيهما انما هو التفويت المقطوع او الاستيفاء خلافا للشهيدين فاطلقا عدم التضمين في الحر والتضمين في المملوك وتشكل الاول بان اللازم على ذلك عدم ضمان من اعتقل اجير غيره في الفرض المعين وهو كما ترى بل لازم عدم ضمان من اعتقل اجيره في المعين بناء على ان الاجرة انما تملك في مقابلة العمل الخارجي بنفسه لا بحر الممكن منه اذ لا يمكن دعوى اقتضاء العقد تملك الاجرة مطلقا ضرورة انتقاضه بما لو بان عجزه عن العمل مع ان الظاهر ان تملكها منا فان لكونه معاوضة ودعوى ان المستند في استقرار الاجرة هنا ليس

الا الاجماع

الا الاجماع ثبت بالوهم اما وجه المنازعة من حيث ان تفويت الشخص على استفراد الاجرة لزم بمقتضى المقابلة ان يكون تفويته العمل على غيره مقتضيا لضمان الاجرة المثل كما ان الشان في الاعيان كذلك اداء وغرامة ويشكل الثاني بان المنفعة الفائتة في المملوك كالحمل مثلا كالمنفعة الفائتة في الحر في كونها امرا عدميا لا موجودا لعدم الفرق بينهما بالقضية في الاول دون الثاني مع استوائهما في الاضرار بل العلة في الثاني اقوى لتعلق الاضرار به بلا واسطة بخلاف الاول فانه متعلق باعيان وتفويت منفعة مملوكة مع استوائهما في مقابلة الموجود منهما بالمال لا استوائهما في الاحترام فرق بين وادى واما ما قيل من ان الحر لا يدخل تحت اليد فما نعرف تفويت تحت يده فكلام مجمل او مغالطة لان ان اريد انه لا يملك باليد كما يملك المال بالحيازة اذ لا يضمن بالتلف السماوي بمجرد قبضه والاستيلاء عليه فيكون المراد انه لا يدخل تحت حكم اليد المقررة لها حيث تتعلق بالمال فمسلم ولا يلزم من ان تكون منفعته غير مملوكة لاحد حتى لصاحبها الا ترى انه يوجر نفسه ويصالح عن عمله وكما ان تكون غير مضمونة اصلا حتى بسبب الاضرار بصاحبها بتفويت المال عليه بسبب حبسه عنها الا ترى ان الحر الذي لا يملكه احد حتى نفسه وكما يضمن بجرد اليد بالتلف السماوي قد يضمن بالاضرار مباشرة او تسبيبا وان اريد انه لا يدخل تحت اليد شيء فهو خلاف الضرورة ولو سلم لم يلزم ما ذكر لما عرفت واما قياس منافع الحر على ما به فاغرب شيء فان حبس الحر لا يقتضي سلب اختياره عن اعماله التي هي اشبه بخلاف اعماله التي فرض حبسه عنها واضراره تسبيبا وان اريد انها لا تدخل تحت يد الغاصب وان تصرف فيها بان فاده بها ضمر او قبضه من محرمه اشكل بان اللازم عليه عند ضمان من جلس على البساط فطار انما هو بالتفريق وهو كما نرى في الحر وان استاجره لعمل فاعتقاد اوله فرق بين الحرين الاجير الخاص والمطلق فحكم باستقرار الاجرة بمجرد التمكن في الاول وبعدمه في الثاني وسوى بينهما في الاستقرار حيث تكون العين المستاجرة مملوكة وبشكل اطلاق عدم الاستقرار في المطلق بما يشمل ما لو كانت المدة محددة بشهر مثلا او مدودة واعتقل عن العمل في اخر الاوقات فان الحكم بعدم استقرار الاجرة حينئذ حكم بالغاء العقد الصحيح وبطلانه من غير مبطل فان قبل المبطل عدم حصول العمل في الخارج وان كان ذلك بسبب الاعتقال وبعد حصول التمكن من الاجير قلنا فليحكم به في الاجير الخاص وفي مسئلة الغرس فلا معنى للحكم بالاستقرار فيهما فان قبل لم يرد من اطلاق الحكم بعدم الاستقرار في المطلق ما يشمل هذه الصورة كما يشهد به حكمهم بالاستقرار في مسئلة الغرس قلنا هذا مسلم فلم حكمتم في هذه المواضع بالاستقرار فان كان ذلك من حيث ان المستاجر هو الذي فوت على الاجير استحقاق تلك العوض بالعمل بسبب اعتقاله اياه فليطرد ايضا مقتضاه فانهم يقررون بان التفويت على الحر اذا لم يكن ثمة استيفاء لا يوجب الضمين مع ان مسئلة الغرس خارجة من التفويت وان كان من حيث دعوى ان عقد الاجارة انما يقتضي تملك العرض ووجوب التمكين دون التمكين من العمل لا بقيد وجود العمل في الخارج لان ذلك غاية ما يقتضيه قوله تعالى اوفوا بالعقود اذ ذلك غاية مقتضاه فمن استاجر على حمل الغرة مثلا او حمل بقشر الى المنزل فغايته ما عليه بذل نفسه للحمل لا الحمل فيهما

فان قبول المحمول لان يكون مجعولا تبعا من افعال المستاجر لا من افعال الاجير فلا يكون من تكليف الاجير بشيء بل لو
منع من جعل الغير نائبا من جعل نفسه اجيرا لاجير الحمل لانه تصرف في مال الغير من غير رضاه واستقرت الاجرة على
المقدر بها اذ كان الاستيجار على ركوب الدابة استيجارا على المتمكن من ركوبها الاعلى نفس الركوب الخارجي
لذا استقرت الاجرة اذا مضت المدة تماما في المعينة والمطلقة اذا تمكن بحصل وان لم يركب بل رجع فولد
اجرائك دابتي هذه او مطلق في التحقيق الى قوله اجرتك نفسي على ان تركبك دابتي هذه او مطلقة يعلم بهذا كله ان
اصطبل المستاجر ليس كالاثر له في المقام اصلا سواء قلنا بان التفويت موجب للضمان في الحرام لا وانما الاثر
للمتمكن محضا وان المخير هو الحكم بالاستقرار مطلقا لان المتمكن في الاجير المطلق بمنزلة بذل المكلف بالكل للغرم
المطابق لو لم يرض بالغرم في قضائه برائة ذمة الدافع سواء قلنا بانتقاله الى ملك الغريم كما هو الاقوى او
عدمه وقد ان ذلك موجب للتسلط على اخذ العوض في البيع وغيره وفي اثر الملك للتغريم على المتسلط على
اتلاف ذمة غريمه مشغولة نعم لو اصطبل غير المستاجر بين تحجره عن فعل المستاجر عليه فينكشف بطلان العقد
في الاجير الخاص وشبهه اعني مسئلة الفرس بل ينكشف الخلاف مطلقا مع استمراره الاصطبل فتدبر جيدا جدا
ولا تغفل قوله لا يثبت فقها جديدا اه اقول هذا بتكلف محض لا يبقى للبحث عما يقتضيه القواعد الفقهية فان
الاتمام لا يحصل بهذا الكلام فان اراد بذلك دعوى الاجماع فممنوعة بل نمنعه ودونها قوله في شرح الشرائع على
هذا بنى خالي العلامة اه اقول بل هذا غريب من مولانا العلامة ضرورة وضوح الفرق بين المسئلتين اذ لا دخل
في حصول التبين اثناء في الضمان شرعا بالنظر الى كل من الايدي المتعاقبة اعني يد المباشر المتلف باي
نحو فرض فيجب اشتراكهما في الضمان اما التسبيب فانما اشترك الكلام فيهما انما هو حيث لا يكون لاحدهما يد فتح
تكون تسبيبا الاتلاف حال حصول متلف ذي يد منه سببا شرعا في الضمان كنفس الاتلاف من المباشر الذي لا يد له
كلام في كونه سببا شرعا في ضمانه وتوضيح صدق انه اتلف من غير توسع في الاسناد وكون الاسناد اليه حقيقيا
محل شك بل هو اول الكلام والاصل فيما لو شك في كون التكليف كفايا او عينيا على تعين الحكم بالعينية
كما انه لو شك في كونه تخييريا او عينيا في تعين الحكم بالعينية ومن هنا ظهر وجه الفرق بين المسئلتين مع الاكراه
او الغرور حيث حكم المشهور بالاشتراك المكره والمكره والغار والمغرور مع اليد في الضمان وان رجع احدهما
على الاخر باختصاص الضمان بيده نعم في المقام بالمكره والغار نظرا الى ما عليهما في قصد الاعتداء فانه لا كذلك
انما قصد دفع الضرر عن نفسه والمغرور لم يقصد اصلا بفعله اضرارا وجزم بشك لذلك في كون المباشرة
بنفسها سببا شرعا في الضمان لعدم وضوح شمول دليل الضمان لها كما سبجيء بتفصيل القول فيه وانما يحمل
وجوها وح فيحكم بضمان المكره والغار هنا حاسما لمعلومية تمامية التسبيب شرعا في الضمان في حقهما اعني السبب
والشك في تمامية شرط في حق المباشر ومن هنا يعلم انه لا ينبغي ان يجعل المناط في ذلك دعوى الاجماع وانما
العمدة ما اشرنا اليه قوله في المتن ولو ارسل في ملكه اه اقول ظاهره ان لكون التصرف في الملك مع الانتفاء

على قدر الحاجة تأثيرا في عدم الضمان وهو لا يخ اما التسليم دعوى كالة الدليل على اقتضاء الاضرار بالغير في قالة الضمان مطلقا سواء حصل ما يوجب الاضرار بقصد منه الى الفعل او لا بقصد منه اصلا كما لو القته الريح على اناء فانكسر سواء كان تأثيره في الاضرار غالبيا او نادرا كما لو رمى بنواة فاتفق تلف بها بل سواء كان تأثيره فيه قريبا او بعيدا حين كما في التسبيب الذي لم يتعقبه فعل يتم به التأثير من ذي قدرة يمكن الرجوع اليه او لدعوى كالة الدليل على الضمين مع القصد الى الفعل سواء كان اختياريا كقصد العاقل وان كان صبيا او غير اختياري كفعل المجنون والنائم وغير المميز اذا كان الفعل مما يغلب تأثيره او بقال ان غايته ما يقتضيه الدليل انا طة الضمان بالاضرار المقصود اذا كان الفعل مما يغلب تأثيره اياه لا مطلقا كما لو رمى بنواة قاصدا الاذى بها فاتفق تلفه او بقال بانا طة الضمان بما يغلب تأثيره الاضرار سواء قصد به الاضرار او لم يقصد او بقال ان غايته ما يقتضيه الدليل التقييد بالقصد الاختياري مطلقا ولو من غير البالغ فيخرج الثلاثي النائم والساهي مباشرة و تسبيبا او بقال ان غاية التقييد بالقصد والاختيار وغلبة التأثير وضد الاضرار او بقال بدلالة عليه مع ضد الاضرار لا مطلقا سواء قصد مع ذلك عرضا سائغا في نفسه او لا ثم بقال ان الشارع استثنى من عموم ذلك ما لو فعل ما يوجب الاضرار في الغير في ملكه بقدر حاجته نظرا الى قوله فقها الناس مسلطون على اموالهم و نحوه وكيف كان فالتحقيق ان حديث التسليط لا يفيد التخصيص لو سلم العموم باي نحو فرض ضرورة انه انما سيق لافادة جواز تصرف المالك في ملكه من حيث كونه مالكا وانه من هذه الجهة لا يجوز مزاحمته لا مطلقا فلا معارضة بينهما وبين ما يفيد الضمان بوجه اصلا لان بينهما عموما من وجه حتى يرجح احدهما بالشهرة مثلا الا ترى انه لا معارضة بين قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين وبين الحكم بحرمة الوطي اذا كان مضرا بل التحقيق ان دليل الضمين بالمباشرة او التسبيب مشترك وانه ليس هنا مسببان مستقلان بحيث يكون كل منهما مثبت سببية شرعا الدليل بخصه بل الدليل فيهما منحصر في النصوص المزبورة ونحوها من قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والحرمات قصاص والاضافة انما تفيد عموم الضمين على التخيير لا على البدل الظاهر افادتها اياه على النحو الثاني وفي الضمان بما يقصد تأثيره كالنواة تامل والحاصل لا ريب في الضمان مع الاقدام على ما يوجب الضرر من غير مبالاة بتغيير لكن يجب تقييد ذلك بما لو لم يكن المتضرر قادرا على منع ترتب الضرر بعد فعل المقتضي له فلو اجرى الماء في ملكه او في غيره واخبر المتضرر القادر على منع ترتب التأثير في اتلاف ماله فاهمل كان هو المتلف باهماله كما لو القاه في الماء وكان قادرا على استباحة فتركها عمدا لا ذهولا حتى غرق ومما يؤيد ما استظهرناه من النصوص مضافا الى ان الاصل براءة الذمة في غير ما ذكر انه لا ريب عندهم ان الامين لا يضمن الا بالتعدي او التفريط سواء كان قبض الامانة لمصلحة المالك كما في الوديعة او لمصلحة الامين كما في العارية او لمصلحتهما كما في العين المستاجرة والمضاربة وانه لو اتلفها نائما او ساهيا لم يكن متعديا ولا مفرطا مع انه يضمن اجماعا لانه لا منافاة بين قولنا الامين لا يضمن الا

بغداد وتفريط وبين قولنا ان الاتلاف مطلقا موجب الضمان اذا المراد من المقدمة الاولى انه لا يضمن اذا كان
التلف بامر سماوي وبهذا التحرير يتضح ان الوجه الضمان في جميع الفروع التي ذكرها المصنف وشيخنا الله الامادرا
كما لو فتح الباب على مال فسرق على ما قيل فانه لو كان السارق عبدا للمالك تدبر قوله في المتن ويتفرع على السبب
فروع اه اقول لا يخفى ان اللازم على ما اسرد ناه الحكم بالضمان مع عدم امكان المالك الدارك ومع عدم تغليب
السبب مباشرة للاتلاف ومن مثلثة وفي مزاد بها ضامنه كما لو فتح الباب على مال فسرق حر او عبد غير المالك
لو سرق عبد المالك فهو كمن دل عبد الغير على مال سيده فاكله فان قلنا ان السيد لا يملك على ما مر المال
فالضمان على من دله لئلا يضيع المال وان قلنا انه يملك عليه بعد العتق كغيره فلا ضمان على من دله ومن الوجه
الاول يتضح الحكم بالضمان فيما لو نكث العبد عن عبد ما قال فهرب كما فهره العلامة في التذكرة بل يقوى ذلك وان لم يكن
اغلبيا بناء ولا من عادته الا باقا اذا كان من عزمه الهرب لولا العهد بل لا يبعد ذلك وان نجا منى لم يكن ضمن
باعاظم جدا من المالك او من غير الذي نكثه وكان المالك عاجزا عن رده قوله في المتن يجب رد المغصوب
فادام باقيا اه اقول الاولى في وجوب رد مال الغير مطلقا حيث لا يكون لقاء ضرر من الاسترداد بوجه من الوجوه لكنه
مخالف فان الرد الواجب في الامانات الشرعية كثوب طارت الريح مع جهل المالك به لا يزيد على اعلام به وتمكنه
من اخذه ولا يلزم حمله اليه باجرة ولا بدونها قريبا كان او بعيدا بل الظاهر انه الواجب ايضا في الامانات المالكية
كالوديعة والعارية ودعوى عدم صدق التأدية المامور بها في قوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات
الى اهلها بالتمكين التام من طرف القابض مطلقا سيما مع تحرز المالك محل نظرهم فقد يقال بظهور العقد في اقتضائه
التعهد بالدفع اليه زيادة على التمكين كظهوره عندهم البيع في ذلك كما قربنا في وجوب الوفاء به فتأمل فالمغصوب فيجب
حمله الى المالك قريبا كان او بعيدا وعليه اجرة الحمل لان اعاده عنه ظلما منه عنه لا يلزم المالك تحملها ويمكنه
من اخذه فلو لزم الغاصب ثم لو قال رده الى المكان الذي اخذه منه او الى وكيلي فان فرده الى وكيله
او رده الى المالك فتلف بعد ذلك قبل تمكن المالك من اخذه فلو تلف في اثناء الرد ان يغيب ضمنه وان كان قد تمكن من اخذه لانه لم يتم
الرد الواجب عليه والتمكين التام فلو تمكن من اخذه فتركه المالك عن حمله اليه بريئت ذمته منه ولو تلف او غيب
لحصول التأدية الظاهر صدقه بالاقلاع عن الغصب بالوقوف عند امر المالك وتسهيل لو حمله اليه كان افضل
جدا بل الحاصل الواجب على الغاصب اولا انما هو الاقلاع عن الاستمرار على الغصب بتمكين المالك من اخذ
العين والوقوف فيها عند امره او امر وليه من حاكم او وكيل فان لم يمكنه ذلك حمل اليه العين لئلا يستمر الغصب
فلو نهاه عن حملها وكانت في دار الغاصب لزم الغاصب ان يأذن في الدخول اليها لاخذ العين ضرورة وجوب التمكين
التام عليه فان لم يأذن اخذها بامر الحاكم ولم يلزم المالك حينئذ ان يأذن للغاصب في حملها بل لو وجدها مستحقة
في جدار او سفينة لزمه الاذن بالهدم واغراق السفينة بما فيها من امواله لتضمنه ضرورة اقتضاء التمكين
التام الواجب عليه ذلك نعم لا يجوز للمالك النهي عن اخراج ماله من ملك الغاصب ولا الحكم بابقائه ضربة لازم

للمالك محضا

ظلماً محضاً فان فعل ذلك كان اثماً وكان للغاصب التصرف فيه بالاخراج عن ملكه من غير اذن ولم يكن ضامناً له لو تلف وبغيب حال اخراجه لان دفع الظلم ليس بظلم ولا يستتبع الضمان هذا واعلم ان الملك الذي يجب فيه على الغاصب الاعراض عنه بالبراءة كما يجب في الابتداء ليحصل له ذلك الاستيلاء للمالك على ملكه كذلك يجب عليه في الاثناء ليحصل له دوام الاستيلاء والتسلط ضرورة انتهى بالمناط في ذلك فان قوله لا يحل امر الاطلاق فيه بل قوله الناس مسلطون على اموالهم وقوله المغصوب مردود دليل على حرمة الظلم والعدوان من غير فرق وجوب الاقلاع عنه يدل على وجوب اعراض الظالم عن ماله بان يأذن للمظلوم في اخذه لان استهلاك مال الظالم بل لو كان المظلوم طالباً لان يتلف الظالم ماله نفسه ليدفع البه ماله وجب عليه ذلك وحينئذ فتصرف المظلوم في مال الظالم بداعي دفع ظلمه ليس بظلم مطلقاً بل هو دفع للظلم ولا يدخل تحت قوله لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه ولا في قوله الناس مسلطون بالنظر الى المظلوم بحيث يستفاد منها الحرام عليه فانها انما تدل على ان كل احد من حيث هو وطبعه لا يجوز له التصرف في مال الغير لا مطلقاً بل هو على العكس اذ لا ريب في دلالة ذلك على حرمة الحبس ابتداء واستدامة على الظالم اعني الغاصب الذي هو المبتدي بالتسلط على مال غيره ولا ريب انه يحرم دفع الظلم عليه وحبسه عن عموم تسلطه الذي شرع لدفع ظلم صريح وحينئذ فلا يدخل تصرف المظلوم في مال الظالم اذا كان تصرفاً في مال نفسه ومستتبعاً لدفع ظلمه بل الحرام حينئذ يكون مال الغاصب حيث يكون متعدياً عالماً بكون المال لغيره هذا اعيناً ومنفعة حيث ان صاحبه عين الغاصب هو الذي القاه في مال صاحبه مسلط عليه من جميع الوجوه فيكون هو الذي ادخل ضرر تسلط الغير عليه على نفسه ومما يؤيد هذا كله ويدل عليه قوله ع ليس لعرق ظالم حق وهذا لاستلزام خروج مال الظالم عن كونه ملكاً من غير سبب كما دخوله في ملك المظلوم كما قدمنوه وانما هو مجرد تحجير شرعي على المالك بوجه شرعي اذا تقرر هذا فلنا فلو اوصل الغاصب ماله بمال المالك فان امكن نزعه من غير ضرر في مال المالك اصلاً كما لو وضع ابريقه في طشت المالك او على بساطه كان له اخذه من غير اذن المالك بل لو منعه من اخذه كان ظالماً بل يجب على الغاصب اخذه الا ان يأذن له المالك لان ابقائه تصرف من الغاصب مستند الى القائه لا الى اهمال المالك حيث يمكنه ذلك فان لم يمكنه نزعه الا بتضرر في مال المالك فان امره المالك لزمه ذلك وعليه المؤنة كما يلزمه رد المغصوب وهو نقله ولو منعه المالك من دخول داره مثلاً لاخذ ماله كان له ذلك ولم يجز للغاصب الدخول ولم يجب على المالك ان يتولى اخراج مال الغاصب بنفسه ولو استعدى الغاصب عليه الحاكم لم يعده كان العدوان وضع منه على تقصيره في اختياره من المالك بل يجب على الغاصب ان يأذن للمالك في التصرف في ماله وان استلزم تصرفاً في مال الغاصب فان امتنع استعدى عليه الحاكم وحينئذ يلزم الحاكم ان يأذن له في ذلك كله فيكون مال الغاصب حينئذ هدراً الا ترى في الحقيقة هو الذي اتلفه لانه القاه في مكان لا يستطيع شرعاً اخراجه منه فلو بقيت ولم تتلف لم يكن له شيء اصلاً في عدة مطردة ويدل عليها زيادة على ما سبق قوله تعالى ولمن انتصر من بعد ظلمه

قوله ذلك لما عليهم من سبيل كذا بخطه قوله اذا ظلمت فلا تظلم فان ما ذكرناه من عموم تسلط المظلوم على
التصرف فيما للزوان افضى بضرر فانى حال الظالم او كان بضرر فيهما كما لو فرش الغاصب بساطه فوق بساط المالك
او مخزن العدل ومن هنا لو فرش الحصير في المسجد لم يأذن صاحبه بالصلوة عليه صح الصلوة عليه لم يؤثر
منعه شيئا وكذا لو غصب ماء ووضعه في بريقه كان لصاحب الماء استعماله بذلك الا بريق في وضوء وجبره
الى غير ذلك من الفروع الكثيرة نعم ليس له ان يتصرف في مال الغاصب الذي وضعه في ماله بضرر استقلالا بما
كان يتمول او يتوضأ في ماء الغاصب الذي وضعه في حوضه مثلا او يشرب منه بخلاف ما لو اراد ان يملأ حوضه
ثوبا فان الاول من موارد قوله ع اذا ظلمت فلا تظلم وقولهم الغاصب لا يخرج بغصبه عن كون ماله محترما بخلاف
الثاني فلا يخفى ان هذا الحكم اعني عموم تسلط المظلوم على التصرف في ماله لا يختص بالمغصوب الذي اخذ
الغاصب ماله بل الغير شخص ثوبه مثلا في داره من غير اذن لم يجب على صاحب الدار حمل الثوب لو اراده ولم
يجز ولا الاذن له بالدخول لياخذه ولا الامتناع عن شئ من التصرف في داره وان تلف الثوب بسببها
نعم لا يجوز له الاستقلال بالتصرف بنحو كان يلبسه مثلا او ينتفع به فان فعل كان ضامنا واعلم ان ما ذكرنا في
الهدية الذي قررناه ان يكون ضمنا في الخلط او الوضع عالما حين الخلط بان المال المخلوط ضرما لا يجوز
له التصرف فيه فلو فعل ذلك ساهيا او ضمنا معتقدا ان المالين له كان مال الغاصب صح على احتمال يمشي له
لا يجوز للمالك التصرف فيه لا استقلالا ولا تبعا او لم يضع ضمن حين الخلط ظلم يؤاخذ به وهل يجب عليه تمكين
صاحبه من قلع ضمه ليرد ولو باجرة او اذن له بالدخول كل وجهان اجودهما ذلك لان مال الغاصب هنا في حكم مال
الشريك الذي لا يجوز حبسها عن المالك حيث انه لم يتعد بما يوجب الهدة ومما ذكرنا هنا يتضح لك منا شان كثيرة مع
الاصحاب في فروع الباب وفي مسائل النظر الثالث من هذا الكتاب فتدبر جيدا جدا ولا تغفل قوله في المتن ولو تبرع
بعض الورثة بسبب الغصب كان حسنا اقول غاية ما يوجبه حسن ذلك مع ان الاصل براءة الذمة دعوى الغاء
من باب اجتماع السببين الذي لا نسلم اعطاء كل منهما ما قرره شرعا نظير قوله ان اجنبت فاغتسل وان مسست
فاغتسل وقوله وان كان في المبيع عيب فلك الخيار وان كان المبيع حيوانا فلك الخيار سواء زاد مقتضى احدهما
على الاخر ام لا وانما ليس من باب تعارض العمومين من وجه الذي حكمه الرجوع الى الاصل او الى المرجح وعدم التساقط
فالتحرير يشكل في ذلك بان الفارق بين المقامين ان كلا من الدليلين في المقام الاول لا يدل على انتفاء الحكم مع
انتفاء الاخر الا ترى ان قوله ان اجنبت فاغتسل لا يدل على عدم وجوب الغسل مع المس وكذا قوله ان مسست
خلافا لمن ظن دلالته ما اول على سببية التسبب على الخصوص السببية في ذلك السبب كما جزم به صاحب الفوائد بين
وحكم مقام الاول لزوم الجمع بين المسببين والحكم بعدم سقوط احدهما مع سقوط الاخر وعدم كفاية احدهما
عن الاخر الا لنص او اجماع مخرج عن هذه القاعدة ومن الواضح ان قوله ع على اليد ما اخذت يشمل العبد المغصوب
وغيره سواء التفت الغاصب او غيره او تلف بامر سماوي في الدلالة على ضمان تمام القيمة وان قوله في صحيحة

ابن باب لا يجاوز فيه العبد يد الاحرار يشمل العبد المتحق عليه سواء كان تحت يد الجاني بغصب او غيره او لم يكن تحت يد احد فقال يشمل العبد المضمون بالتلف اما وجه ان خصوص السؤال لا يخص الجواب فكيف كان فهنا امران متعارضان بالنظر الى العبد المغصوب فينبغي الرجوع فيه الى الاصل فيحكم بعدم التجاوز عن يد الحر وكما يمكن ترجيح العموم الاول نظرا الى شهرة المتأخرين حيث ذهبوا استنادهم في ذلك الى دعوى غير مسموعة وقد ان المقام ليس من باب تعارض العامين بما هو من باب اجتماع السببين وقد مضى ما الى ما سمعت ان الاظهر على ذلك الحكم بضمان القيمة سواء كان الجاني هو الغاصب او غيره فيما اذا تلف عن يد ضمانه وقيمة الاثر عن يد الحر من حيث الجناية وهو كما ترى فان احدا لم يحتمل المقام ولو تلف ان الامر كذلك الا ان الاجماع على الدخول في الغاصب اضعف من ذلك فلنا ضعفه دعوى بحرية او جبنا الاقتداء فلا تشمع على انه لا بعد ان نقول ان قوله لا يجاوز يقيمة العبد اذا كان بينه وبين قوله على اليد وبحوه العموم من وجه لا ناظرا الى مقام الضمان من حيث خصوص العبد فهو في العرض بالنظر اليها بمنزلة ادلة الضرر وادلة الحرج في كونها حاكمة على سائر الادلة وان كانت النسبة بينها العموم من وجه على انه لا يبعد ان النسبة بينه وبين قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ونحوها من ادلة الضمان العموم والخصوص المطلق فيجب تخصيصها بهما وان ابيت على ابقائها بالنظر اليه قوله على اليد فالامر دائر بين تخصيص الاجماع المراد من ورائه المعارضة العامين من وجه بمنع من تخصيص بأحدهما المعين فيتساقطان بالنظر الى العام الآخر فلنا هذا انما يتم بناء على ابطال الظن الفعلي والمراد من العام اقتباسا على كفاية الظن النوعي به فلا اذ هو عام لم يسلم تخصيصه فيتجه ان يختص بما هو اهم منه هذا لكن الانصاف هذا كله انما يقتضي عدم التخصيص بدلا الا لزوم به بناء على التخيير في العمل بين العامين من وجه مع التساوي لبناء مجال التخيير خلافا لوجه آخر اقتباسا على الاحتياط فالرجوع الى الاصل الاولي في المتن قوله الغاصب بالزيادة دون الجاني اه الوجه اللازم على ذلك انه لو رجع المالك على الغاصب بما دون الزيادة رجع بذلك على الجاني ولو رجع عليه بالجميع لم يرجع الا بما دون الزيادة وليشكل بان التسبيب يقتضي رجوع الغاصب على المتلف في غير المقام ليس الا لتسبيبه الضمان على الغاصب بالاذن في القبض بحيث لولاه لما تلف في الضمان ما لم يتعقبه التلف وهذا بعينه جار في المقام وهو يقتضي عدم رجوع الغاصب بالجميع لو رجع عليه بدون فضلان الوجه الرجوع على الغاصب بتمام الاثر وليس الرجوع على الجاني الا بما دون الزيادة وذلك لا ينافي عدم رجوع الغاصب على الجاني بتمام الاثر او عزم المالك اياه بل لو اسقط المالك الغرامة عنهما بقي الجاني ضامنا دون الزيادة او بعضها ذلك وعزم الغاصب الباقي كان للغاصب الرجوع على الجاني بما عزم المالك وانما ليس للمالك عزم الجاني الزيادة ابتداء لعدم استحقاقه اياها منه شرعا بوجه اصلا بخلاف الغاصب اذا رجع عليه كما مر انه لو لم يرجع عليه فلا تسبيب في المتن قال الشيخ عنق وعليه فبمناه اول هذا مناقض

لما اعترف به هو وغيره فالوجه على ما يستفرق قيمته كقطع الانف والذكر من امة بضمان القيمة ويأخذ العبد
ان لم يدفع اليه السيد بضمن مثله ويبقى العبد على ملك سيده فتم انما اختلفوا فان الجاني او
كان هو الغاصب فهل يثبت للحكمان ام لا وهذا لا اثر له في دفع التناقض كما هو واضح فان قطع الانف او
الذكر يكمل مطلقا والحكم بانتفاء ضمان الحكم بتخيير المالك بين دفعه وامساكه وضمان الحكم بيقائه على
المالك والزام الغاصب بالارش بل النص الدال على التخيير في انف العبد اخص مطلقا مما دل على عموم الانف
بالمثل لو سلمنا عمومه قوله لما في المتن ولو قيل يلزم الغاصب اكثر الامرين الخ اقول بل الوجه انه لا يجب
بالارش المقدر للحر قوله لها جراحات العبد على جراحات الاحرار في المتن فانه يدل على امرين وجوب دفع
المقدر في الحر منسوبا الى القيمة المقدر فيها وانها لا تزيد عن دية الحر وان زاد على الارش وكما يزيد المقدر
ان زاد عليه الارش سواء كان الجاني غاصبا ام لا بل يمكن الاحتجاج عليه بصحيحة ابن رئاب السابقة فانها
تشمل قيمة الابيض كما ان دية الحر تشمل دية الناصب والمغرب مما ذكر من الوجوه السابقة في المسئلة الاولى
قوله في المتن اما لو استغرقت قيمته اولا يخفى ان الزيادة هنا اضعف منها في المسئلتين السابقتين بتبين
ان ظاهر قوله فقضى امير المؤمنين ع انه حكم حكما كليا في الجاني سواء كان غاصبا ام لا قوله في شرح الشرح و
يرجع بما دفعه الا ان يشكل ذلك بان ضمان البدل ان كان من الحيلولة انما استفيد من الادلة العامة الدالة على
اصالة الضمان في البدل من قوله على اليد ما اخذت ونحوه لا من دليل اخر وهي تقتضي بان رجوع الغاصب في
بدله ورجوع البدل الى مالك الغاصب مشروط برجوع العين المغصوبة الى يد المالك وان المالك باق
على تسلطه على البدل ما لم يرجع عينه اليه سواء تلفت قبل وصولها الى يد الغاصب او بعد وصولها اليه
سواء حبسها لياخذ البدل وقلنا بجواز الحبس ام لا وذلك لان خروجه عن اسم الغصب يسبب الحكم بجواز الطلب
لا يوجب خروجه عن اصل الضمان المسبب عن مطلق اليد فان الضمان الغصبي فرد من افراد مطلق الضمان
الحاصل بمطلق اليد ما لم تكن يد بعارية ونحوها اذ ليس الغصب في نفسه ومن حيث هو غصب سببا مستقلا
في الضمان وان كان دليل الضمان فيه اوضح منه في اليد العامة لجريان قوله من عندي عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها وذلك لا يقتضي خروجه بالحبس المحكوم بجوازه عن الضمان
الاول ودخوله في ضمان ثان على ان الغصب قد تحقق ابتداء وهو مقتض لذلك البدل ضمانا ناجزا فحصل
الثاني بمنزلة العين ولما تحصل فلا وجه لرجوع البدل الى الغاصب في ضمانه وقت التلف ضمان جديد بل المتجه
ان المراد من التلف الموجب لضمان المثل او القيمة انما هو التلف على المالك وح فتلفه بعد وصوله الى يد
الغاصب قبل بعض المالك يكشف عن تلفه على المالك من حين الحيلولة غاية الامر ان الغاصب لا يجاب
بغير العين مع تمكنه من ردها بل لا يبعد ان يقال باستقرار تملك البدل لو اخذه مقاصة مع تمكن الغاصب
من رد العين وامتناعه لو تلفت في يده لانه انما اخذ عن العين وقد تلفت عليه تلفا مستمرا استلفها في

بدل الغاصب وحصل جزاء السيئة بالمثل والاصل براءة ذمة الغاصب عن وجوب البدل او خلية المالك براءة ذمة المالك عن وجوب صرف البدل الا لرد او اداء الغاصب واعلم ان ضمان البدل حال الحيلولة لا يختص بالبدل الغاصبية بل يجري في مطلق البدل الصامنة كالمغصوب بالبيع ونحوه على النحو الذي سمعت هذا ولو تلف البدل لم يلزم الغاصب ضمانه الا ان يتلفه الغاصب كالمالك الا ان يرجع عينه اليه وللمالك اخذ قضاصا

قوله في الذي قبل نعم اقول الاصل ان الاصل العدم لكن لا يبعد ان كون الرواية المشار اليها معتبرة الاسناد جدا كما لا يخفى على المتبحر باحوال الرجال فاستضعافها اسنادا ضعيف جدا كيف وقد قال النجاشي السند محمد ابن الحسن الوليد كتب يونس التي يرويها بالروايات كلها صحيحة الا ما يرويه محمد ابن عيسى عنه وطريقنا اليها هنا غير منحصر في ابن عيسى كما يعلم من الفهرست ومع ان ابن نوح ضعفه في اسضعفاته ابن عيسى وقال رأيت اصحابنا ينكرون عليه ذلك ويقولون من مثل محمد ابن عيسى واما دلالتها ففي غاية الوضوح سيما وان دلالتها على ما ينقل بطريقنا الخصوص له ولد وبياع وقوله من حيوان دعلى بعضها الا تقسم وهو الحيوان كذلك وان ما من حيوان يغير المملوك لما دل على شيوعها فيه بالخصوص ونفيها عن الحيوان والحاصل العموم المنصوص فيه على عدم الفرق بين ولده ليس كالعموم المسكوت فيه عن ذلك بل هو اقوى من العموم المؤكد بكل ونحوها مضافا الى كونها معمولا بها عند المشهور من القدماء تحصيلا ونقلا حتى من يعمل باخبار الاحاد منهم ومضافا الى مخالفتها لما هو المعروف من مذهب المخالفين وان كانوا مختلفين والى انها سليمة عن المعارض في مدلولها الكلي وبكيف يحسن طرحها او حملها على التقية اللهم الا مرسل الكليني المزيد عند الكل القدماء واما قضية الاحتضان مما ذكر في الخلاف الى الاكثر وفي التذكرة الى المشهور فلم يبعد واما شهرة المتاخرين فلا يجبر بها سندا فان القدماء ابصر بسند الاخبار وبوجه الصدور فيها مضافا ان الخبر الموافق للاصل الضعيف السند لا يجبر بالشهرة مطلقا فضلا عن مطرودة اذا الاعتماد حينئذ على الاصل لا عليه فالمناقشة من حيث استضعفوا رواية ابن يونس كما صرح به المقداد والعلامة في المختلف وغيرهما كان عليهم البقاء على حكم الاصل دعن الغريب مما اخذ به الشيخ في الخلاف وارتضاه في المختلف من خبر جابر انما جعل رسول الله الشفعة فيما لم يقسم وقال اذا وقعت الحدود فلا شفعة وهو كما ترى فان الحصر فيه ليس محكيا عن النبي صلى الله عليه وآله فان الراوي انما حكى الحكم من اجتهاد نفسه وهو نفي الشفعة وكان مستندها بقوله ما حكاه سلمنا لكنه ليس له دلالة الا على اذا اشتراط عدم القسمة في تعلق الشفعة لا على خصوص مورد ها بالارضين والمساكن اذ لا يدل على اعتبار شيء في معاني الشفعة ان يكون مما يقبل الحد والطرق كما ظهر في خلف كما انها ليس لها دلالة على اشتراط كون متعلقها مما يقبل القسمة ولهذا غرب في المختلف في رد على ابن ادريس ما لا ينبغي من مثله مثل احتجاجه على مذهبه برواية عقبة قال لكونها مسندة وخبر يونس مرسل مع ان خبر يونس على تسالم الراوي مسندا من خبر عقبة لان في طريقه محمد بن عبد الله ابن هلال ولم يذكر اصلا وعقبة ايضا مجهول لم يوثق نعم يمدح ممدوحا بسند يعتبر روى هو عن الصادق عليه السلام قال الله رحمكم الله من ان

نعم يعارض

نعم يعارض خبر دابة بولس خبر السكوني لكن مراعاة حمل على ارادة نفي الشفعة عما لا يقسم او على ما
من نفيها من خصوص ملك الاعيان وان قبلت القسمة كما قد يتفق كما في الطريق والحمام الواسعين كما هو ظاهر
السند في لكن اللازم على الاول تخصيص عمومها بخبر بولس بالنظر الى الجوان سواء حمل على خصوص المملوم
الذي نص على ثبوت الشفعة فيه في صحيح ابن سنان والحلبي او لا وبصحيحه منصوص الدلالة على ثبوت الشفعة
بيع المقسوم مع الطريق اذا حمل على خصوص المبيع كما هو الغالب ادا الاعم مع ان المتأخرين لم يجروا بينهما
الطريق حتى ان منهم من حمل صحيحه منصوص على خصوص الواسع مع انه نادر كما شاهدناه مما فظنه على الاصل و
السكوني وفي ذلك هجر لصحاح الاخبار المعمول بها من غير عذر شرعي وعلى الثاني فاللازم تخصيصها بصحيحه
منصوص خاصة مع ان في كون ذلك تخصيصا نأملا نظرا الى ان خبر السكوني ناظر الى نفي الشفعة عن الطريق من حيث
الانفراد خاصة فلا ينافيه ما دل على ثبوتها في مجموع هو بعضه وكيف كان فالانصاف عدم قابلية خبر السكوني
لتخصيص دابة بولس لعدم مظنونية المضمون منه بهجر اكثر القدماء له مع معرفتهم بحال الرواة عامة وكثيرا ما
لو قلنا بضعفه كما هو المشهور فالامر واضح فلا يحمل على التقية وكذلك نادل على نفيها حاج في الجوان من خبر سليمان
وعجزه ان لم يحمل على وجه اخر في الشرح لكن قد بنا نقل بان المجموع اه اقول لو قلنا بالشفعة في الدار المقسومة
بل المختصة لو بيعت مع الطريق الواسع فالوجه ما اختاره ره في التذكرة من ان للشريك الاخذ بها في الطريق
خاصة وله الاخذ بها فيهما وان قلنا بانتفاء للشريك التبعيض في الاخذ بمنع الشفعة لان هنا سببين مستقلين
في استحقاقه الاخذ بيع الطريق في نفسه ان وقع صفقة وبيع المجموع صفقة وقد وجد قبله الاعراض عن احدهما
دون الاخر ووجود هما معا غير لازم لانه يسقط احدهما كما لا يسقطهما فالمقام نظير ما لو باع شقصين من دارين في
لشريكه الاخذ بالشفعة في احدهما دون الاخر لا نظير ما لو باع شقصا واحدا فاخذ بالشفعة في نصفه اما
لو كان الطريق ضيقا فان قلنا بثبوت الشفعة هنا مع ضم الطريق وان كان ضيقا وانه ليس له الشفعة في الطريق
الضيق منفردا فليس له التبعيض هنا لاتحاد السبب اما لو قلنا بثبوت الشفعة في الضيق منفردا فله التبعيض بالنظر
الى الطريق خاصة بنحو ما عرفت حيث لا يستلزم ضررا كما لو كان للدار طريقا خر فقد يقوى في الشرح فانه في
بعض الكتب اه اقول لعل المراد من اثبات الخيار مع الجهل ان المشتري لو اشترى الشقص جاهلا بان الدار مشتركة
بان كان منوها ان الدار كلها للبايع بضعها فانه يثبت له الخيار هنا بتبين الشركة فيها الثابتة قبل البيع
فان الشركة عيب ادخل في حكم العيب كالتصرية والتدليس فليس المراد انه هنا خيار بتبعض الصفقة وانه يحدث
عند اخذ الشفيع حتى يرد عليه ما ذكر من ان التبعيض حصل قبله ملكه بل المراد ان خيارا بتبين الشركة ثابت
هنا لو بيع الشقص مع المقسوم كما يثبت فيما لو بيع الشقص وحده مع الجهل بالشركة بل يمكن ان يكون المراد ان الخيار
مع الجهل باسقاط الشفعة خاصة وان علم المشتري بالشركة كما لو اخبره البايع ان الشريك ذو ثروة وعاجز عن
الثمن فتبين انه مسلم او قادر فانه لا خيار له قبل الاخذ بالشفعة بنحو ما عرفت وعلى هذا فيكون النزاع لفظيا

ثم لو اخذ

ثم لو اخذ الشفيع بالشفعة المشتري على خيار مع الجهل لان اخذ الشفيع يزيد على تلف المبيع الذي هو من ماله من الخيار له وليس اخذ الشفيع بمنزلة البيع على ما مر لخيار لكن تعتبر اجازته عليه لا يقف على رضاه واذا فسخ المشتري فاخذ الثمن من البائع لم يكن للبائع اخذه عاد نظر الشفيع الى المشتري للاصل واحتمال ان البيع هنا في قوة الموجود لرجوع عوضه الى المشتري فليتسلط عليه وكان اخذ المشتري لهما كالجمع بين العوض والمعوض عنهما محضا يلتفت اليه قوله في الشرح في حسن الفتوى اه اول حسن الفتوى مسئلة عن الشفعة في الدور انتهى الجيب للشريك ونعرض على الجار فقالت الشفعة في البيوع اذا كان شريكا وسوق السؤال كما ترى ظاهر في المراد من الجواب بان الشفعة المعهود مشروعيتها في البيوع انما هي للشريك لا للجار وليس المراد الشفعة انما هي في البيوع وانما هي فيها اذا كان شريكا لا لجار وكذلك قوله في بعض اجوبة اذا باع احدهما نصيبه كان مفهومه اذا لم يبع فلا شفعة فالشرط وارد في مقام انتفاء الموضوع فهو كقوله اذا سلم عليك احد فرد عليه السلام او كقوله اذا كنت في الصلوة فسلم عليك احد فرد عليه فانه لا يدل على انه اذا سلم عليك احد فلا ترد عليه سلمنا انه يدل على انتفاء الشفعة مع امكانها الا انه لا يدل على عدم قيام غير البيع مقام البيع كما انه قوله اذا جنبت فاغتسل لا يدل نفي وجوب الغسل بالمس الا على القول بان القضية الشرطية تفيد الحصر الذي في الشرط وهو خلاف التحقيق واضعف من ذلك دعوى دلالة صحيحة ابي بصير فان الجواب فيها وقع مجملا غير معلل وهو كما يحتمل ان المانع كونه صديقا يحتمل ان يكون المانع تعدد الشركاء بل ويحتمل ان يكون المانع كل منهما ودعوى الانجبار غير مسموعة سيما في المقام فان الجبر انما يرفع ضعف السند لا الدلالة غالبا او دائما وايضا فالاصل هنا ينفي الشفعة فلا يسلم من حكم المشهور بانتفائها استنادهم الى دعوى دلالة المنصوص عليه لا الى الاصل فالحق ان كل حكم موافق للاصل عند المشهور لا يحصل بوفاقهم فيه انجبار الخبر الضعيف دلالة او سندا فاعلم ذلك مطردة لكن المشهور اطلقوا الحكم بالانجبار سيما في السند والتحقيق ما فصلنا فتدبر جيدا فانه نافع بينة عليه احد قوله الشرح في المتن وتثبت في الشريكين اه اول قد يتوهم من اخبارهم كونهما شريكين لا اكثر نعم الفقه والفتوى انهم متى كانوا متعددين اشتراط قبل البيع لم تنتف الشفعة حتى لو باع الاثنان حصتهما على واحد فقط او تدريجا او على اثنين دفعة لم تثبت فلا يكون للذي لم يبع شفعة على احد صدره بعد الشركاء حال البيع والانصاف ان المراد من نحو قوله لا تكون الشفعة الا لشريكين الكناية عن انه لا بد من اختيار الشفيع عند الاخذ وان كان الاصل ينفي انتفائها بما ذكر يدل على ذلك قوله في صحيح الحلبي في المملوك بين شركاء فيبيع احدهم نصيبه فيقول صاحبنا احق به اذا ذلك قال نعم اذا كان واحدا وصحيحه عبد الله بن سنان في الفرس بينه فقال نعم اذا كان واحدا فانظر ما اجزم منه قال انا احق به بعد البيع وكان واحدا كان له ذلك سواء كان البائع واحدا او اكثر هذا بعموم الجواب ومن هنا عبر المصنف العبارة فقال بعد قوله وتثبت بين شريكين وهل تثبت لما زاد عن واحد لم يبعد ثبت بينما لو كانوا اكثر من اثنين ولا بأس في ذلك قوله في مرسل ذا كان بين شريكين لا غير هما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به

دون واحد على اثنين فلا شفعة لاحدهما لانه مسوق لعبارة التفريع بقوله فباع الى اخره بعيد انه لا شفعة الا للشريكين في نفس العقد هما لم يبق الامر كان شريكا له قبل البيع اولم يبق الا شريك واحد فلا يدل على كون الاثنين قبل البيع شرطا نصا لانه انما دل على اشتراط اتحاد الشفيع ولا على انها هي الشرط دون اتحاد الشفيع فاذا دل النص باطلاقه على انه متى كان واحد اثبت الشفعة لزم الحكم بها مع اتحاده وان تعدد الشركاء قبل البيع وكان الحكم في ذلك انه اذا كانت الشركة عينا شرع الشارع دفعها مع الاتحاد لا مع التعدد الذي هو موضع تجاذب في هذا الافتراق فيه بين كونهما اثنين قبل البيع او اكثر فما ذكرنا من الصور نعم قد يشكل فيما لو باع الاثنان متعاقبين من واحد بان بيع الاول لا يوجب الشفعة لتعدد الشفيع فيستصحب ملك المشتري فالبيع عليه ثانيا بيع على شريك قديم لا على شريك حادث بالبيع فلا يوجب الشفعة وان اتحد الشفيع اخيرا ويمكن ان يجاب بان كون البيع حال تعدد الشفيع لا يوجب الشفعة لا يقتضي ان يكون ذلك البيع لا يقتضيها حال حصول الاتحاد الا ان يقال انه يفهم من النص اشتراط مقارنة البيع لحال الاتحاد سلمنا ذلك لكن البيع الثاني مقارن لاتحاد الشفيع فليوجب الشفعة في مستحقه فان قلت ان بيع الاول قديم قلنا لا فرق عندهم في مستحق الاخوذ بالشفعة بين ان لا يكون شريكا اصلا الا بعد البيع وبين ان يكون شريكا سابقا وقد حدث له شركة جديدة بسبب البيع ولذا اجمعوا على انه لو باع احد الثلثة حصته على احدهم كان للثالث الاخذ بالشفعة هذا والاولى في ما حررناه انه لو باع احد الثلثة حصته على اجنبي وكان احد الباقين دفعا او عاجزا كان للسالم القادر الشفعة لاتحاد الشفيع وان تعدد الشريك قبل البيع وبعده هنا ثم لو باع الاول على واحد او على اثنين دفعة فهل للشفيع شفعتان فله ان يأخذ باحدهما دون الاخرى او شفعة واحدة نظرا الى اتحاد العقد وجهان اوجههما الاول اما لو باع الاثنان على اثنين متعاقبين فلا شفعة لتعدد الشفيع في كل من البيعين هذا كله فيما لو زاد الشركاء قبل البيع على اثنين اما لو باع احد الشريكين بعض حصته على واحد ثم باع الباقي على ذلك الواحد فلا ريب في ان لصاحبه الشفعة بالنظر الى كل من البيعين فله فسخهما وامضاؤهما ودفع الاول دون الثاني والعكس سواء كان البيع الثاني بعد امضاء الاول ام لا نعم لو باع الثاني على اجنبي كان حكمه كذلك الا ان يكون البيع الثاني بعد امضاء الاول لتعدد الشفيع حينئذ فان المشتري الاول شريك اخر مستحق الشركة فان قلت نعم المشتري قبل الامضاء ايضا شريك فليكن شفيعا قلنا الامضاء انما ثبت المنصوص في مستحق الشفعة الى الشريك المستصفر الشركة لا مطلقا بل لو قلنا بثبوت الشفعة مع التعدد بعد البيع لم يكن المشتري الاول قبل امضاء حقه شفيعا في البيع الثاني مع ان الوقوف على مورد اليقين هو الاصل هذا كله في المتن ولا بد من ضم عبارة الامع الشركة اه اقول لا ريب في اعتبار الشركة ضلا وعدم القسمة في استحقاق الشفعة نصا وفتوى بل اجماعا الا من ابن ابي عقيل انما الكلام في ان اشتراط الشركة وعدم القسمة هل هي انما تعتبر في الابتداء اي حال البيع خاصة فلو قسم بعد ذلك بين المشتري والشفيع اقاما مع جهله بالبيع ودعوى المشتري وكالته عن الشفيع في القسمة ثم تبين كونه اصيلا في القسمة او مع علمه بالبيع ودعواه غيبة الثمن وقلنا بتأجيله مدة وطوله الى ان

الذي فيه الثمن وضمه في هذه المدة او قلنا بعدم الفورية في الشفعة او قلنا بها مع حصول بعض الاعذار التي لا تنافي الفورية استقر الاستحقاق وصح اخذه وان كان عما اخذه بها مجبرا مغلوبا او بشرط استمرار الشركة من حال البيع الى حال الاخذ فلو وقعت القسمة قبل البيع او قبل الاخذ فلا شفعة فلو اخذ حينئذ بطل اخذه هذه المسئلة عزيزة في كلامهم على جمعه الاصالة والاستقلال على كثرة ما حرروه من الابحاث في هذا الباب لكن يفهم من كلام بعضهم في بعض الفروع البناء على الوجه الاول فيه هذه المسئلة مثل ما ذكره الشيخ في وقف والعلامة المحلف الشفعة في شرح الكتاب من انه لو بنى المشتري او غرس بعد القسمة ثم طالب الشفيع وقيل بلزوم تلك الحجر لو قلع البناء والغرس وهل يلزم الارش لو نقصت القيمة بل قد يفهم من كلامهم هنا ان ذلك عندهم من المسلمات انتهى بناقش من ذكر المسئلة باحتمال بطلان الشفعة لكن الانصاف ان الذاكر لها قليل فلا يكشف عدم مناقشة عن ابطالها الحكم على الوجه الاول مع احتمال ان تحرير الشيخ لتلك المسئلة ومن بعده انما وقع تفريعا على القول بعدم اشتراط الفسخة كما ذكروا كثيرا في فروع القول بالكشف وان لم يقولوا بها لكن الانصاف انه بعيد ولعل عدم تعرض تلك المسئلة عرضا يشهد بها بكون البناء والغرس بعد القسمة لترجيح الوجه الثاني وتمنا يؤيد ان المسئلة محل تقرر عندهم وان الوجه الاول فيها ليس من المسلمات كما فطنه شيخنا فيما سيجيء انهم اختلفوا في نظير المسئلة وشاهد متحدهما في المناط بحيث يعسر الفرق بينهما وهو ما لو باع الشفيع شقصه بعد بيع شريكه فانه هل تسقط شفعته وان كان جاهلا ببيع الشريك ام لا فذهب العلامة والمحقق ان والشهيدان والاردبيلي الى السقوط لانتفاء الموضوع وارتفاع الضرر وهذا جار فيما نحن فيه كما لا يخفى قوله في المتن وبطل الشفعة برجوع الشفيع عن رفع الثمن اه اقول معنى بطلان الشفعة برجوع الشفيع ان معنى الشفعة انما هو استحقاق ان يتملك الشريك الشقص بالثمن لا بنفس تملكه بدليل كون الخيار فتكون القدرة على رفع الثمن شرطا في صحة الاستحقاق المذكور وانما قلنا لو يجد لان الحجر رافع لنفس التملك بعد حصوله بان يدعوان التملك الحاصل بالاخذ ضرري حتى يحصل رفع الثمن لكن يبقى الكلام فان الشرط في هذا الاستحقاق هل هو القدرة حالة البيع او حالة العلم بالبيع وحصلت واستمرارها من حين البيع او من حين العلم بالبيع الى زمن الحجر بناء على انها ابتداء الشفعة مع ان هذا كله لا دليل عليه مع انه انما يتم لو قلنا ان السبب في التملك بمجرد اختيار الشريك تملكه بالدليل على ذلك من اللفظ كقوله اخذت بالشفعة ونحوه ولو مع عدم ذكر الثمن الكلي انا لو قلنا بان السبب فيه انما هو اختيار التملك المقارن للدفع كما هو الاصل اذ ليس في النصوص ما يدل على تخصيص السبب الشرعي في تملك الشريك فيجب الانتصاف الى الحكم على المتفق الغير موجود حتى الدفع الشخصي وح فلا اثر لهذا الشرط اصلا اذ الدفع الشخصي لا يضع الامر في دور عليه وانما المدار على بقاء وقت التملك وعدمه من حيث القول بامتداد وقت الشفعة وزوالها بالوقوف بها كما سيجيء تحرير ذلك انشاء الله فان قلنا بالفورية ولم يملك بدفع الثمن والاملك حين دفع الثمن ما لم يكن قد اسقط حقه ثم يمكن دعوى شرطية استمرار التمكن على

دفع الثمن من حين البيع او من حين العلم نظرا الى الاصل وانه لو شك في فوات الاستحقاق على سبق الفساد على تملك المشتري وعدم حكم به لانه المتيقن الا ان اطلاق النصوص بل صريح بعضها كقوله ع الشفعة لكل شريك لم يقاسم ونحوه قاض بالعدم مضافا الى ان احتمال الاشتراط بذلك حتى في حق القادر على الدفع فعلا في الزمن الفوري حق في للاجماع على انا لم نحقق انه لا قائل بفوريتها فوقتيا بل الاجماع قائم على امتداد الاستحقاق واستمراره ولذا ثبت للقاصر كالطفل والمجنون والغائب والجاهل وان طال الزمان وانما وجب الخلاف فيها في ان اهم الها اختيارا لا لاعتاد عفلا ونزل الاخذ بها كذلك فلو ان جعلنا السبب في فعلية التملك هو القول او فعلا على الوجه الاخير هل هو مسقط شرعي للاستحقاق وان لم يصرح بالاسقاط بل وان صرح بعدم الاسقاط وان حضر ثابت وان تماهن في اخذه وانه مني اخذ ملك ولازم ذلك ان لا يكون العجز عن دفع الثمن مبطلا للفسخ استحقاق التملك ولو بعد حين كان العجز ليس بامارة اختيارية قطعا بل هو في قوة الجهل بالبيع او الشفعة وكونه في طفل لصغر او جنون ونحوهما مما لو زال اثر اخذه وصح تملكه نعم لو اريد من كون العجز مبطلا للشفعة انه مانع من فعلية التملك وتاثير اخذه حالة كونه كذلك لامكن كان صحيحا بل هذا في غاية المتانة لكنه خلاف الظاهر جدا واما الاحتجاج على اشتراط القدرة في نفس الاستحقاق بالاصل فيدفعه ان الاقتضاء ظهور النصوص في قرار الحق ودوامه وثبوته للقادر والعاجز كقوله في خبر يونس فشريكه احق والشفعة لكل شريك لم يقاسم وغيره فمتى كنا نتوانا لك ان نضرب من ضربك وقوله وجزاء سيئة سيئة مثلها ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وغير ذلك واما الخبر فانه مجمل لاحتماله ارادة الشفعة من البايع قريبا كبعض نصوص الباب ان لم يكن ظاهرا ولو سلمنا ظهورها في ارادة الشفعة من المشتري فيحمل قريبا ارادة بطلان اخذه القولي او الفعلي اعني اثبات يده فيكون المراد انه لا اثر لما وقع منه وان كان لو دفع الثمن بعد ذلك الملك لانه بطل نفس استحقاقه الذي ثبت له قبل علمه بالبيع واحدهما غير الاخر على ان غاية ما يقتضيه الخبر ان عدم الاتيان بالثمن بعد ثلثة ايام سواء كان للعجز او غيره مبطل للاستحقاق اذا سبقت المطالبة ولا يلزم منه ان يكون نفس العجز في الزمن الاول بعد العلم بالبيع مجردا عما ذكر مبطلا له بناء على الفورية ولا انه متى عرض كان مبطلا له بالنسبة اليه ولا غيرها فان قيل مورد الرواية القادر فيدل على حكم العاجز بالنحوي قلنا بل العكس اولى اذ لو كان عود العاجز المالك على حكم القادر بالنحوي لا بالعكس لوضوح ان كلما غلب الله عليه فالله اولى بالعذر مع ان سند الرواية غير معمول به اذ لا قائل بالتاجيل ثلاثا في الحضر اذ المسئلة بين الفورية والامتداد مع ان الرواية معتبرة الاسناد فيشعر ذلك بانهم فهموا منها حكم الشفعة على البايع فانزله عليه شفعة استحبابية كما لا يخفى على ذوي الدربة واما دعوى الاجماع فدفعها هين **قوله** في المتن وللمكاتب الاخذ بالشفعة اذا قبل فداء رقبته شيخنا هنا تبعا للشهيد في لك حيث ظن ان المراد ان له الشفعة اصالة مع ان الشفعة انما تثبت للشريك المالك حقيقة والمعروف عندهم ان العبد لا يملك اصلا حتى فاضل الضريبة وارش الجناية

والله الموفق

لعلهم اجمعوا على انه لو مات فماله لمولاه مع ان المحرز لا يرث العبد ثم كيف يدعى انه لا خلاف فى ذلك ولا اشكال
مع ان الخلاف فى ملك العبد فى المجلد واضح مشهور والذى يدل على انه اراد ما ذكرنا انه لو كان هو البائع
او المشترى بنى حتى لو كان المال مشتركا بين المولى والمكاتب فباع المولى حصته على اخر فللمكاتب الاخذ بالشفعة
من المشترى ولو اشترى المولى شقصا من مشترك بين المكاتب وغير المولى فللمكاتب الاخذ بالشفعة من المولى مع
ان هذا بناء على ان العبد لا يملك اصلا حتى خصوص ما فضل الضريبة عن معصوله اذ يكون المال فى الصورة
الاولى خالصا للمولى من غير شركة ويلزم ايضا ان يكون الاخذ بالشفعة فى الحقيقة هو البيع لان الثمن ثمنه
والاخذ باذنه ويلزم فى الصورة الثانية بناء على عدم ملك العبد ان يكون المشترى هو الذى يأخذ بالشفعة
بما اشترى لان الثمن له والاخذ باذنه وهو كما ترى وفى ذلك لا فرق بين ان يأخذ من سيده او غيره ولو حمل على
ان المراد ان للمكاتب تولى الاخذ بالشفعة من غير سيده ولو بالبينة ونحوها لانه نوع اكتساب سلم مما ذكرنا
الا انه خلاف الظاهر جدا والوجه ان يقال ان المراد انه لو بيع الشقص فى شركة المولى فللمكاتب الاخذ بالشفعة الا
وان لم يعلم المولى بالبيع او علم ولم يأذن له بالاخذ لاقتضاء عقد الكتابة عموم الاذن بكل اكتساب فاذا قرر
الغبطة المولى بذلك كان المكاتب مستقلا على تحصيلها فالشفعة فى الحقيقة للمولى لا له والاخذ بها من غير
المولى لا منه فالمراد انما المكاتب الاخذ بها لا نفسها بمعنى الى ذلك اشار لم يقل للمكاتب الشفعة مضافا الى كونه
فى سياق من ليس له شفعة وانما قال الاخذ بها كالوصى والاب والجد والوكيل وعلى هذا فلو اسقطها المولى فله
اخذ المكاتب فهل يسقط وجهان اوجههما السقوط والاولى ان يقال ان المراد انه يستحق الاخذ بالشفعة
بمعنى انه يصح منه ذلك على كل حال سواء قلنا بانه يملك فيكون استحقاقه الاخذ من حيث استحقاقه لتصور
الشفعة اصالة فيأخذ ولو من سيده لان عقد الكتابة وان لم يقتض تمليكه لما اكتسبه لكن الكتابة تقتضى تسلطه
على كل اكتساب فيه غبطة وهذا منه بالفرض لكن على هذا لا يصح ان يأخذ من سيده شيئا من اموال سيده
حتى بما اكتسبه بالكتابة وانما يأخذ لسيده من غيره او لغيره ولو من سيده باجره ونحوها وعلى هذا
ينبغى ان يقال انه لا خلاف فى ذلك ولا اشكال انما الاشكال لو اعرض المولاه فان اريد لا اعراض المولاه عليه
بعد اخذه بالشفعة بمعنى ان فى اخذه بها غبطة فلا ريب فيه لاقتضاء اطلاق عقد الكتابة رجوعه فيما به
الاكتساب الى نظره نعم لو اشترط فيه موامرته فى ذلك لم يصح بدونها كما لو اشترط موامرة غيره وان اريد
انه ليس له منعه من الاخذ مع تسليم الغبطة وكونه اكتسابا فالوجه ان يقال ان ليس للسيد منع المكاتب مما يتوقف
عجزه من نادية النجوم او بعضها مجيئا بناء على الضرر فقد يرجع ذلك الى العقد بالنقض مع لزومه اما منعه
عما لا يجب ذلك من انواع الاكتساب وخصوصا مثل هذا فلا دليل على اقتناعه لان الغرض من عقد الكتابة انما هو التأكيد
والتسهيل للتحرير فاذا لم يمنعه عن ذلك لم يكن فى منعه عما عداه منافاة لمقتضى العقد ولانه كالوفاء وبه كان
اطلاق العقد او صريحه يقتضى عموم الاذن له فى كل اكتساب فان للسيد الرجوع عن اذنه فيما اذن الا ان يمنعه

الشارع وان اريد انه ليس لولاه الاخذ من باب تسبيغ الى الاخذ بشفعة حيث تكون الشفعة للتملك وليس لاسقاط حق من الشفعة فلا دليل على ارادة ذلك لا يخفى فان هذا اخراج لموضوع الانكساب لا منع من الانكساب الممكن فتدبر جيدا ولا تغفل قوله في المتن لانه وقت اللزوم اقول ظاهره ان تحقق اللزوم من حيث هو مدخل في تحقق استحقاق الشفعة عندهم وان قلنا بان المبيع يملك بالعقد مطلقا مع ان هذا لا قائل به فكان المراد منه مطلق الانتقال تعبيرا بالاخص عن الاعم كما يشعر به قوله اخيرا تحقق الانتقال او يكون المراد انه لا شبهة في الاستحقاق عند تحقق اللزوم وان لم يقل احد بتوقفه عليه وجه الشبهة احتمال مع انتفاء اللزوم وان قلنا بحصول الانتقال قبله ان تسفعة على خلاف الاصل فلعل للزوم الملك دخلا في حصول استحقاق الاخذ وهذا الاحتمال في محله لولا ان اطلاق النص والفتوى يدفعه فان لازم التوقف على انتفاء الخيار كله حتى عن المشتري وكما قائل به ربما توقف الفاضل في الحرير في استحقاق الشفعة حيث يكون الخيار للبائع مما ذكرنا من ان في اخذ الشفيع اسقاط حق البائع تعريب صدوره ان التنافي بين الاخذين لو سلمناه لا يقتضي امتناع اجتماع استحقاق كل منهما اخذ العين اذا سبق الى الاخذ كما ان الشفيع العين يسقط حق البائع منها ويمنعه من تملكها فكذا تملك البائع اياها يسبب استحقاقه الفسخ يسقط حق الشفيع منها ويمنعه من تملكها ولا زم ذلك ان يقال ايهما سبق الاخذ حق اخذه اذ ليس هذا من الظلم في شيء بدخلانه قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق لانا نمنع دفع الغير عن تملك شيء هو ايضا يستحق ان يتملكه فانا في المعدن كالمزدحمين على المعدن والمسجد يستحقه من سبق اليه وحينئذ فلا يكون حق الشفيع اولى بالسقوط من هذا الوجه بل لعل حق الشفيع اولى بالثبوت لان حق البائع من التملك اذا انتفى عن العين بتملك الشفيع انتقل الى ما البتها ولهذا يضمن المشتري مثلها او قيمتها مع التلف وحق الشفيع اذا انتفى بتملك البائع العين انتفى منها فانا رأينا له اذا عرفت هذا ظهر لك انه لا اشكال بناء على الانتقال بالعقد مطلقا في تحقق الاستحقاق فيمن اعني استحقاق الخيار والشفعة وفي غير كل من الاخذين لو سبق احدا البائع والشريك انما الاشكال في ان السابق الى تملك الشقص من ذوي الخيار والشفيع هل يقع مستقرا لدى حي بعدم تملك الاخر او يقف تملكه من حين تملك الاخر يفصل في ذلك بين ذوي الخيار والشفيع فيحكم بالاستقرار لذي الخيار دون الشفيع او يفرق على هذا الوجه بين ان يكون ذو الخيار هو البائع او المشتري فيحكم بالاستقرار للبائع دون المشتري فان في ذلك وجوها او وجهها الا ان الزاعات انما تتم لو كان تملك احدهما دافعا لحق الاخر من غير حق له في تملك نفس العين وان جاز له تملكها وهو الحال ان لكل منهما حق التملك في نفس العين وامكان ذي الخيار اذا لم يجد العين انتقل حقه الى ما البتها وانما يتبين بطلان الاداء باخذ الشفيع على القول به فلان تملك العين في الاقالة ليس عن حق فيه وانما هو حكم محض فلا يسقط بالاسقاط فلا يمكن ان يهدد به حق الشفيع والفسخ من الحين يدفعه اذ ان سبق ذي الخيار الى الفسخ لزم ان يكون الشفيع باخذ من البائع لا من المشتري مع انه انما يستحق فسخ تملك المشتري ولو قبل ان الازم اطلاق تسلطه على المشتري فتسلطه هنا على رد المبيع الى المشتري وعلى اخذه منه بعد رده منضما ذلك بمنع الاطلاق

انتهى مل لنحو المقام ولو سبق الشفيع بالاخذ لزم ان يبيع ذو الخيار العين وان انتقلت عن صاحبها للزوم بالاول كما مر في محله وانما وجب حضور ذي الخيار بالاستفسار عنها حيث ان حضر اقوى بدليل تعلقه بالمالية مضافا الى العين وانما كان ذلك على المرتب وانما وجب اضعفية المشتري بالنظر الى البائع في ذلك فمن حيث ان البائع اذا كان له الخيار فله حق في تملك نفس الشقص كالشفيع بخلاف المشتري اذ حضر ان يتملك الثمن فيرجع المبيع الى البائع فلم يكن كالشفيع في ايجاد متعلق الحق بل يكون واقفا للشفيع عن حضر لتحصيل حضر في شيء اخر وايضا المشتري مقهور للشفيع حال لزوم العقد فلا يكون حضر حال نزوله اقوى والكل كما ترى هذا ومما يؤيد الوجه الاول انه ان سبق الشفيع بالاخذ فلا مانع من قرار ملكه لانتقال حق الخيار الى المالية سيما لو كان الخيار للمشتري لضعفه بالنظر الى الشفيع ولو سبق ذو الخيار الى الفسخ فقد رجع الشقص الى مالكه الاول فيرتفع الضرر الذي اقتضى تشريع الشفعة فانها انما شرعت لدفع ضرر قرار الشريك الجديد لا لاقتضاء نفس البيع لها مطلقا كما يشهد بذلك قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء وقال لا ضرر ولا ضرار فتدبر جيدا **قوله** في المتن فان تأخر الخ اه اقول مفهومه انه ان اخر لا لعذر بطلت وهذا هو مقتضى القول بان الشفعة فورية ولا قائل بانها تشرع في الزمن الاول بعد البيع او بعد العلم به على غير مطلقا فالمراد انه كما تسقط بالاسقاط تسقط بالاهمال الاخباري لانها ليست بمبنية على الدوام والاستمرار اذ كما ان السقوط بالاسقاط لا ينافي الحكم بالدوام فكذا السقوط بالاهمال فهي في ذلك بمنزلة خيار الحيوان المستمر الى ثلثة ايام الذي يسقط بالاسقاط وبالتراخي والذي يدل على دوامها مضافا الى الاجماع المحقق ظواهر النصوص الدالة على شرعيتها كما اشرنا اليه سابقا واما سقوطها بالاهمال اخبارا فهو اختيار الاكثر خلافا للسيد في الانتصار حاكيا للاجماع عليه ولابن زهرة وادريس معترفين بالخلاف فيه ولابي الصلاح حيث لا يسقط حق المطالبة الا بالاسقاط واختيار السيد بالاجماع ثم ابده بان الحقوق مبنية عقلا وشرعا على الدوام وانها لا تسقط بالترك وبهذا اختار ابنا ادريس وزهرة فان اراد اما عدى الشفعة فهو ممنوع وان اراد ان العقل مستقل في الدلالة على عدم السقوط بمجرد الترك فهو ممنوع كما هو ظاهر مع انتقاضه بخيار العيب والغبن كما اعترف به واجاب السيد بانه لما كان العيب قد يخفى فتقع الشبهة في تقدمه وتاخره فاسب للزمان يسقط الخيار بالترك وهذا وان كان حسنا الا انه لا يكفي في اثبات المطلب مع بقاء الانتقاض بخيار الغبن وان اراد ان الادلة الدالة على الحقوق كلها غالبا او دائما ظاهرة في افادة قرارها ودوامها وفي افادته اطلاق ثبوتها في حال تمكن صاحب الحق عن حضوره وحده بان الشفعة من هذا القبيل فلم وجدا بعد تمهيده عند التدبر فتكون نحو الغدف والقصاص ونحوهما ثم استدل السيد بلزوم الضرر على المشتري بالامساك عن التصرف بالبناء ونحوه او هدم نصرفه لو بنى او غرس شفع ثم اجاب بان المشتري يمكنه ان يعرض الشقص على الشفيع فاما ان يتسلمه بالثمن او يسقط حضره فاذا لم يفعل ذلك فهو الذي ادخل الضرر على نفسه وهذا غريب فان البحث انما هو في الصورة الكذا

بعدم التصريح بالاسقاط بل وان صرح بعدم الاسقاط لكنه لم يدفع الثمن مع قدرته عليه سواء عرض المشتري الشفص ام لا بل لا اثر لعرض المشتري في هذه الصورة وقد يحتج له مضافا الى ذلك بالاستصحاب وبفقدان الشك هنا في قدح العارض لا في عكسه فلا يتم حجة في الباب احتج المشهور بالاصل وهو التأخير على اموالهم ولا يحل مال امرء الا بطيب نفسه وهذا انما يتم لو لم الوجه الثالث من الوجوه المذكورة للسابق وفيه نظر لما سيجيء قوله ويسقط بعد السؤال المستفصى فيه بعد هذا اذا كان الشقص بين شريكين لا غير فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به اذا كان المناسب للسؤال لو كانت بطل بالاهمال ان يقال فشريكه احق به الا ان يترك في احد ثلاثة شفعة بعضهم انه قال وان زاد على اثنين فلا شفعة لا نرى الى قولهم عمم التقييد والتخصيص بدليل الاطلاق والعموم وح فدعوى ان النصوص هنا كلها انما سيقت لاصل اطلاق الشرع وانه لم يشرع فيها ما سيقي لافادة اطلاق المشروع عنه محل نظر وح فيجب الخروج عن الاصل بالدليل ويكون الدليل باطلاقه مخصصا للعمومات السابقة وقوله في مرسل جميل الشفعة لكل شريك لم يقاسم وصحيح عبد الله ابن سنان في المملوك بين شركاء فباع احدهم نصيبه فقال احدهم انا احق به لذلك فقال نعم اذا كان واحدا اذ لم يستفصل ولم يفصل بين ان يكون قد اهمل او لا ونحوه صحيح الحلبي والمنافاة شرط في الجميع واحد وهو ان النظر فيها الجمع الى بيان مستفادها ابتداء لا الى بيان دوام استحقاقها وانها لا تسقط ويمكن دفعه بدعوى ان المراد ومنها بيان تجدد المستحق لذلك الشقص من حيث هو لا من حيث خصوص الابتداء خاصة ويكون المفهوم منها كل شريك يبعث حصته مناجزة شركة يستحق تملكها او يشرع له اذا دفع الثمن وان دفع الثمن سبب تام في ذلك التملك شرعا ولو وهذا غير بعيد بل هو اقرب وقد يحتج لهم بما رواه المخالف من قوله ع الشفعة كحل العقال وبشكل بان ظاهره تشبيه تملك الشفيع بحل العقال حيث انه يرد على تملك المشتري الذي حصل بالعقد فيقتضيه فكانه اشارة الى ان تسلط الشفيع ظهري حل المشتري بل على انشاء الذين معا وانها ليست كالاقالة لان تلك الايرضا المتعاقدين فكان المراد كما ان العقال يحل وان لم يرض به فكذلك تملك المشتري يحل بالشفعة وان لم يرض المتعاقدان وليس المراد التشبيه في نفس الفك والحل حتى يقال انه بيان للواضحات وانه يشاركه في ذلك الفسخ بالخيار والاقالة وغيرهما وقد يحتج لهم بعموم لا ضرر ولا ضرار وان في بقاء حق الشفعة بعد الاهمال ضررا على المشتري لا يكفر وقد اجاب عنه المرتضى بما مر وقد عرفت ما فيه والاولى ان يقال ان تملك الملاك انما يكون على حسب ما قرره لهم المالك الحقيقي سبحانه فاذا فرض ان الشارع قرر للشفيع حقا مستقلا لا يسقط الا بالاسقاط كان تملك الشفيع حينئذ لا محالة تملكا ناقصا بل تملك المشاع دائما تملك ناقص وان لم يكن فيه شفعة او كان فلا سقطها الشفيع ضرورة ان من حكم عدم جواز التصرف الا باذن الشريك ونفوذ تمام التصرف عليه على التقسيم وح فنقصان التملك في المقام ليس الا كنقصان في العقائد البدنية والمجنون وان اهمل الولي او الحاكم حتى طال الزمان والشريك المجهول العين فاذا كان المشتري عالما بذلك كله وقد اقدم

عليه لم يسقط

عليهم بعدل ان يتوجه عليهم تسبيب قوله في المتن ولا تسقط الشفعة بقبل المبتاع الخ اقول انما صح الاقالة هنا في الجملة نظرا بمعنى انها لو اسقطت الشفيع حقه اذا هملها اخبارا بعد الاقالة او قبلها فهي صحيحة من حينها كما لا يخفى صح اخذ الشفيع بقبلها وامتناعها بعده وانما الكلام في انه هل للشفيع الاخذ بعدها ام لا وعلى الاول هل ينكشف بطلان الاقالة من حينها او ينفسخ من حين الاخذ وعلى الثاني فهل ينفسخ تملك الشفص خاصة او هو والثمن المعروف بينهم ان للشفيع الاخذ وان صحة الاقالة هنا غير مستقرة ووجهه ان للشفيع حق تملك الشفص من المشتري فهو كالعقد عليه بمجرد العقد والمشتري لا يملك اسقاطه وكذا البائع فتملك البائع له بالاقالة كتملك منهب المرهون من جنس اذن الراهن فان الاذن بالاقالة واسقاطها لا يقتضي تسلطا على اسقاط حق آخر وكالزم ذلك انكشاف بطلان الاقالة من حينها ليتم للشفيع امكان تملك الشفص من المشتري بقسطه من الثمن اذ لم يحضر معلقا بتملك الشفص بقسطه ولو من البائع وهو اجماع الامامية حكي عن ابن الجنيد لكن صرح ابن البراج وابن ادريس بان للشفيع ابطاله بالاقالة والرد الى المشتري فان اراد انه له اخذ الشفص ودفع الثمن الى المشتري وان ذلك ابطال للاقالة حيث احدثت ما كشف عن بطلانها ومن بقاء الشفص في ملك المشتري فلا خلاف وبقرينة ان ضعف التحرير في كلام المتقدمين اكثر وان اراد انه له استرجاع المبيع ورده عليها فهي اقالة لكن لما كان الشفيع مسلطا على التملك من المشتري دل حكم الشارع بذلك على تسلطه هنا شرعا على فسخ تملك البائع فهو راد رده الى المشتري فهو معذور الى حصول تسلطه على التملك من المشتري من ان باب الاذن في الشيء اذن في لوازمه وبه تعلم ان المتحصل من ادلة الشفعة انما هو استحقاق الشفيع وتسلطه على قطع استمرار تملك المشتري الذي اقتضاه العقد وتلقاه من البائع بسببه لا مطلق التملك عن المشتري ولو بارجاع وح فيتوقف صحة الاقالة على امضاء الشفيع فان قلت لا احكم باستمرار تملك المتابع منهما كما صرح به ذوو الخيار والشفيع قلنا التملك بالاقالة لو كان مستمرا حتى يراعى بامضاء الشفيع لزم اسقاط حق المستحق من غير حق فان التملك بالاقالة ليس حقا لاحدهما على الآخر والاسقط بالاسقاط كالشفعة والخيار وح فيكون ظلما وقد قال ص ليس لعرق ظالم حق بل دليل التملك بالاقالة ناظر الى حال المتعاقدين من حيث هما وانفسهما لا غير فلا معنى للحكم بصحتها في مثل المقام بخلاف دليل التملك بالشفعة فانه ناظر الى اصل سبق الاقالة التي لا يعلم اقتضائها التملك شرعا على الاطلاق فانه قوله ع فشريكه احق به في معنى قوله متى دفع الثمن عنه ملكه منه تملكا في طفا التملك المتلقى من البائع هذا واعلم ان عبارة المتن واشباهها لا يابى الحمل على ما استظهرناه من المراعاة ان لم تكن ناظرة اليها بل عبارة ابن حمزة في الوسيلة حيث قال وللشفيع ان يمنع من الاقالة ولعل ظهر بهذا كله ما في كلام شيخنا هنا من انه لا قائل بها منا وانه مناف لاطلاق دليلنا انه فندة جيدا ويؤيده قوله والدرك باق على المشتري فان بقاء درك المبيع لبائعه يدل على استمرار ملكه منه الى الشفيع اذ حمله على حدوث الضمان بعد الاخذ لان الفسخ من الحين بعيد جدا وان كان اقرب مما ظنه البعض

من ان الفسخ

من ان الفسخ من الحين على ان يكون الاخذ من البايع من حين يرد الى المشتري ومع ذلك يكون دركه عليه فيه
شطط ولكن لذلك الاحتجاج عليه بالاستصحاح ضرورة تغير الموضوع ثم ان قلنا بان الشفيع هنا يأخذ من البايع
فالملائم ان يدفع الثمن اليه وان يستغل الثمن الاول الذي استرجع بالاقالة على ان المشتري كما كان قبل الشفعة
ففي الحقيقة لا يكون الاخذ بالشفعة على هذا ضمنا للاقالة نفسها اذ هو كما هو وانما الفسخ بمثل البايع البيع كما ان
الاخذ بها قبل الاقالة لا يكون فسخا لعقد البيع وانما بناء على ما هو الصحيح بل التسليم فيما بينهم من يأخذ من المشتري
فان قلنا بالمراعاة فلا يبقى رجوع الثمن الاول الى البايع وان الشفيع يدفع الى المشتري وان قلنا بانفساخ
الاقالة من الحين فهل يتعلق الفسخ بكلا البدلين او بالمبيع خاصة وجهان من ان شأن الفسخ التعلق بالبدل
واثلا يلزم الضرر على البايع بسبب المبيع وجمع المشتري بين الثمنين ومن ان ملك المشتري للثمن الاول استحق
وان الاقالة لم يبق عقدا فكيف يتعلق الفسخ بالبدلين وانما هي رد محض فلا يجوز ان يكون
فسخ الشفيع لملك البايع وروده الى المشتري فمقتضى الفسخ ملك المشتري وروده الى ملك البايع والاول اولى
وقائل ان يقول لا نسلم ان الشفيع خلف في المقام حتى يلزم الحكم ببطلان الاقالة وانفساخها من الحين بل لا نسلم
ان له الاخذ بعد الاقالة ولا بعدها هو في حكمها ما يوجب رجوع الشفيل الى الشراء الاول كالبيع على ما هو
اياه ضرورة ان ظاهر قوله قضى بالشفعة بين الشركاء وقال الضرر يزال ضرار ان السبب في شرعيتها
والحكمة فيها الارفاق بالشريكين في دفع مخاطرة شراء ثالث فجعل لكل منهما ما دفعها عن نفسه لو باع على
غير ثم لا نسلم شركة الشراء الحادث اما لو عاد الملك الى الشراء الاول الذي ليست المخاطرة من جهته
بالاقالة او بغيرها فقد ارتفع المحذور المذكور وح فلا معنى لبطلان الاقالة فيما يدل لا معنى لصحة الاخذ
بالشفعة بعدا صلا مع ان الانصاف انه لا بين في النصوص هنا بل على ان بيع الشفص حال الشركة سبب تام شرعا
وتسلط الشريك على تملكه فهو امر مطرد في النصوص كلها ظاهرة وفي ملاحظة الارفاق بالشريك من الجهة المؤثرة
لامر كلي وجه يجب استفادة منها انه لا يزاحم حتى في تملك الشراء الاول الذي هو معه سواء وانما المستفاد
منها استحقاق الشفيع التملك من المشتري ما دام ملكا لا مطلقا هذا مع ان الشفعة على خلاف الاصل بل
الاصل عدمها لكن هذا الاقائل به الا انه وجه بين والمسئلة غير منصوصة والاجماع غير متحصل على خلافه
فتدبر جيدا ثم اعلم ان المتروك ان الشفيع فسخ البيع والاخذ من المشتري اقول قد يفهم من ظاهر لفظ
الفسخ ان له الفسخ بعد استقرار الصفقة فيكون فسخا من الحين لا من حين كون الماء بين كل عقد بن شركا
بين الشفيع ومن انتقل اليه كانا من كان حتى يفسخ ويشفع فيخير بين ان اخذ من الاخير وانه ان اخذ من الاول
شارك كل من ملك بعده في ذمن ما لكه فيكون بعض فسخه من الحين اخراجه الشفص من كل ما لك حتى
الى ما لكه قبله حتى يصل الى المشتري الاول فيأخذه منه وح فسخ العقود جميعا الا العقد الاخير حيث انه
عرض فيه الفسخ بل حتى العقد الاخير حيث انه صحيح قبل الفسخ وانما لواخذ من الوسط صح ما قبله من غير

ولا ادخال وضع المتوسط وما بعده حتى الاخير لكن مع اخراج وادخال وانما لواخذه من الاخير انفسخ عقده خاصة من غير اخراج ولا ادخال والتحقيق ان مرادهم من الفسخ هنا انما هو ان مراد احداث ما يكشف عن بطلان البيع من اصله ودفعه فى غير محله بقرينة حكمهم بانه لواخذه من الاول بطل المتاخر ولواخذ من المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده تظير ما ذكروه فى الاجازة من انها تصح المجاز وما بعده وبيطل ما قبله اى يكشف بطلان الاجازة من حين الاصل لا انه يبطل من حينها ولذا قال فى الروضة عند قول المصنف للشفيع ابطال ذلك كله يعنى العقود اللاحقة ولان يجيز البيع الاول ويا خذ بالبيع الثانى قال الان كلا من البيعين سبب تام فى ثبوت الشفعة والثانى صحيح وان توقف على اجازة الشفيع فتم ولو قلنا ان الفسخ من الحين لواخذ من الاول انما ينقضى فسخ ملك الاخير وادخاله فى ملك الاول الذى باخذه من غير حاجة الى ادخاله فى ملك من بينهما حتى يصل الى الاول او قلنا ان انتقاع الى المشترى الاول انما يتوقف على اخذه منه من غير حاجة الى تقدم فسخ من الشفيع ولا ادخال ولا اخراج وان ذلك يحصل على نحو الترتيب الذى كما قرر فى شراء من يعتق عليه وان كان الحق انه غير معقول فالعقود المتاخرة اولى بالفسخ اما لو قلنا بالمراعاة فالبناء المحال كله مشترك بين الشفيع والشريك الاول لواخذ منه حتى فى ازمنة العقود المتاخرة ولواخذ من الوسط شاركه الى زمن الاخذ ومن قبله الى زمن عقده دون من بعده لانكشاف فساده والذى يدل على بطلان كونه فسخا من الحين امران الاول انه شئ لا دليل عليه بل الاستقراء يدل لان الشفيع لا يزال للشفيع رد الوقف ملكا ولو مسجدا بعد صحة وقفه ومسجديته بل يلزم صحة رد المحرر عبدا لو لا رد السرايد وانه يملك المال الذى اشترى شيئا باختيار غيره مع انه غير مولى عليه شئ لا نظير له الثانى انه لو تم لوثبت ان للشفيع ان يملك الشقص مطلقا حتى يتم ان يقال ان الاذن فى الشئ اذن فى لوازمه لا خصوص ان يملك ملكا قاطعا للملك المشترى المتصل بملك البايع لا مطلقا كما هو المتناقى من نصوص الباب عند التدبر فلا يكون مذهبا ان شريح هنا من باب العباس على الرهن كما قد شيخنا حتى يدفع بانا لا نقول به بل من باب اتحاد المناط او كان سبق عقد الرهن اللازم بالنظر الى الراهن يقتضى عدم توجه الخطاب بالالزام بالوفاء بالمتاخر عنه لا برضا المرتهن كذلك سبق حكم الشارع بان للشفيع فسخ ملك المشترى الذى تلقاه من البايع يقتضى عدم توجه الالزام بالوفاء بالعقد المتاخر عنه لا برضا الشفيع فالفرق بينهما بعد وضوح اتحاد المناط غير معقول ومنه يظهر ان الفرق بين المقامين وبين الاخذ بعد الاقالة وان الاخذ بعدها فسخ من الحين لا كاشف عن البطلان كما هو ظاهر الشهيد وبالجملة هذا وما شعرنا باراد تمام الكشف فى الاقالة وفى المقام تعليلهم تقديم حق الشفيع بسبقه فان السبق انما يوجب ذلك بالتقريب المقرر فى الرهن ونحوه والا فان مجرد اهمية السابق لسبب السبق لا تصلح دليلا على ان للسابق فسخ تاثير السبب الواقع التام السببية فى التاثير فعلا بل اللازم ان يقال ارتفاع موضوع الاخذ بالشفعة شرعا الذى هو الملك من المشترى وان كان السابق لولا عروض اللاحق لكان اخذه سببا تاما فى تاثير الملك فعلا اذ الشفعة قبل الاخذ مقتضية لا سبب تام فيه فيكون

الآخر هنا كالدخول في سوق المؤمن والخطبة بعد الخطبة في كونه صحيحا مباحا وان كان حراما حيث ان النهي
مثل هذا لا يقتضي الفساد واما ما ذكره شيخنا هنا من ان تعذر الشفعة هنا كتعذر الوارث قبل وفاء الدين في
انه يباع الدين على الغريم مع عدم الوفاء كما تعذر الرهن ان اراد التظير فهو اول الكلام مع ان
ثبوت الحكم في الاصل محل نظر فلو اريد القياس فالجواب الجواب قوله رحمه الله اذا كانت الارض مشغولة بزرع
اه اقول صورة المسئلة على وجه لا اشكال فيها ان يكون الشريكان قد اشتريا الارض مشغولة بالزرع فشرط البقاء
بقائه الى ادراكه ويكونا قد زادا عما مر قبل ان يبيع احدهما حصته واما قبل ان يحصد فلا يكون الزرع بعد
القسمة لهما بناء على عدم اشتراط بقاء الشركة في المملوك بالشفعة فلا يرد ان الاصل والنص على خلافه قبل
الحلاف في ذلك انما هو من اهل الخلاف دون اوهم كلام بعض اصحابنا خلافا كما مر مفصلا في نظير المسئلة عن غير فرق
بين ما اذا باع احدهما حصته قبل ادراكه وبعده جواز النا خير هنا فهو ان المفهوم من قوله مشغولا بزرع الشفعة بين
الشركاء وقال لا ضرر ولا ضرار يقابل الشريح الشفعة بدفع ضرر الشفيع بها كما مر لا ان ضرر ان يكون كل منهما بكون
الشفيع بالخيار هو الذي ادخل ضرر الشركة الحادثة على نفسه فلا شفعة له حيث امر هو السبب في ذلك دون
الشارع وان كل مورد لا يكون الشفيع بالخيار من الاصل سببا في ادخال ضرر الشركة الحادثة على نفسه فهو على شفعته
كما في نحو المقام حيث ان الشفيع يمتنع عليه الشرب بالعين بالخيار مشغولا سواء بيعت حصة شريكه مع الارض
ان لم الشريان بالتفريق لم يجز لهما اخر بيعه والتفريق بسقط شفعته ومن هنا يعلم ان المراد انها لو كانت مشغولة
او مستاجرة كلها فلو كان بعضها خاليا مشغولا او مستاجرا او فاعلم وسقطت شفعته كما مر هو السبب في
ادخال ضرر الشركة الحادثة بالنظر الى الحصة الاخرى ان الشفعة لا تبعض فتامل جيدا قوله ليس في المتن اذا
اشتري بثمن مؤجل اه اقول يشكل القول الاول بان الشفعة على خلاف الاصل فيجب الاقتصار في كل مقام يثبت فيه
ثبوتها على الاخذ بها وان المتبادر عند المقام وجوب الاداء بالحلول في كون التاجيل غرر مبيح للشفيع بناء على ما مر من عدم ثبوت
الدليل على ثبوتها حتى مع الاجمال بل الاقتضا القطع بانتفاء الغرر عنه وان الشفيع هنا هو الذي ادخل ضرر الشركة
الحادثة بالبائع على نفسه كما انه يشكل القول الثاني اولا بانه لا دليل على ان ملاك ذلك غيره على حصول الملك للمشتري
الضمان لعدم الثمن الشفيع بمجرد على جميع الكلية سواء كان البيع بالكلي او بالشخصي سواء فارق ذلك رضا البائع
بذلك لهما دائما الشفيع حقوق مع دفع العين الشخصية ثابتا بانا لو سلمنا حصول الملك للمشتري
بمجرد العقد بالثمن المؤجل على وجه لا دليل على جواز الدفع للثمن الشخصي بل ايجابه لا يناسب القول بانه لا يجب دفع الشقص حتى
يتسلم المشتري الثمن وانه يجب ان يقدم الشفيع بالتسليم حيث ان المشتري ان خلف حصول ذلك
بمجرد الاخذ بالقول كما اطلقوا ذلك خان احتباس المبيع حتى عن التسليم فان قلت لعلهم انما اوردوا
مما اطلقوا حصوله حلول دون التاجيل كما في المقام قلت فالمناسب بناء على وجوب تقديم الشفيع بالتسليم

ان مال الشخص واحدة الولي لحاكم بحبر المشتري هنا بخبره بين احتباس الشخص وبين الالزام بالكفيل ثم حاشية

كتاب الارث

قوله الشرح فورثا الولد الكافر اما اولا هذا مبني على ان ملك المجبي ظاهر في توريث الحاجب كما هو الغالب واما حجب الاخوة فانما خرج للقرينة الدالة على انه حجب للتنوير على الاب فاذا كانت الزوجة لا ترد عليها مطلقا والامام لا يحجب الكافر فكان الزائد على الثمن للولد الكافر واما لزوم حجب المسلم بالكافر على تقدير توريث الولد كما هو اقوى فان اراد بالمسلم الامام فمن الواضح ان الكافر يرث معه فرضا واجماعا ويقدم عليه وان اراد به الزوجة فان اراد انها تحجبه عنه بزاد هي لا تستطيع ارثه شرعا بوجه اصلا اذ هي كانوا ترث حتى مع الامام الذي هو اضعف الورثة وان اراد انها تحجبه بالنظر الى ما زاد عن الثمن الى الربع فيدفعه بعد تسليم ان ذلك لا يقتضي ان يكون الارث بينها وبين الامام على ان يكون لها الربع والباقي للامام بل لازم ذلك ان يكون الارث بينها وبين الولد على ان يكون لها الربع والباقي له فان ذلك لا يخرجه عن كونه بمنزلة الميت بالنظر الى ما يمكنها شرعا ارثه وليس في الآية انه لا يجتمع ارث مسلم وكافر مطلقا مع امكان ان يقال ان تعليق ارث الربع في الآية على عدم الولد مطلقا يمنع من صدق اسم الحجب عليه هنا وفيه نظر فظهر ان الاقوى ما احتمله العلامة الامام قدس سره فتدبر جيدا قوله المتن اشترى المملوك من التركة اه لا اشكال في جواز الشراء بل الارث في وجوبه انما الاشكال في وجهه فانه يحتمل وجهين الاول ان تكون التركة هنا قد انتقلت جميعا الى الامام عج او مقدار قيمة المملوك منها خاصة من حيث ان المملوك لا يرث سواء قلنا بانه قد يملك ام لا والامام عج وارث لكن يجب عليه ان يشتري العبد لنفسه وان يعتقه عن نفسه او بوكيله وعلى الاول يجب على الامام عج ان يملكه باقي التركة بعد العتق ولا زم ان يوقف تملكه على العتق وان لا يكون تملكه قبل تملك ارثا من الميت وعلى الثاني يملك الباقي فظهر تملكه ارثا من الميت وكيف كان فلازم هذا الوجه ان يكون نماء التركة جميعا او نماء مقدار القيمة للامام عج مستقرا بل ونماء العبد قبل العتق وان يكون عليه نفقته بل ونفقة كل حيوان هو من التركة من عبد وغيره وان يكون لورثة المملوك بعد عتقه فيكون ذلك من خصائص الامام عج اذ ذلك لا يجب على غيره من الوارث قطعا ولا زم ذلك ان يقتصر في الحكم بوجوب الشراء على خصوص مورد النص فلا يجب مع فضول المال او كون العبد مبعضا او متعددا مع الفضول او مطلقا وغير ذلك بل يتوقف تولي الحاكم له على ثبوت عموم وكالته عن الثاني فان تكون التركة غير منتقلة الى الامام اصلا بل هي على حكم مال الميت وان لم يجز صرفها في شئ من قضاء الحقوق كالثلث هي كتركة الميت حيث يكون وارثه حملا ولو بطفل فان الحمل لا يملك كما ان الميت كذلك لكن يجب ابقاء المال الى ان يستهل الحمل فيملك فيكون المال هنا كذلك فيوقف المال ان كان العبد مشرفا على الانعتاق كالكتابة ام الولد والمدبر في بعض الصور فيدفع المال كله ارثا حتى انه يجب فيه التقسيط الارث مع التعدد وان لم يكن مشرفا على الانعتاق كما هو الغالب يجب شراؤه عن الميت بما له المحكوم ببقائه على حكم مال الميت ويجب عتقه

عن الميت

عن الميت ان لم نقل بانه فرجب يكون ممن يتعلق عليه فهرا كما هو ظاهر النص ومقتضى الاصل وعلى هذا فيكون تملكا للباقي تملكا ارثيا وجها واحدا ويتم ما حققه شيخنا هنا من انه لو كان العبد جزء من التركة وجب عتقه لثبوت الباقي ذلك وكذا لو كان هو تمام التركة ولو بعضنا للقطع بان غرض الشارع على هذا هذا الوجه ايصال مصلحة المال الذي كان للميت الى قريبه اما على الوجه الاول فيشكل بعدم النص هنا وان الباقي ليس من مذهبنا بل لقائل ان يقول ان تعيين الشارع دفع القيمة في شرائه لغوي نوع من الارث باعتبار كونه نصرفا للمال في خصوص مصالحه من غير تخلل مالك بينهما ونظيره في ذلك الطفل المستهل الذي يجب صرف ارثه في مصالحه لكنه مالك عنده بخلاف العبد فلا اقل من ان يقال انه بمنزلة الميت بالنظر الى المثلة

قوله ولو ترك المنى او بان تنقضي مدة لا يعيش مثلها الخ يشكل ذلك بانه لا دليل على كفاية المدة المشار اليها في الحكم بموته وان حصل منها الظن المتاخم للعلم فان اريد انها تصير مع فرض حصول العلم لا مطلقا اشكل ذلك اولا بانه لا معنى لعدم حجية فسما لحقق موته وثانيا بان دعوى حصول العلم بموته بمجرد مضيها ممنوعة فما قاله فخر الاسلام ممنوع عليه من الاحتجاج على المخالفين في بقاء المفقود وجعلنا فداه بان التعمير فوق ما ذكر مستحيل عادة لكثرة وجود المعمرين زائدا على المعادة بكثير ثم لا يخفى انه ليس في نصوص العشر والاربع اكثر من انه يحل شرائه من الوارث وانه يجوز للورثة اقتسام ماله واما ان وجود ذلك ان مضى تلك المدة شرعا بمنزلة قيام البينة على موته بل بمنزلة العلم بموته في انه يوجب انتقال المال الى ملك الوارث ظهرا وان الغائب حي بمنزلة الميت في الواقع وان كان حيا الى الجميع ذلك من احكام الميت من اعتداد زوجته ولزوم الحداد عليها وان صبرت ولم ترجع امرها الى الحاكم وتعلق عليها عتق وحلول ديون المؤجلة ولزوم اخراج وصاياه من ثلثه وانعتاق ام ولده ومدبره وحرمة تقلبه ابتداء وانعزال وكلائه وعدم اثره وجبر الزامه ولده بالقضاء عنده وجواز تزويج لقطها لو كانت امرئة ولزوم الحج عنه الى غير ذلك فالانصاف انه لا دلالة للنصوص عليه بل لا اظن احدا يلتزم بذلك كله بل الاجماع على خلافه في بعض ما ذكر وجمعه سواء ادعي ان هذا التربص مستفاد ان يقال حيا او قاما دام المجهول ولو قيل انها تدل على انه بمنزلة الميت بالنظر الى خصوص اموالها التي بقيت على الاجل من نماء وارث وغيرها بالنظر الى خصوص وارثه الحاضر عند الاجل وان ينتقل المال اليه فهرا دون باقي الاحكام ولازم ذلك انعتاق ام ولده دون مدبره وعدم انعزال وكلائه في غير اموالها بل وفي اموالها لو كان قد اوصى بثلث ماله بالنظر الى الثلث خاصة عند عدم نفوذ تصرف وصيه فيه بل لا يبعد ان يملك فيما لو كان قد اوصى له بالثلث ثلث ما كان يملكه قبل الاجل اذا كان قد اوصى بثلث ماله وان يملك ثلث اموالها الحاضرة حين الاجل من نماء وغيره وتمام نماء ذلك الثلث والحاصل اللازم من ذلك ان يكون واسطة بين الحي والميت حتى انه لا يكون وارثا في غير صورة الوصية ومطلقا ويكون حاجبا وبشاعة هذا الوجه الذي يمكن دعوى الاجماع على خلافه ادخل دليل على ضعف روح فلم يبق الا ان يقال القدر المحقق دلالة النصين على اصل الملك انما

انه يحصل فيها بعض الاجل او بالبينة والحيازة كالمفقود فيما دون العشر وعلى الثاني فهل تهمة على الضمان او تظهر جبايا كما هو الاصل وصريح الوثائق الاوجه الثاني اخذا معتبرة من حيث السند والدلالة جدا ويتبغي العمل بها جميعا مع الاصول بحكم بقائه على حكم مال الحي الغائب من جواز دفع الحاكم المال الى الوفي دائنا او عين مثل الاجل وبعده على وجه القرض مع الضمان لانه مرتهن واحسان فان كان في السراح خطر من بقاء العين غالبا لكن لو طلب اربع سنين جاز للوارث بفرض مسئلة لو كان الغائب بتادان لم يكن الوارث ملتا لكن انما يملك مع بينة التملك ويكون مضمونا عليه لو ظهر حيا الا مثل فلو توى الحظ لم يضمن ظلم بطلب دون اربع سنين حتى مضت عشر سنين جاز للوارث عند بعض مشى على الفور ليس ضمان كما بعد الاربع في جواز تملك الوارث وان لم يطلب لانه انما نقض لم يدا على اعتباره شرعا حتى يسقط بمضي المطلق وانما دل على اعتباره فلعله واجب مستقل وقع فيحمل خبر الانتظار عشرا على الاستحباب تحكيما على الظاهر فظهر من هذا كله ان الظاهر ان احدا لا يقول ان الغيبة من موانع الارث على الحقيقة سواء سماها بالفقد او الاربع او لم تقل لسماها ثم لغو اعتبارهم المسلم وعدم التزامهم بما سمعت من الوقائع والفتاوى المتركاثبت من حيث جواز تملك ماله عند الاجل بناء عليه وان كان بحكم الموتى في جميع الاحكام الا في ارثه في المال ولو كان اخوة لاب اه اقول فيه وجهان اخران الاول الرد على الابوين والابن اخذا كالمسئلة السابقة نظرا الى ان ظاهر قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس ان فرض حاجبية الاخوة انما هي في خصوص صورة ان يكون فقد ورثه ابواه ولم يكن له ولد او حتى لم تمنع الام من الرد هنا بل ينبغي ان يكون وجود الاخوة هنا كعدمهم نظرا الى المتوفى وللوارث على استظهار الاحتمال في الكلام على منعها من الرد كما هو ظاهر شيخنا امكن الشك فيه فانما يكون حجة على من عمل مع ان المسئلة خالية من النص اصلا مع ان في فقد المشهور نوعا البنت من غير حكم بفقد وفي فقد معين الدين وجها اللام مع اشتراكهما في الوجيه المقتضي للارث جعلوا ابا اولى الارحام او هي فيها اقوى مع ان ظاهره من ان الحجب بالاخوة الذين لا يرثون انما للتوفير بنصيب الاب خاصة بقرينة اشتراط كونهم اخوة لاب دليلا على حجب الاخوة للام في النصوص وانه لم يورث كلالة معنى انهم لم يكونوا كلالة على الاب وثقلا عليه عيالا ونحوهم اذ ليسوا عيالا عليه وبقرينة اشتراط حجوه الاب انهم مع فقده لا يحجبونها عن الثلث بل الانصاف ظهور السؤال او صراحتها في ان حاجبية الاخوة للام انما هي عن الثلث بمعنى انهم انما يحجبون في مقام لو فقدوا لكان للام الثلث وليس ذلك الا حيث لا ولد كما استظهرنا من الاب فعليك بمراجعة النصوص وتدبرها جيدا والانصاف ان قلنا بارث اولى الارحام منضما الى الطلان فان كان لها اخوة بمقتضى مذهب المشهور فان التفت الى القرينة السابقين قوى مذهب معين الدين قلت الشان في ثبوت الاطلاق فانه امكمل شيء يمكن استنباطه ولو سلم لم يبعد احتمال وجه اخر وهو الوجه الثاني من الوجهين الاخيرين وهو اختصاص الاب انما صار جميعا

نظرا الى التعليل بالعلولة المستفاد من النص فيختص به عموم او الاطلاق وعمومه فاذا قال ان الرد على حسب السهام نظرا الى وجود المزيد هنا فالاب الغاضبة به ويظهر ان التصرف في العام اولى من تخصيصه وهو كما ترى وكيف كان فالاقوى هو الاول ان لم يقم اجماع على خلافه **قوله** في المتن ولو انفرد اخذ الابن اه اقول الاقرب انا لو سلمنا المرتضى رحمه الله ارادة عدم دخول اولاد الاولاد في قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم وان الاضافة تشعر باعتبار مطلق الانتساب بالتولد ولو بواسطة بل الاعم ولا ان مجرد الاضافة مجمل بين ذين الوجهين اشكل تخصيص الابن بما ذكر اما ما دل على قيام بنات البنات مقام البنات وابن الابن مقام الابن فليس عندنا في هذا المرتضى وجه اذ الكلام انما هو في ابن البنت وبنت الابن اذ هو الذي يحصل فيه الاختلاف في كيفية الارث بين المرتضى والجماعة فالمرتضى يجعل لابن البنت الثلثين ولبنت الابن الثلث والجماعة بالعكس والمسئلة وامثالها خالية من نص يخصها ولفظ القيام في النص المزبور لا يمكن ان يفهم منه ارادة كيفية الارث في المقام الخلافي كما هو ظاهر نعم في صحيحة سعد بن ابي خلف عن ابي الحسن الاول بنات الابنة بمنزلة مقام البنات اذا لم يكن بنات لا وارث غيرهن وبنات الابن بمنزلة مقام الابن اذا لم يكن للميت اولاد ولا وارث غيرهن فان قوله وبنات الابن بمنزلة مقام الابن ظاهر في ان يرث الثلثين مع ابن البنت لولا قوله ولا وارث غيرهن لاشعاره بان غرض الامام عليه السلام ان الفروع يجوز التركة كلا لا يجوزها الاصول كذلك لان نظره الى كيفية الاقتسام مع الاجماع والاطلاق على ان ابناء البنت بمنزلة مقام البنات اذا لم يكن للميت اولاد وبنات الابن بمنزلة مقام الابن اذا لم يكن للميت اولاد بل في العدول في النصوص عن ان يقول اولاد البنت وابناء البنت الى ان يقول بنات البنات اشعار ما بمذهب المرتضى وكذا في عدوله عن ان يقول اولاد الابن وبنات الابن الى ان يقول ابن الابن فتأمل لعجب استظهرنا شيخنا هنا بتبعا للرياض من التطويل في النص الدلالة على مذهب المشهور مع اشتماله على ما اشرنا اليه بل قد ظهر لك ان لفظ القيام لا يدل عليه ولو سلمنا ظهوره في افادة اصل الارث والكيفية معا مع انه محل نظر واما خبر موسى بن بكير فلا يخفى ان ظاهره انه فتوى حكى ذراره مضمونها من غير خلاف اي من غيران يرد خلافها والعلة استند في ذلك كغيره من صحف الاصحاب وكالشهيد في شرحه حيث قال بعد ان ذكر احتجاج السيد بهذا كله حتى لو دلالة الاخبار الصحيحة على خلافه ثم ذكر صحيح عبد الرحمن وسعد وقد عرفت ما فيهما ومما لهما في النكت حيث احتج على المشهور بخبر الجبر وستعرف ما فيه والحاصل ان ظاهره ما يدل على انه خبر احتج به غيره كما روى واما خبر الدعائم فبعد تسليم دلالته فظاهر ان اعتماد الاصحاب في اثبات هذا الحكم انما هو على غيره مما روى في الكتب التي عليه المعول واليها المرجع لا عليه خاصة حتى يجبر ضعفه واما حديث المزاحمة الجبر كما اشتهر بالمضاف انه سيبين ان منعنا دلالته الا بناء على مذهب السيد والا فالتعارض بينهما بالعموم من وجه كما لا يخفى فكيف يخصص به عموم الآية بل ظاهر النص ان كل ذي رحم لبس له فرض في الكتاب فهو بمنزلة الرحم الذي يجبر به في امر باخذها فرض في الكتاب لو رحم الذي يجبر به لو كان هو الوارث وح يندفع

بنا الاخوة والاجداد والاعمام والاخوال واولادهم واما الاولاد فينبغي ان لم يدخلوا في ظاهر الكتاب
الاولاد وفي هذه فاصل الاولى الاعتماد على حديث الترمذي والجزم بعدم اعتداده بذهاب الاكثر واما ما قيل من
ضعف الدكالي بجهالة شهرة فهو كما ترى هذا واما عدنا عن جهورة الاحتجاج المشهور من ان الولد اسم للاعم من الولد
للصلب وغيره مطلقا خلافا لمن زعم انه اسم لخصوص الولد للصلب وانه مجاز في ولد الولد ومن ذكر في الاعم لان
لفظ الولد لا يبعد كونه اسما للكل بقطع النظر عن اعتبار كونه مولودا ومسئولدا فهو كلفظ الشيء والفرع فكما ان فرع الفرع
ولو بعيدا هو اصله فرع لاصل اصله فكذلك لفظ الولد والنتيجة هي ان يصدق على كل احد انه ولد لاحد اصوله
لانه لا يصح على هذا التحرير ما ذكره وانما المهم هنا اشارة اليه ولعل ترجيح كلامهم ولو بعيدا الى ارادة ان خلافهم في
حقيقة معنى اللام في مثل قوله تعالى ان كان له ولد وفي حقيقة معنى الاسناد في مثل قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
ولو بناء على وضع الهيئة التركيبية وان كان الحق خلافه وهو كما ترى قوله في الشرح وكما يسقط بها اه في تحقق الشهرة
على كبير زيادة في الارث بين الفقهاء نظر ضروري حكم كثير منهم بالاستصحاب كابن الجهيد وابن زهرة حاكيا
عليه الاجماع وابي الصلاح الحلبي وحكاه في المختلف عن صريح المرتضى واختاره وكما يبان ابن ادريس وابن زهرة واضرابهما
بفتاوى المتقدمين عن ناخر بل ظاهر المختلف انه لم يصرح بالوجوب قبل ابن ادريس بل هو مدعى الاسلام انه
ادعى اجماع الامة والائمة على ان المراد من اخبار الباب خلاف ظاهرها حتى انه حملها على انها واردة مورد
الانبياء والائمة مع ان جملة منهم لم يذكروا المسئلة اصلا في كتبهم المعدة لحصر الفرائض وان كان بعضهم
على مذهبهما كالصدوق في المقنع والهداية وابن البراج في الجواهر وسلار في المراسم وابن حمزة منهم من شرط
منها القيام بمكان البيت من صلوة وصيام وظاهران المملوك الارث لا يمكن ان يكون موقوفا على امر فيتم
بحيث ينتفي اذا انتفى نعم لا يمتنع ذلك على تقدير الاستحباب بل الوجوب بمعنى وجوب دفع حصص شركائه منها
مجانا كما هو ظاهر القائلين بها او بالقيمة واما ابن ادريس فانه انما اظهر المجمع عليه اه وهذه العبارة كما
لا يخفى تحتمل ارادة دعوى الاجماع في خصوص عصره وكيف كان فلا يتم الاحتجاج بدعوى الاجماع وان قلنا
بحجية المنقول مع معارضته بمثله وبما ذكر بل الانصاف ان الاستدراك في تحقق الشهرة القديمة على ارادة
الاربعة فريضة قوية لكن المهم في النكت قال الاصحاب بها على ثلاث طرق الاستصحاب فابن الجهيد توهمها على الاباحة
وابو الصلاح على الاستحباب والمرتضى احتسبها عليه بالضمان والاكثرون على انها تختص بها وجوبا مجانا ولا يخفى على
ضعف هذا التحرير واما الاخبار فلا ريب في ظهورها في المملوك الارث لولا قوله في صحيحة حريز فان احدث
به حدث فهو للاكبر منهم فان حمل على ارادته فان حدث به حدث قبل ان يهلك الرجل كان خلاف
الظاهر بل هو كالمستدرك لقوله اذا هلك الرجل وترك بنين بل ظاهر ان المراد او لا اثر فان حدث بالاكبر
منهم حدث بعد موت ابيهم اي اثر فان قبل اخذها ذكر كان ذلك لاكبر البالغين من الاخوة ولا اثر لكون
المجموع ارثا ناصا بالاكبر ان تكون لورثته من بعده لا لاكبر اخوته اقول لو قلنا ان اللام في اخبارها للملك

الا للملك منحصرا ظهرا على الاكبر فلا يبعد استحباب تملك الباقين اكبرهم اياها بعد موت الاكبر بعد ابيه وقبل القسمة فتدل اللام في بحر الحديث التي اريد منها الملك بالتملك بالمقرب المتسابق على ان المراد من اللام في اوله مثل ذلك وحيث كان الاجماع محققا على عدم وجوب تملك الورثة بعضهم لبعض بعض حصصهم فقط تعين الحكم هنا بالاستحباب بناء على نفي ارث الظهر بالجوة بمعونة ما اشرنا اليه فان ذلك احتمال القرينة المعينة بمنع من كونها قرينة قلت هذا صحيح اذا استوى الاحتمالان فان اجمال القرينة لا يوجب الاحتمال في غيرها اما لو كان احدهما اظهر كان في المتأخر لزوم الحكم بالتصرف وجعله قرينة فان قلت ليس احتمال قوى ظهور من التصرف حتى يحكم بقرينيته قلت لو سلمنا ذلك هنا مع انه كما نرى فانا لا نلزم التساقط والرجوع الى الاصل وعدم الحكم بالوجوب ايضا قوله ع في خبر شعيب سماعة عن الرجل يموت ماله من متاع بيته اه يحتمل معينين الاول السؤال عن الرجل المشترك على الموت الذي يفقد من وصيته وعلى هذا فيسقط الخبر الثاني عن المسئلة ويدل الاول على نزاحة الوصية بعين من اعيان الجوة لتملكها ولو قلنا بالوجوب مع ان احدا لم يحج بها على ذلك وكيف كان فبعده انه لا خصوصية لاعيان الجوة ولا للسيف منها عما عداها من التركة في نفوذ وصية بها اذا لم تزد على الثلث فان قلت مقتضى اطلاق ان له ما ذكر ان له الوصية بالثلث ما عداها وله الوصية بها وان زادت بل اذا زادت كلها على الثلث بالغة ما بلغت قلت لا ريب ان الغالب فيها ان يكون قدر الثلث او المنصوص مصروفا بالمنع من الوصية بما زاد عن الثلث من غير استثناء ولو لم ينزل النص هذا على الغالب فالتعارض بينهما العموم من وجه والاصل المنع بل الحق الاجماع محقق على المنع بما زاد على الثلث مطلقا بل الظاهر بان مخرج المريض من الثلث لا يغيرون بين ان تكون من اعيان الجوة او غيرها اللهم الا ان يقال وجه تخصيصها بالذكر شدة احتياصها بها وتعلقها بها فكانت لذلك اولى بان تنفذ فيه وصاياه الوجه الثاني ان يكون السؤال عما لم يعلم مولاه من غير وصيته فقوله ان له السيف مثلا بعد الاجماع والضرورة على انفاذ الزكاة كلها الى الورثة يتعين ان يراد به ما ينبغي ان يدفع السيف صدقة عن صاحبه اذ لا يجب ذلك بالضرورة على احد فيكون مخصصا بالاكبر فيخص شعيب بها على اولى مصادرها وانها له بالتملك لا بالتملك القهري حتى يكون احياء الاكبر كاطعام الجد السدس وكوهما من موارد قوله تعالى واذا حضر القسمة اولى القربى واليتامى فارزقوهم منها وقولوا لهم قولا سديدا لكن يمكن ان يقال على هذا الوجه ان احتساب الصدقة عن الميت بالسيف مثلا لا يمنع ان يكون المخاطب بذلك انما هو الاكبر للنصوص الخاصة باختصاصها به والانصاف ان التفكيك بين ما اشتملت عليه الاخبار مع انها جميعا في غاية الاعتبار وطرح ما عدا الاربع من غير معارض ولا حمل على التقية مشكل جدا والحكم بوجوب الجميع اشكل اذ لا طريق الى استقرار الظن بوجوب الاربع خاصة ولا الجميع اما الاستحباب فلا باس به فاترك مظنة التسامح مضافا الى ان المناسب للقرينة اللازمة سيما في مثل المقام الذي هو من الاموال التي هي مظنة النزاع والجدال مع انه مما تعم به البلوى

جدا وانما ان يكون حكمها من مبدء الشريعة ولو عندنا خاصة فى غاية الوضوح كالمغمى والعوال والمغصوب والفاسق والفاجر وان يرد نص او عموم مشتملا على الجميع فاتية لغيرها او مقتصرا عليها فاقتضاء النص عليها على اختلافها فيه من قوى امارات عدم الزيادة الارثية بل اختلافها هنا اقوى دلالة من اختلاف اجناد البر اذا اضف المتدرد واما ما ذكره شيخنا زاده من الفرق بينهما من ان المقام لا يمكن التسامح فيه لمعارضته بمجرد المضرة فى مال اليتيم والمجنون والغائب فالاستحباب هنا لا يزيد جواز التصرف فى مال اليتيم ونحوه بخلاف مسئلة البر فيكون كاستحباب زكوة مال الطفل واستحبابا العشر الثابتة لا يمكن اثباته الا بالدليل القاطع للعذر كالوجوب فجوابه اولا ان دليل الاستحباب هنا ليس مما لا يمكن اثبات الوجوب به لضعف سنده فيحمل على الاستحباب لانه تسامح فى ادلة السنن اذ هى من الصحيح الواضح بل المتواتر وانما ذلك لعدم سلامة دلالته على المعارضة بمفاده او بقوى عليه فيمنع الحكم بالوجوب بسبب ان الاصل براءة الذمة وعدم تملك الاكبر الزيادة فهو امر يتعذر لذلك ان يكون العمل على الاستحباب وانما اوردنا هنا من الاختلاف هنا فرينة الاستحباب انه قد يقع من الشارع التسامح فى ضبط المستحبات والحث عليها على حسب ما يقتضيه المقام مما لا يقع منه فى الفرائض اللابدية وثانيا ان كلام القائل بالاستحباب يلزم القول بجواز دفعها من مال اليتيم كما فى زكوة الطفل ضرورة الفرق بين الدليل هنا فان دليل زكوة الطفل خطاب لخصوص اولياء الطفل ضرورة خروج الطفل عن كونه مخاطبا لكونه مولا عليه فلا يجوز التسامح فى دليل الاستحباب لما ذكرناه فى المقام فالمخاطب باستحبابا التمليك انما هم الورثة فالغاصر منهم غير مخاطب بالاخراج حتى يكمل وانما وليه فالدليل هنا على كونه مخاطبا الاخراج حصة الغاصر منها او تملكها للاكبر لا عموما ولا خصوصا وح فلازمه لا نزاع ان اريد ان المبين يملك هذه الاعيان قبل الوزن فهو مسلم ولكن هى غيرها سواء ضرورة وان اريد انه يملكها ابدا على الثلث مما عداها فهو خلاف ما اجمعوا عليه من ان المبين لا يملك من جميع ماله الا الثلث اذا اوصى به فتامل هذا وقد حررنا فى هذه المسئلة رسالتين احداهما مبسوطة اخرى مختصرة فمن اراد الاستقصاء فليراجعها وح فلازمه التوقف عن الاجتزاء حتى لو كان الحكم بالاستحباب اجماعيا بل حتى على القول بالوجوب ايضا اذا فسرنا بانه يجب على الورثة تفضيل الاكبر بها من حصصهم لا انه زيادة فى الارث عليهم وان كان الظاهر لا قائل به الا انه فى نفسه بعيد عن مخالفة الكتاب العزيز الظاهر فى الشركة فى جميع التركة من القول بالزيادة الارثية فتدبر جيدا **قوله** فى الشرح ترجيحا لاطلاق ادلتها اه اقول اى دليل على لزوم ترجيح اطلاق ادلتها دون اطلاق الدين والوصية والكفن بل الحق ان دليل الجبوة انما يسوق لافادة ان الاكبر يزاد فى الارث بما ذكر فكل ما يزاحم ارث غيره يزاحمه لانه ليس فيها دلالة على قوة تملكه فيها خاصة بوجه فتدبر **قوله** فى الشرح فيكون لها من مالك هذه الاعيان والثلث من غيرها وان جنى بها ولده الاكبر اه اقول يشكل هذا الكلام **قوله** فى المتن كان الفاضل للاخت خاصة اه اقول دليل المشهور فى المسئلة ولا حظها اعنى مال لو كانت الاخت للاب خاصة واضح وذلك لانه كل ذى رحم بمنزلة الرحم الذى يجره به

ظاهر في اعطاء من يدلي بالاب كلما فاكان من حكم الاب فالاب يقتضي ان للاب ابا في حيث فاخذ الام السدس وان لام هنا الا فاخذ اكثر من السدس والثلث اصلا فليكن من يدلي به بمنزلته ولا ابا في ذلك كون الاخ للابوين او للاب قد فرضها النصف هنا فلا كون الاخ للابوين يدلي بالام ايضا فان كونها تدلي بالام لا يقتضي انه يقاسم ابا في لا انه يقتضي عدم اخذه وكذا الاب انما فيه كون الام انما تاخذ السدس مع عدم الولد ومن حجبه الاخوة الذين يحجبونها وان الاب انما ياخذ ابا في نصيبهم وذلك لا تزاد اكان من حكم الام انها لا ترد ابدا على السدس حيث يكون فرضها السدس لزم ان يكون من يدلي بها بمنزلتها في ذلك فيكون ابا في من يدلي بالاب لا في الذي بالاب ياخذ ابا في مع الام وان كان الوجه مختلفا فتدبر جيدا فانه مهم جدا وبه تحاج فلا تحتاج الى مخشم الاحتجاج بحكاية الاجماع او الاعتماد على نصوص مستضعفة وان كان الانصاف انها معتمدة الا ان ما ذكرناه ادفع في الاحتجاج واقطع لشائبة اللجاج بقي شئ وهو ان التقييد بالواحد من كلالة الام في المتن في مسئلة التضاد والزيادة لا اثر له فيهما فانه كان فرضهما في الاكثر من الكلالة في المسئلتين فيكون مستند كلامه لا يخفى ولعله اراد بالشائبة قوله في المتن اذا ترك جدا بيده اقول توضيح المسئلة ان الجد بن للاب مع الجد بن للام يقتسمون المال اثلاثا ثلثان لمن يدلي بالاب وثلث لمن يدلي بالام حتى لو لم يكن من طرف الا واحد كان الامر كذلك وكذا لو وجد من طرفها اثنان ومن طرف واحد كان من يدلي بالاب باخذ نصيب الاب ومن يدلي بالام باخذ نصيبها القاعدة كلا ذي رحم لكن من يدلي بالاب يقتسمون فيما بينهم اثلاثا للجد الثلثان وللجدة الثلث لقاعدة الجداد والجدة اخت فيقتسمان اثلاثا مما حيث يفرقان بالاب للذكر ضعف الانثى واما من يدلي بالام فيقتسمون بالسوية لانهم لا يجري فيهم قاعدة الجداد اذ لا تمايز بين الاخ من حيث كونه ذكرا والاخت من حيث كونها انثى حيث يفرقان بالام نعم المتعدد من كلالة الام له الثلث بالسوية وح فلا يبقى فيمن يدلي بالام الا قاعدة الجرد وهي لا تقتضي التفاضل وانما تقتضي الاشتراك محضا فيجب الحكم بالتسوية كالمتعدد من كلالة الام وح فلا يلزم ذلك ان يكون ابوا الجد من طرف الاب وابوا الجدة منه يقتسمون مع ابوي الجد من طرف الام وابوي الجدة من طرفها اثلاثا بل ثلثان لمن يدلي بالاب وثلث لمن يدلي بالام وان يقتسم ابوا الجد من طرف الاب مع ابوي الجدة من طرفه على التفاضل لان ابوي الجد من طرف الاب يرثون ما لو كان هو الوارث لورثه وكذلك ابو الجد من طرف الاب ولا ريب ان الجد مع الجدة يرثان على التفاضل فكذلك من يدلي بهما عملا بحديث الجرد وعموم المنزلة فظهر انه يجب ان يعمل بحديث الجرد فمن يدلي بالاب من الاجداد الاربعة مرتين مرة بالاضافة الى من يدلي به ومرة بالاضافة الى من يدلي بهما بالجد والجدة ثم يقسم ابوا الجد من طرف الاب نصيبها على التفاضل وكذلك ابو الجد من طرفه لما ذكرنا من قاعدة الجداد والجدة اخت اما من يدلي بالام من الاجداد الاربعة بحيث لا طرق لا صول لهم اعني الجدين من طرف الام الى التفاضل بل كان افتسامهما على التسوية لزوم الحكم فيهم بمثله تطبيقا للنوع على اصله وبهذا يظهر لك فساد القول المشهور وضعف ما عداه بل ضعف ما ذكره شيخنا من ان مستند الاقوال

كلها اعتبارات لا دليل عليها وان الاولى الرجوع الى التفصيل مع انه قد يمنع كما لو كانوا مجانين واغربين
ذلك احمالا لزوما التفاصيل بين اجداد الاب فقد يرجح قوله في المتن واتم يورث المال اذا انفرد اما لزوم
كعبة هذه المرتبة على التفصيل في العصبة والمولى وان التقريب بالام فيهما يوجب التشريك مع الوحدة
والتثليث مع التعدد والقسمة بالسوية وان القرب بالاب من طرف العصبة لا يوجب شيئا مما يوجب التفاضل مع
الاختلاف بالمذكورية والانوثية غير منصوص عليه صريحا وانما هو تخريج وتخريجه طرد الاول ان يقال ان
اسم الكلالة في اللغة كما نص عليه غير واحد اسم لمن ليس بوالد ولا ولد لما مر قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة
وله اخ او اخت اه في كلالة الام وقوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت
فلها نصف ما ترك اه في كلالة الاب يشعر بان هذا التقسيط على هذه الكيفية في النوعين انما كان من حيث
اقتضاء كلالة الام ما ذكر فيها وكلالة الابوين ما ذكر فيها نظرا الى ان التعليق على الوصف المناسب يشعر
بالعلية فيطرد في مورد النص الثاني ان يقال سلمنا ان اسم الكلالة انما يقع على الاخوة والاخوات لكن لا نسلم
كلالة الاب والاخوات كلالة الام فاذا دل النص على ان كلالة الام فيه حكمهم انهم يرثون على ما ذكر فيه من التقسيط
فهم منه عرفا بحسب اللغوي ومن باب التنبيه حكم الاعلى على حكم الادنى ان الكلالة بالواسطة لها حكم الكلالة بلا
واسطة وانما الاولى ان يرد عليه بان يعطى الواحد من كلالة الام السدس والاكثر الثلث وان يعطى الباقي في كلالة الاب
اذا اجتمعوا مع الكلالة الام واحدا كان او اكثر للذكر منهم والانثى ضعف ما لهم من حيث الرحمية اضعف
فانها انما هي الاخوة لكن بالواسطة فيكون الكل بسبب ذلك اشد واضعف منها اعمام الاب واخواله هم فان علقتهم
هي الاخوة لكن بواسطتين وهكذا ورد فيما ذكر في النص انما ذكر انموذجا لما ورد عليه فلا يشكل بان عموم
قوله في خبر سلمة في عم وعمة للعم الثلثان وللعمة الثلث مناف لذلك لان العموم بينهما من وجه والمعارضة
للكتاب يجب اطراحها الثالث ان يقال ان قوله كل ذي رحم بمنزلة الرحم الذي يجر بريغام منه انه بمنزلته على حسب
ما فيه من العلاقة الرحمية الغير المنصوصة على طبق ما يناسبها من الرحمية المنصوصة فيكون نصا على ان الاعمام
الذين هم اخوة الاب بمنزلة الاب ان الاخوة التي بينها بمنزلة الاخوة التي بين الميت واخيه فكانه قال العمان
اب الميت واخوه كل منهما بمنزلة صاحبه فان الاخوة التي بينهما بالنظر الى الميت بمنزلة الاخوة التي تكون بين
نفسه واخيه فيكون كقولك زيد كالاسد اي في الشجاعة وزيد كالحمام اي في الكرم فاذا قلت عمرو كزيد كان
تشبيها له بهما فيه من وجه الشبه لهما فيكون تشبيها لهما بالواسطة وعلى هذا المعنى يتم بمنزلة صدر الحديث
قوله ان في كتاب علي ان العم بمنزلة الاب والخالة بمنزلة الام وبنت الاخ بمنزلة الاخ فان كل ذي رحم فهو بمنزلة
الرحم الذي يجر بريغام الا ان يكون وارث اقرب الى الميت منه فيحجبه وفي خبر اخر من صحيح الاجماع كان علي يجعل العمة
بمنزلة الاب والخالة بمنزلة الام وابن الاخ بمنزلة الاخ فان كل ذي رحم لم يسم فريضته فهو على هذا التخريج فان قلت سلمنا
ذلك لكن يعارضه خبر سلمة ولو بالعموم من وجه قلت لا يخفى ان القاعدة المرسومة واردة على جهة التكرر فهي

كما دلت العبارة عليه هنا وما الى مجرد المعارض جدا فتدبر جيدا فانه دقيق نافع هذا وليتشفى من حكم الكلالة وما لفها
ما سيجئ من انه لو اجتمع كالعم او العمة والخال او الخالة فان للعم الثلثان وللخال الثلث ولو كان واحدا للتصريح
الخاصة المستفيضة او المتواترة خلافا لجماعة فاطرح والقاعدة قوله في الشرح فالمحكي عن الفقيه اه اقول هذا القول
هو الاقوى للاصل والعموم واما ما رواه شيخنا غريب اذ دعوى وجود المقتضي لارث ابن العم بعد منع عمومه
التعليل ولعدم الجابر لاول الكلام اذ دعوى القطع به هنا مع انتفاء الاجماع والنص تحكم صرف والقياس
ليس عندنا فيجب الرجوع الى القاعدة المنصوصة من تقديم الاقرب فالاقرب فالاقرب مما يرد عليه بقائه
بلزوم ان يورث ابن العم مع الخال وان يرث مع وجود العم وحده منهما وكل ذلك مخالف للفتوى
فتدبر اما على ما اخترناه فيختص المال مع عدم العم بالخال دون ابن العم الا مع ابن الخال وكذا على مذهب
المحصلي ليس في ذلك ما ينافي الاصل نعم يلزم على القول باختصاص المال ابن العم مع وجود العم والخال للقول
به مع انتفاء العم او وجوده كذلك فلا يورث وجوده قوة في ابن العم وكاضعفا في الخال وعلى كل حال فخالفة
ظاهرة وكذا يلزم عليه ان يورث مرتين مرة مع وجود الخال ومرة مع وجود ابن الخال وجد العم وقد ظهر ان
هذا القول وما قواه شيخنا سواء في الضعف وان مذهب المحصلي اقربها مخالفة للقواعد بعد ما اخترناه
هذا ولو كان هذا الخال ابن الخالي فهل يختص المال بالعم ويسقط ابن العم وابن الخال او يختص ابن العم لسقوط
العم بابن العم وسقوط ابن الخال بالعم سيما على القول باختصاص المال مع الخال لان سقوطه لسبب مساو
للعم يوجب سقوط فرعه الذي هو اولى منهما او يشترك ابن العم وابن الخال لسقوط العم واستوائهما في الطبقة
امتال الاحتمال الاخير اقرب بابن الخال فلا مجال لهذه الوجوه انسبها بالمختار وبمذهب المحصلي الاول وبالقول
باختصاص المال بابن العم مع الخال القول به هنا وبالقول بالاشتراك بينهما الاشتراك هنا هذا مع وجود
العم اما مع عدمه فوجهان الاختصاص بابن العم بناء على سقوط العم والخال لو وجدا والاشتراك بين ابن
العم وابن الخال وهو اقوى قوله فما عساه يظهر منهما حكي من تعليل الشيخ قدس سره اقول الذي في النهاية هكذا
فان كان العاقد عليهما غير الابوين فلا توارث بينهما حتى يبلغا ويرضى المحق منهما بالعقد فان مات الصبي
قبل البالغ وكان الصبي قد بلغ ورضي الصبي بالعقد لم يرثها الا ان لها الخيار اذا بلغت وان بلغت الصبية
ورضيت بالعقد ثم بلغ الصبي ومات لم يرثه لان له الخيار اذا بلغ وهذا كما ترى صريح في ان مدار الارث
بانتفاء الخيار في الاجازة وعدمها لا بانتفاء الخيار بين الفسخ وعدمه لعيب ونحوه فان الاجماع محقق على
ارث ذي الخيار من صاحبه زوجا كان او زوجة لو مات قبل الفسخ لم يخالف في ذلك احد من الفقهاء فان
الخيار بين الزوجين مختلفان جدا متعلقا وحكما بل بينهما بون بعيد فلا ينبغي ان ينزلهم على الشيخ ما احمله
شيخنا عليه من التسوية بينهما في هذا الباب قوله في الشرح وهو من غرائب الكلام اه اقول الظاهر ان نظر
شيخنا الشهيد رة الى البناء على ان صحيح العقد الفضولي بالاجازة سواء جعلناها ناقلة او كاشفة ليس مما

تقتضيه الاصول الشرعية كعفو اوفوا بالعقود وتجاوزه عن تراض ونحوها كما هو الوجه وقد اوضحناه في محله وانما ثبت بالنص الخاص كوابر عروة البارقي واحياء الباب ثم في غير مورد النص بالاجماع على عدم الفصل ان وجد وح فالاصل مع انتفاء النص والشك في الاجماع الحكم بالبطلان كما ذكره والافهو كما بنا في ان الاصل كان الاجازة من غيرهم كما اعترضه شيخنا ره ويؤيد ما ذكرنا ان منهم من شرط في صحة الفضولي في الخبر اجازة العقد للعقد فضلا وانما خالف الاصل على المشهور ووجهه بناء على الكشف انه لا اشكال في كون رضى المخبر شرطا في صحة العقد وان كان مناخرا وح فينفع الكلام في الاكتفاء به مطلقا وعدمه فتدبر **قوله** الثالثة المسئلة الخامسة اذا كان للزوج والزوجة من الميت ولد اه اقول تحرير المسئلة ان يقال انه مهما اشار الزوج به مقاما خمسة في كل منها اختلف الاصحاب فيها على قولين الاول انها هل هي كما في الورثة من ذوي الانساب والاسباب او انها انفرد منهم بانها تمنع في الجملة والثاني ليست طلقا في فريضتها مطلقا كما في الورثة اكثر الاصحاب على الثاني بل لم يخالف فيه الا ابن الجنيد والقاضي فيهما وفي عامة الاسلام الثاني انها بناء على الثاني فهل تمنع من الارض في الجملة عينا وقيمة ورث منها او قيمة اكثر هم بل لم يخالف الا المرتضى ره فحكم بانها ترث من الدور والمساكن قيمة لا عينا وانها لا ترث ما عدا ذلك عينا كغيرها وربما مال بعض المتاخرين الثالث انها بناء على عدم ارثها من الارض عينا كالقيمة فهل تمنع من الارض مطلقا دارا او بستانا او غيرها او يختص المنع بارض الدور والمساكن وغيرها المشهور الاول وخالف في ذلك المفيد وابن ادريس والمصنف في النافع فخصوا الحكم بالدور والمساكن وحكموا بانها ترث من غيرها عينا كغيرها الرابع انهم انفقوا وهم ابن الجنيد على انها ترث من المنقولات عينا كغيرها من الورثة وانفقوا الا ابن الجنيد على انها تمنع من كل بناء منعت من ارضه وانها ترثه قيمة لا عينا واكثر المتاخرين فان الشجر والنخل هل هما في حكم البناء فترثه قيمة او في حكم المنقولات فترثه عينا المشهور هو الاول وخالف في ذلك الشهيد الثاني ره في رسالته فحكم بانها ترث منها عينا كالمنقولات الخامس ان الزوجة التي يحكم لها بالخصوصية والانفراد عن الورثة في هذه المقامات جميعا هل هي خصوص غير ذات الولد من زوج سواء ورثت الربع او الثمن او هي مطلق الزوجة وان كانت ذات ولد من زوجها المشهور بين المتاخرين الاول وبين القدماء الثاني وهو الظاهر في كل ما سبق وهو الاشهر ويخرج ذلك كله من نصوص الباب غير خفي على من تدبرها واصغى بما الاشكال في معنى ارثها من البناء ونحوه او من الارض قيمة لا عينا فان فيه وجهين الاول ان يكون حقها الارث من الثمن او الربع متعلقا بها شرعا على وجه الاصالة دارا ولا وبالذات كما استظهره جماعة نظرا الى ما دل من النصوص على انها لا ترث من العقار شيئا وما دل على انها ترث قيمة الطوب والخشب فالمنع انما هو بانتقال قسطها من العين الى الورثة فيهما من غير ان يدخل في ملكها انما قائما واشتغال ذمم الباقين بقيمة ذلك الثاني انها تملك قسطها من البناء ارثا الا ان ملكها اياه غير مستقر حيث ان للوارث دفعها عنه بالقيمة فهما في ذلك كالمشتري بالاضافة الى الشفيع وكالغير بناء على ضعف الوجهين من تعلق

حضر من الركوة بالعين على وجه المشاركة الحقيقية حيث ان للمسألة نظيرا قضيا بالقسمة والى هذا ذهب جماعة منا حكى نظر الى عموم الكتاب واقتضاء تخصيصه على توبة الارض للنصوص التصريحة بان المرتضى لم يعرف بعينها والقائلون الاولون ظاهر الدليل فحامل ادعاء الغير عليهم ان الغرض الارفاق بالورثة وهو كما يقتضى اكثر من تسلطهم على وضع تملكهم ايدوع القسمة بل النصوص الدالة على انها القسمة تطيب الامر عليهم وهم لحظر فلا بد على ارجوا القسمة وانما تدل على ان لهم دفعها اليها عوضا اذ المقام مقام يوهم لزوم دفع العين على ان نصوص الباب بها منصرف على ان ما ذكرت الطوسي نجمع بينه وبين ما ذكره بحمله على انها تملكه من غير استقرار وقرب قول وانسب الاصول لاصالة عدم تملك الورثة فسطها فهو اصالة البراءة من وجوب دفع القسمة بل الوجه ان يقال ان كون القسمة ارثا لها حقيقة بالاصالة غير معقول ضرورة انها ليست من اعيان التركة ولا من منافعها ولا هي من الحقوق كحق الخيار والشفعة فتدبر جيدا قوله هذا وتظهر الثمرة بين الوجهين في امور منها انه لو اجر الدار الفلكي قبل دفع القسمة فوقف صحة الاجارة على اجازتها بالنظر الى قسطها من البناء بناء على الثاني بل ربما نظر الى قسطها من الارض على راي المرتضى واما على الاول فيكفي اجازة من عداها قسطا بالنظر الى الزرع وعلى الثاني فلو دفع الورثة القسمة بعد اجازتها بطلت الاجارة بالنظر الى قسطها واسترجع المشتاجر ما دفعه اليها كما في الشفعة ومنها انه لو اتلف البناء متلف غير الورثة ضمن لها قسطها منه على الثاني والورثة خاصة على الاول ومنها انه لو اتلف لسبيل ونحوه لم يضمن الورثة القسمة على الثاني وضمنوها لها على الاول لاستقرار عليهم بالموت ولو اتلف البعض اداتلف كلها دفع قيمة قسطها من البناء على الثاني بخلاف الاول ومنها انه لو غصبت الدار مثلا ضمن الغاصب لها قسطها من البناء الا ان يدفع الورثة اليها القسمة قبل التلف فيضمن لهم خاصة على الثاني بخلاف الاول ومنها ان طريق تقويم البناء على الاول ان يقوم قائما مستحق البناء مجانا لا باجرة وكذا على مذهب المرتضى سواء اختار الوجه الاول او الثاني واما على الثاني على مذهب المشهور من عدم ارثها من الزرع عينا وكما قيمة ففي طريق تقويمه وجهان الاول ان يقوم قائما لا مستحق البقاء الا ناظرا الى انها الاملاك الارض وانما يملكها الورثة فلا يملك الزارع بقاء ملكها فيها باجرة والثاني ان يقوم قائما مستحق البقاء لا باجرة نظرا الى ان الفدان الخارج بالدليل من كونها وارثة لها انما هو الزرع محضا اما البناء وصفاته كانضاد وقراره وبقائه فلا دليل على استثناء شئ منها منه نعم لو انهدم البناء اخذت القسمة على الثاني ولم يملك اعادته الا باجرة بل لو دفع الورثة القيمة بعد الهدم لم يملكه عليها الهدم فهرا بناء على الثاني وان كان المدفوع حينئذ دنانير قيمته قبل الهدم انقضاء في ذلك كله عن الفدان المبيع وهذا هو الوجه ومنها انه لا يجوز للورثة التصرف في البناء قبل دفع القيمة الا باذنها على الثاني ويجوز على الاول ومنها انه لو باع الورثة الدار جميعا قبل دفع القيمة صح البيع ولم يقف على اجازتها بالنظر الى قسطها من البناء او من نفس الارض على راي المرتضى بناء على الاول بخلاف الثاني فيقف بل لو دفع البعض الا يسير لم يصح

البيع ما لم يجزه وعلى الاول فالقيمة دين على الورثة كباقي الديون فليس لها حق فسخ البيع اذا علمت به بالنظر الى قسطها من البناء حتى تقبض القيمة اذ لا دليل على انها لها في العين المنتظار اليهم فهو راجع عليها بذلك كما في الرهن للاصل وذا اغرب للسيد السند الطباطبائي ره في الوسائل حيث لم يفرق بين الوجهين اذ جعل لها خيار الفسخ مطلقا مع اختياره الوجه الاول قال لان ظاهر النصوص ان لها عوضا عن بنائها وهو البناء فاشبهت العين المرهونة التي هلك الراهن وللمرتهن حق استيفاء الدين من قيمتها وهو كما ترى صريح بل محصل لا يقول به والمراد من الفسخ هنا الرد من الاصل لا الفسخ من الحين كما في الرهن ومنها لو قلنا بالتفريق بين الزوجين وان ذات الولد منه منها كباقي الورثة في تملكها قسطها من الاعيان جميعا اتفاقا مستقرا فلو فرق بين الوجهين وقلنا ان للمالك الخيار بين اخذ الولد قسطها من عين البناء تملكا غير مستقر فالخيار للورثة جميعا او دوامهم ذات الولد ترضيها عنه بالقيمة لا يخفى وان الولد ولا الحكم من حيث هذا من الورثة لاستواء الجميع في استقرار ما انتقل اليهم بالارث له وانقضاء التعليل المنصوص عدم زيادة مراعاة احد منهم وان قلنا بالاول وانها لا تملك من عين البناء شيئا الا بعد اخذ القيمة فلا مزية للاداء اما قبل ذلك بقيمة او تراضي الذي يملكه او خصوص ذات الولد فكون ذلك شرعا للخاطبة بالقيمة او الوجه من عدلها دونها او هم جميعا وجوه للاول ان ظاهر قوله تملكا فلهن الثمن ان ثمن الاعيان ملك الزوجة وان تعدد فان دل النص على ان الخلية لا تملك عين البناء وانها انما تملك القيمة كان تملكها جميعا الذات الولد بل لزم منه ضعف الخلية وبعد ضرره انما يتم لو قيل بان الخلية تملك العين اتفاقا ثم تنتقل عنها الى غيرها بالقيمة فتملكها البكون الذي يملك ولدا وثانيها بحق الزوجية شيئا لا اكثر ولا يخفى ان اصل الالتزام بذلك فاذا فرض ان ذات الولد ملكت بالارث تمام ثمن البناء والخلية ملكت نصف قيمته ارثا كان المورث من المبنى بحق الزوجية اكثر من الثمن وهو باطل بالضرورة ولا بناء في ذلك الزام ذات الولد بدفع نصف الثمن لان المدفوع انما يدفع اليها ارثا لا عوضا عن ارث وعلى فرض القول بالانتقال اما قائلا لا دليل في الادلة على اختصاص ذات الولد بتمام ثمن العين ولمثاني ان ظاهر النصوص دعوى ان التقويم على من عدى الزوجية مطلقا وان كانت ذات ولد مثل فولد ولكن فيه الصوب في محوه غاية الامر ان النص المفصل اقتضى ارثها من العين كباقي الورثة هو امر اخر والتعليل المنصوص بضميمة ما ذكر يعين ما ذكر الزوجية ظاهر الاجانب وان الغرض الارفاق بمن عدى الزوجية مطلقا فليكن التقويم عليهم فالمدار ثالث دعوى ان ظاهر النصوص ان التقويم على من عدى الزوجية المنوعة لا مطلقا وان التعليل بمؤنة النص الدال على التفصيل وان ذات الولد كباقي الورثة انما يدل على محاذاة ادخال الاجانب على من يملك مستقرا في الفرض ان ذات الولد منهم فتدخل فيمن اريد الارفاق بهم وهذا الوجه وجيه لولا ان لازمه كالوجه الاول وبعوان يكون المتلف من المبنى ارثا من حيث حق الزوجية اكثر من الثمن فليدل الاعلى فرض الانتقال اما قائلا كما مر ولا قائل به واما على الوجه الثاني من هذه الوجوه فلا يلزم شيء من ذلك لان لذات الولد نصف ثمن العين من غير زيادة ولو بالقيمة وكذلك الوجه الثاني من الوجهين الاولين

والجملة فيه نصف الثمن بخلاف الثالث لكن حيث كان الوجه الأول من الوجهين الأولين ساقطا عندنا فهذا الوجه كذلك دائما على الوجه الثاني منهما فلا يرث جميعا وعدم ذات الولد بناء على التفصيل بما يكون نفيها عدما لا كسرا لا لكن هل يوقف نصيبهم تحسبا على دعوى تمام الخمس على المشاري أو على دعوى تمام الخمس لتقدم إيمانهم سبقي الى دفع تمام الخمس ملك كما هو أحد الوجهين في الشفعة أو انه بناء على صحتها مع تعدد الشركاء ووجوه خيرها أخيرها وأنسبها بالأصل الأول وبالتأمل فيما ذكرناه الى هنا تعرف ما في جملة من كلام أصحابنا فتدبر جيدا ولا تغفل **قوله** في المتن المسئلة السادسة نكاح المريض مشروط بالدخول أو الموت الى آخره على الأصح بظاهر على انتفاء الإرث والمهر هنا للنصوص الصريحة التامة الشاملة في ان مفادها الكناية بلفظ البطلان فيها عن انتفاء خصوص ذلك من آثار العقد استثناء من عموم الكتاب والسنة القاضيين بثبوت الأمرين جميعا في العقد الصحيح وان مفادها البطلان الحقيقي في خصوص الفرض على تقدير عدم الدخول وان الدخول هنا كالإجازة في عقد الفضولي كاشف عن صحة العقد أو مؤثر في صحته فيكون ذلك استثناء من عموم آيات الكتاب والسنة القاضيين باستقرار صحة العقد بموته جامعا للشرائط السابقة فعلى الأول يرثها لو مات في مرضه قبل الدخول وعلى الثاني لا يلزم شيء من ذلك بالاضافة الى مفادها بمقتضى التدبر الصادق بغريزة سوقها حيث قال في خبر زرارة ليس له ان يطلق وقال في صحيح عبيد ان سئل أله ان يطلق قال لا ومن المعلوم بالإجماع صحة طلاق المريض فيكون المراد من نفيه نفي تحقق أثر الطلاق من انتفاء الإرث ونحوه حيث ان الغالب ان المريض انما يطلق لذلك بل الظاهر ان هذه الجملة هي الملحوظة للسائل فكأنه قال ان له ان يتزوج لكن ان دخل تزينه الآثار جميعا والا فلا بما ينفي المهر والميراث بل الظاهر ان هذه الجملة هي الملحوظة في سؤال أبي ولاد فكان وجه السؤال انه هل يراعى الورثة في عقده ذلك أم لا فأجاب بالتفصيل فقوله وكأنه باطل تأكيد لنفي الإرث خاصة لا حكم بالبطلان الحقيقي ولذا لم يقع الجواب بانه ان دخل صح بل قال ان دخل ورثته فهو نظير قوله ع فيمن أخر الغسل ثلثة أيام فان جاء بعرق والا فلا بيع ونحوه كثير في أبواب البيع وغيره والحاصل من هذه الأخبار في مساق الأخبار النافية للمريض من التصرف فان المسألة خاصة وهي مما يؤيد القول بان ميراث المرأة من الثلث وان لم تدخل عليه وبما يؤيدها استظهار انه عقد فرق بين الطلاق والتزويج في المرض من حيث ان الطلاق لا يترتب عليه الغرض الغالبي فيه اعني حجبها عن الميراث بخلاف التزويج فانه قد يترتب عليه الغرض الغالبي اعني مراعاة الورثة كما في صورة الدخول بل الاضافة ان الاجماع من أصحابنا محقق على صحة العقد وترتب باقي آثاره ضرورة اجماعهم على جواز نظره اليها بشهوة ولمسها وتقبيلها وعلى جواز نظرها منه اليها ولمسها لا بشهوة وعلى حرمتها عليه بل وعلى اعتداده عنها لو مات قبل الدخول اذ لم يستثنوا ذلك في باب العقد ومن هنا رجح الشهيد وغيره بانه لو وقف صحة العقد على الدخول لزم التعدد وجهه ظاهر ضرورة ان الله سبحانه حرم الوطي بل عمم المباشرة لأمور أحدها كونها زوجة له فرقا

بظاهر قوله تعالى والذين لفروجهم حافظون الا على ازواجهم فانا نوقف جواز الوطي على صحة العقد ونمنع العكس بل نقول جواز التمسك بجواز ادخال بعض الحشفة دليل قطعي على سبق صحة العقد قبل تمام الدخول وحينئذ نقيس المقام على الاجازة في الفضولي كما وقع من شخص آخر غريبا جدا فانه غير معقول بعد تسليم جواز الابتداء بالدخول دهو ضروري كما لا يخفى كما انه لا يجوز للمشتري ممن باع فضولا التصرف قبل العلم بالاجازة لانه محرم على التصرف في مال الغير قبل اجازته واغرب من ذلك جزمه بعدم ارثه منها لو مات قبلها ثم مات بعدها لفساد العقد واما ما يوهم ظاهر الشهيد في الدروس والمصنف هنا من التردد فنشأ من الاجماع على الصحة اذ الظاهر ان تردهما انما هو في انتفاء الارث هنا لا في نفس الصحة وان قول المصنف وهو ابعد ردا لتوهم ارادة البطلان الحقيقي وان لم يكن مرادا نعم هنا وجه هو اولى مما احتمله شيخنا وجزم به وهو ان علة الدخول في الفرض المزبور يوجب انفساخ العقد شرعا وحدث بطلانه قبل عروض الموت اما كما ان ملك المبيع قبل قبضه يوجب انفساخ العقد ورجوع كل من العوضين الى صاحبه على المشهور فينتفي المهر نفسا العقد بل لا بطلانه والميراث والعدة لانتفاء الزوجية حال الموت والاضمان ان هذا ايضا لا وجه له اذا عرفت ذلك جيدا قوله في الشرح واما الكتابة اه اقول مع الاطلاق وعدم الاشتراط فلا ينبغي الريب في عدم الولاء للاصل والنص فقد روى الكليني والحسن بن ابراهيم بن هاشم واسمعيل بن مرار عن الصادق في مكاتب اشترى نفسه وخلف مالا فيه مائة الف لا وارث له قال يؤدي من ثلثي جزء قلت من الضمان من جزء قال الضمان لجزء المسلمين قوله في الشرح المتن فلو برئ واشترط سقوط الضمان لم يرثه اه اقول المراد انه لو اعتضر شارطا عتقه ناهيك لان بعض المبرئين يتضمن جزء برئه بالعقد وصحة الضمان بالعقد هو فرع كما سيجئ على كون المضمون جزء مما يمكن ان يورث للضامن كما ان الضمان القهري في المعتق والامام يرد ورد فعليه كونه وارثا لو مات المضمون وحيث كان الضمان العقدي متأخرا شرعا عن سقوط ان الارث بالعتق الذي هو حكم الضمان القهري بل لا يصح الضمان الاول الا مع انتفاء الثاني فلا يمكن ان يجتمع كون المعتق وارثا والفرض تضامن الجزء بالعقد اذ لا يجتمع الضمان القهري والضمان العقدي وحيث يقتضي اشتراط سقوط الضمان اشتراط سقوط الضمان القهري الذي لازم اشتراط عدم الارث فلو شرط عدم الارث كان شرطا لسقوط الضمان ضرورة فلازمهما شرعا وبذلك يكون هؤلاء ممن صحح ضمان الجزء بالعقد ومما ذكرنا من التلازم ظهر ان ما ذكره المصنف غير من اشتراط سقوط من باب الاكتفاء باحد المتلازمين عن الاخر والا فالمقتضي لهذا اشتراط سقوط الضمان خاصة واشتراط سقوط الارث كل منهما والاطلاق مع ان في المتن ما ظاهره اشتراط سقوطهما لو لا ما نبهنا عليه فتدبر جيدا قوله في الشرح ولو اعتق عبده ولم يعلم فمنه ما نبه اه فشكل ذلك ان كون الولاء للامام ابعد مشروط بكون المعتق الواقع سائبة شرعا اذ شرطها فاعلم المعتق ولم يعلم وجهه من وجوب او نحوه او برئ فالاصل لا يصير الحادثة فيعلم ان المال لاحدهما اعني الامام عاد المعتق فيحمل الفرعية الاشياء الموضوع

فهو كما لو اشتبه العبد ان الذى اعتق احدهما من واجب الاخر برعا والصدقة عن الكفر وان كان الاحوط
الصدق به على المعتق ان كان اهلا لذلك اما التضعيف كما فى صوم التحاصم فضعيف جدا بل لا وجه له نعم يجئ
الحكم انه للمعتق لو علم ان العتق عن نذر ع وشك فى عروض البراءة من الضمان بعد العتق بناء على انه بريء او قفا
فى وجه غير بعيد للاصل **قوله** فى المتن ولو عدم المنعم قال ابن بابويه اقول قد يقال مقتضى عموم قفا الباب كما
يحكى عن ابن عقيل كما يأتى ان يقوم مقامه كل من يرثه عند موته على الترتيب المقرر فى الانساب كقوله
واولى الارحام بعضهم اولى ببعض بتقريب انه كما يدل على انه بمالك المعرب مال قريبه عند موته كذلك يدل
على انه بمالك المعرب ما يشمل قريبه لملكه بتلى موته اذا مات فكما انه اذا مات العبد مالك معتقه فاله
فكذا رحمه بقوم مقامه فى الناهل بل اليون وفى الملكية عند موت العبد المعتق ودعوى انها ظاهرة فى انه
يقوم مقامه فى انه يملك ما كان مملوكا له فعلا لا قوة محل نظر وقوله ما ترك الميت من حق فهو لوارثه بدعوى
انه فى معنى ما كان للميت من حق فهو لوارثه وان الحق اعم مما يمكن اسقاطه كالخيار والشفعة او لا كالولاء على
انا لو قلنا بانه يصح البرى بعد العتق فهو مما يمكن اسقاطه او بقال ان ترك العبد المعتق بعد موته هى من ترك
معتقه قوة فيشمله النص المزبور ودعوى ظهوره فى المستحق فعلا محل تامل مضافا الى قوله الولاء لحمة كلحمة النسب
بتقريب ان المراد كما ان النسب يشترط فيه وجب الارث على بعده مع فقد القريب فكذلك الاعتاق فكما ان ابن الاخ
مثلا ينسب بواسطة الاخ كذلك كون ابيه معتقا او ابنه او اخوه مثلا علقة بواسطة المعتق الذى هو والعلقة
بلا واسطة فيكون ابن المعتق مثلا ذا ولاء حقيقة من حيث كونه ابنا له وان لم يكن معتقا كما ان قولنا فلان يجب
بصدق حقيقة على ابن الكامل وان لم يكن كاملا ومثله الكلام فى معتق المعتق ومعتق معتق المعتق وهكذا
ويؤيد ذلك انهم فهموا نحو من قوله ما الوضاع لحمة كلحمة النسب دعوى ان المشبه كما يحمل ذلك الاكثر
تنبيها فى اصل اقتضاء الارث فى الجملة وتنبيه له وحيث كان الارث بر خلاف الاصل فليقتصر فيه على
المتيقن من ارث المعتق بعضه ومما دل عليه النص الخاص والاجماع خلافا لابى حنيفة وعلى هذا فيحتاج الخروج
بعض الانساب عن الارث هنا الى الدليل لا بالعكس وعليه الاكثر ولذا ورثوا الوالدين معا او الاب خاصة
مع الاولاد خلافا لابن الجنيد فخص الارث بالاولاد وكما ان النص الى ما احتملناه من المناقشة فى دليل عموم
النزيل وانتفاء النص والاجماع فيهما اما الاولاد فاختلفوا بعد ان اجمعوا على ارثهم فى الجملة فى انهم هل
يرثون مطلقا وان كان المنعم رجلا فيرثون منه او الذكور منهم خاصة مطلقا او الذكور منهم خاصة ان كان رجلا
والا فالعصبة والنص كما اعترف به المصنف وغيره يشهد بالاخير فراجع **قوله** فى المتن وبقوله تشهد الرواية
اقول من الغريب جدا ذهاب الفاضل السبزوارى فى الكفاية شهادة الرواية بان قوله من الرجال فى صحيح يزيد
محمل المتعلق بالبيت كالمولد للبيت فلا يدل على التخصيص بالرجال بل قد دل على التعميم كما اختاره الشيخ فى هذا
واغرب من ذلك انه فرد ذلك على فرض العبادة كما هو المرسوم هنا اما على ما فى المسالك من انه قال كان

ولاء المعتق بجميع ولد المبت من الرجال فلا يسافسه وهو كما ترى قوله في المتن ويورث الولاء الابوان المنعم والا
اه اقول في كون الولاء موروثا خاصا او موروثا به خاصة وجهان بل قولان والاضافان تكونه
موروثا حقيقة غير معقول وان النزاع في ذلك ينبغي ان يكون لفظيا وان يكون مراد من غير بذلك كالمصنف
وغيره ان يثبت هنا باب المعتق فكونه وارثا فعلا من حضر ممن يتصل به نسبا او ولاء كمعتق المعتق حين موت المعتق والا
فكلهم وارثون شيئا كالاسباب المترتبين فان ابن المعتق وابنه واخاه وغيرهم كلهم وارثون وموالي المعتق حال
حيوة معتقه وبعده لغة وشرعا الا انهم لا يكونون موالي له حقيقة الا بعد فقده وذلك لانه لو كان موروثا حقيقة
لامتنا حكمه قبل موت المعتق عن حكمه بعده كما يمتنا المال بالحجر عن التصرف قبل موت المورث وبعده بعده و
كما يمتنا الحق الموروث بنفوذ المتصرف من الوارث بالفتح والاسقاط بعد الموت لا قبله فان الارث الحقيقي في
مصطلح المتشرعة ما احدث الموت جنه انتقال حكمه الى الوارث واما اطلاقه على ما حصل لشخص بواسطة من مات
مطلقا بلا نكير كقوله العلماء ورثة الانبياء واورثكم ارضهم وديارهم وانما الكلام هنا في كونه موروثا بالمعنى
الاول والاريب ان ابن المعتق قبل موت ابيه وبعده على حكم واحد من مثابة الوارثة للعبد لو كان هو الحاضر
حال موته كابيه هذا ان عنينا الولاء بالعلقة الحاصلة بسبب المعتق ولو لغير المعتق اما لو قلنا انه نفس الاعتاق
فاستحالة كونه موروثا اظهر وح فكون الاضافة في قولنا يورث بولاء المعتق بمنابة قولنا يورث بسبب الزوجية
الزوجية ولا يشكل بان اللازم على ذلك انتفاء الارث في غير المعتق لان الوارث بالسبب انما هو من اتصف بذلك
السبب كالزوجية والامامة والضمان دون غيره لانا نقول لولا دليل التنزيل عموما في الباب الا ما اخرجه
الدليل يورث سواء وح فيكون الاعتاق من المعتق سببا في ارث من عداه بالدليل او نقول يكون السبب
اعتاق المعتق او اعتاق الغريب فابن المعتق منصف بالثاني وان لم يتصف بالاول هذا وقد فرعوا
على النزاع في ذلك فروعا اكثرها محل نظر منها انه لو مات المنعم عن ولدين ثم مات احدهما عن ولد ثم مات
المعتق بالفتح فان قلنا بكونه موروثا اشترك العم وابن اخيه في مال المعتق لادلائهما الولاء العم عن ابيه وابن الاخ
عن ابيه عن جده ولو قلنا بانه لا يورث اختص به العم لقربه ويشكل بان كل من قال بانه موروث يقول بانه يورث
به من غير عكس فلا يلزم على القائل بانه يورث به وان كان قائلا بانه يورث ان يقول بانه لابد ان يورث به
دائما بل يلزمه ملاحظة القرب في ذلك عملا بحديث الحمة وقوله كل ذي رحم بمنزلة الرحم الذي يجر به الا ان
يكون اقرب الى الميت منه فحينئذ فغايته ما يلزم ان يكون ابن الاخ قد ورث ولاء لا يفيده في الارث به لان الارث
الى المنعم مقدم في الارث على غيره او يقال ان الاقرب الى المنعم هو دائما اقرب الى الميت والقرب اليه بمنزلة القرب
النسبي عملا بحديث الحمة وح فلا يورث ابن الاخ مما ورثه من الولاء لبعده ومنها انه لو مات المنعم عن ابن وابن
ابن ثم مات المعتق فعلى القول بالارث يختص المال بابن الحي بعده وعلى القول الاخر يشتركان ويشكل بانه
لا دليل على عموم الارث بل الاصل والدليل يقتضيان اختصاص المال بابن الحي لاصالة الانفراد في الارث

به على من لو كان وارثا للمال لورثه وهو من حضر موت المنعم من انه يرثه من يخص موت من حضر الاقرب فالاقرب كالمال وان لم يكن موروثا وجبر الجناية بقيد بها عليه وضابطها انه لو قتل ابن المنعم اباه لم يرث ولا ثمرة ان جعلنا موروثا وانفق به غيره من اولاده والا اشترك الجميع ويظهر النظر فيه مما قبله وضابطها انه لو قلنا بان ولاء المعتق يسقط بالتبري بعد العتق فاذا مات المنعم ولم يتبرأ فان قلنا بان الولاء موروث لزم ان يصح اسقاطه بالتبري من الوارث كما كان مورثه اذ الوارث انما يرث على حسب ما كان لمورثه والا فالازم عدم صحة اسقاطه بذلك لاجل العدم السقوط بتبري غير المنعم فانما ثبت في المنعم للدليل الذي اولاه لكان مقتضى الاستصحاب وجه الجهة عدم السقوط به كالنسب ويشكل بان الاضافة انما يبتنى القطع بان الفرع لا يزيد على اصله هنا ومع الشك فدعوى ان الاستصحاب يقتضي الحكم بالبقاء هنا محل نظر لان الشك في المقام انما هو في قدح العارض لا في عكسه وهو ساقط عندنا كما حققناه في محله وح فالاصل في المنعم وغيره عدم انتقال المال فظهر ان موت المعتق البالغ الذي هو معنى الارث في صوره عروض التبري المشكوك في تاثيره المنع من الارث عدمه سواء جعلنا الولاء موروثا ام لا اذ الدليل على عموم كونه موروثا به في جميع الصور واما قوله الولاء لمن اعتق فلو سلمنا انه سيق لافادة العموم فلا نسلم انه يستفاد منه حكم الاحوال الطارئة بل مقتضى قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل عدم جواز الاقدام على التصرف الا بعد احراز الملكية شرعا وح فالمال هنا مجهول المالكية شرعا هل هو المعتق او قريبه او هو ضائع من الجريدة الفرض او الامام عجل فيه ما اشرنا اليه عن قريب فتدبر والحاصل الظاهر ان المسئلة علمية او فادته التمرة هذا والاولى تقديم تحرير هذه المسئلة على مسئلة من مات بعد المنعم ثم تقديم مسئلة ارث الابوين وكانه انما اخرها لكونها خلافية بخلاف ارث الاولاد وكيف كان فلهم في الابوين اقوال ثالثها ارث الاب خاصة وقد بين وجه القولين الاولين مما مر واما الثالث فوجهه مضافا الى ما يسبق قوله ع في موثقة ابان مولاه فلمولى ابن وبنات ربنات الى ميراث المولى فانه للرجال دون النساء وقد يشكل بقرب احتمال ارادة العهد الذكري من اللام وبعد فرض انتفاء الذكور في الجواب والاصل الحمل على الجنس وخصوص المورد لا يخصص الوارد فينتفي ارث الام بذلك ومن يثبت بها ولو من الرجال وهل يدل على ارث الاب وجهان من دعوى ظهوره في العموم ومن سوقه لافادة ارث الرجال في الجملة لا لافادة ارث كل رجل وح فيبقى الحكم بارث من عدى المنصوص كالاب ونحوه على ما سبق قوله ع في الذي تزوج مملوكة بغير اذن مولاها الاول كانه انما اوجب الحكم بالجر ارد الولاء من معتق الام لا معتق الجد هنا الى الشيخوخة لتوقف في ذلك ووجهان الحكم بالاجر ارد على خلاف الاصل وانما قلنا به في معتق الاب للنص ولولاه لقلنا ان معتق الاب بعد انتفاء الاب لم يجد محلا للسبق للتعريب واما الجد فلو سلمنا شمول الاب له لغة فهو غير منصرف اليه قطعا ثم لو علمنا الاجماع على عدم الفصل ثم المطلوب لو كان الجد حرا الاصل والاب مملوك تزوج بمعتقة فهل يلحق ولدها بالجد فلا يكون عليه فداء كما يلحق بالاب او كان حر الاصل فلا فيكون ولاء لمولى الام وجهان استقرب شيخنا الاول والفاضل

في كفر الثاني وجهان فيما سر على ما لو كان الأب حرا الأصل لأن وجد له ضرورة انه لولا اعتاق الام لم يخرج بل يبقى مملوكا فلو كان محرره اصليا تبعا لجده لزم انعقاده حرا صريح مملوكية اصله تبعا لجده وهو خلاف الاجماع ولقيه فالاعتاق بالاثر انما عمل مع استوائهما في الغرب بالنظر الى المحل كالام والاب وهو هنا الام فتثبت الولاء لولاها وكيف كان فلا كلام في ارث الجد لو كان حيا انما الكلام فيما لو كان ميتا او محجوبا بقتل ونحوه فان ارث سبطه لمعتق امه او للامام عند ولو ولدت المعتقة لدون ستة اشهر من عتقها كان الولد رقا الا على القول بتبعية الحمل ولو ولدته لاكثر من ستة فهل يحكم بحريته لاصالة تاخر الوطء او برقيته حملا على الغالب كان الغالب طول مدة الحمل وجهان اوجههما الاول فان قلنا الاصل لا يثبت فلا يثبت به انه وجد بعد العتق قلنا نعم لكن انما يحكم بحريته لاصالة الحرية وعدم ثبوت سبب الرقية لا لاصالة التاخر فيثبت حينئذ الولاء عليه لمولى الام ويخرج منه الى مولى الاب لو اعتق ويشكل بان هذا انما يتم لو امكن ان يكون الاصل ميتا واما بعد ما علم انه كان حيا عند العتق فالاصل ان يحكم بكونه مثله لا الحرية ولا يلزم منه ان يحكم بالولاء لمعتق الام الا اذا اعتقه حينما طالما نعته الحالوح لا يخرج اما لو مات عبدا او عتقه وكذا لا يلزم منه اخراج الولاء الى معتق الاب لعدم تحقق موضوع كونه معتق ام الام نعم لا يبعد ان لا يكون ماله بعد موته لمعتق الام اذا كان هو المالك لها حين الحمل به لانه انما مال عبده او مال انماء عتقه هذا اذا لم يكن له وارث نسبي كمعتق اب اما الحكم برجوع المال الى الامام عند فلا يمكن لانتفاء كونه وارث الاصل ووجود المولى انكان حرا في الواقع والاولى في المقام استعمال الفرض في انه هل حمل به قبل العتق او بعده ثم يعمل على مقتضاها هذا كله ان قلنا بعدم تبعية الحمل للحامل والا كان معتق الام معتقا له مباشرة فلا يخرج الحمل عليه فلا اشكال في الحرية لكن ينفي الاشكال غلبة في انها جزء من مباشرة اعتاق فلا يثبت الا بحرا او عن تسبيب فيثبت وحيث كان الاصل عدم ارث كل من معتق الام ومعتق الاب فينبغي حينئذ استعمال الفرض وانه انعقد بعد العتق او قبله ثم يعمل على مقتضاها **قوله** في المتن المسئلة الثالثة لو انكر المعتق ولد زوجته اولا فالمحقق ان مبنى المسئلة على ان النفي باللعان هل يوجب تنزيل الولد المنفي شرعا منزلة ولد الاب لام فعلى الاول يلزم ان يكون معتق الام منعما عليه من جهة مزاحمة معتق الاب والا يكون حرا الاصل فتكون الولاء مستقرا لان ما سبق من اشتراط كون الاب رقا في كون الولاء لمعتق الام انما كان لاجل تحقق عدم المزاحم فاذا نزل شرعا منزلة الاب انتفى المزاحم ولا شهد لذلك قولهم ان ابن الملاعن يرثه امه كما ورد بذلك النص المعتبر واستقر عليه العمل الا من شاذ فانه ظاهر او صريح في انها ترث الجميع لانها ترث حصتها والباقي لمن هو بمنزلة الواقع انكان هو غير الملاعن فيكون للامام لجهالة له لكن الانصاف انه لا يبعد ان يقال ان النفي باللعان انما اوجب تنزيل ذي الفراش منزلة الاجنبي ولو كان في الواقع ابا كما تدعيه الام وكما يقتضيه الفراش لولا اللعان وهذا بمجرده لا يقتضي تنزيل الولد شرعا منزلة من لا اب له وان سبق الحاق الشارع له بقبل اللعان اذ غاية ذلك ان يكون ذو الفراش كان منزلا شرعا منزلة معلوم الابوة ثم ارتفع ذلك التنزيل

عن فالاقدم ح ان ينتفي الولد مجهول الاب كالملتقط وكما لو جهلت والتهما الجنون او اغماء مع فرض كون الواطئ
مرددا بين المملوك والحر والعبد وقد وطئها اشتباها وفي ذلك نحو بحكم بحرية الولد وانه لا ولاء عليه للاصل
غاية الامر انه انتفى هنا عن ذي الفراش شرعا خاصة مع احتمال ان يكون ولده منه او من عبد وغيره اشتباها او
ريبا ان الوطئ الاشتباهي في حكم الصحيح في اقتضاء الحرية وفي ثابت الاحرار ونظهر الثمرة بين الوجهين في انه لو
ادعاه شخص بعد اللعان قبل منه بيسر اذا صدقه بناء على الثاني بخلاف الاول واما حد بشاربها جميع التركة فوجه
ان وجوب دفع حصته اليه عن الملاعن مزعج مختصر ولا طريق اليه بل هي تدعي ان الجميع لها وان اباه فدعاه باللعان
ولا معارض لها فان قلت ان الشارع قد كذبها حيث نفى الولد قلنا انما كذبها من حيث الظاهر خاصة كما هو ظاهر
ح فلو وجبت وصادفت غير الملاعن في دعوى الولد لم ترث الجميع وعلى هذا ينبغي التفصيل بان يقال بانه
ان فرض العلم بتولده من الملاعن فالولاء مستمر لمولى الام ظاهرا والا اتجه الحكم بالحرية وانتفاء الولاء للاصل

قوله في المتن المسئلة الرابعة تجر الولاء من مولى الام اه اقول لهنا مقامان ان الاول في معنى انجرار الولاء من مولى
الام الى مولى الاب ومن يقوم مقامه وفيه وجهان الاول ان يراد به الحكم بسقوط مولى الام عن شائبة الارث وفعليته
قبل موت المعتق وعنده بمجرد عروض انتفاء الاب عنه كان هو المعتق او لا بل كان معتق الام لم يعتق اصلا
بل ربما يقال انه ينكشف بانتفاء الاب عدم ثاقل معتق الام للارث قبل ذلك وعلى هذا يجب ان لا
يعود الولاء الى معتق الام سواء فرض وجوده عند موت المعتق او وجود من يقوم مقامه اذا فقد معتق الام
ومن يقوم مقامه ولو باستلحاق من قابلية الارث لفضل اورده للاصل اذ عوده بعد سقوطه محتاج الى
الدليل كما هو ظاهر الثاني ان يراد ان معتق الام ومعتق الاب كلاهما شريكان في شائبة الارث والتأهل
لها دائما ما لم يمنع مانع من كفر ونحوه الا انهما في ذلك كالقريب الاقرب في باب الانساب فيطرد
القريب لو اجتمعا عند موت الميت ولو فقد الاقرب قبله لم يسقط القريب عن قابلية للارث لو قارن فاقربيته
حينئذ في معنى تقدمه لا في معنى المانع بالكلية وهذا المعنى كما لا يخفى انسب بتنزيل الولاء منزلة النسب
وعلى هذا فلو فقد معتق الاب ومن يقوم مقامه كان الولاء لمعتق الام او من يقوم مقامه لانتفاء المزاحم وليس
هذا عودا بعد السقوط وان صح اطلاق اسم العود عليه تسامحا وعلى هذا فهذا المعنى انسب بالاصول والنصوص
كما لا يخفى على من انصف لا تنفير لظهورها في ارادة ان مولى الاب يجر الولاء عند الحاجة ولا اقل من احتمالها
ذلك احتمالا امكافئا وعلى هذا ينبغي ان يحمل ما يحكى عن ابن عباس من العود الى مولى الام لا على ظاهره من
العود بعد السقوط حتى يدفع بالاصل كما صنعه شيخنا وغيره ثم ان تم الاجماع على خلافه تعين المطلوب الثاني
اذا قلنا بعدم العود الى مولى الام وفقد مولى الاب ومن يقوم مقامه او لم يكن مولى اب كالام اصلا او كان مولى
الاب وقلنا بالعود الى مولى الام بعد فقده هو ومن يقوم مقامه وقد فقد مولى الام ومن يقوم مقامه
فلا ريب ان الارث الى الضامن ان كان والا فالى الامام ع كما ذكره المصنف وغيره انما الكلام في ان ارث

الامام عنه هنا على هو ولاء الامام ثم ولاء العتق الذي انتقل اليه ممن لا وارث له سواه فعلى الاول فلو كان
للمعتق زوج او زوجة وظهنا بالرد على الزوج او الزوجة رد عليه والا فلا لان الامام هنا انما ورث بولاء العتق
وهو لا يوجب الرد وهذا من فروع ما تقدم من ان لولاء هل يورث ام لا فالاول على الثاني والثاني على
الاول والتحقيق ان هذا التفريع ايضا ساقط لانا لا امام عنا انما يرث الولاء بناء على الاول اعني انه يورث لبيت
الامام المقتضية لارث كل ما يورث عنا لا وارث له لانا لا نورث بالامامة الا اذا انتفى غيرها عندنا
وبيب بان قريبا الى مولى الاب مثلا من حيث الامامة لا يبعد عن قريبه الا نفس المعتق بالفتح من تلك الجهة فلم يرثه
كما ورث مولى الاب غايته الامر ان يكون الولاء الذي ورثه لم يورث به هنا لان السبب الذي اقتضى ارثه هو بعينه
اقتضى ارث المال فهو هو انه يرث المال بالامامة وانما ورث بها الولاء خاصة وبه ورث المال تحكم محض
ولا يبنا في ذلك ان الارث بالامامة يترتب على الارث بالولاء لان ذلك انما يعقل حيث يثبت الولاء فاصلا
كان يكون الامام بنفسه معتقا او ابن معتق لا حيث يكون موروثا بما به يورث غيره فظهر ان الولاء الموروث
به للامام يجب ان لا يكون الامام معرورثا من حيث الامامة كما مثلنا وح فيمتنع ان يكون موروثا به في
المقام لما عرف وان سلمنا كونه موروثا وان عرفت ذلك فيما سبق فقد يوجه ذا فرد فيما هذا وقد
استظهر شيخنا وغيره من عبارة المصنف ارادة المعنى الثاني اعني ان الامام عنه يرث هنا من حيث ولاء العتق
لا الامامة وهو غريب جدا لشمول العبارة ما لو كان للمعتق بعد فقد المولى جميعا ضمانا من جريرته وفقد
ضمان الجريرة ح موقوف على انقطاع ولاء العتق وان لم ينتقل من اخر الموالي الى الامام عنه ارثا والا لم يصح
الضمان لانتفاء لبس سائبة لان الامام عنه مولاه من حيث ارث ولاء العتق من اخر الموالي نعم لو اريد من ضمان
الجريرة في العبارة خصوص ضمان من جريرة اخر الموالي فما صدر تم ما ذكره لانه لو كان موجودا فقد يكون الامام
عنه قد تلقى ما ورثه الضامن المذكور من الولاء من اخر الموالي ارثا ولا يخفى ظهور العبارة في المعنى الاول اعني
ضمانا من جريرة المعتق لا اقل من احتمال المعنيين معا فلا يتحكم عليه بارادة احدهما مع انه لو اريد منه خصوص
ضمانا من جريرة اخر الموالي لم يتم ان يشترط في انتقاله الى الامام عنه ان لا يكون له من يقوم مقامه لان الولاء المعتق
كالمال عندهم يقول بكونه موروثا ينتقل مع الضمان من اليه وورثه فيلزم ان يرثه الضامن او من يقوم مقامه فتفي ذلك
التقييد بذلك ولا لا على ارادة المعنى الاول فظهر ان من ثمرات الخلاف في كونه موروثا عدم صحة ضمان جريرة
المعتق حتى مع فقد المولى بناء على كونه موروثا وصحته بناء على عدمه وتسلسل ارثه والارث به في وثم ضمان
جريرة اخر الموالي بناء على الاول وعدمه بناء على الثاني هذا ولا احد ذكر هذا في ثمرات المسئلة مع انها
الثمرة في ذلك على ما يظهر قوله في المتن في المسئلة الخامسة كان ميراث المعتق لها النصف بالتسمية والباقي
بالرد اه اول لا يخفى ان الارث بالولاء بجميع اقسامه لا تسمية فيه في الكتاب العزيز اصلا وانما يثبت بالتسمية
ما كان منصوصا عليه بالخصوص في الكتاب فكان المصنف اراد انه لما كان ولاء العتق موروثا عنده كما مر فتكون

البنت هنا فقد دخلت من بينها من الولاء النصف بالتسمية والباقي بالرد فيكون هذا طلاق التسمية والتنصيف والرد على ميراث المعتق بناء باعتبار تعلق ذلك ولاء بالذات بنفس الولاء الموروث به المال حيث ان الولاء الموروث يورث به على حسبه فيكون هذا من المقرر باخباره القول بكونه موروثا لا يقبل التأويل وبهذا يبطل ما اولنا به كلامه سابقا وعليه فيشكل بان التنصيف انما يتوقع في الكتاب العزيز انما يعقل تعلقه بما يقبل القسمة كالاموال واما الحقوق المحظة كالولاء والخيار والشفعة فانما تورث بالشرائع لا بالفرض لعموم ايتاء ذوي الارحام وعموم قوله ما ترك الميت من حق فهو لوارثه فانها امور بسيطة لا يمكن ان تقبل القسمة على ما مر في المتن في مسئلة الخنثى فان قلت وبما قال الشيخ بفرع آخر اول مسئلة معنى الخنثى موقوفة على معرفة معنى الرجل والمرأة اعني الذكر والانثى الذين اذا بلغا استهلا رجلا او امرأة فنقول من الواضح ان انا طة تسمية ابنائه الاسمين بالبلوغ لغة وعرفا وشرعا وتوقفهما على حصول تلك الصفة يدل على تمايز صنفي البلوغ بينهما وانه هو المايز الفارق فيما بينهما في عنوان التسمية باسم الرجل او المرأة وان المغايرة والمقابلة فيما بينهما انما هي بناء لا باعتبار شئ اخر مما عداه من العوارض الحسية كاللحية وعدمها وبروز الثدي والفضيب والخصيتين والفرج وان هذه كلها عوارض غالبية وان كان بعضها اغلبيا زوالا عن بعض بل ان كان المناط في ذلك مشتملا من هذه الامور الحسية او اجتماعها من حيث هي هي ونفسها لا من حيث دلالتها على امر اخر لزم القطع بان المجرد منها جميعا كالممسوح خارج عنهما جميعا فيكون واسطة وكازم ذلك ان لا تصح قسمة التركة منه الفريضة منه لكونه من مشتبه الحكم لا المشكوك والفرض الاجماع على خلافه هذا والمعقول من الفرق بين صنفي البلوغ بينهما ان يكون الرجل بحيث يمكن ان يبلغ منه الماء اذا حصل الماء في جوف غيره حيث لا مانع وان تكون المرأة بحيث يمكن ان ينمو الولد في جوفها لو استقر الماء ان فيه حيث لا مانع وهذا ان المعنيان لا يمتنع اجتماعهما عقلا في شخص واحد بل ربما وقع ذلك في الخارج كما رواه في العقيقة من خنثى حبلت واحبلت على عهد امير المؤمنين عليه السلام فقضى فيها بحبوة الاضلاع فيكون ذلك الشخص على هذا رجلا باعتبار وامرأة باعتبار اخر الا ان يقال ان اسم الرجل انما هو لمن حصل فيه المعنى الاول بشرط ان لا يحصل فيه المعنى الثاني وهل عكس اسم المرأة نظير ما قيل من اعتبار معنى الوحدة في الاستعمال وعليه هذا فيستحيل صدقهما على شخص واحد ولعله على هذا يحمل كلام شيخنا الشهيد فيه في ذلك حيث صرح باجتماع المعنيين وهل يستحيل ان يكون الانسان خارجا منهما فلا يكون ذكرا ولا انثى لا بالمعنى الذي احتملناه وحملنا عليه كلام الشهيد بل بمعنى ان لا يكون له ماء اصلا الظاهر ذلك كما يستحيل ان لا يكون لهما دم ولا لحم اصلا فان الظاهر لو علق على هذه الصفة لم يصدق عليه اسم الانسان وانما احتج به على الحصر عن قوله تعالى خلق الزوجين الذكر والانثى وقوله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فلا بعد بنفي بلوغها على الغالب ثم ظاهر نصوص ابائه عليهم السلام الواسطة وذا النفي في الشخص الواحد كالجامعين اللازمين ولا دافع لمعنى الفرج والقضيب لو بدون الخصيتين ولو صغيرا جدا في محلهما المعتاد

او كالمكان

اولا لو کان احدهما فی محله دون الاخر کان یکون القضیب فی محله والفرج نوذرا ویکون الفرج فی محله والقضیب
مختفیا ویکونان فی عرض واحد فهو خنثی کما یعلم کونه ذکرا وکالانثی سواء سبق احدهما بالبول او اختص ببراز او تا
فی الانقطاع مع استوائهما فی الابتداء ام استویا وذلک کله ام لم یسبق من احدهما بان کان یبول من ثقب
اخر او کان بعضا وسواء استویا اضلاعا ام تفاوتت وسواء حصل مع ذلک بارفی حضا نقص احد العوانین
ام بعضها ام کلا اللهم الا ان یحصل ما یعلم به عادة انه احد العوانین کالحبل والاحبال او الحبض القطعی مثلا فان
الظاهر انه لا یلتفت فیه الی الفرج ولا الی شئ من الامارات المنصوصة ولا غیرها ولا یحکم فیه بالتضعیف وانکان له
فرج الرجال والنساء معا وهل یصدق علیه اسم الخنثی حقیقة ام مجازا وجهان اقواهما الاول ویحصل ما یعلم به اجتماع
العوانین معا بناء علی ما سبق فینبغی ان یکون حکمه ایضا کذلک اذ الظاهر ان مناط ما حکم فیه بالاستعلام
بالامارات المذکورة او بالفرع او بالتضعیف من الخنثی انما هو ما تردد الامر فیها بین ان تکون فی الواقع ذکرا
او امرئة سواء فلنا یصدق اسم الخنثی حینئذ حقیقة ام مجازا وکالا یخفی بیان الجامع للعوانین وافقا لیس من شئ
الموضوع بل هو کمنضح الحال انه احدهما وان جمع الفرجین سواء اعتبرنا الوحدة فی معنی الذکر والانثی ام لا
از هو علی الاول خارج عنهما فهو مشتبه الحکم وامّا علی الثانی فهی باعتبار ذکره باحد انثی وهل هو خارج
من مشتبه ام لا وجهان مبنیان علی ان ادلة الاحکام المتعلقة بالرجال او بالمرئة هل هی منصرفة الی خصوص
صورة الانفراد کما هو الظاهر فخرج بالفرض خارج عن مورده فیکون مشتبها حکمه حینئذ معلوم من النص او لا فیکون الحکم
منضما حیث یمکن اجتماع الحکمین کما فی باب الارث ونحوه اما حیث یکون الحکمان متنافیین کوجوب الجهر و
الاخفات او للنساء به کما فی باب النکاح فالاشکال من حیث الحکم مع بحاله وعلی هذا فینبغی الحکم بکون النص الدال
علی اعتبار عدم الاضلاع قاضیا بتبیینه اختلافهما فی وجوب تغلیب احکام الرجل علیهما الا ان اختلافهما
امارة کاشفة عن کونه رجلا لا امرئة وکالا منزل شرعا منزلة الرجل الواقعی وان لم یکن فی الواقع رجلا اصلا کما هو
الحال فی الامارات المنصوصة وح فیکون المقامان مختلفی الوجه لا انهما فی عرض واحد بل لک ان تقول ان
ان صعوبة الاذعان من عامة العوام باجتماع معنیین الذکر والانثی وعنوانیهما فی شخص واحد انما هو مشتبه من
حیث الحکم لا من حیث الموضوع کما هو مرکوز فی اذهانهم فانهم یرون انه هنا لا یخرج عنهما الا انه هو انهما بل یرون
انهم لو علموا الموضوع لعلموا حکمه هو الذی الجأ الامام علیه السلام الی مماشاتهم وسیاستهم بامرهم ایاهم بعد الاضلاع
فان ذلک حسن منه وان لم یکن الاختلاف بینهما سببا شرعا فی وجوب التغلیب فی الاحکام فان النص لم یتضمن انها
امارة منصوبة علی التشخیص فقط وکالا انها سبب فی وجوب التغلیب وانما تضمن حکایة فعل الامام علیه السلام وبعد یظهر
لک عند المشهور فی درر وابرا الاضلاع وان کانت فی غایة القوة اذا عرفت هذا کله فلنا الاصل فی الخنثی
غیر المرضین السابقین ان یحکم له بمیراث الانثی کما حکی ذلک عن ابن عقیل فی الخنثی المشکل لانه هو المتیقن بعد البناء
علی عدم خروجه عنهما کما هو المعروف المسلم ان یدخل موضوعه فی اقوی فی نصوص الکتاب والسنة وان یجعل

لتخصيصه الى حيث ان الشارع قد نصب طريقا الى استعلام الموضوع الواقعي نزل به المجهول منزلة المعلوم وان لم يكن معلوما حقيقة ووجب الخروج به عن الاصل كما لو اختص احد الفرجين بالبول او سبق به او ناخر انقطاع مع استوائهما في الابتلاء كما حرره الاصحاب وتضمنته نصوص الباب ومعه يطل التخصيص بالقرعة قطعا اذ هي انما شرعت لاستعلام المجهول واقعا وشرعا فاذا نزل الشارع الموضوع المجهول بغيرها منزلة المعلوم خرج عن كونه مجهولا شرعا فتنتفي محلها وهذا واضح لا ريب فيه انما الاشكال في ان هل الاصل الحكم بطريقية القرعة في تخصيص الموضوع مع عدم نصب الشارع غيرها حتى مع نص الشارع على الحكم في مقام الجهالة كقوله لمن اشتبهت عليه القبلة صل الى الجهات الاربع او صل الى اي جهة شئت وقوله عند اشتباه النجس من الاناءين اهرقهما وتيمم وقوله في الثوبين المشتبهين يصلي فيهما وقوله هنا لمن نصف عقل المرئة ونصف عقل الرجل او الاصل سقوط طريقية القرعة مع النص المعتبر ظاهر المشهور الثاني كما يشعر به معا بلزوم القول بالتصيف هنا القول بالقرعة بل عدم حكايتهم القول بالقرعة عن احد في كثير من موارد النص بل قد اشتهر ان القرعة انما يعمل بها مع حمل الاكثر لامطلقا والتحقيق في ذلك ان يقال ان الحكم المنصوص عليه في مورد الجهالة ان قام من الشارع تعذر به على جهة العنوانية والاصالة بحيث يفهم منه ان الحكم المتعلق بالعنوان الواقعي انما تعلق به بشرط العلم التفصيلي بالعنوان لامطلقا فيكون الحكم الثاني المنصوص في صورة الجهالة متعلقا بالعنوان المردد على جهة العنوانية والاصالة ما دام مرددا كتعلق الحكم الاول بموضوعه ما دام منكشفا بالتفصيل فالواجب سقوط طريقية القرعة اذ الغرض من اعمالها انما هو تنكيا موضوع حكم ثابت على الاطلاق حال اشتباهه وحال معلوميته بالتفصيل فيستكشف بها عند الواقع ذلك الحكم الثابت على الاطلاق ولم يثبت كونها حجة في تشخيص الموضوع وتنزيل المجهول منزلة المعلوم فيما حكم الشارع فيه بسقوط العلم تفصيلا لامطلقا اما اذا حكم ذلك فالذي يقتضيه الحكم بعدم استعمال القرعة لثبوت طريقيتها عموما وخصوصا في مورد متعذرة بحيث علم من حال الشارع عدم الفرق بينها وبين غيرها كما لا يخفى على من لاحظ نصوصها وتدبرها حيث واجب فيكون الحكم المنصوص في مورد الجهالة واردا مورد الارقاق او ناظرا الى بيان طريق الاحتياط ما دام الموضوع مجهولا وانعدم شرعا ان لم يستكشف بما جعله الشارع طريقا في التشخيص فيكون الحكم المذكور واردا على جهة الرخصة لا العزيمة فلا منافاة بين نص الشارع على ثالث الاحكام وبين وجوب دفع اليد عنها اذا اعلمت القرعة كما انه يجب دفع اليد عنها اذا قامت البينة فان دعوى الفرق بينها وبين البينة في تلك المواضع المذكورة ونحوها دعوى من غير بينة بل تحكم محض فان قلت اذا احتمل في الحكم المنصوص بالنص المعتبر ان يكون متعلقه مورد الجهالة على جهة الاصالة والعنوانية لا على جهة الارفاق والاحتياط وانه على هذا يجب القرعة لا الرخصة كما في المقام فالاصل سقوط طريقية القرعة اذ القطع بالطريقية متوقف على القطع بكون الحكم انما يتعلق على جهة الاصالة والعنوانية مع الاحتمال فالاحوط لزوما اعمال القرعة ونزك استعمالها الان العمل بالحكم المنصوص محقق قلت هذا مبني على الاحوط لزوما في الارفاق والاسقاط البينة عن الحجية في نحو ذلك فتوله

في المتن من له راسان وبطن على حدة واحداه اولى الوجهين بقال هنا ان امانة الحاكم بالوحدة بانيتهما وتعدد بانتباه احدهما في النفس والفتوى ليس من باب استعمال الامارات المجعولة شرعا كامانة الحاكم بالذكورة والانوثة في الخنثى بالمبال وسبق البول او الفرج وانما هو من باب التنبيه على ان مناط الاتحاد والتشخص في كون الانسان انسانا واحدا واقعا وعقلا لا شرعا وتنزيلا انما هو على اتحاد الروح خاصة سواء اتحدت الاعضاء المتعددة عادة في الواحد المتخصص او تعددت وحينئذ يقطع بانه لو انتبه احدهما خاصة فهنا اثنان واقعا لا شرعا كما يقطع بذلك لو علم اختلافهما في الاعتقاد والمحبة والكراهة والرضا والغضب والعلم والجهل والالم وعدمه والعقل والجنون لان ذلك كله من آثار القلبية ومن الواضح استحالة تعدد القلب المتعلق بالروح الواحد الشخصية فذكر الانتباه في المسئلة انما هو من باب المثال لكونها هي الامارة المجعولة شرعا دلبلا دون غيرها وكان النص انما ورد بها لان الاستكشاف بالتنبيه لا يتاتى معه الاستكشاف بخلاف ما في الامارات فقد يدعى ذو الراسين بلسانه الخلاف او الوفاق وهذا من الوضوح عندي بمكان فمن الغريب جعل السند في المسئلة الرواية والاعتذار عن ضعفها بالانجبار بالعمل مع ان العمل هنا بعد اشترائها البتة لا يمكن ان يكون جابرا لاحتمال ان يكون لها اشتراها البتة للوفاء كما فرضناه وراء ما من امتناع انجبار الخبر الموافق للاصل بالشهرة ومما ذكرنا يظهر ما ارتكب في المقام من ان الانتباه هل هو طريق عام او هو خاص بالارث الى غير ذلك مما اطنب جدا واغرب من ذلك ما ذكر شيخنا هنا من انه لو عند الاستعلام بالانتباه هنا كالوسط ذو الراسين مستهلا في الماء فينبغي استعمال الفرعة هنا وبيان الفرعة انما شرعت لتعيين الشخص المردد بين نوعين فهي لتعيين الحادث كالتمييز المحدث وذو الراسين يعلم معه بحدوث واحد وبثبات في حدوث ما في معه اذا لم يمكن الشك في ان الحادث الواحد هل هو واحد او اثنان ولو قبل باحتمال ذلك بناء على ان الفرعة كالاصل انما تشرع حيث لا دليل فينفي الثاني في المتن الثالث في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم اعلم ان اصل الارث لغة وشرعا عبارة عن انتقال الحي مال من مات قبله بسبب الموت وح فلا بد في تشخص كون فلان وارثا لفلان من تشخص كون موته متاخرا عن موته لا متقدما ولا مقارنا فلو علم المقارن علم كون كل منهما غير وارث لصاحبه فعلا وان كان لو تاخر موته لكان وارثا فالمتقارنان ح من اسباب الحجب كالمتقدم بالنظر الى المتقدم وح فالازم ان يكون المال ح لمن تاخر موته من الارحام او من بعدهم سواء كان مشاركا للمتوفى في الطبقة او متاخرا عنها لو شك في المتاخر منهما او شك في انه هل تاخر موت احدهما او اقترنا فان تشبث بمعنى انه يعلم ان المال انتقل في الصورة الاولى من متقدم الموت وانما الى متاخره ثم منه الى من بعده فالاشكال في تشخص المتاخر الذي يورث ورثته المال وانه ايهما هو سواء كان لكل منهما مال او كان احدهما لا مال له غاية الامر ان المتاخر لو كان لا مال له كان له المال وان المتقدم لو كان لا مال له لم يرث وهذا لا يرفع الاشكال في تشخص المورث الذي انتقل اليهم المال من المتاخر الذي لم يعلم ايهما هو فمن لو كان المتاخر لا مال له لم يرث ورثته لا مالا ولا موروثا له ولو كان ذا مال ورث ورثته الطريف والتالد جميعا اذا عرفت هذا فالاصل في

جميع صور الاشتباه بقسميه انما هو استعمال الفرعة لعموم قوله ﷺ كل مجهول فيه القرعة لكن القسم الاول اعني ما لو كان الثاني في المتأخر خاصة لم يحج الى اكثر من قرعة واحدة في تشخيصه ثم يعمل على مقتضاها ويدفع المال الى وارث المتأخر خاصة واما القسم الثاني فيجب القرعة اولا في ان موتهما على التعاقب اولا فان خرجت على التعاقب احتيج الى قرعة ثانية لدرك مال كل واحد منهما ووارث الاجنبي انكان لكل منهما فالمال لورثة كل والمال وان خرجت على الاقتران فرع ثالثا في تشخيص المتأخر منهما وعمل عليها لكن خروج مورد هذا الاصل عن قوة اشتباه موت الغرقى والمهدوم عليهم بالنص والاجماع سواء احتمل التقارن في الموت ام لا وسواء جهل التاريخ في كل منهما ام لا بان علم تاريخ موت احدهما فان اصالة عدم موت الآخر لا يثبت كونه بعده مضافا الى اطلاق النص بتوريث ورثة كل منهما مال الآخر للحكم بان كل منهما ورث صاحبه انما الاشكال في انه هل يدل النص على ان مناط التوارث الاشتباه فيما لو علما مجتمعين معا وان لم يكن السبب غرقا او هدما او انما يدل على ما خاصة حتى لو علما بالغرق والآخر بالهدم فالقرعة والانصاف ان الذي يقتضيه السؤال الذي يجب ان يبنى عليه الجواب هو الاول وان كان الثاني هو مقتضى الاصل قوله في المتن مثل ذلك القاضي بالاستقراء اضداده الاول ظاهر المصنف عدم اعتبار البينة بها لاشتراط اليمين في الامانات حيث لا يتمكن المستقرض ولظاهر اقتصاره بما يثبت بها على استند المذكوره وعكس به ذلك وكيف كان فالاقوى ما اختاره جمع منها حيث لا تعد البينة وهو البينة في خصوص الامور المذكورة ونحوها مما يعسر او يتعذر اقامة البينة فيها والا فمتى امكن الاشهاد عادة على وجه يحصل البينة بقول الامام عليه السلام او نائبه خاصا دون خرط القتاد سيما بالنظر الى المقام بل يجب القطع بانتفائها فيه ضرورة انه لو كان نصب الامام عليه السلام نائبا خاصا كما كان السلاطين متكاثفة وثلثمائة سنة تقريبا فكان هذا الاحتجاج مما نوقش من عبر اصحابنا وطعن عليه من بعض اقدامهم على اصوله غفلة عن خفية الحال وغرابة ذلك الاحتجاج بصحيحة حريز عمن ابي عبد الله في قضيته اسناد من اسند معضل ممن يقال انه يشرب الخمر مع ان صدرها احتجاجه بقوله تقشعوس بالله ويرس للموسد ومن الواضح ان الآية لا يفيد حجية الاستفاضة بنفسها كما هو المطلوب بل لو دلت على حجية شيء لكان اللازم القول بكلية على حجية خبر الواحد في الموضوعات وهو معلوم البطلان والاجماع على خلافه وبمثله مرسل يونس بل هو اضعف دلالة كما يشهد به صريح السؤال فيها عن خصوص البينة المجهولة للعدالة باطنا وقوله في الجواب فاذا كان ظاهره اي ظاهر الشاهد ظاهرا مأمونا جازت شهادته ولا يسئل عن باطنه هذا كما زعمه اجنبي عن مسئلة قبول الاستفاضة وحجيتها سؤالا وجوابا بالمرة واما المراد انه لا يجب البحث عن البواطن في هذه الحسن في افعال الاولياء من وكيل او وصي او قيم او قاض فلا يسئل عن انه هل جرى على الغبطة والمصلحة او في نصبه قبائح تغير حينئذ العدالة ام لا بشهادة قوله ﷺ اذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا فتح نصبه ولبسه ولا يسئل عن باطنه وفي باب المناكح اي انه يجوز نكاح من ظاهره الكفاءة ولا يسئل عن باطنه

لو في باب اللعان بامر فوكل في بينة مجرد اظهار الشهادة بين ولا يسئل عن بالمنزه ويحمل ذبحه على الصحة ولا يسئل عن باطن فعله وفي باب الارث يحكم بكونه وارثا فلا يسئل عن باطن امره وهذا في جميع ذلك يعني في مسئلة قبول الغير عطف بالاستفاضة او بدونها ولو واحدا كما لا يخفى قوله في المتن اذا حدث في القاضي عمى الى آخره اقول اما انعزاله بعروض الجنون والفسق ونحوهما ما دام مجنونا او فاسقا فواضح واما الاشكال في بقاء الانعزال مع عوده الى الكمال ووجهه انصراف النص الدال على النصب حيث يكون منصوبا خاصا الى الغير مجوزا ما دام مستمرا على وصف الكمال لا انه منصوب ما دام متصفا بوصف الكمال وفي كل زمن انقضى بذلك اما لو فرض النص عليه على انه منصوب في كل زمن انضاف اليه الكمال وان تخلل النقصان فلا اشكال في العود مع مجاز الكمال وكذا لو دلت القرينة الحالية على ذلك كما لو علم الامام ان ممن بعثه الاعداء مثلا في كل يوم ونصبه قاضيا على الدوام اذ لا مانع من ذلك عقلا ولا شرعا وح فيجب تنزيل المتن ونحوه ومما يرجح الاطلاق على خصوص صورة الاطلاق فان قلت فالازم على ذلك انعزال فقهاء العشيرة عن القضاء بمجرد عروض الجنون مثلا والاغماء واستمرار ذلك فيمن عرض له ذلك وان عاد الى الكمال قلنا الظاهر عرفا من دليل النصب العام انه منوط في حقهم بحال الكمال من حيث هو لا بالاستمرار على حال الكمال ولا منصرف اليه بخلاف النص على شخص خاص معين بانه منصرف عرفا الى خصوص حالة الاستمرار وهذا امر ايضا في الاطراف الى الالزام به وانما استصحاب حكم الانعقاد السابق حال الكمال فلا يجدي بعد الانقطاع بالانعزال كما قد يتوهم بل الان الشك هنا ناشئ في قدح العارض والاستصحاب هنا ساقط عندنا قوله في المتن والاول اشبه اقول الكلام منحصر هنا في غاية المتانة ويمكن ان يحتج عليه ايضا بان وجوب اللطف على الله تعالى بنصب الحاكم في خلقه يقتضي وجوب نصب سادس عشر سادسا عنه لان في ترك ذلك منافاة للغرض من استقامة العدل عما امكن والفرض ان نصبهم اياه لا تمتعهم منه التغلب وعصمتهم تمنع من تركه فلو فرضنا ان النص الوارد من الماضين من غير ظاهر الشمول وان النص الوارد من امام العصر جعلت قرائن ظاهر الدلالة على النصب كان هذا ذكرنا قرينة عقلية على ارادة الشمول من نص الماضين او قرينة توجب القطع بارادة المنصب من امام العصر بل لو فرض خلو النصوص جميع من الاشارة اليه لعلمنا بذلك ان فيما تلقت علينا منها ما يقر عليه وبهذا ايضا يصح ان يحتج لاجلي وجوب القيام بالامور الحسبية على عدول المسلمين مع انتفاء من ينصبه ذلك من المجتهدين قوله في المتن والاقوى بالانعزال اشبهه اقول الاضافة ان كلامهم هنا محمول على العجز عن علم الانعزال مطلقا لان مبنى دعوى الانعزال في اي مقام قيل بها انما هو دعوى امر وكيل عن الغائب لا عن الاصل او احتمال ذلك وقد مات فينعزل بموته والاضافة انما يمتنع ان يكون وكيل الوكيل حيث يكون مأذونا بالتوكيل كما هو محل الكلام وكيلا عن الوكيل لا عن الاصيل اذ لا اصالة للوكيل فيما وكل فيه حتى يكون وكيلا عنه لا عن الاصيل فلا بعد فيه نعم لا ان يكون وكيلا عن الاصيل لكن بالواسطة وح فلو فرض

القاضي على استنابة النائب في فعل معين او غيره على كونه وكيلا عنه حيا وميتا لم ينعزل بموته بل وكذا لو نص على
انه وكيل عنه مسلما او مجنونا او مغمى عليه وقد ذكر له في ذلك لم ينعزل بالعوارض فظهر انه لو كان المنسي ما
ذكروه لكان اللازم الحكم بعدم الانعزال مطلقا نعم لا يبعد ان يقال ان المسئلة لفظية وان الكلام انما هو في
خصوص صورة اطلاق الاستنابة من القاضي ومن نائبه فيقال ان اطلاق التوكيل من الوكيل او وكيله بل
لو من الاصيل هل ينصرف الى التوكيل ما دام من شافهه بالتوكيل حيا او مسلما او ان ظاهره استمرار
وكالته وان مات من شافهه بالتوكيل او جن او فسق او كانت وكالته لبست الاعز الاصيل وكان الوكيل
مأذونا بالتوكيل على التقييد وعلى التعميم وعلى هذا يمكن دعوى الانصراف المذكور في خصوص ما لو كان
النائب ناشيا في شغل معين دون غيره وان الاستنابة غير ظاهرة في التعميم والاستمرار وكما يحتمل ان عدم
الانصراف مطلقا مستظهر لان الولاية خلاف الاصل فيلزم بقيها فيما امكن ولا يمكن استصحاب استمرارها
في محل الشك لان الشك هنا في فتح العارض لا في عكسه حتى يكون حجة شرعية واما ما فرناه من عدم
انعزال القضاة بموت القاضي وعزله فانما هو للقرينة الحالية القاضية بظهور ارادة التعميم والاستمرار
مضافا الى ما ذكرناه من القرينة العقلية قوله في المتن الامام يقضي بغير مطلقا اول ان اريد بذلك انه يمكن
ان يكون الامام من حكمه ان يقضي بعلمه مطلقا فهذا ضروري جدا بل لا ينبغي ان يصير فيه لاحد على استاذه من عقل
ولا نقل وان اريد به انه اذا حكم بعلمه لم يجز معارضته بذلك بل هو واضح وهو الذي يقتضيه قولنا امير المؤمنين ثم
امام المسلمين يؤمن من مواردهم على اعظم من هذا وفعله لما تخاصم اليه النبي صلى مع الاعرابي في الناقة حيث اراد
قتل الاعرابي وان اريد به انا نعلم ان الامام عليه وكذا النبي صلى من حكمهما انه يجب عليهما القضاء بعلمهما مطلقا
كما هو الظاهر فهذا مما لا طريق اليه مع انه شيء لا يختصنا اما الثاني فظاهر واما الاول فلان الطريق اليه منحصر في علمهم
ايانا بذلك لان العقل لا يستقل بذلك لا يمتنع ان يعلمنا الله سبحانه الى رسوله انك لو علمت ان احدا شرب
الخمر او زنى او قتل نفسا او اتلف مالا لم يجز لك اقامة الحد او التسلط على القضاء او التعزير الا مع البينة عليه
لعرضك عن اتهام الخصم وغيره او مما يبغضه الخالق فيكون موضوع من يثبت عليه الاثر شارب الخمر والزاني مثلا
من قامت عليه البينة او اقر عنده بانه شرب او زنى مطلقا لا من علم شربه او زناه مطلقا فيكون قيام البينة او الاقرار
قيدا في الموضوع وذلك لان العلم في المقام ونحوه ليس من قبيل العلم بخمرية الخمر وبولية البول بالنظر الى الحاكم المطلع
على نفس الخمرة البولية انه يجب ان يكون اعتباره فيه على وجه الطريقية بحيث لو انكل الحكم عن مبنى
علمه وبمنع ان يكون اعتباره فيه وجوديا او عدميا على جهة القيدية في الموضوع كما هو واضح ويؤيد ذلك قوله
تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا
او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض فقال له الا ابعث اليهم يا رسول الله نوعا يا اولي بأس شديد فقال ان اكره ان يقول الناس

انه دعى فوما الى ضيافته فاجابوه فلما طعن بعد رده قيام وبؤيده انه علم من بعض اصحابه في مرضه ما يوجب القتل او التعزير واعرض عنه ولم يحكم فيلزم ان يكون القضاء عليه بالعلم غير لازم والموجبة الكلية تنقض بالموجبة الجزئية والحاصل لحق الاعلم ان الله تعالى اوجب عليه الحكم بعلمه مطلقا او انه جوزه له ولم يلزمه به فالاول باطل لانه لو الزمه به لوقع في احد محذورين اما في الاول فلانه كان يجب على النبي صلعم ولا يجب عليه علم ما لم يعلم بالبينة او الاقرار واما في الثاني فلانه كان يجوز ان يحكم بعلمه في ثالث فلا يجب على النبي صلعم ولا يجب عليه بيان ما لو وجب عليه علمه فحصل لنا واما علمنا ان كل ما يفعله او يتركه فانما هو عن وحي يوحى فمن هنا لا يمكن الاحتجاج بفعله او تركه على الامة الا بدليل شامل بظاهره لنا ولغيرنا على حكم الله تعالى في حقه فاذا لا يلزم من ترك بيان اختصاصه بحكم اخر اختصاصه بحكم آخر في حقنا اذ لا ابطال لنا بانفاله صلعم على ان الامر الاول اعني قوله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة الامر الثاني مختص بداود والثالث معلقة على ارادة الحكم على انه لا يجب انه لا يحكم الا بالعدل ولا يجوز فلم قلتم ان الحكم بغير العدل اصلا انما الكلام في جواز ذلك الحكم بالعدل في بعض الصور وجوب تركه وهو امر اخر سلمنا على انا لو فرضنا ان الله سبحانه وتعالى لا يحكم بعلمه الا مع البينة كان حكمه بدونها حكما بغير العدل كما انا لو حكمنا بشاهد واحد من غير يمين كان جورا ان كان صادقا في الواقع كما لو مع اليمين يكون عدلا وان كان كاذبا ومثل الحكم بالشاهد واليمين الفاسق واما النصوص فليس فيها ما ينص على انه يجب عليه القضاء بمجرد العلم مطلقا او انه يجوز له ذلك بل لو ورد النص بذلك وكان صحيحا لم يمكن ان يكون حجة في مثل المقام لانه مقام علي وليس بمقام عملي حتى يتمسك فيه بالعمل باخبار الآحاد فهو كالخبر الصحيح الدال على وجوب صلوة الليل مثلا او غيرها على النبي صلعم فانه لا يلزم منه وجوب ذلك علينا ولو قلنا بامتناع الشركة فيما بيننا وبين النبي صلعم فيما علم وجهه مما يعلم الوجوب قطعا على النبي صلعم لا يجوز الخبر الصحيح لان الخبر الصحيح المجعول حجة انما هو ما افاد ذا نسبة في حقنا لا ما استلزم على تقدير تسليم نسبة في حقنا مع انا لا نقول بامتناع الشركة مع النبي صلعم مطلقا مع ان المقام لا دخل له بمقام الشركة اصلا لان وجوب القضاء ليس من الافعال مشتركا بينها المكلفون وبينما كون فيها النبي صلعم واوصيائه وانما هو منصب شرعي لهم خاصة لقوله تعالى انما وليكم الله ورسوله والذين امنوا الذين يقيمون الصلوة ويؤتون الزكوة وهم راكعون وانما يتولاه غيرهم بتوكلهم فيه وتنصيبهم اياه لا بامتناع الشركة كوجوب اداء الشهادة وافامة الصلوة ونحوها الاجماع على احتياج القاضي في قضائه الى نصب الامام صلعم ونصبه عليه عموما او خصوصا وعلى هذا فيندفع الاشكال في وجه الخلاف في المسئلة وان من عد الامام هل يقضي بعلمه مطلقا ولا مطلقا او يفصل بين حقوق الله لانه لا حقوق للناس اذ بالعكس بعد اجماعهم على ان المناط في كونه قاضيا على المنصب اذا لوحظ جنسه ارتفع الخلاف في المسئلة بان يقال ان ذلك بمنع صحة الاذن الوارده من الامام صلعم الذي نصبه فكما يجوز ان ينصبه قاضيا في خصوص حقوق الله خاصة او حقوق الناس كذلك او على التعميم فكذا يجوز ان ينصبه قاضيا فيهما على ان يعمل بالبينة والاقرار خاصة او بهما وبكل ما افاده اليقين بل يجوز ان يفتح عليه الالزام باليقين الحسي دون الحدسي او حيث لا يكون فيه منفرا او حيث يجوز ان يأذن فيه لقاض دون قاض

على حسب

على حسب ما يراه والحاصل الامر في ذلك كله الى صاحب الامر كما عرفت هذا اذا عرفت هذا فاعلم ان محل الكلام
في المقام امران في خصوص بيان علم القاضي بالموضوعات التي تحتاج الى البينة او الاقرار لا في مطلق
الاعتبار علم القاضي حتى بالحكم الشرعي وفاقا ان كان ام خلافا حزب الانفراد بدعوى العلم بدا والعلم بعدم
الشاهد او بعدالة المعدل او انه قد شهد او بدلالة كلامه على براءة المدعى او تخصيص الشاهد او المخصص او
الاقرار المدعى عليه او دلالة كلامه على الاقرار سواء كان في مجلس القضاء او غيره او تخصيص القضاء او غيره او
تخصيص المدعى به من مال او نفس ونحو ذلك ضرورة اقتضاء نصب الامام له قاضيا البينة او الاقرار او
علمه في ذلك كله عقلا او عرفا بل الظن يؤيد ذلك كله عموم قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به لاقتضاء نصبه
فيما يبدو وليس من ذلك علم يحصل الشهود وكذب بهم كما انه في موانع القضاء لا من مقتضاه انه قوله في المتن او
الحاكم على عزم آه اقول وجهه ظاهر ضرورة ان الاول بعد اغراء الليس لاستيفاء المال بالغائب في الحبس شيء
ولا توكيلا لوال ولا بينة على ذلك ولا اطلاق العزيم لان ذلك ينقض الحكم المتضح له والغائب عزم الحق الثابت عنده
فربما ذهب الى مكان لا يقدر عليه فيراه واحتمل بعضهم بل غايته ما يعسر ان يسلم امر الحبس والمحبوسين الى الثاني
واما الثاني فغايته ما يعسر شرعا ان ينظر في امرهم كما ذكر وامر ورده انه لا يجوز ابتاع المجتهد لمثله في قول
ولا عمل فيكون حبس الثاني لهم من حيث النصب لا من حيث الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لقوله التعزيز بل ابقاؤهم
في الحبس من هذه الجهة المذكورة كضربهم الحد واستنقاذ المال منهم تحكما على الظلم والايذاء من غير حق وتقليدا
منه لمثله وهو غير جائز بالاجماع لعدم وضوح الحال عنده وفيه ظاهر فان قلت قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة
تقتضي جواز اقرار الثاني لهم في الحبس من غير ان ينظر كما يجوز العقد على امرئة بقوله الغير فتطلقها من غير ان ينظر
في كيفية طلاقه في حال شاهد به وكما يجوز الصلوة بثوب الغير المخبر بقوله فتطهرته من غير ان ينظر في كيفية
تطهيره هل حصره ام لا وهل غمره في الكثير او في القليل على رأي ابن ابي عقيل قلت قاعدة حمل فعل المسلم على
الصحة مجمع عليها لكنها لا تقتضي اكثر من عدم ترتيب اثار الفاسد وتنزيله منزلة العدم فمن سمع شخصا يسب
شخصا او يضرب بتيا لم يحكم بفسقه بل يبقى على عدالته ما لم يعلم الفساد ولم يجز اتباعه في ذلك ولا اعانته عليه
فان القاعدة المذكورة لا تقتضي ثبوت موضوع ولا حكم شرعيا اجماعا وانما جاز العقد والصلوة بما ذكرت
نظرا الى قاعدة الاقرار في الاول ولاخبار ذي اليد في الثاني لا لقاعدة الحمل بمجردها والا لوجب القول بحجية
خبر الواحد في الاحكام والموضوعات وانكان فاسقا نظرا الى دعوى ان قوله ضع امر اخيك على احسنه ونحوه
في معنى قول المسلم الحمل الكذب منزل عند الشرع منزلة معلوم الصدق والمطابقة للواقع مطلقا والضرورة
على خلافه مع ان احدا لم يخرج على حجية الخبر ولا حجية الفتوى بتلك القاعدة مع انها مجمع عليها ولم يتوهم احد
انها مختصة بخبر ذلك بالفاسق بل هم متفقون على انها قاعدة عامة غير مختصة وهذا انما يتم على ما فسرناها به
واما جواز الصلوة خلف العدل وان لم يعلم كيفية صلوته فانما هو لاطلاق الاذن بالصلوة خلفه فتدبر

على ذلك

على ذلك من غير توقف على ثبوت تلك القاعدة مع انها لم تثبت لانها لا تقتضي عدم الحاجة الى التمسك في اثبات الموضوعات ما لم يجب عليه النظر لانه منصوب لاستيفاء الحقوق وايصالها الى اهلها وسياستهم وفي تركه مخالفة على تضييع الحق واهمال التي استنابه الواجب عليه حيث ان الاول لم يحكمها وان كان قد قضى ثم عزل نعم لو كان الاول قد اتم العمل واستنفد الحق على ما يليق بحكم الثاني اجابة الخصمين الى تجديد المرافعة لكان له دعائهما الى ذلك بل لو جاءا الخصمان بعد علمه بحكم الاول بينهما لزمه طردهما ما لم يدع المحكوم عليه على الاول تعمد الجور عليه ضرورة ان قضاء معنى القضاء الذي نصب له المنصوب التمام ووجوب التسليم والامضاء كما هو حكم قضاء المجتهد المنصوب عليه بقوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا فاذا نصب المجتهد قاضيا كان قضاؤه بمنزلة قضاء الامام في وجوب الامضاء على المحكوم عليه وغيره من مجتهد وغيره وعدم جواز الرد ومضي ذلك على المحكوم عليه وان كان مجتهدا مخالفا له في حكم المسئلة كعدم ضمان المقبوض بالسوم او في طريق ثبوت الموضوع كما لو اكتفى في عدالة الشاهدين بظاهر الاسلام وجوب الدفع الى المحكوم له وعدم جواز الامتناع بل لو امتنع لذلك كان فاسقا لكونه مرتكبا على المجتهد وليس ذلك منه تقليدا له بل هو قبول لامارة التي نصبه لها ولي المسلمين كما ان من يعلم براءة ذمته لو حكم عليه الحاكم بسبب البينة العادلة يقينا بالاشتغال لزمه التأدية وفسق بالامتناع ولم يكن الاداء تقليدا بل امضاء مجرم كما هو ظاهر واما معنى ذلك بالنظر الى غير المحكوم عليه لو كان مجتهدا مخالفا له فعدم المزاحمة بان لا يبطل المحكوم عليه عن الامتثال وان لا يامره بالامتثال لان ذلك منه ردة ومشاقة وهو غير جائز كما لا يجوز صد المخصوص عن المرافع البه في تلك المسئلة ونحوها لكونه صدا عن سبيل الله المنصوب شرعا واما تقليده في ذلك ولو في خصوص تلك الواقعة فكلا ضرورة عدا طريق راي المجتهد في حق مثله وان عدم تقليده له في ذلك ليس ردا للحكم ولا مزاحمة لمنصبه بعد حسبة النائب على مثاله بل وكونه ممتثلا لو كان هو المحكوم عليه بل ليس للحاكم الاول ان يلزم مثله بتقليده اذا لم يتعقب ذلك مثلا لو حكم بالشفعة مع تعدد الشركاء فدفع المشتري الشفص امتثالا له لم يكن للمخالف له في ذلك الدخول الى ذلك الشفص من غير اذن المشتري ضرورة بقائه على ملكه عنده شرعا وان لزمه بدفعه الى الشفيع سببا نعم لغيره من المقلدين ان يدخل من غير اذنه ويشتري من الشفيع تقليدا للحاكم الاول اجراء لكل على اصله ايضا فان الحاكم انما له الزام المحكوم عليه لضرورة الاحتياج الى قطع الخصومة التي نصب لها بالعمل على طبق فتواه واما غيره من مقلد او مجتهد فلا طريق له الى الالزام بالعمل بذلك الفتوى حتى في تلك القضية الشخصية اما المقلد فلتخيره في تقليد من شاء مع التساوي ومطلقا واما المجتهد فلتعين العمل عليه باحد الادلة الاربعة وليس منها فتوى حتى التي الزم بها المحكوم عليه في مقام التخاصم وتوهم الاجماع على لزوم نقض الفتوى بالحكم في حق المحكوم عليه غير المجتهد او غيره بمعنى ان على المجتهد ان يعمل على طبق الفتوى التي الزم بها في مقام

التخاصم وان كان دليلا عليها وان لم يكن هو المحكوم اليه بالنظر الى خصوص تلك الواقعة كما بيناه شيخنا
هناك قطع الله تعالى دابر من يحاول النقض بمثل الاشارة الى ذلك ومنا قد لقواعدهم المسلمة بل الاجماع محقق على
خلافه وانما معنى قولنا اشرنا اليه من ان على المحكوم عليه ان كان مقلدا للغير الحاكم في تلك الواقعة ومجتهدا
مخالفا له في الفتوى التي قلنا انه يجتمع من جزئياتها امثال ذلك الحاكم في تلك الواقعة وانه لا يجوز له الامتثال
ولا منع مقلده من الامتثال بل الواجب عليه الزامه بذلك وانه لا يصح منه الاعتذار في ذلك بان اجتهاده على
خلاف ما الزم به وقلده وكل ذلك قضاء لقضية امارته التي نصب لها ولولا ذلك لاختل نظام القضاء
وسقطت فائدة نصبها وذلك لان قضاء القاضي يشتمل على امرين احدهما للمحكوم له بسببه يجب تقليده في اخذ الحق
الذي الزم به المحكوم وسببه كونه مجتهدا والزام للمحكوم عليه وسببه كونه مقلدا والاستظهار المحفوف على نظره
فهو في الحقيقة قضاء في امارة فيجب ان يترتب على كل حكم دل ظهر لك من ذلك كله ان ما ذكره شيخنا اهما
اكثره عما يظن بل منع بسما قوله ان المراد بقضاء القاضي بالحكم ابطال حكم الكلي في خصوص مورد الحكم مطردا ان
اللازم في نحو ما لو نزل فضا على بيع منابع دل لا في عرف الجنب من الزنا فلا اعتد من يرى طهارته بحكم بذلك
كان طاهرا مملوكا للمحكوم عليه وان كان مجتهدا يرى بخاسته او مقلدا له وظاهره انه لا يحتاج الى تطهيره
لو امكن تطهيره ومثله لو حكم بطهارته وقد كان ماء قليلا ملاقيا للنجاسة او كان من شعر الكلب والخنزير اراد هنا
منحصرا فذا التي ذكر احدا الى غير ذلك مما لا يخفى كون الحكم بما ذكره شيخنا فيه مما لا يخفى بشاعه على محصل
واغرب من ذلك احتجاجه عليه باطلاق ما دل على وجوب قبول الحكم وعدم جواز الرد مع وضوح عدم دلالته
على كون ذلك الحكم دليلا في حق المجتهد المخالف له او مقلده مقلدا على ما اراد له بالنظر الى مورد الحكم مما
ظن خطائه فيه ودل ما اراده مستنده او قطع فيه بذلك كما لو استند الى عموم او اطلاق يجب الخروج عنه بمخصصه
ومقيده ولم يطلع عليه على ان في مقابلة ذلك اطلاق ما دل على حجية الادلة في حق المجتهد المخالف بل الاجماع
على حجيتها عليه في جميع موارد جريانها فالتحقيق ما اشرنا اليه فتدبره جيدا بعين الاقبال ولا تنظر الى من قال
وقع فالالزام على المحكوم عليه في ذلك كله ونحوه لو كان مجتهدا مخالفا او مقلده مجرد دفع التهمة اعتنا الا والالزام
بمقتضى امارته ونصبه من غير تقليد له في شيء من آثار فتواه المخالفة هذا وعلم ان ما يحكم به الحاكم المرضي لا يخ
اما ان يكون معلوما للغير من الحكام انه حكم الله تعالى بعلم اولى او بعلم اولى او بغير معلوم باحدهما او يكون معلوما
ان حكم الله تعالى غيره بعلم اولى او بعلم اولى فان كان من الاول لم يجز رده ولزم امضاؤه من غير فرق في بين فيه
ضرورة ان رده رد على الله ورسوله ومحادة لهما ومحاربة للشريعة كما هو ظاهر وان كان من الثاني كان
في حكم معلوم الخطاء بالنظر الى لزوم الامضاء على المخاصمين لاقتضاء دليل النصب امضاء قضائه على نظره
حتى بعلم خلافه وتنزيله منزلة قضاء المجتهد في الالزام بقضائه على الدوام قوله في الشرح انما الكلام في الحكم
بشهادة هنا مع تزكية الخصم اه اول الغرض من التزكية انما هو اثبات كون الشاهد بحيث يجوز شرعا غير مجوز شرعا غير

اعني المركبين فاذا اعترف بقيام الحجة الشرعية بما يدعيه المدعي وجب على الحاكم الزامه بما منشأها والعمل بها وان
قوله انما اخطأ كما يلغو اذا علم الحاكم عدالتها او ثبت عنده فنوكما لو اعترف بامر كان قد اقر بما يدعيه
المدعي وهو عاقل بالغ ولكنه كان مشتبها فانه يمضي عليه اقراره بالاقرار ويلغو دعوى الاشتباه وكذا لو اقر
بامر قد حكم عليه حاكم اخر بذلك ولكنه اشتبه فانه لا يسمع كل ذلك لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز
فانه يشمل الاقرار بالسبب والمسبب فان حجية البينة في نفس الامر غير مشروطة بالنظر الى من يعلم عدالتها بعلم الحاكم
بعدالتها وثبوتها عنده سببا بعد اقامتها الشهادة عند الحاكم واما قوله ان حكم الحاكم مشروط بعلمه بعدالتها
او ثبوتها عنده ولم يحصل شيء من ذلك فجوابه ان حكم الحاكم مشروط بذلك ان كان بسبب شهادة الشاهدين
واما اذا كان بسبب اقرار الخصم بشهادة العادلين عليه بالحق فلا وانما يشترط كما لا يخفى خاصة واما قوله انه
كان يحكم بالحكم بشهادة فاسقين فقياس مع الفارق هذا وقد ذهب الى ما اخترناه جماعة من المحققين قوله
في الشرح بل الذي هو المعلوم من طريقة الشرع اه اقول لا ريب في ان كل متكلم يحمل كلامه على ظاهره في باب الاقارير
والشهادات وغيرها وان الشارع قد اقر اهل العرف على ذلك وانه ليس له في ذلك طريقة مخترعة وان ظاهر
كل متكلم ارادة ما هو الواقع لكن لو اختلف المتكلمون في تشخيص ما هو الواقع ولم يجز لاحدهم تقليد الاخر في
ذلك التشخيص وليس ههنا اصل شرعي يوجب حمل محتمل الخلاف والوفاق فالاطريق الى الحكم بالاكتفاء بالاول
فان الذي يجب بمقتضى قوله في باب الشهادات انما هو اخبار بالامر المحسوس من حيث وقوعه في الخارج وعدم وقوعه
من حيث كونه من حكمان يحبس مثلا ام لا وانه موجب للقتل او انه موجب للتعزير في باب الرضاع مثلا او غيره
فاذا اشتمل الشهادة على التعزير بالجهة الثانية لزم الاسقاط لما ذكرناه للشهادة من هذه الجهة لوضوح
عروض الاجمال اذ ليس الاصل الوفاق عند احتمال الخلاف واصالة الحمل على فعل المسلم وقوله وبناءه على الصحيح غير
الامر الواقع غير ثابت وانما الثابت وجوب حمله على الصحيح بمعنى عدم الحكم بتاثيره ونفوذه مخالفة الشرع او
لجواز تقليد المجتهد لمثله اعم الا لتلك القاعدة بل لم يذهب اليها على المعنى المزبور احد من المحققين مع ان
التقليل المزبور لا يقتضي جواز الاكتفاء بالاطلاق مطلقا لعدم جريانه في صورة العلم بالمخالفة باجتهاد او تقليد
لمجتهد مخالف بل الانصاف منافاة التقليل الاول لما وضح ان المخاطب العارف بكيفية المحاورات العرفية من
شانه مراعاة مطابقة الجواب للسؤال نفيا واثباتا واقعا فقد للسائل عين ما اراده من العنوان المسؤول عنه
حيث يجب بالاثبات فاذا علم المسؤول او احتمل اختلاف مذاهب السائلين في تشخيص العنوان المسؤول عنه فاذا
سئل نظريا جواب الواقع للحكم والا عند احد وجهين الاول ان يقول لا ادري ما مرادكم من هذا العنوان
المسؤول عنه فاذكروا لي اجابة بما عنده فيه نفيا واثباتا فان لم يستفسر فالذي عندي من هذا
العنوان كذا فان كان مرضيا بها والا فلا الثاني ان يجيب على الشهادة بثبوت العنوان والحال ما عرفت وهذا
لا يجري عادة من العارف بمحاورات الكلام الا مع العلم بالوفاق او العلم بثبوت العنوان ان في ذلك الوجه

كما مشى عليه ما كان بالاتفاق اذ لا يحسن الاجمال في مثل المقام بان يكون المراد انه عدل او يجرح بالمعنى الذي اختاره واختاره مجتهدي من هذا العنوان اذ لو صرح بذلك لم يكن جوابا مرضيا اذ لم يستفد السائل منه شيئا يعمل عليه فكان في حكم السكوت والحاصل ان الاجمال في مثل المقام ليس من مقاصد العقلاء بل ظاهر الجواب عندهم ارادة افادة السائل بما يصح ان يعمل عليه وح فيكون الاطلاق في خصوص المقام ونحوه قرينة على ارادته ما اشرنا اليه فتدبر والمقال فلا تنظر الى من قال نعم لو كان المسؤول آية ليس بكامل الفطنة بحيث لا يؤمن منه الخروج عما ينبغي في المحاورات كما نجده في كثير من العوام الذي يصدق بفهم قول القائل امناء معدلا فانا جوابا فلا استفتاح لازم حتما والحاصل هذا جيد لكنه انما يتم في الشهادة بالعدالة من حيث الاختلاف في معناها الشرعي كما قيل او في كفاية ظاهر الاسلام مع عدم ظهور الفسق والظن بالملكة الحاصل بسبب الخلطة الدائمة او مطلقا في الحكم بها والشهادة عليها طريقا اليها بان قلنا انها هي الملكة اتفاقا واما لو شهد الشاهدان عليه بالفسق بشئ شخصي اتفقا على الاطلاع عليه معا ولم يبيناه انه كبيرة او صغيرة او شهدا عليه بان له ملكة الفسق فذاك اما لو قالا هو فاسق ولم يذكرا شيئا شخصيا اطلعا عليه معا او نسب اليه كل منهما غير ما نسب اليه الآخر او اطلق احدهما وعين الآخر فيشكل ثبوت الجرح في هذه الصور اما الاولى فلان الفسق الذي شهدا به كليا الكلي انما يتشخص بالفرد بل وجوده الخارجي عين وجود الفرد ومتعلق الشهادة انما هو الوجود الخارجي ولا يمتنع ان يكون احد الشاهدين اراد سببيا مما يحصل به الفسق بالاجماع غير ما اراد الآخر كان يكون اراد احدهما انه استغاب زيدا اليوم والآخر انه استغاب عمرا امس ولا ان وجود الكلي في فرد غير وجوده في الفرد الآخر وح فلم يثبت فسق متحد خارجي بشهادتهما على ان الاولى انها لو فسرا اطلاقهما وقال كل منهما اطلعت على غير ما اطلع عليه صاحبي لا يمكن الحكم بفسقه حينئذ فان العام لا يدل على الخاص والخاص لم يثبت وان كانت الخصوصيات كلها سواء في كفاية بعضها لو ثبت نعم لو كان للكلي وجود خارجي مناص قبل ولم يكن عين وجود افراده امكن القبول وافتاء عرظاهر وح فلا بعد في الحكم بالقبول هنا من دليل خاص غير ادلة وجوب قبول البينة او دليل يدل على اصالة الاتحاد في الموضوع في باب الشهادات او مطلقا او كلاهما منتف كما هو واضح سيما الثاني بل ظاهر الفقهاء في باب الحدود الاتفاق في الا مور التي يعتبر فيها تعيين الفعل المشهود به فاعلا وزمانا ومكانا في باب الزنا وكذا ظاهرهم ذلك في باب الرضاع حيث قالوا لا تقبل الشهادة بالرضاع الا مفصلة بل صرح في الروضة بان ظاهرهم اعتبار التفصيل في الشهادة بالرضاع حتى مع العلم بالاتفاق في المذهب وجهة بناء على ما ذكرناه ظاهر وكيف كان فالمتبع انما هو الدليل واما الصورتان الاخيرتان فاظهر بطلانا بعد ما عرفت سيما الاولى لكن الانصاف ان هذا كله مندفع بانه لو لم يكتف بالاطلاق في باب الشهادة لم يتم لها في المسلمين سوق غالبا اذ اعتبار الوحدة الشخصية في المشهود به يوجب سد باب الشهادة ان غالبا مع ما فيه من الحرج الشديد في طريق اثبات المحسوس بل المبرة القطعية فاضية بعدم اعتبار الوحدة الشخصية والا لزم الاستفسار اذا شهدت البينة على الاقرار

عن جميع المشخصات من الزمان والمكان وغيرهما والضرورة على خلافه مع ان ذلك ينبغي ان يفهم من قوله عليه السلام في ذيل رواية حفص ولولا ذلك لم يقم للمسلمين سوق بل يدل على المسئلة بالخصوص ما روى عن امير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجل بانه راه يشرب الخمر والاخر بانه قاءها بان عليه الحد قال ما قاءها الا وقد شربها وقد نسب الشهيد الحكم بذلك الى الاصحاب وحكى عليه ابن ادريس الاجماع والحاصل مقتضى الاصل في باب الشهادة اعتبار الواحدة الشخصية فالازم عدم الخروج عنه الا بمقدار ما يدل عليه الدليل المخرج من السيرة وغيرها والظاهر خروج الصورة الاولى خاصة دون الاخيرتين سيما الاولى منهما قوله رحمه الله المتن اما الاقرار فلانه اراد ان اقراره التقرير سبب شرعي لالزام الحاكم اياه بمرد قهره على دفع الحق الذي اقر به لو كان ممتنعا وليس ذلك لغير الحاكم الا من هو المنصوب لاستيفاء الحقوق ورد المظالم الثابتة بالبينة او الاقرار الى اهلها فان تعذر الحاكم المنصوب بذلك تولى ذلك عدول المسلمين كما مر وليس لغير المنصوب التصدي لذلك مع وجود الاباة للاصل وظاهر قوله انما وليكم الله ورسوله الاية فان الاقرار ليس سببا يوجب على المقر عالما بكون فاعليه واقعا قبل الاقرار كالمدعى حتى يصح ان يامره بالمعروف غير الحاكم لاحتمال تعمده الكذب بذلك الاقرار بل غايته ما يمكن لغير الحاكم ان يقول له ان كنت تعلم انك صادق في اقرارك فاعمل عليه اذ يشترط في وجوب كل امر بالمعروف العلم بكون المامور به معروفا فتظهر بذلك ضعف ما في الكفاية في تفسير المتن من قوله لو مع ذلك سواء حكم به الحاكم او لا فانما تلزمه واقعا بعلمه سواء اقر ام لم يقر صادقا كان في اقراره ام كاذبا قاطعا في نفسه بما اقر به ام متشككا وانما الاقرار وسيلة الى الحاكم في الزامه بمرد قهره على ما اقر به لو امتنع منه وبحرم عليه مشافهة الحاكم لو امره بالدفع وان كان في نفس الامر فيما بعد الكذب بذلك الاقرار امضاء النفسه والبينة في ذلك كله كالاقرار نعم يمكن ان يريد شيخنا في ذلك من لزوم الاقرار للمقر سواء حكم الحاكم ام لا انه لو اقر بعين في يده لمن يدعيها لم يتوقف جواز اخذها منه على حكم الحاكم لانه باقراره قد سلط اصالة الملكية لها من حيث كونها تحت يده فيتسلط المدعي لها على اخذها اذ لم يتوله مزاحم منها كما يجوز له ذلك لم يكن قادرا عليها من غير توقف على اذن الحاكم او حكمه ضرورة ان كون الاقرار مسقطا لليد المقر فيما اقر به مسببا للمقر له اخذ تلك العين ام ضروري ولو فرض جهل المقر له بذلك لم يخل الامر الى استفتاء المجتهد بذلك وان لم يكن منصوبا للقضاء واما ما قرن به الشهيد بين الاقرار والبينة فنظره في ذلك الى ما هو الغالب من كون البينة الشرعية من الموضوعات المستنبطة غالبا كما سمعت يجب الرجوع في كونها بينة شرعية ام لا الى المعنى بخلاف الاقرار فانه من الموضوعات الصرفة المعروفة عرفا كالماء والتراب بحيث لا يرد عليه ما اورده شيخنا قدس سره قوله رحمه الله الشرح كما هو مقتضى اطلاق اوله اذ لا داعي الى الاضمار انما لا اطلاق في المقام سيق لارادة بيان وجوب الحكم على الحاكم بمجرد حصول مبرراته وان الفحص من الحاكم ارجاء فان الايات والنصوص كلها لا تفيد ذلك كقوله ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون وقوله تعالى واذا حكمت فاحكم بينهم بالقسط وقوله عز اسمه فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك وكذا

قوله ثم فان جعله حكما فانها جميعا انما تفيد اصل النصب للحكم وشرع غيره واما ان وجوبه عليه هل هو مشروط بالطلب لو يشاهد الحال او مطلق فكلا اذا انصف باذر المتبرع فالاقدم على هذا مشروط حكم لوضع الاذ لعدم العلم بكونه حكما نصب لمثله **قوله** في المتن انظره اه اول الاربع في وجوب الانظار بالنظر الى من لا يتمكن من المكسب بحرفة او صنعة بل الاربع في عدم وجوب التكسب على من يمكنه ذلك لكن لا يليق بحاله كتكليف الفقيه بان يكون حجاما او حمالا او سائلا لما في ذلك من الغض والضرر كما يومي اليه ذلك استثناء ما يليق بحاله من خادم وفرس ونحوها انما الكلام في وجوب الانظار الى ان يملك فاضلا من المال ما في قدره زيادة على المستثنيات او الى ان يتمكن من ذلك الواجد بحرفة يعتادها او صنعة لائقة فيجبر على استعمالها فاح المحكي عن الشيخ وابن ادريس الاول وربما حكي عن المشهور قبل للاصل والاخبار فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وهو غريب فان وجوب قضاء الدين مع المطالبة والامكان ولو بالواسطة من غير عسر امر ظاهر لعموم الادلة واطلاقها لقوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وجزاء سيئة سيئة مثلها وغيرذلك وهو يقتضي اطلاق الوجوب كونه ليس بمشروط بفعليته بملك المال مضافا الى ضرر وبتركون ذلك الوفاء ظلما فيحرم عقلا ونقلا ويدخل في قوله ع في الواجد يحل عقوبته وعرضه بل يدخل في قولي ع مطل الغني ظلم فدعوى الشرطية هنا مما احتمالها كما يظهر من تضاعيف هنا خلية في غاية الغرابة واذا ثبت اطلاق الوجوب وجب مقدمة كما هو ظاهر بل مما يدل عليه ذلك ايضا فنظرة الى ميسرة ضرورة صدق اليسر على التمكن من غير عسر ولو بالواسطة ودعوى اطلاق الوجوب في المكتسب فيه بالنظر الى الانفاق على زوجته وعبده دون وفاء دينه فيحكم بانما يمكن المناقشة في انما مما لو اختلفا فاختار احدهما الوفاء بعمل معين واختار الاخر غيره فهل يلزم المديون ما اختاره الديان او يخير المديون فيه الاصل الاول فان الاصل بقاء الدين في ذمته الا برضاء المديون واما خبر السكوني فلا ضرورة اليه في شيء من ذلك وان كان في نفسه جيدا على الاصح نعم هو شاهد لنا على جميع ذلك واما ما احتج للاول من قوله ع في موثق عمار خل سبيله حتى يستفيد مالا فيشكل اولا باحتمال حتى هنا التعليل مثلها في قوله اسلم حتى تدخل الجنة واذا جاء الاحتمال الموجب للاجمال بطل الاستدلال وثانيا باسلمنا ظهورها في الغاية لكنها بشمل التفكر من حرفة او صنعة يليق بها ولا وغيره وخبر السكوني اخص منها مطلقا وان لزم تخصيصه بما يليق بها لقاعدة التقرير ولو ردت بضعف السند قلنا قد حققنا في محله انه موثق معتمد ومن هنا ذهب الى ما اختاره جماعة من المحققين منهم الشيخ في النهاية والمحقق وابن حمزة والعلامة في المختلف والشهيدان في الدروس والمسالك بقال باطلاق الوجوب حتى مع العسر بالنظر الى مثل الغاصب ونحوه نظرا الى انه هو الذي ادخل الضرر على نفسه فلا يزيل ما هو مورد العين ولو على اشق الاحوال بدعوى ان ادلة نفي الحرج والضرر لا تشمله فتدبر جيدا

قوله في المتن لانه لاخ اه اول انما اختلفوا في المحقين السابقين في توقفا على طلب المدعي وانفقوا هنا على توقفه عليه كان منشأ الخلاف في اقتضاء شاهد الحال الطلب عدما واقتضاء المقام فلان شاهد

الحال بعد تسليم القضاء طلب الفصل قال الفصل بتأني بالتحليف على الدعوى وتكول المنكر عن اليمين والرد على قوله فيكون الطلب شاهد الحال عاما والعام لا يدل على الخاص وان كانت سببا باعتبار الامكان ان يكون عرض المدعي الخاص المنكر على رد اليمين عليه فلا يكون شاهد الحال دالا فعلا على طلب التحليف بخصوصه واما الالتفات الى كون القضاء منصبا للحاكم فلا ينبغي ان يتوقف على شئ في المقامات الثلاثة كما يظهر من تتبع بتأمل اذ لا بأس بوجوب القضاء على القاضي ليس كوجوب ازالة النجاسة من المسجد لا يتوقف على طلب بل كوجوب اداء الدين المتوقف على طلب الغريم وثانيا بان القضاء الشرعي يتوقف على حصول سببه الشرعي وكما دل على حصول السبب الشرعي بطلب اليمين ولو بغيره او بتحليف الحاكم من غير طلب المدعي او تحليف المدعي من جنب اذن الحاكم كذلك لاصالة عدم ترتب الآثار الشرعية من حرمة القضاء وصحتها عند الاعلى السبب المسوغ السبب اذ الاصل في المقام الطلاق بحسب الظاهر في ترتيب الآثار يجزم اليمين كيف كانت واما قوله عليه البينة على المدعي واليمين على من انكر وقوله عليه انما اقضي بينكم بالبينات والايمان فلا يفيد سببية لافادته تشخص السبب الذي يقضي به لا الاقتضاء الاطلاق مسببية السبب واما ما استصعبه بعضهم من اعتبار اذن الحاكم لدعوى دلالة الفرض الاتية باطلاقها فيشكل بما تقدم اليه الامام سيف ليبان اعتبار طلب المدعي اليمين خاصة لا للاطلاق واما خبر تحليف الوالي البيهقي فهو قضية خاصة يحتمل فيها ان يكون المدعي امتنع رجع الى قاضي البلد بامر الامام عليه السلام واستفاد الحق الابرء فيكون تحليفه كتحليف فان المدعي وهو عبد الله بن وضاح ثقة من اصحابنا على فاذكره النجاشي العلامة على انه الظاهر ان كون اليمين الواقعة باذن القاضي مانعة من القضاء مسلم عند العامة والخاصة لقوله البينة على من حلف لكم بالله فصدقوه وح فالامام عليه السلام لا يسعه ان لا يرتب على اليمين التي اذن فيها قاضيهم حكم اليمين التي باذن بها القاضي لتحليف فلا بد لمنعه من القضاء ههنا على ان ذلك من حكم اليمين مطلقا ولو سلمنا صراحة الخبر فيما ذكرناه للزم رده لضعفه جدا بالجاموزاني الذي يستثنى من نوادر الحكمة والبطائني الكذاب الملعون هذا وقد ظهر بما ذكرنا ان الاصل في المقام يقتضي كون البينة واليمين مترتبين في القضاء مترتبين بمعنى ان اليمين لا يحكم بترتب الآثار عليها وان طلبها المدعي الا حيث لا يجد المدعي اجنبا فاذا رجح الواجد لها اليمين لم يجب اليها ولو اجاب المنكر لم يمض بها القضاء للشك في كونها شرعا بمنزلة البينة الا حيث يجمع القيود المذكورة جميعا لانه المتيقن والفرض ان الاطلاق ينفي اعتبارها بحسب الانضاف كما عرفت بل كلام الفقهاء كالمهذب في اعتبار العدد الاخير لقولهم فان لم يكن له بينة عرفه الحاكم ان له اليمين ولولا ذلك لقالوا فان انكر سئل المدعي عن البينة فان قال عندي حضروا بينها وبين تحليفه لكن هذا العهد مستغنى عنه بما قبله ههنا اعتبار اذن الحاكم اذ على ما ذكرنا ليس للحاكم ان يأذن بالتحليف الا مع اعتراف المدعي بانه لا يجد البينة **قوله** الثاني ولو قام المدعي ببينة بما حلف اه اقول لا ريب في ان ظاهر النصوص في المقام ان اليمين الحاصلة كلبوا أنا بفتح جيما من آثارها الشرعية وجوب ترتيل الانكار المحلوف عليه بسبب الحلف منزلة معلوم القضاء

واقعا بالنظر الى كل من المدين والعين احضرا ما للبينة فحرم على المدعى اخذه ولو سرا وله ولو علم انه المنكر في
الصيرورة فانه لا قاتل في شمولها لذلك وان استصعبه شيخنا بل اطلاقها يرد وجوب التنزيل المذكور سواء
شرط المنكر سقوط الحق بها ام لا وسواء نسي المدعي البينة ام لا نعم قد يتوهم ان التنزيل فاض باصلاح
ملكية المدعي دافعا لو كان صادقا كما قد يظهر من شيخنا وبه يقرر ان يكون في ملكية شرعا امكان تسلطه على التصرف
لو زال العارض من غير حاجة الى سبب جديد في الحال كما في المقام فان اسباب التملك الشرعي محصورة في امور
كلها منتفية هنا وان الاقرار فانما تضمن انه كان ملكا لاهل اليمين وانه باق على ما كان فاذا فرض اصلاح
ملكية المدعي كان اقراره بيقائها اقرارا بما يكذبه الشارع بل امضاء اقراره هنا بالملكية كما هو مجمع عليه ادل
دليل على بقائها وعدم اصلاحها بالكلية فان الاقرار لم يتضمن حدوث سبب جديد بعد اليمين حتى يمكن
قبوله فان قلت انما تحكم للمدعي بالملك بعد الاقرار هنا للدليل الخاص لا لعموم ادلة الاقرار قلت الدليل
الخاص ايضا انما يفيد امضاء الاقرار لا التملك الجديد لان الظهري منحصر في الارث والنماء والاخباري
موقوف على اسباب معهودة مع قصد التملك وكلها منتفية كما هو ظاهر مع انا نقول يكفي في الحكم بالملك بقاء
بعض اثاره مثل حرمة تصرف المنكر في العين ووجوب ردها عينا وضمانها لها وللمنفعة الى غير ذلك بل الحق ان اصلاح
الملكية ساقط جدا بل مجمع على خلافه هذا وظاهر شيخنا بل صريحه ان عموم اقرار العقلاء هنا معارض
بما دل على انه لا حق للمدعي بعد حلف المنكر وان بينهما العموم من وجه فلولا ترجيح الاول بعمل الاصحاب لا
شكل ذلك بان الثاني وفق بالاصل وهو غريب جدا بل الحق ان الاول لا معارض له لان مدلوله ان اقرار المنكر
ولو بعد الحلف يمضى عليه ومعناه انه يسقط حرمة يمين الثاني بعده وما دل على انه لا حق للمدعي على المنكر بعد
اليمين انما يدل على انه بلزم من احترام اليمين ولا يدل ان هذا الاحترام غير قابل للسقوط بالاقرار بعده
كما ان ما دل على ان الماء مثلا من حكمه الطهارة والمطهرية شرعا لا يعارض ما دل على انه ينجس بالملاقاة
او بالتغير فان تقابلهما من باب تقابل المقتضي واللامقتضي لا من باب تقابل المتضادين بل لنا ان نقول
ان الثابت بالادلة انما هو وجوب احترام يمين المنكر فاذا خرج عن كونه منكرا فلا دليل على وجوب احترام يمينه
السابق فتدبر جيدا قوله في المتن ولو نكل سقط دعواه اقول الانصاف ان نصوص الباب وكلمات الاصحاب
هنا لا تدل على اكثر من انه لا اثر لدعواه في استخراج ما ادعاه والحال هذه وهذا هو المعنى المتبادر عرفا من قوله
وان لم يحلف فلا حق له اي لا طريق له الى ما ادعاه من الحق والحال هذه وهو المراد من عبارة من اطلق السقوط
والبه يشير من عبر بعدم الاثر لدعواه وبذلك ايضا يشعر ذلك امر بقي احد على استفراد السقوط وان البينة بعد نكوله ساقطة
وان نكوله بمنزلة اعترافه لخصمه وانه بمنزلة من كذب بينته فلا تكون حجة له وان نكوله بمنزلة يمين خصمه في ذهابها بما
تعلقت به فاسقطها وشيخنا استفراد السقوط من الفقرة وكلمات الاصحاب في غاية الغرابة بل ليس للحاكم ان يحكم
بالسقوط لو طلب منه المنكر الحكم الا على هذا الوجه اذ لا طريق له الى الحكم باستفراد السقوط حتى لو جاء بالبينة

من نفوذ لا غير بل لو حكم بذلك كان حكما بغير ما انزل الله قد يمنع بما تقدم في الصحيح بعضهم
بان نكوله بمنزلة يمين المنكر مع حكمه بانه لو جاء بالبينة بعد ذلك بقضائه فان حكمه يقبول بينته رد على ان
مراده من التشبيه بيمين المنكر التشبيه بها في اصل السقوط ووجوب طرحه عن نفسه وعليه فالمراد بالبينة
السقوط وان البينة لا تسمع بعد ذلك وهذا واضح قوله فيه نظر والاول ظاهر وهو المروي اقول بل
ذلك من قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر بتقريب ان يقال ان المتبادر من اعادته ان شرط قبول
المدعي على المنكر اقامة البينة وشرط قبول طرد المدعي من المنكر حلف المنكر والشرط من كل منهما عدم
شرط وان ضم بذلك كل منهما عجزه كالافراد بين المدعي اذا رد ها المنكر عن البينة ونكول المدعي عن اليمين
المردودة من المنكر عن يمينه فان بناية الشرط بعضها عن بعض غير مرضي ولا رضي عدم طرد المدعي عند قبل حجته
فتسلط فيكون النكول بمنزلة البينة والافراد في كونه سببا شرعيا في التسلط قد يظهر ضعف ما ظنه شيخنا
وره من انه لا دلالة فيه على حكم النكول وانما غايته الدلالة على ان اليمين وظيفة المنكر فانا نقول ان كونها وظيفته
تسبب طرد المدعي عنه يكفي في الدلالة على حكم النكول واوضح من ذلك قوله ره في حكايته تخليف امير المؤمنين ع
للاخرس فامتنع قال ره في التذكرة فان فرع الالزام بالنكول على الامتناع نفسه كالصحيح في ان الامتناع عن اليمين
بمجرده علة تامة في الالزام بالحق غايته الامر انه يجب عليه بامرين قد امتنع من الرد ايضا ان كان المقام مما يمكن
فيه الرد واما ان المراد تقريبه بواسطتين بل بواسطتين لان الزام على القول الثاني يتفرع على يمين المدعي المتفرع
على رد الحاكم كما احتمله شيخنا ره بل ادعى انه ليس بامر في غاية الغرابة ودعوى ان سوق الخبر لبيان ان يمينه
تخليف الاخرس لا لبيان تبعية القضاء كما ترى فان ذلك لا يمنع ان يستفاد منه سبب التعليل عبرما سيوافيه نعم قد يدعى
انها قضية في واقعة لا عموم فيها لاحتمال دخولها في مقام الاثبات في الرد كالدعوى عن البينة والبليم من الوصي
والولي وبه وجيه الا ان الانصاف ان ظاهرهم الاتفاق على ان النكول اما ان يقضي به هنا ولا يقضي به هناك
وان احدهما يفصل بين ان لا يمكن الرد فيقضي به وبين ان يمكن فلا يقضي به وعليه فتتم الاحتجاج به على المطلوب
نعم يشكل من ذلك ما لو كان مع المدعي في المال شاهد واد من المدعى عليه يمينه عن يمينه فنكل فانه لا
يقضي بنكوله هنا اجماعا خلافا لبعض اهل الخلاف ويشكل ايضا ما لو طلب المدعي الذي ليس له شاهد اصلا
اليمين من المنكر فنكل عنها ولنا بعد ان لرد اليمين على المدعي فان نكوله عنها لا يقضي به هنا اجماعا منا
خلافا لبعض اهل الخلاف حيث قال انه لا يشرع رد المنكر اليمين على المدعي وهذا المقام هو الذي نقل
الشيخ فيه في الخلاف في باب الشهادات الاجماع على عدم القضاء بمجرد النكول عن اليمين وهو كما ترى غير
محل النزاع فان الكلام انما في القضاء بالنكول عن اليمين المضاف في النكول عن الرد اليه بعد ان عرض عليه
لاسقاط السبب مع كثرة الاشياء في النقل على المتاخرين عليه الاكتفاء بالمبسوطات المنكفلة بنقل الكلمات
من دون مراجعة الاصول ومن ذلك ما حكاه هنا عن ابن زهرة من الاجماع على عدم القضاء بالنكول بل

يرد الحاكم اليمين فاسدا نقل على ان للمنكر الرد لا على رد الحاكم بل ظاهره او صريحه القضاء بالنكول عن اليمين
والرد كاكثر القدماء بل عبارته ابن حجر في الوسيلة غير ظاهرة في مذهب المتاخرين بل هي في مذهب الشيخين
اظهر حيث صرح في يمين الاخرس باذا امتنع الزم بالحق فراجع وتدبر هذا ومما يدل على القضاء بالنكول
رواية عمر بن اسعيد الله الذي ليس فيها من يوقف هذا الا بن الضرير حيث لم يقض عليه بمدح ولا قدح الا ان
قوله فوبه لعدم استثنائه من رواة نوادر الحكمة وهو صريح في اعتماد الصدوق وابن الوليد وابن نوح عليه وهم اعاظم
في الكتب والنقد واما محمد بن عيسى بن عبيد فانما استثنى اذا روى باسناد منقطع لا مطلقا حيث قال بعضها ولو
كان المدعى عليه حيا الزم باليمين او الحق ورد اليمين عليه وجه الدلالة انه لا يخ اما ان قرء بالباء او بالياء مبنيا
للفاعل او للمفعول فعلى الاول والثاني فالدلالة واضحة وعلى الثالث فالقرينة على ان المراد ان الراد هو المنكر لا
الحاكم تثليث الملزوم بداهة لو كان الراد شرعا هو الحاكم لقيل الزم باليمين او ردها فان امتنع رد ها الحاكم على
المدعي فان حلف الزم بالحق والا اسقط دعواه وح فاحتمال ان البناء للمفعول للاشارة الى ان الراد هو الحاكم
كما وقع من شيخنا ره غريب جدا فان قلت ليس المفروض في الحق ان يكون منكرا وانما فرض ان يكون مدعى عليه لا
بشرط ان يكون منكرا بل المطلوب بقرينة التثليث وح فلعل المراد من صورة الالزام بالحق ما لو اقر به وعليه فيحمل
على البناء للمفعول ان يكون الراد هو الحاكم فلا يتم المطلب قلنا اولا ان سوق النص في خصوص المدعى عليه المنكر
وثانيا انا لو سلمنا ان المفروض هو الاعم فيكون المعنى ان المدعى عليه لا يخفى يخرج عن هذه الثلثة اي انه يلزم
باليمين لو انكر وبالحق سواء اقر او انكر وامتنع عن اليمين ورد اليمين اذا امتنع عنها فيلزم من ذلك ان يلزم
بالحق اذا امتنع عن اليمين والرد معا وهذا لا يناسب كون الراد هو الحاكم لان رد الحاكم من فعله لا من فعل
المدعى عليه حتى يصح ان يلزم به كما هو ظاهر المعاطفة مع ان ارادة ذلك تقتضي اهمال رد المنكر اليمين فتجمع
عليه بخلاف ما لو اريد المنكر وانه هو الراد مع ان رد الحاكم اليمين لا واسطة رد المنكر كما يقوله المتاخرون
لم يشر اليه في شئ من النصوص كما اعترف شيخنا ره وغيره وان توهم من بعضها واما ما ادعاه شيخنا ره من ان العمدة
في ذلك بعد المناقشة في دلالة النصوص من الطرفين على كل من المذهبين ان الثاني اوفق بالاصل الثالث في
سببية النكول في وجوب القضاء والاجماع المركب على وجوب القضاء هنا فيلزم برد الحاكم لتحقق حصول
السبب الشرعي ففيه ان هذا انما يمكن تسليمه لو رد الحاكم اليمين فحلف المدعي فقطع بحصول السبب اما
بمجرد النكول او باليمين المردودة اما لو نكل المدعي فالقضاء يسقط حضرة لاجماع عليه لان الخصم يقضي
على المنكر بالحق بمجرد النكول ولا يسقط القضاء ولو قبل ان الراد بالقضاء بالسقوط عدم القضاء يثبوت
الحق لا القضاء بسقوطه حقيقة فيجوز لهما تجديد الدعوى هنا فيجبر الحاكم على الحكم بسبب الجهل بالميزان
الشرعي فهو كما ترى خلاف صريح كلماتهم بل هو خرق للاجماع مع ان الانصاف ان الاجماع المركب المدعى هنا
انما هو ملفق من دعويين فلم نفرض هنا كل من دليلهما وليس هنا اجماع محصل على وجوب الحكم كيف كان حتى مع

حلف المدعي

حلف المدعي وامتنع الزم كل فريق بطريق نظير دلالة الدليل على طريقه فما ظهر ضعفهما فالاولى ارجاء الحكم وتعطيل الدعوى ضرورة امتناع اقدام الحاكم قبل انضاح الحال (قوله في المتن فلو بذل المنكر يمينه بعد حكم) اه لا ريب في عدم الالتفات الى اليمين المبذولة بناء على القضاء بالنكول سواء حكم اولم يحكم لما مر من السبب في وجوب الحكم بناء على ذلك بل لا ريب فيما ايضا سواء انفذه الحاكم بقوله اما حلفت واما جعلتك ناكلا ام لا وسواء علم المنكر بان للحاكم ان يقضي بنكوله ام لا بناء على ان هذا القول انما هو لاجل استماله الى الاقرار بالحق او رد اليمين فتوح لتحقق معنى الاصرار فاذا علم منه الاصرار ثم بذل اليمين بعد ذلك لم يلتفت اليه سواء قلنا بوجوب هذا القول من الحاكم او استحبابه مع ان النصوص خالية منه وكيف كان فمشروعية ذلك فيما تدعو اليه الحاجة من تحقق الاصرار عليه لا يوجب القضاء بالنكول بناء عليه لان قوله اما حلفت ... قبول يمينه المبذولة بعد امتناعه عنها وعن ردها مع ان نصوص القائل بالقضاء بالنكول انما تدل على القضاء مستمرا الامتناع عنها على القضاء عليه بل كاد ان يكون صريحا في عدم حتم قوله اما حلفت اللهم الا ان يدعى الاجماع على عدم كفاية مستمر الامتناع او يدعى شرطية ما اثر الامتناع مطلقا في وجوب القضاء عليه بتقدم ذلك القول من الحاكم وكلاهما محل نظر بل منع لمنع الاجماع مع ظهور الادلة في تمامية عطلق الامتناع في البينة وان كان الاصل يقتضي التوقف لورود الشك في الشرطية لاصالة الشرطية فيما شك في شرطيته فلا يلزم ذلك القطع بعجز الحاكم عن القضاء لو لم يقع منه ذلك القول ثم بذل المنكر يمينه لترجح بين حصول الاثر الشرعي في القضاء على المنكر بنكوله المجرد عن ذلك القول المفروض امتمال شرطيته في السببية وبين حصول السبب الشرعي في القضاء للمنكر بيمينه حيث ان القطع بسبب بهما في ذلك موقوف على القطع بشرطية تقدم القول المزبور المفروض خلافه وليس للحاكم التحكم على القضاء الا مع وضوح الطرفين ونظير ذلك ما لو تقاسا في محلة مثلا ان الاقرع على من يمنع من تخصيص الكتاب بخبر الواحد بسبب الشك في حجية الخبر الخاص للكتاب لعدم تحقق الاجماع على حجية المنع عن العمل بعموم الكتاب بالنظر الى محل التعارض للشك في حجية العلة المستنبطة عن الشك في حجية المخالف وكيف كان فهذا القول من الحاكم لا ريب في رجحانه بناء على لزوم رد الحاكم اليمين على المدعي والقضاء به او بنكوله لا بنكول المنكر لانه استظهرها وعليه لما بذل المدعى العقلية عن رد الامر من يده ولا اشكال فيه ضرورة انه بناء على ذلك لو بذل يمينه قبلت يمينه فاذا لم يحلف المدعي سواء استظهر الحاكم عليه ام لا يجلان القول الاول واحلة من خصائص اهل هذا القول ويتعمم عليه نزلا بوا فقهم على ذلك الاصل غفلة عن خصوصية المقام والله اعلم هذا وبناء الاشكال المزبور بناء على القول الاول لوجوب اليمين بعد نكوله عند رده فتكل المدعي ولم يحلف الحاكم فاستظهر اما ذكرنا اما لو كان قد استظهر فلا اشكال في عدم سماع رده بناء على الاول بخلاف الثاني فتدبر جيدا (قوله في المتن وقيل يجوز وهو حسن الظاهر ان النزاع هنا لفظي كما حققه شيخنا لكن يقابله عدم الوجوب بامكان اداء من اليمين محل نظر سواء اراد يمين المنكر

او اليمين

او اليمين مع الشاهد الواحد لا صالة التوثيب بين الموازين للشك في كون اليمين مبرئا او جزء من المبرئ مع تيسر البينة والاصل برءة فان خصوص الباب انما سيفد لافادة اصل الطريقة لا الاطلاقها لكن صرح الشهيد الثاني بان المدعى مخير بين الرضا باليمين المنكر وبين البينة وفيه تامل قوله يقول للخصم هل عندك حرج اه اقول في كون البينة حجة ضعيفة في باب القضاء بين الخصوم وان احتمل الحاكم تيسر الحرج بحيث يجوز له العمل بها ولو بعد الانتظار وان الشرط في حجيتها هنا اليأس من حصول الحارج فهي على الاول بمنزلة الاستصحاب يعمل به ما لم يتكشف الخلاف من غير بحث ويكون الحارج حينئذ بمنزلة انكشاف الخلاف في الاستصحاح وعلى الثاني بمنزلة الخبر الذي يرجى الاطلاع على معارضة او غيرها بان الحجة ما لم يحصل اليأس من المعارض وعليه فينبغي وجوب سؤال الخصم عن الحرج لكن اللازم عليه لزوم ارجاء القضاء ما لم يحصل اليأس من الحرج وان طال بمدة ظاهر الاصحاب والادلة الاول وانكان الثاني هو الاصل بل الظاهر انه لا قائل بروح توجه وجوب السؤال عن الحرج كما هو ظاهرهم وجوب الانصاف عليه بين الخصوم وان القضاء حق مشترك بين الخصمين وللحاكم نظر لو ادعى الحارج لكن ينبغي ان يكون الانظار مدة لا يلزم منها الضرر على المدعي واما تحديده بالثلاثة كما هو المعروف فلا نعرف وجه الا القياس على ما حد به الشارع في باب المضربة وخيار الحيوان او ما جبر الكسور ونحوها وهو كما ترى واما في باب القضاء كالهلال والامامة او شهود ابقاع الطلاق وغيرها فالاصحاب متفقون منها على عدم وجوب البحث عن الحارج وانكان لو وجد وجب تقديمه مطلقا على تفصيل في محله قوله ومعارض بصحيحة الاخرى اقول دعوى كالاصحيحة الصفار الشاهدة على عدم الحاجة الى اليمين في المدعوى على الميت محل نظر فيها انما سيفد لافادة ان الكبار لا ينتظرون في وفاء ديون ابيهم بلوغ الصغار ولم يسق لبيان انه يكفي في ثبوت الدين على ابيهم شهادة العدول على ان التعارض بينهما لو سلم فانما هو بالاطلاق والتقييد فيجب التقييد فاعدة مطردة قوله انما الكلام في ظهور القضاء اقول الاضافان التعليل في الرواية لعدم كفاية البينة في المدعوى على الميت باحتمال الوفاء بعيد ان الشارع لم يعتد باصالة بقاء ما ثبت في خصوص المقام مني ما وجد الاحتمال المزبور سواء كان المدعي في كيل غائبا او وصي ميت او وريثا او غيرهما وان ذلك مستفى شرعا من الحكم بوجوب بقاء ما كان نظير استثناء خروج البلل قبل الاستبراء من استصحاب الطهارة وان وصي الميت بمنزلة وكيل الحي فكما ان الوكيل لا يخاطب باليمين لو كان عالما فكذلك الوصي لان التصوص انما اقتضت خطاب المدعي الحقيقي اعني من ادعى كونه مستحقا بالبينة واليمين هنا وخطاب المنكر الحقيقي اعني من ادعى عليه الحق باليمين لا من يجب عليه بما هو وكيل او وصي او ولي بل يمينه وان كانت على الجزم بمنزلة يمين الاجنبي ليست يمينا في باب القضاء اصلا ولو فرض القول بقيام اليمين منهما مقام اليمين من الاصل مع الجزم فلا دليل على قيام اليمين على نفي العلم بزوال الحق مقام اليمين على بقاء الحق مع ان عدم العلم بالزوال كثيرا ما يكون مسلما معلوما عند الحاكم وغيره فلا معنى له بل وعلى الكلام في الوارث

في كل ذلك

في كل ذلك وذلك لان اقصى ما يدعيه الوارث انه يرث ما لو ادعاه مورثه بعد موت المدعى عليه لم يثبت له الا باليمين منه والمفروض انه مات قبل الحلف سواء كان قد اقام البينة ام لا والوارث انما يرث ما ترك الميت من حق ولم يثبت هنا انه ترك شيئا الان بخصوصه موقوف على اليمين المفقودة فان قلت الوارث هنا قد تركب الدعوى على الميت الحلف الذي لم يقع منه فيكون ذلك لوارثه فيقوم مقامه فيه حيث يكون جائزا لمورثه قلت الاظهر ان نفس الدعوى مع قطع النظر عن المدعي ونفس الحلف مع قطع النظر عن المحلوف عليه ليس من الحقوق في شيء ولا يشمله اسم الحق والحاصل لا دليل على بناء يمين الوارث عن يمين الموروث وان كانت قاطعة والنص الشامل بحسب الاضافة لا يشمله للظهور وفي المدعى على من قد مات فاقيمت عليه البينة لا في مدع صار مدعيا بعد موت المدعى عليه وانما يسهل على نفي العلم فالكلام فيها كما مر نعم يدخل في النص ما لو ورث الوارث الدين ثم مات المدعى عليه فانه لا اشكال هنا في ثبوت الحق بيمينه لان مورثه هنا لم يكلف باليمين لو ادعى لكن هل يحلف الوارث على انه لم يعلم اباه او على انه لم يعلم اباه او على انه لم يعلم اباه فكما اباه ووجه خبرها اخيرها نظرا الى ان الشارع لم يلتفت الى اصالة بقاء الحق مع موت المدعى عليه فان التغليل باحتمال ان يدعي الوفاء لو كان حيا جار هنا فانا لا ندري لعله قد وفى اباه او افاه وايما ادعاه ببينة كفاه ولو ادعاه بلا بينة كان له اليمين على النفي او على نفي العلم وقول اليمين ان ردت عليه وانما دعوى كما بيمين الوارث على نفي العلم في المسئلة الاولى نظرا الى استبعاد سقوط الحق مع قيام البينة عليه ودعوى السبق فهذا كما نوفى بعد ما عرفت هذا واعلم ان نظم قوله ع لانا لا ندري اه انه تغليل مجرد احتمال انقلاب المدعى عليه مدعيا لو كان اهلا للمقابلة فكان الشارع فرض المدعي منكرا فالزمه باليمين وليس تغليلا باحتمال الانقلاب من حيث كونه في معرض الانقلاب كما في محل الفرض بل به مطلقا بل وكلا من حيث كون المدعى دينا كما يفيده بل مطلقا كما ان قوله حرمت الخمر لاسكارها ليس تغليلا باسكارها المختص بها بل بمطلق الاسكار عرفا وحينئذ فتخصيص الحكم بالذهبي دون العين كما وقع من الشهيد عجيب بل بعيد كما ان رد المصنف وغيره من المتأخرين في الحاق ما شاركه في ذلك من صبي ومجنون وغائب حيث يحتمل فيهم ذلك لا مطلقا نظرا الى احتمال ارادة التغليل بالمفيد وهو كما ترى فانه يقتضي بطلان الاستحاج بخصوص العلة غالبا واشار الشهيد الثاني الى دفع ذلك بقوله ثانيا الا ترى الى آخره بجعله قرينة على ارادة التغليل بالمفيد وفيه ان الظاهر ان وجه ذلك ان محل الفرض اعني الميت فرد مما يحتمل فيه الانقلاب المذكور لان التغليل به من حيث الخصوصية فتدبر جيدا وانصف وكذا احتمال ارادة التغليل باحتمال خصوص ابقاء المدعي خاصة مطلقا فيكون المعلل خصوص انقلاب مدعيا بخصوص وارثه اباه فلا يشمل الصبي ولا المجنون الا اذا سبق الدعوى الجنون او كان ادواريا والانصاف ان خلاف الانصاف وان المتبادر عرفا من ذكر الابقاء ارادة المتابينة فيشمل ابقائه وابقاء غيره عنه مع احتمال علمه بذلك ببينة او بدونها بل واحتمال ابراء المدعي اياه مع علمه به كذلك وانصاف صرف ما له كذلك نعم الانصاف

انه لا يحتمل صورة احتمال الابراء والايفاء والاقتضاء مع القطع بعدم جزم المبين بذلك لو كان حيا فظهر التعليل في ارادة احتمال ان يدعي الوفاء صادقا والحمل لا يكون مدعيا على ما سلف بل لو سمعنا الدعوى مع الاحتمال لم نسمع التعليل بغير قائل الا الى صورة الجزم وحينئذ فتدبر قوله في المتن واما السكوت اه الاتي في تحرير المسئلة ان يحتمل فان سكت بعد القطع بعدم الدعوى ممتنعا عن الجواب قال للمدعي الك بينة فان شهدت قال للساكت اما ان جرحت واما قضيت عليك فان لم يجرح قضي عليه وان قال لا بينة حبسه لينكر والمراد بالحبس هنا التضييق عليه واكراهه على الجواب لا مجرد المرابطة كما في المسئلة الاولى ويشكل مع انتفاء الاذن الشرعية في المقام بخصوصه كما هو ظاهر بانا نتم على تقدير تحقق كونه ظالما للمدخل له مناط قوله عن الواجد ويجد وهو موقوف على اثبات كون الجواب في نفسه دليا بانكار صادقا او كاذبا حفا للمدعي مع انه لا ينفع به مع كونه صادقا بل ولو كان كاذبا اذا حلف وهو اول الكلام وانما حفه الاعتراف بالحق ان كان المدعي صادقا ولا يمكن حبسه على الاعتراف هنا كما هو ظاهر على انه لو كان المدعي قد ادعى السبب كان يكون ادعى انه استقرض منه مثلا كان سكوته محتملا ان يكون لكونه قد وفاه بلا بينة او ببينة قد ماتت فلو حبسناه هنا فقد حملنا على الاقرار بما لا يلزمه او على انكار لا يفيده كما لو عرضت البينة للمدعي دونه او كان لا يحسن التورية ولو افترض ادعى الوفاء لسبب الحبس فقد سبقنا الى تسليط غريمه عليه ببينة الفاجرة ولا يمكن الحكم بكونه ممتنعا هنا نكولا عن اليمين ليقضي عليه بناء على الاقتضاء به لاحتمال كونه نكولا عن الاقرار بما لا يلزمه او عن دعوى الوفاء وكذا لا يمكن رد اليمين على المدعي لان انما يرد اليمين حيث يتمحض كون الخصم منكرا ليلزم من نكوله اليمين او رد ها الاعظم فظهر ان كون السكوت ظلما غير معلوم وح فينبغي ان يقف الدعوى الى ان يجيب باقرار او انكار ويعمل عليه ويشكل ذلك بان اللازم على ذلك ان يتخذ السكوت جنة دائمة بل الوجه ان يقال لا فرق بين ان يدعي السبب كما مثلنا او يدعي النتيجة كان يقول انت مشغول ذمتي الى الان بكذا فان القضاء من دعوى السبب انما هو دعوى النتيجة وح فينبغي للحاكم ان يقول للمدعي في الموضعين الذي لك عليه ان تحلفه على نفي النتيجة وليس لك تحليفه على نفي السبب مجردا عن نفي النتيجة لان دعوى السبب مجردة عن بقاء المطلب ليست دعوى صحيحة ولا يجب جوابها فاذا قال المدعي حلفه قال له اما اقررت واما حلفت واما ان ترد عليه اليمين والا قضيت عليك فان حلف فذاك ان نكل عن نفي النتيجة فان اعتر على السكوت قضي عليه وانما قلنا عليه اليمين وان كان ساكتا للعموم قوله ع البينة على المدعي واليمين على من ادعي عليه وقوله ع انما اقضي بينكم بالبينات والايمان ثم ذكر ما يفيدها قوله في خبر اخر والبينة على من انكر كما هو ظاهر وقوله في خبر عبد الرحمن السابق اخبرني عن الرجل يكون له قبل الرجل الحق ولا بينة له قال فيمين المدعي عليه فان حلف فلا حق له فانه يدل على ان المدعي عليه يلزم باليمين ساكتا او منكرا او يدل بمفهومه على انه ان لم يحلف كان عليه الحق وان كان ساكتا وان تكوله عن اليمين ينوب مناب البينة

بل صرح بهذا المفهوم في رواية الكافي والمهذب وابن فهد في احدهما ولو كان سببا لالزم باليمين أو ترد اليمين على المدعي فانه مثل المسألة والجواب بما ذكر هذا بناء على ان الواضع مصدقا للمدعي في دعواه فهو ممنوع عن دفع الحق الى مستحقه وبتسلط الحاكم على قهره واما تكذيبه لها فهو ممنوع عن اليمين لكل منهما فيقضي عليه بناء على القضاء بالنكول وكيف كان فالقول بالقضاء بالنكول كالقول برد الحاكم اليمين على المدعي يمنع من توجه الحبس للمدعى عليه اذا طلبها الى عدم الحاجة الى الجواب لكن سيجيء تحقيق وجوه البيان الشرعي في القضاء وعدم توقفه على الجواب حيث عرفت استفادة الدليل على الثاني فتعين الاول واما ما ذكره شيخنا دام ظله من الروايات المرسلة المجبور قصورها باحتمال وقوعهم دلالة لها لا يدل على المطلوب اذ لا يلزم من عدم الجواب عدم اليمين فلا يمكن الخروج عن اصالة التحريم **قوله** المتن يقضي على من غاب ماله فدعوى ان المخصوص هو القضاء شرعا اتما هو ان يحكم الفقيه بحكم الله سبحانه ومقام التخاصم ولو سلما حال كونه مولا على ترتيب اثار الحق على المحكوم عليه وانه يجري في الاحكام الخلافية كاستحقاق الحبوة وضمان المغصوب بالسوم وفي الاحكام التي يختلف الخصمان في تحقق سببها وان طريق المجتهد الى ثبوت الحكم في الاول هي الادلة الاربعة وفي الثاني بالنظر الى المدعي هي البينة وحدها او مع اليمين كما في الدعوى على الميت ومع الحلف به والاقرار وبكول المنكر عن اليمين وعن ردها واليمين المردودة وبالنظر الى المنكر اليمين وبكول المدعي عن اليمين المردودة وجب كانت ادلة البينة في اثبات الموضوعات عامة كقوله ع والاشياء كلها على هذا حتى يعلم او يقوم على ذلك البينة وقوله ع البينة على المدعي واليمين على المنكر وكذا ادلة حجية الاقرار ولم يمكن ان يفرق بين كون المدعى عليه حاضرا في مجلس القضاء او غائبا عنه وهو في البلد او نائبها لا يمكنه حضور مجلس القضاء او يمكنه وبين كونه غائبا على المشهور ونفاه ابن ادريس خالف في الثالث من الاول والثاني من الثاني بعضهم من غير حجة يعتد بها ولا يلزم من ذلك ان يتسلط الحاكم على تسليم ما يصل اليه من مال المدعى عليه الى المدعي بعد اقامة البينة على الغائب او على ان له اوتوا اقراره بعد اعلامه بالحال وان وجب عليه الاعلام لكونه منصوبا للمصالح الخصام ولا يلزم من ذلك احتمال ان يكون الغائب اذا قدم وبلغه الحال يجرح او يدعي الوفاء او يثبته لان حجية البينة كالاقرار يجب العمل بها ما لم ينكشف فسادها فاذا انكشف الفساد استعاد الحاكم المال ورده الى المدعى عليه فلو تعذر ضمنه الشهود لو شهدوا كذبا ام لا فالحاكم يضمنه من بيت مال المسلمين لكونه معدا لمصالح الخصام ويحتمل كون الغائب على حجته مع ان في النصوص ما ينص على ذلك بالخصوص كما في خبر جميل وابن مسلم نعم لو قلنا بلزوم اليمين او الكفيل او هما على المدعي على الغائب توقف الحكم عليه والا فلا انما الاشكال في الفرق بين حقوق الله محضة كاللواط والزنا المجرد عن الاكراه او مشتركة كالسرقة الموجبة للقطع والضمان وبين حقوق الناس ان كان هذا كالعدم حيث حكموا بعدم القضاء في الاول مطلقا دون الثاني كلك محتجين على ذلك بان حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف نظرا الى غنائه تعالى وفقرهم وهو اعتبار محض لا يكفي في تخصيص عموم

ما دل على حجية البينة والاقرار لو نازع الغائب ان ابدا نر تشترط في حجيتهما ما ذكر وجوب العمل بهما حضور المشهود عليه بالنظر الى ما يوجب حفاظه سبحانه وتعالى بحجة لو حضر واعترف بها نر لاجارح عنده للبينة لم يعمل بها وكانت في حكم العدم وان ابدا نر لا يمكن العمل بها في حقوق الله لاحتمال ان يكون عند الغائب جرح لها موضوعا لها بما انا علم الحاكم وقوع السبب كاللواط ونحوه والارتداد ونحوه فان الازم ان يقضي وان كان غائبا بناء على ان القاضي يقضي بعلمه كما هو المشهور مع انهم اطلقوا عدم القضاء على الغائب وثابت امر ظهر لا يمكن العمل بالبينة مع الغيبة في حقوق الناس ايضا نظرا الى احتمال ان يكون عند الغائب جرح لها كما في حد القذف والتعزير له وكما لو اقام خصم البينة على امر مستاجر المحدد نر مثلا وانما امكن القضاء على الغائب في الاموال من غير استعلام جرحه لامكان تداركها بالضمان بخلاف ما ذكرنا ودعوى ان الغيبة في نفسها شبهة مطلقا محل نظر مع ان الحدود مطلقا تندرئ بالشبهات حتى فيما كان من حقوق الناس كالقذف مع ان حقوق الله خاصة لا تدخلها الشفاعة وليس فيها نظرة ساعة وكانر لهذا ونحوه نرد المصنف في عدم القضاء بالقطع على الغائب مع جزمه بالقضاء بالمال وكانر لنرد في كل المسئلة لما قبل من استبعاد سببية السبب في احد الامرين المتغايرين دون صاحبه اذ لا يخفى على مثلك ان الاقرار مرة بالسرقة سبب في القضاء بالمال شرعا دون القطع وانما الاستناد الى دعوى ظهور الاجماع بين الاصحاب على ما ذكروه فعهدنر على محصله نعم لو شك في حجية البينة والاقرار ووجوب القضاء بالعلم في خصوص الغائب كان ذلك وجيها في نفسه فتدبر

فيما ذكرنا في المتن المسئلة الثالثة لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل العزيم بما عليه فادعى العزيم التسليم الى الوكيل والبينة لم تقبل لان الاقرار لم نرد بين الوقوف في الحكم لاحتمال الاداء وبين الحكم والقضاء دعواه لان الوقوف مؤد الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء والاول اشبه اذ قبول الوكيل عن الغائب اما ان يكون وكيلا على مجرد القبض من الغريم وعطاء البريء وامثاله ان يكون وكيلا مع ذلك على المرافعة معه الى الحاكم واستيفاء منفعتها وظاهر المصنف وشارحنا في الوجهين وان لم يكن وكيلا على المرافعة عنه وان المرافعة معه اصالة باعتبار ان الغريم بدعواه التسليم الى الوكيل او الى وكيل آخر والابراء مدع على الوكيل دوال وكالته في ذلك فيكون القول قوله عاجزا الامر الواجه بالبين على نفي العلم وكيف كان ففي الوجهين على الصورة الثانية اوضح هذا وقد جزم الشارحان بصحة الالزام وضعف التوقف بل استظهراه من المصنف والانصاف ان عبارته ان لم تكن اظهر من استظهاره التوقف فهي محتملة ثم الانصاف ان الوجه الاول هو التوقف عن الحكم لا الحكم عن شيء بل لعله اقوى بينهما في الصورة الاولى نظرا الى ان مجرد الوكالة في شيء لا يصير الوكيل خصما مع منكرها مطلقا وكلا يجب صدق اسم المدعي والمنكر عرفا عليه وعلى مدعي دينها حتى في مثل المقام فانر ليس صاحب الحق على العزيم بنفسه وانما صاحب الحق هو الغائب وهذا ما ذون محضا في القبض عنه الا ترى لو وكله على طلاق امرأة او على تزويج امرأة منه او على بيع عبده او وكله على تزويجها منه فادعى الرجل انه طلقها بنفسه او تزوجها

كذلك او باع عبده بعد ذلك وكذا لو وكله شخص على قبض عين له عند اخر فادعى الوكيل انه اشتراها منه بعد ذلك فانه لا يكون الوكيل بمجرد ذلك خصما ولا مدعيا يسمع المرافعة لنفسه فى شئ من ذلك نعم لو اقر له بذلك او علم انكاره كونه مستاجرا على ذلك بعوض او جنى عليه لزم سماع دعوى المستاجر بايقاع العمل بنفسه وبوكيل اخر من غير بينة فى دفع العوض وكان الوكيل خصما يسمع المرافعة لنفسه على ذلك ويلزم المستاجر بدفع العوض مع ايقاع الوكيل العمل كالطلاق مثلا والمكاتبين منه واجابته يسمع منه المرافعة لنفسه فى نحو المقام لو اعترف الغريم ببقاء الدين فى ذمته وادعى ان الغائب قد عزل ذلك الوكيل فيلزم بالدفع اليه ولا تسمع منه دعوى العزل وانما كان خصما هنا لان الغريم يدعى زوال ما اعترف له من الوكالة مع اعترافه ببقاء المقتضى لها فلم يدع زوال نفس المقتضى فى معروض المسئلة التى هى فى الحقيقة دعوى مع الغائب والحال ان الوكيل لم يكن وكيلا على المرافعة فيها نفسها وانما كان وكيلا على محض القبض ومطالبته برد هو امر اخر وان استلزم ذلك على وجه البينة دعوى زوال وكالة الوكيل الذى كان اعترف له بها فان ذلك يجرده لا يوجب صلاحية الخصومة بينهما وكونهما مدعيا ومنكرا عرفا لما ذكرنا من ان مجرد الاعتراف بالتوكيل لا يكفى فى ذلك كما مثلنا وانما الوكيل وكيلا على المرافعة فى ذلك فيشكل اطلاق الزامه بالمال لان الحكم عليه بذلك موقوف مع عدم البينة على التسليم على يمين المنكر وهو الغريم الغائب وهو لا يقبل التوكيل نعم لو كان مع ذلك وكيلا عنه على رد اليمين على مدعى التسليم فامتنع اتجه للحاكم الزامه بالمال من غير اشكال ولا فرق فى صحة المرافعة وسماع الدعوى هنا بين ان يدعى الغريم التسليم قبل التوكيل او بعده عملا بالاستصحاب وكيف كان فان اراد الغائل بالالزام خصوص ما ذكرنا فهو الحق والا فلا وامّا الاحتجاج على اطلاق وجوب الالزام بانه لولا ذلك لتعذر طلب الحقوق بالوكلاء فمواجهة محض حكم القياس عندنا واما ما يقال من جانبه وجوب الالزام بانه باحضاره بالوكالة اعترف بوجوب الدفع اليه فدعوى التسليم وقد اعترف بوكالة سواء كان وكيلا على المرافعة ايضا ام لا فلا يسمع فيمكن دفعه بانا انما اعترف بانه يجب عليه الدفع على وجه التخيير بين الدفع اليه والى الاصيل والى وكيل اخر فالزامه باحدها على التعيين بحكم ولا بقاس المقام على ما لو ادعى على الاصيل الدفع الى الوكيل فانكر الاصيل حيث انه يسمع انكاره مع كون الوجوب الذى اعترف به الغريم مخيرا بالان الواجب فى الحقيقة الدفع الى الغريم الذى هو صاحب الحق حقيقة لكن يجب الدفع اليه باحد طرفه فاذا انكر سمع انكاره بخلاف انكار الوكيل الدفع الى الاصيل او الى وكيل اخر مما يؤيد ذلك انه لو وكل الغريم شخصا على قبض الزكوة ممن عليه والهاشمى فى قبض الخمس واعترف من عليه الحق بالتوكيل ثم ادعى الدفع الى غير احدهما شخص اخر بمعتبه عواه ولم يكن الوكيل وكلا فى ذلك سلط عليه بسبب اعترافه الاول نظرا الى ان الوجوب الذى كان اعترف به انما تخير بها فلا يلزم باحد وجوهه ومع هذا كله نفى المنفس من مخالفة الاصحاب شئ اذا لم يخش فوتا بالتوقف مع ان الوكيل هنا نزل منزلة الموكل بنجب ان يعطى حكمه مع طلبه فتدبر جيدا هذا وهنا

وجهان

وجهان اجران التوقف في مفروض المسئلة الاولى لان اثبات الانكار باليمين اعم من كونه مردودا بعد
التسليم المدعى فيكون باطلا او قبله فيكون صحيحا موجبا للزام مع جهالة التاريخ منهما او مقارنا واختلافهما
يجب التوقف لا بطال الزام مع احتمال وجه يجب تقديم مدعي القرعة قاعدة لانا نقول تلك القاعدة بعد تسليمها
انما هي في خصوص اختلاف المتعاقدين لا مطلق المختلفين والاضافان ظاهر المسئلة باعتبار تقابل الاقرار
بانه يلزم على العون بالتوقف سقوط طلب المحقون بالوكلاء ارادة خصوص ما لو دنا لما على ان الموكل مثل
التسليم الثاني انه قد تقدم في مسئلة الدعوى على الميت ان الشارع اوجب اليمين مع البينة على المدعى وانه
قطع اعتبار استصحاب بقاء الدين في مقام احتمال الابقاء وان المشهور على ما حكي سابقا الحاق الدعوى على
الغائب ونحوه عملا بعموم المنصوص منه والملازم على ذلك عدم الزام هنا بمجرد اقرار الغريم بالدين والوكالة
مع دعوى الوفاء والحال استصحاب عدم الوفاء حتى يحلف الوكيل على ان حق الموكل باق الى الآن كما هو المنصوص
على ان المنصوص هو حلف المدعي بنفسه فقد مر ان قيام حلف الوصي ونحوه مقامه محل تامل وح فاذا سقط
اعتبار الاستصحاب عملا بالعلة المنصوصة ولم يمكن اليمين سقطت الدعوى وكان المرجع الى هذا اشار بقوله
لاحتمال الابقاء وعلى هذا فلو ادعى الوصي او الوارث دينا للميت وادعى الغريم المسلم الى الميت فعلى الزام
الوجهان فتدبر جيدا وراجع قوله في المتن ولا يستحلف الحاكم احدا الا في مجلس قضائه الا مع العذر كالمرض
المانع وشبهه فيستحلف الحاكم من يحلفه اقول ان اراد انه لا يستحلف الا في مجلس القضاء ان اراد التغليظ بما
كما فهمه الشهيدره يكون المنفي في العبارة كراهيتها فتشكل مع انه خلاف ظاهر النهي بان التغليظ بالمكان لو
سلم حصوله بمجلس القضاء لا ينحصر بان يقع في مجلس المعد للقضاء وان اراد انه لا يستحلف احدا الا على وجه
المباشرة وانه لا يستنيب الا مع العذر بقرينة قوله فيستنيب كما فهمه شيخنا سلم ذلك الا انه لا يخفى ما فيه من
التعقيد وكيف كان فلا مانع الا استنابة صدر منه غير عذر لان منصب القضاء انما هو للامام عليه السلام والذي
الحاكم نائب عنه في ذلك فاذا لم يأذن له في الاستنابة لم يجز له كالوكيل في توكيل غيره ولعل استثناء العذر
لان اطلاق الاذن له بالحكم يقتضي الاذن بالاستنابة فالتخلف حيث وهو وجه حيث يكون ذلك عذرا للحاكم
ولو من حيث عناية حضوره عند الخصم لا بهذا الامر ذلك فلا يخفى من تامل ولو قيل ان اطلاق ما دل
على تنزيل المنصب العدل منزلة الامام عليه السلام كقوله جعلني الله فداه فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله يقتضي جواز
توكيله فيما يقبل التوكيل مطلقا ولذا جاز له قبض حق الامام والتوكيل في قبضه من غير عذر لكان وجيها الا ان
لا قائل به هنا علمنا يظهر قوله في المتن ومع توجهها يلزم الحلف على القطع والبت قطعا الا على نفي فعل
الغير فانها على نفي العلم براءة اول الاربيان من ادعى دعوى جزمية ثبوتا او سلبية وكلف الشارع باليمين
فلا بد ان يحلف عليها بجزمها وعلى صحتها التي ادعاها اولا فلا يكفي الحالف ان يقول لا اعلم منك ذلك
او لا اظن اني استقرضت منك او لا اعلم ذلك بل لو عبر وابى ان يحلف على الجزم كان ناكلا ارا او عبر وعن

رد اليمين على المدعى وكذا الفوائد المذكورة المذكورة من حكم اليمين كما فى اللوث وغيره انما الاشكال فيما لو كان مدعى الجواب
عن قول المدعى استفرضنى كذا مثلا فى الدعوى بقوله لا ادرى فهل يكلف باليمين على نفى العلم حيث كان يصدق
الخصم فى ذلك سواء كذبه ام لا او حيث يكذبه خاصة ويدعى عليه العلم او يكلف باليمين على انه غير مستقول الذى ذكره شيخنا
وعرجت البناء على الاستصواب اولا يكلف باليمين اصلا ويكون فى حكم من لا يمكن جوابه كالمبت والغائب
وعلى الثانى ينحصر طريق رد المدعى يمين الرد عليه ونكوله عنها بناء على شمول نصوص الرد للمنكر الجازم وللقائل
لا ادرى كما هو الظاهر لقوله فى صحيحة محمد ابن مسلم فى الرجل يدعى دعوى ولا بينة له قال يستحلفه فان رد اليمين على صاحب
الحق فلم يحلف فلا حق له وان امكن ان يقال ان لفظ الرد مشعر باعتبار قابلية الرد لان يحلف بنفسه للاول انه
منكر ولو باعتبار انكاره العلم بالسبب فكان القائل اعلم انى استقرضت منك معترف بالحق فالقائل لا
اعلم ذلك منكر له وهو ما نرى ويمكن ان يقال انه منكر باعتبار انه منكر لاثر الاستقراض المدعى شرعا الذى هو
الملك بالاصالة وهو كونه يجب عليه الوفاء مع المطالبة فقد على اليمين الجازمة على نفيه فيلزم وايها المقصود
الذى دلت على ان اليمين على المدعى فهذا مدعى عليه قطعا سواء ثبتنى منكرا ام لا فيحلف يمينا جازمة على حسب
ما يفيده علم المثانى ان دان سلمنا انه منكر باحد الاعتبارين المزبورين الا ان الذى تنصرف اليه النصوص
والمتبادر منها من لفظ المدعى عليه فيها فى قوله والبينة على المدعى عليه وغيره انما هو ارادة خصوص المدعى
عليه الجاحد لنفس ما ادعى عليه المدعى بعينه الجاحد للعلم به وكلا اثر المدعى الذى هو بمقتضى انكاره يمكنه
ان يحلف على نفى ما ادعاه المدعى بعينه ويؤيده قوله فيما رواه الصدوق فى العلل والعلة فى ان البينة على المدعى
واليمين على المدعى عليه ان المدعى عليه جاحد ولا يمكن اقامة البينة على المجحود لا ثر مجهول وايضا ظاهر التفويض
بقرينة المقابلة بين البينة واليمين ان اليمين انما ترد على ضد مورد البينة ولا ريب ان البينة انما تقع على الاثبات
من قرض واتلاف ونحوهما لا على نفى علم الخصم بها ولا على انكارها بل لو ادعى الخصم عليه العلم بالسبب طالبه بالبينة
على نفسه لم يكن له ذلك ولم يجب على منكره اليمين لان العلم بالسبب من حيث كونه علما انه ليس حقا للمدعى على
المنكر بخلاف المنكر بعينه عن نفسه واليمين انما اعدت شرعا لنفى الحقوق المدعاة خاصة ومما يؤيد ذلك
او يدل عليه ان اللازم بناء على لزوم اليمين عليه بمجرد قوله لا ادرى وادخاله فى المنكر انقطاع الدعوى بذلك
كما ينقطع بيمين كل منكر لم يقر بعد انكاره حتى لو قال بعد ذلك تذكرت الحال وعلمت الان تفصيل ما كان
فان دعوى عدم امكان عود الدعوى هنا كما نرى لوضوح انه يمكن الامر بالاقرار والانكار لانه لم يحلف على
نفى المدعى بعينه بل التجأ حبسه حيث لا بينة من غير اشكال واما احتمال ان له ان يحلف على النفى على وجه
الجزم كما قد يظهر من شيخنا بل قد يتوهم من كلام المصنف لقوله ان المنكر مستند الى البراءة الاصلية فغريب
جدا الا ان يقتضى جواز الاخبار بالنفى من غير جزم بالانتفاء مع ان التحقيق ان الاخبار كذلك شهادة لا
تجوز الا على مثل الشمس لغة ونصا وقد حررنا ذلك فى فرائدنا على فرائد شيخنا المرتضى مع ان النصوص

باسرها لم تتضمن اليمين على نفي العلم في شئ اصلا بل وكلام الاصحاب فيما مر سابقا ولاحقا الى زمان شيخنا
وقد حصروا جواب المدعى عليه بالاقرار والانكار والسكوت ولم يذكروا قولا لا ادري جوابا ولا شملوا امره في الانكار
وانما مثلوه بقوله ليس لك علي حق فلو كان انكارا لكان الواجب التمثيل بما يضاهيه لوضوح خفاء كونه انكارا ام لا
وكان عليهم ان يذكروا كيف حلفه واصرح من ذلك قولهم هنا انه لا يجوز الحلف في فعل نفسه اثباتا ولا نفيا
على الجزم وانه لا يجوز الحلف على نفي العلم الا بالنظر الى نفي فعل الغير وهذا منهم تصريح بانه لا يجوز للمدعى عليه
جوابا ولا الحلف عليه عمادا على الاستصحاب لان ذلك عدم الفرق بين فعل نفسه وغيره بل هو تصريح
منهم بان من اجاب بالتردد في فعل نفسه انه لا يدري لم يكن له يمين جازمة وانه لا يقبل منه اليمين على نفي
العلم فان قلت لعلهم يكلفون المجيب بلا ادري بالحلف الجازم على انه غير مشغول الذمة الان شرعا قلت فقد
هذا بناء في ما في فعل الغير كقبض الوكيل وجناية العبد والبهيمة فيقول والله لا يجرم على احد حق منك الان
اولست بمشغول الذمة لك الان بسبب ما عوالك الجناية شرعا فدل فرقهم بين الفعلين على ان الجواب بالتردد
على فعل نفسه ليس بجواب عندهم اصلا وانه لا يمين فيه شرعا على ان لقائل ان يقول ان ما ادعوه المدعى له
انما له ان اخذ من مال ذلك المدعى عليه بسبب المدعى فحلف المدعى انى لست بمشغول الذمة
الذمة لك شرعا لا يطلبه بغير نفي الكلام في وجه ما قبل انه المعروف من ان المدعى عليه بواسطة فعل الغير كقبض
الوكيل وجناية العبد والبهيمة يحلف على نفي العلم انه لم يطلع على النفي وانما ادعى عليه العلم فانا نقول الان انما
عدم الاطلاع بخلاف الاثبات او نفي فعل نفسه قلنا الكلام في قضاء الادلة انه مخاطب باليمين شرعا بعد
ما ذكرنا من ان قول القائل لا ادري ليس بجواب يوجب الخطاب بيمين المنكر لا على نفي العلم ولا على نفي الحكم في
حقه شرعا لانتفاء التقابل بين نفس المدعى وبين مورد اليمين وان دعوى العلم بالشئ لنفسها ليست دعوى حق
يجب بما عها او يوجب بفيها اليمين والا لسمعت حيث ينفي الخصم العلم بفعل نفسه فان قلت الامر كذلك الا ان
غلبة الاطلاع على فعل نفسه وغلبة عدم الاطلاع في فعل غيره اقتضت الفرق قلت هذا اجتهاد لا يجامه
منه كالقياس فان قلت انما نلزم القائل لا ادري بان التلف مثلا باليمين لانه لو نكل كان نكوله بمنزلة اقراره
بالعلم بالسبب المدعى واقراره بالعلم باقراره به بنفسه يلزم باليمين المرتب عليه فما هو بمنزلة اقراره قلت لا نسلم
ان النكول منزل مطلقا منزلة الاقرار وانما هو نكول المنكر خاصة ولو قبل ان المخاطب باليمين هو كل من لو
اقر لنفع خصمه باقراره كما ادعاه شيخنا في المسالك في مسئلة الدعوى على الوارث فجوابه ان ذلك اول الكلام
ازلوم ذلك لمخاطب باليمين على نفي العلم في محله وانما المخاطب بها كل منكر لو اقر لنفع خصمه باقراره وذلك لا يتحقق
في اليمين فالزام التسوية بين المسئلتين ممنوع فلو ادعى عليه قبض الوكيل ولا بينة لزم الحاكم المدعى بالحق
عملا بالاستصحاب من غير يمين ورجع على الوكيل بما قبضه وهنا وجه ثالث لم يحملها احد فيما اعلم وهو لزوم توفية
الدعوى حيث يدعي الخصم الوفاء وخصمه لا يقبضه جزما ولا بد عي بقائه الى الان نظرا الى ان التعليل السابق

في الدعوى على الميت فاسقط اعتبارا لصحيحاب عدم الوفاء منها حتى الان يكون الخصم منكرا للوفاء جازما
ببقاء الحق الى الان يحب توجه عليه يمين الانكار لانه قال واما كان عليه اليمين لانا لا ندري لعله يعني
الوفاء بجهة لا نعلم موضعها او لا بينة فلذلك كان عليه اليمين فلو كان استصحابا عدم الوفاء شرعا معتبرا ولو
بمثله لا بينة لم يتم التعليل ودعوى اختصاص التعليل بمورده مدفوع عنا فرد في محله وح فيختص بعموم المعلل
بهم فلا يتم الرجوع على المدعي القاضي بعدم سماع الدعوى الغائبة من بينة مع امكان ان يقال انا لم نسمعها
هنا لكلام يعلم وانا نسمعها لاستصحاب استصحاب بقاء الحق الزبود الا انه هو الوجه لما قلنا مع ثم على فرض الحكم با
بانقطاع الاستصحاب وسقوطه شرعا هنا يعمل باسقط بالنظر الى الحاكم خاصة فلا يسقط بسبب الشك في الا
على الحاكم بالابقاء ولا يعمل لو امتنع او اسقط بالنظر الى الجميع فلو شكا معا او احدهما لم يفت باليمين، فقط الب
والمطلوب يجيبان شيئا ما الاصل الاول فان التعليل المزبور لا يقتضي اكثر من ذلك ثم لم يرجع الذي
الشيخ اولى لما سلف لمذهب يشبه من سقوط اليمين عن المنكر برد ها على المدعي الحكم بعدم عودها اليه ان
ومن مدعي الاول على جواز رد المدعي اليمين المردودة وانما احتاج شيخنا الى على مشروعية اليمين من
المنكر بعد مشروعية قبل حلف المدعي الاستظهار فقد تبع في ذلك الشهيد في ذلك ومنه انه عساه فيش باستظهار
مشروعيتها من المدعي قبل رجوع المنكر فاحتاج احدهما دون الاخر تحكم والوجه ان يقال ان الاستظهار
هنا ساقط لم يكون السكوت مدح العارض فالاولى ان يقال ان ظاهر النصوص انما الى وقت رجوع الاسقاط
المذكور ويمكن حمل كلام الشيخ في ط على ارادة انه لا ينفي برضاء المدعي او باليمين من المنكر حتى يرضا بها
بعد حلف المنكر على الوجه السابق بقبول المدعي الرد واشتراط اليمين من كل خصم بحسب ما يناسبها
ايضا خصوصا ولو نقلا عن معناه وبامره وح فيكون النزاع لفظيا ثم لم يرد في المتن ويكفي مع الانكار الحلف
على نفي الاستحقاق اي اول بعنوانه لو ادعى المدعي سببا خاصا كالقرض والاتلاف مثلا كان للمنكر ان يجيب
بنفي ذلك السبب دون نفي الاستحقاق فان اجاب بذلك اجزأه الحلف عليه وهذا طلق غير واحد بل قال شيخنا
انه لا خلاف فيه ولا اشكال بل حكي ذلك عليه الاتفاق والوجه ان يقال انه كانت العبارة لم تشتمل على شيء
كان جوابا صحيحا وكان الحلف عليه قاطعا للدعوى كانه بانى على الدعوى وغيرها لو قال هو كما قلت عليه
فلانا فقال لم اتلف احدا من عبيدك اما لو كانت العبارة لا تشتمل على شيء ففي كونه جوابا صحيحا اشكال
لان معنى قول المدعي استقرضتنا والله انك كنت مشغولا الذمة لي بكذا فهو كقوله اقرضتني بكذا فقول
المنكر لا تستحق عليّ شيئا بيد انك لا تستحق الان وهذا يحتمل امرين احدهما انك لا تستحق الان لانك قد
وفيتك ما كان الثاني انك لا تستحق الان لانك لم تستحق على شيئا الى الان لسبب من الاسباب فالجواب
ح مجمل غير شامل محتمل للمعنيين معا لانها شاملة لهما جميعا ضرورة تنافيهما وليس بظاهر في المعنى
الثاني حتى تكون شاملة للنفي المدعي وغيره ولا يجب ان الجواب المجمل ساقط في باب التداعي بل يجب على

لم يصح وان اللازم ان يكون الانكار والحلف منسلطا على عين ما ادعاه المدعي ولو بالعموم فظهر بهذا ضعف
ما ادعاه بعضهم بل صرح به في ذلك من انه قد تدعو المصلحة الى الجواب بنفي الاستحقاق بان يكون فلا مستعرض
او اتلف ثم دفاه من غير بينة فاذا اقر به لزم فيتمسك بالانكار على الوجه المزبور والجواب ان الترتيب الشرعي
وهو ان القضاء شرعا اذا اقتضى الزام بالاقرار فلا صبر وامتا المصلحة المذكورة فلا تلجئه الى الجواب الغير المطابق
اذ له ان يجيب بالنفي ويحلف عليه لدفع الضرر ومما يوضح ذلك ما عرفت من ان اللازم من جواز القضاء ان يكون
مورد الانكار هو صلة مورد البينة ومن الواضح ان قيام البينة على الفرض لا ينافي صدقه في قوله لا استحق على
شيئا الاحتمال الابراء بعد الفرض بل يكون الجواب بهذه العبارة في الحقيقة رد ع اثبت دعواه ببينة او
معرضا عن جواب المدعي حالفا على غير ما ادعاه وح فالاولى حمل كلام المصنف وغيره مما امكن على ارادة
خصوص العبارة الاولى فان قلت الغرض من قول القائل استعرضت مني مثلا انك مشغول الذمة الان بكذا
بغير بينة المطالبة فاذا اجاب الخصم بانه غير مشغول الذمة لك الآن بشئ كان جوابا صحيحا مطابقا قلت لا بل
الغرض من ذلك دعوى سبق السبب المعتمد في بقاء اثره عليه على الاستصحاب فاذا اجاب الخصم بانه غير مشغول
الذمة لك الان فان اراد انه لم يحصل سبب الاستصحاب الذي تلزمني به احتاج الى العبارة الاولى وان اراد
انه قطع الاستصحاب بالوفاء كان مدعيا فان اجمل الجواب واحتمل الامرين كان ساقطا على انه قد لا يحلف
المدعي الا اعتمادا على الاستصحاب كان يقول قد استعرضت مني فان ادعيت اني ابرئتك او قبضت فانا منكر
احلف على عدم مقوله المنكر لا استحق علي شيئا لاموضع له فتدبر جيدا هذا وقد بنا قل في صحة الجواب بالعبارة
الاولى ايضا باعتبار انه اعم من نفي وجود الاتلاف والغصب وغيرهما من اسباب الضمان ومن وجودها لكن
لا على وجه يتسبب عنه الضمان كالاتلاف الصائل والغصب الامتناعي فيكون اعم من نفي المدعى عني وجود
الاتلاف والغصب ومن دعوى وجود ما يمنع من اقتضاء الضمان والعام لا يدل على الخاص فلا يكون مطابقا
للدعوى وكذا يقول في قوله ما قتلت احدا من عبيدك لاحتمال دعوى انه قتله بعد عفوه وح فيخصص الجواب
المطابق على وجه الشمول بان يقول ما غصبت احدا ولا قتلت وبد فعران غرض المدعي من قوله غصبت
او اتلفت وقتلت انما هو دعوى حدث دنا هو هلة ناظرة في حدوث الضمان فاذا اجابه الخصم بانك لم تستحق
على شيئا كان جوابا مطابقا شاملا للحق وغيره اذ لو كان غرض المدعي دعوى حدوث شئ معين في نفسه
من غير اعتبار كونه ما ثورا في الضمان لم يجب جوابه بخلاف الثابتة لان المفروض ان المدعي فيها سبق السبب
الموثر خاصة وله في ذلك غرض شرعي وهو ان يترتب الشارع ضمانه الان على سبق السبب للمدعي وان يجعل
نفسه منكرا لوادعى عليه الابراء والقبض وهذا كله ان هنا لوادعى الحدوث بحرا في المتن نعم لوادعى
عليه غصبا او اجارة مثلا فاجاب بانه لو اغصبك لم استاجر مثل بلزم الحلف على وفق الجواب لانه لا يجب به
الاداء وعلى الحالف عليه والوجه انه ان تطوع بذلك صح وان اقتصر على نفي الاستحقاق كفى اه قول القائل

الشيخ لما ذكرنا هنا من كونه رادا على الحالف هنا وكانه يشير بذلك الى التعجب بنفي الاستحقاق ولا اقل لا يكون رادا على
في المتن في نفسه كما لو كان قد اتلف الدابة الضائلة او وضع ضمن الغصب الا فضاحي كما اشرنا اليه وينبغي ان يحمل
ولعله اراد من ذلك المنع من خصوص العبارة الاولى ونحوها وهي قول المدعى عليه لم اغصبك شيئا مثلا واما لو قال
لا تستحق على شيئا فلا ان يحلف على نفي الاستحقاق والاشكال السابق كان في المنع في الصورتين وكيف كان فما ذكره
قدس سره لا يوجب الفرق بعد تسليم شمول العبارة فان اراد الشيخ ره ان معنى وجوب المطابقة بين الدعوى والجواب
عدم زيادة الجواب على ما في الدعوى الا لغوا فمنعا ذلك واما ما ذكره في دفعه كما في الملك وبعد تسليمنا ان
العادة عدم التسامح في الايمان بما يتسامح به في غيرها ففيه مع انه في نفسه ليس بحجة ان عدم التسامح فيها انما
الاقتضاء هنا على نفي ما ادعاه المدعي من غير زيادة فهو يذهب الشيخ انسب قوله في شرح الشرح قال فيها اما اولا
لانا نمنع ان الاصل عدم ما ذكر بل الاصل براءة ذمة المدعى عليه من الجواب الذي ذكره انما سيقت البيان مورد اعتبار القطع والبت
في اليمين من مورد عدم اعتباره واما قوله كما هو صريح آخره فغير ظاهر انما نسلم ان اليمين المزبورة هي يمين المدعى المتعلقة
بفعل الا ان كون الدعوى المزبورة مسموعة مطلقا وموجبة لليمين على عدم العلم كذلك او مشروطة فان فيها بحث
المدعي على خصمه على فعل الغير والعبارة لم تسق لافادة الاجمال بل مطلقا وقع فاصح بين كلامه اولا واخرا هو ما
فهمه القوم فتدبر وكان الوجه فيما ذكرناه الدعوى من حين بينة كما هنا او الم يدع المدعي العلم على المدعى عليه فهو
دعوى على متهم والمتهم لا يكون مدعى عليه بحيث يتوجه عليه اليمين على ما مر من الماتن وغيره في مسئلة اعتبار
الجزم بالدعوى وانكار المدعى هنا جازما بفعل الغير الا انه ما لم يدع العلم به على الوارث يكون الوارث فيها
لا دعوى معه عليه على المشهور الاقوى انه لو صدقه في دعوى عدم العلم لم يكن مدعيا عليه قطعا وانكاره جازما
بفعل الغير ثم لو قلنا بسماع الدعوى مع الاتهام كما عن ابن نما ووجه شبهنا فيما مر كان ما اختاره شبيها من سماع
الدعوى مع عدم دعوى المدعي العلم وتوجه اليمين على المدعى عليه مطلقا منعها وكيف كان في فعل نفسه وفعل غيره
ادعى عليه العلم او بين ما مر من الاشكال في توجهها عليه مطلقا نظرا الى ما مر من ان ظاهر النصوص انما هو توجهها
الى خصوص المدعي للعلم لا المشكك فيه النافي للعلم به وان كان المنفي من فعل غيره لكن كلمات من ذكر المسئلة من القوم
متفقة على توجهها على نافي العلم اذا كان المنفي من فعل غيره حيث يدعي العلم فان كان اجماعا تم المطلوب والا
فللاشكال فيه مجال كما عرفت قوله في المتن الثانية اذا ادعى على المملوك فانكر لزم مولاه ويستوي في ذلك الدين
والجناية اه اقول لا ريب ان المملوك ليس كالبهيمة في كونه لا يقبل الضمان ولا كالصبي في كونه مسلوب العبارة بل
الاشكال ان عده خطأ بل هو كاحد البالغين المعبرين ان لم نملكه شيئا والا فهو مالك محجور عليه فيما يملكه ما
دام مملوكا لكن لما كان مملوكا كانت يده على ما فيها يدا للمالك فاذا ادعى عليه فما في يده فلا ريب في ان مولاه
مدعى عليه فان اقر بمثل اقراره وان انكر وحلف برء ولا يقبل اقرار العبد في حقه كما لا يقبل اقرار احد في حق
غيره وليس مانع كونه عبدا فان اقراره يمضي على نفسه عند العتق بل عند البيع واذا صح اقرار العبد صح انكاره

ويحتمل ان يلزم على ذلك ان يكون المدعى بما في يد المملوك مخيرا بين المرافعة مع المملوك فان اقر انتظر بياره ان يتسلط على العين باقرار العبد او يرفع في يد المالك فهي بسبيل من ذلك بمنزلة الثالث فان انكر وحلف برئ وان اعتق وايسر واثبت المدعي ان المملوك غصب العين منه واشتراها ببيع فاسد مثلا بانت منه ولم يتسلط على انتزاعها لان المملوك ليس بخصم له في الملك بل ينتظر العتق واليسار لكون العين بمنزلة الثالث غير ولي ان ينتظر العتق والبينة اخذها وكان المقام انما جعل الغريم للمولى لان البينة التي هي من وظيفة المدعي لا تنتظم الى نفس العين المدعى فيها الا حيث يخاصم بها المولى والا فالحصر المستفاد منها محل تامل وكيف كان فهي تسلط على اخذ هنا وعزم لم يجز له المرافعة مع الاخر لاختيار المدعي فيه وهي تجز عن احدهما الانكاره او حلفه كان له المرافعة مع الاخر ولا يمنع من ذلك ان اليمين بما فيها قد تمنع من تغريم المحالف نفسه هذا وبشكل اطلاق العبارة ايضا بما فرضناه يشمل ما لو ادعى على المملوك انه اتلف ماله وان الدعوى في ذلك مسموعة قطعا والغريم فيها هو المملوك خاصة غاية الامر انه ينتظر عتقه ويساره لو ثبت عليه الحق بل لو قلنا بملك العبد لم يقف يساره هنا على عتقه بل يجب على المولى وفاء دينه مما بيده كما ذكرناه ان اعتذر شخصا عن القصد بلحاظ حيثية كونه مملوكا غير مفيد فان قلت لا يكون المملوك مدعى عليه حتى تنتهي الى المرافعة مع المولى فيعجز المدعي من اخذ ماله منه لامتناع البينة وامتناع المولي من الاقرار وحلفه مع الانكار وكان الانتقال الى الذمة مرتب على تلف العين فحتى امكن تحصيلها باحد هذه الامور لم تكن في حكم التالفة فلا يكون المملوك غريما والحال هذه ولعل المقصد لذلك نفي الغرامة على المولى لانه اراد من الدعوى على المملوك ان يدعي عليه فيما بيده من اموال المولى قلت هذا مما لا يذهب على فاضل فضلا عن مثل المقدس وذلك ان المناط في الالزام بالبدل عجزه من الزام بدفع العين عن دفعها سواء تيسر على المالك تحصيلها ام تعذر فان ذلك هو معنى قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي على ان اطلاق العبارة يشمل ما لو كانت الدعوى بعد تلف العين فرضا كما لو خاصم المملوك بعد عتقه فغرم لم يرجع على سيده مع اعترافه وكذا لو خاصم السيد فاقر بالغصب ثم قال تلفت العين في يد العبد فانه لا يرجع على العبد المعتق لان المقام ليس من باب الايدي المتعاقبة حتى يستقر الضمان على من حصل التلف في يده وانما هي يد واحدة الثاني لو دنا الما على ان المملوك قد غرموه في تلك العين فاتلفها واعترف المملوك ايضا بذلك فلو رجع على المملوك بعد عتقه لم يرجع على السيد قطعا ولو رجع على السيد فهل يرجع السيد على مملوكه بعد عتقه حيث غرمه وجهان مقتضى الاصل لا لان المملوك حال التغريم مال السيد لا يملك على ماله شيئا الا لاولوي نعم لانه انما يملك عليه ان يدفع حال عتقه بسبب تغريمه حال كالاجنبي واما دعوى الجناية فلو جرت فيها ايضا التخيير لانها ان كانت عمدا كان له الدعوى مع السيد ان اراد القتل او الاسترقاق ومع العبد ان اراد القصاص بعد الاعتاق بل القصاص قبله لو فرض اعترافهما به او اثباته عليهما بالبينة ولو اقر احدهما لم يمض على صاحبه وكذا الاثبات بالبينة اذ لكل منهما حق الجرح

وان كانت خطأ كانت للمدعوى مع التعمد لبينة او يستفرغ وسع العبد ان ظننا بعدم استقرار حق الجنس على السيد بعد العتق بل ينتقل الى رقبة المعتق وتقدم كما هو الظاهر والا فالعزيمة للمولى وهنا خاتمة تتعلق بالمسئلة الثالثة لاشتمل الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ولا توجه فيها اليمين على المنكر اه اقول لما كانت البينة حجة شرعية في اثبات جميع الموضوعات لحرم قوله ع والاشياء كلها على هذا حتى تعلم او تقوم على ذلك البينة وجب قبولها حيث قامت سواء تعلقت بحقوق الناس او حقوق الله كالرضاع والهلال وان هذا ماء او تراب وغير ذلك ومنها الحدود غالبا والقربات وسواء كان موردها مقام تداع وتجاذب ام لا كما لو قامت على ما لا يدعيه احد ان هذا سقط من كمال او هو غناء مالك وح فمقام التداعي احد موارد حجيتها ومن موارد مقام التداعي انه لو امتنع المدعى عليه من حضور مجلس القضاء والتمس المدعي احضاره فهل يلزم على الحاكم احضاره ليعرف جوابه حتى يترتب عليه القضاء وهذا كله انما يتأتى في حقوق الناس خاصة لانها هي التي يقصد فيها التداعي والتجاذب المحتاج الى الفصل لان المدعى فيما عداها انما هو شاهد الحسبة فان كان شرائط القبول احتاج الى ثان لاثبات المطلوب والا كان ساقطا بخلاف مقام التداعي فانه لا يعتد بالمدعي فيه مطلقا ومن هنا لم يجب اجابة المدعي في غير حقوق الناس الى الاحضار بل لا يجوز اكراه على الحضور واحضر نفسك لم يجبر على الجواب ولو انكر لم يكلف اليمين لان اليمين انما شرعت بظاهر النص وانفاق الاصحاب لدفع حق المدعي بحيث لو لم يحلف ولم يرد تسلط عليه المدعي باخذ حقه والمدعى هنا ليس له عليه حق بوجه فلا معنى لالزامه باليمين والحاصل لا ريب في انه اذا لا يجب عليه الجواب لم يكلف باليمين اذا اجاب ايضا ولا شك في عدم طلب اليمين منحصر في قوله ع البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وظاهره الاختصاص بمقام التداعي والتجاذب على حق يدعيه احدهما لنفسه على صاحبه وينكره الاخر والادلة على لزوم اليمين على كل من انكر وان لم تتعلق الدعوى بحق الله او لغيره كقيام زيد وقدوم عمرو هو كما ترى وح فانتفاء اليمين بالنظر الى الحدود التي هي من حق الله على الاصل مع ان النص يدل على نفيه في الحدود مطلقا انما الاشكال فيما لو كان الحد حقا للناس ايضا كما اشار اليه المصنف قال نعم لو قذف بالزنا ولا بينة قوله فادعاه عليه فانه جاز ان يحلف لسقط الحد على القاذف وفيه اشكال اذ لا يمين في حد اه اقول لا ريب في وجوب سماع المدعي في الحد الذي هو من حق الناس كالقذف والزام المدعى عليه بالجواب انما الاشكال في انه هل هو في حكم غيره من الحدود في انه لا يمين فيه او انه كغيره من حقوق الناس من ثبوتها فيه ذهب المشهور الى الاول خلافا للشيخ والشهيدين صحح البرنطي على الصحيح اذ ليس فيه الا سهل الذي ضعفناه فضعيف في محله عن بعض اصحابنا من سلا في رجل استفتاه عليا على رجل ادعى عليه انه قذفه ولا بينة له وقال احلفه فقال على ع لا يمين في حد وهو نص ومثله صحيح ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا وعزم وفي الفقيه قال رسول الله لا يمين في حد واستجود الشارح مذهب الشيخ للاوسال وتضعيف سهل قال ولو علمنا الخبر اشكل حمله على حقوق الله تعالى من حيث وقوعه في مقابلة

النفي فعم الجميع وهو كما نرى فان القصر عن على عدم بمنع مخصوصه بما ذكره الشيخ مع ورود السؤال عليهم ولو كان الاحتجاج بهذا القصر خاصة لنا في غير دعوى القذف في المقام وانه ليس منفيا مع انه لو كان الاستناد عليه خاصة لاشكل العمل بعمومه هنا لان النسبة بينه وبين قوله اليمين على من انكر العموم من وجه فيجب الترجيح بكون الاصل هو المعتمد دون احد العامين على مذهب الشيخ لو اختلفا في القذف فحلف المنكر سقط ولو نكل عن اليمين وعزد دها وقضينا بالنكول كما استظهرناه حد وكذا لو رد اليمين على المدعي فحلف ولو نكل سقط الحد على المشهور لاحد مطلقا وربما فرع على مذهبه ايضا انه لو اعترف بالقذف فانكر المقذوف وعاد قذف به كان للقاذف طلب اليمين لسقوط عن نفسه الحد لو نكل او رد اليمين على القاذف فحلف ولا يثبت المقذوف بشيء من ذلك بل ولا بالاعتراف به في الجملة وتشكل المقصد وغيره بانه لا يمين في حد والاول ان يقال لو سلمنا ثبوت اليمين في حق الادمي مطلقا وان كان حدا كما في القذف فلا نسلم ان للقاذف على المقذوف حقا في اسقاط حق القذف الذي يتسبب الى استحقاقه عليه للمقذوف باخباره صادقا كان ام كاذبا وان كان من حكمه انه لو اعترف بما قذفه به لسقط الحد فلو كان اسقاط الحد هنا حقا للزم الاعتراف لو كان القاذف صادقا بل لحرم عليه طلب الحد حينئذ فلا يتوجه اليمين على المقذوف هنا مطلقا ولا يكون نكوله عنها بمنزلة الاعتراف بما قذف به كان النكول المنزل منزلة الاعتراف انما هو النكول عن يمين على نفي حق للغير لا مطلقا فاذا لم يسقط القاذف اليمين بذلك لم يؤثر دعواه من القذف في سقوط الحد عنه لو حلف هذا وبتشكل ما اجاب به المقصد بان معنى قوله بانه لا يمين في حد انه لا يؤثر امتناع المنكر عن اليمين الالزام بالحد كما يؤثر امتناعه منه في غيره الالزام بالحق بردها على المدعي الالزام بها ذا حلف والامتناع من اليمين والرد هنا يسقط الحد عند الشيخ ولا يثبته فلا يثبت حد القذف وانما لا حكم لنكول المقذوف ولا ليمين القاذف وان قلنا بشمول قوله اليمين على المنكر لحق الادمي لو كان حدا لان المقام ليس من جحود نفرا اصلا والنص لا يشمل ما عداها واما قوله لا يمين في حد فانما ينفي بظاهره اليمين في الفرع الاول واما الثاني فلا تعلق له به بنفي ولا اثبات وان الغريمان المقصد غيره انما فرعوا على مذهب الشيخ هنا الفرع الثاني دون الاول حاكين عنه ذلك ساكتين عما اشرنا اليه

قوله في المتن السادس لو مات ولا وارث له وظهر شاهد بدين قبل يحبس حتى يحلف ويقر لمقتضى اليمين في طرف المشهود له وكذا لو ادعى الوصاية المبتدأ وصي للفقراء اه اول القائل بذلك في المسئلتين الشيخ وط والشهيد في الدروس بما حكي واختلف شيخنا [illegible] له بان ذلك لازم سماع الدعوى بعد تعذر اليمين وبشكل ذلك في المسئلة الاولى بان وجوب سماع الدعوى فرع تحقق المدعى والميت لا يعلم كونه مدعيا بذلك لو كان حيا وان فرضها الشيخ لوجود الدين في تركته اذ ذلك لا يصير مدعيا الآن مع احتمال الوفاء بتما لو قلنا بانقطاع حكم الاستصحاب في مثل الباب للنص السالف في مسئلة احتياج الدعوى على الميت الى البينة بناء على عموم التعليل فيه مع ان المال قد استقل عنه فلا يكون مدعيا قطعا وايضا تحليف المنكر انما يشرع

عرفانا فى القضاء اذا كان باذن المدعى كما مر سابقا فلا يامره به الحاكم تبرعا واما الشاهد فلا يمكن ان يكون مدعيا كما هو ظاهر دائما الا ان جعلنى الله فداه فلا يعلم كونه مدعيا بذلك الدين حتى يكون الحاكم وكيلا عنه فى الدعوى لو سلمنا عمومه وكالته لمثل ذلك ولو فرضنا كونه مدعيا لم يحج الى شاهد ولم يسمع انكار المنكر مع ان الشاهد والامام غير مطلعين فى مفروض المسئلة قطعا وتظير المسئلة ما لو ادعى المدعى وانكر المدعى عليه فان المدعى قبل طلبه اليمين فانه ليس للحاكم تحليف المنكر وعلاحق بعموم مقامه الوارث فى الدعوى والتحليف وكانه الى ما ذكرنا اشار المتن بقوله وفى الموضعين اشكال لان الحبس عقوبة لم يثبت موجبها يعنى ان موجبها الامتناع عن يمين قد طلبها المدعى فيكون الحبس بدون ذلك ظلما هذا واستوجه فى ذلك القضاء بالنكول عن اليمين لتعددها من المنكر ومن الحاكم معا قال وان لم نقل بالقضاء بالنكول فى غير المقام وكانه يريد ان القائل بالنكول يقف القضاء على النكول عن اليمين وعن الرد على رد الحاكم اليمين على المدعى ايما يقول به مع قائل الرد ايضا اذ مع تعدده من المنكر يتعدد من الحاكم وهو وجه اما لو قضينا بالنكول كما هو الصحيح فلا يبقى للقضاء به هنا لان ظاهر الحق كما مر هناك ان النكول عن اليمين فى القضاء غاية الامر ان ظاهر دليل على ان المنكر رد اليمين فبذله بما اذا نكل مع ذلك عن الرد ايضا فمع تعدده يبقى دليل القضاء على ظاهره لكن ذلك كله انما يتم لو لم وجوب سماع الدعوى هنا وقد عرفت ما فيه واما المسئلة الثانية صورة دعوى الوصى ان الميت اوصى للفقراء بشئ من ماله فظاهرها ان الوصى يدعى ان الميت اوصاه بشئ من ماله المبهم ولكن الظاهر انه غير مراد وان الوصى لا يدعى انه اوصى له به والا لاتجه الرد عليه لانه يدعى لنفسه على الغير وانما يدعى ذلك على الميت وهو مدعى حقيقة يجب سماع دعواه فيحلف اذا رد عليه اليمين عن نفسه فلا يخرج حينئذ الورثة باستحلافهم عن اليمين كما ذهب اليه الشيخ ومن تبعه وكالقضاء بالنكول عن اليمين خاصة وان لم نقض به فى غير المقام كما اختاره فى ذلك لانكون المسئلة كسابقتها فى انتفاء المدعى به كما هو ظاهر المصنف اذ ادعى الوصى ان الميت قال للورثة اعطوا الفقراء كذا فيكون الوصى شاهدا محضا ولا يكون هناك مدع اصلا لكن المناسب فى مخرج المسئلة ان يقال وكذا لو ظهر للميت شاهد بانه اوصى للفقراء اذ لا نسلم فرض كون المدعى هو خصوص الوصى وعلى هذا فتكون المسئلة كسابقتها فى جميع ما ذكرنا هذا وقد ذكر الشيخ فيما فى صورة امتناع رد اليمين مسئلة ثالثة وهى ما لو ادعى وفى الطفل كابيه والوصى عليه دينا للطفل على رجل فانكر سواء كان الدعوى ان لمورثه دينا على الرجل او انه اتلف بعض ماله او استقرض فان الظاهر انه لا فرق بين الصورتين ظاهر عبارة الشيخ الفرض الاول قال فان حلف سقطت الدعوى وان لم يحلف فلا يمكن رد اليمين على الوصى لانه لا يجوز ان يحلف عن غيره بتوقف على ان يبلغ الطفل فيحلف فيحكم له وهو الذى يقتضيه مذهبنا قلت ولا زم ذلك انه حيث لا يكون هناك حاكم منتظر كما فى المجتبى الاتباع وكما لو كان المدعى وليا على مال الفقراء مثلا او وقاف المصالح انه يحبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر كما فى

المتن

المسلمين الشاهد ضمين وعندك في ذلك كله باطل فان الظاهر ان الوصي بمنزلة الوكيل في الدعوى في انه لا يمين عليه بل هو اسهل منها وان كان المال المدعى به لغيره وادلى بمثل ذلك الاب والجد والحاكم فانه اطلاق ادلة الرد يقضي قبول اليمين المردودة من المدعي على مدعاها المنكر فلم خرج عن ذلك الوكيل المخرج في الدعوى بالاجماع فبقي الباقي على عمومه وكل هؤلاء لا يحلف كمطلق الوكيل وسلمنا ما ذكره من كون حكم الوكيل كالمقبول بالقضاء بالنكول هنا مبنيا على القول بالقضاء برمتهم كما هو مذهبهم وخصوصا بالنظر الى ان المدعي غير حاضر منتظر كما مثلنا وجهد وجهد وسيأتي تمام الكلام في المقام عن قريب فانتظر قوله لم يرجح المتن البحث الثالث في الشاهد واليمين يختص بالشاهد في الجملة اما اولا لاختصاص القضاء بالشاهد مع اليمين عندنا في الجملة كما اشار اليه في ان الاصل عدم الاعتداد به معه وعدم كونه سببا شرعيا لاحقية المدعي وجواز شهادة والشهادة والتركيز على اليمين بل ينبغي اعتبار وتقدم اعتراف المدعى عليه بانه لا حرج عنده للشاهد كل ذلك اقتضاء في الحكم بالسببية على الفقد المنفي لان ما دل على القضاء برمتهم من النصوص على الاطلاق غير حتى يساعد على انه بمنزلة اليمينة مطلقا وانما سيق لافادة اصل مشروعية القضاء وانه حجة في الجملة ولا ريب في ان الاصل يثبت بمثل ذلك الا ان يكون ما شك في شرطيته او جزئيته شرطا وجزءا اخذا من الحكم بغير ما انزل الله صحابه الذي لا ريب في حرمته وهذا اصل مسلم في الاسباب الشرعية الثابتة بالادلة اللفظية وما في حكمها سواء قلنا بان الاصل فيما شك فيه من اجزاء العبادات وشروطها البراءة او الاحتياط وما احتج على اعتبار الترتيب هنا او على عدمه من الوجوه الاعتبارية في ذلك وغيرها فلا اعتبار به كما لا يخفى لان الاصحاب لم يشيروا الى اعتبار تعدد اليمينة ولا الى اشتراط تقدم اعتراف الخصم بعدم الجرح فان كان ذلك لدعوى الاطلاق في النص اقتضى ذلك عدم اشتراط تقدم الشهادة والتركيز وان كان لاجماع فمفقود والاصل لما عرفت بل ظاهرهم التخيير بينهما بل صرح به ابن حمزة في الوسيلة انما الاشكال في انه لو رجع الشاهد عما شهد فهل يضمن النصف كما لو رجع الشاهدان او احدهما نظرا الى ان السبب في اخذ المال هو مجموع الشاهد واليمين فعليه النصف او الكل نظرا الى ان السبب هو الشاهد وان اليمين من المدعي شرط في قبوله كالتعديل فكما ان شاهدا التعديل لا يضمنان شيئا من الضمان اذا رجعا فيه سواء رجع الشاهدان ام لا فكذا الحالف هنا وابعد لو كان اليمين جزء هنا لكان اللازم ان يضمن المدعي النصف خاصة لو رجع سواء رجع الشاهد ام لا مع انه يضمن الكل سواء رجع الشاهد ام لا او انه لا يضمن اصلا للاصل وان النص انما ورد في الشاهدين والفارس ليس من مذهبنا وضعفه ظاهر بل لا قائل به على الظاهر ومثله الكلام في الترتيب مع اليمين بناء على ما مر من مقام الشاهدين كما هو الصحيح للصحيح وان خالف فيه ابن ادريس بناء على اصله فلو رجعت احدهما احتمل ضمانها الثلث لكون السبب مركبا منها ومن اليمين والربع بناء على الوجه الاول نظرا الى انهما بمنزلة الشاهد الواحد والنصف بناء على الوجه الثاني كما هو الاقرب وانتفاء الضمان اصلا للاصل كما مر قوله لم يرجح المتن ما كان مالا او المقصود

هذا المال اه اقول عبارات الاصحاب فيما يثبت الشاهد واليمين ثلثة انواع منها ما دل على انه يثبت بهما الدين من غير تعرض لغيره بنفي ولا اثبات كما عن الكافي والمراسم والاستبصار ومنها ما دل على ثبوت الدين دون غيره بها كما هو صريح النهاية والاكثر كما صرح غير واحد ومنها ما دل على ان المدار فيما يثبت بهما على الضابط المزبور وهذه العبارة تحتمل معنيين الاول ان المدار على ان يكون المقصود ايقاع العقد او الايقاع تملك المال فلو كان المقصود في ايقاع العقد دين او لاحدهما او الداعي عادة او اتفاقا اثرا اخر كالتناسل في النكاح والتخلص من سوء المعاشرة في الخلع لم يثبت وكذا لو كان المقصود كلا الامرين فيلزم على هذا ان يقدم اعتراف المدعي بان هذا العقد الذي يدعيه او الايقاع ما كان غرضه منه عند ايقاعه الا تملك المال او يعلم ذلك من حال الانشاء في العادة كما في البيع والاجارة ويحمل الانشاء بان يكون المال غرضا تبعيا كان يكون السبب مستتبعا تملك المال كالنفقة والارث في النكاح الدائم وهذا المعنى بجميع وجوهه ليس عليه شاهد من المنصوص اصلا وان توهم ارادته في الجملة من عبر بهذه العبارة غير واحد منهم شيخنا حتى ادعى بسببه ذلك تواتر كلمات الاصحاب جدا والازم على هذا المعنى ان يثبت السبب المفروض قصد المال منه حتى بجميع اثاره من مال وغيره سواء كان المدعي على المال او غيره او عليه وعلى غيره بل سواء كان هناك مال ام لا كما لو ادعت عليه النكاح بمهر معين دواما او منقطعا بعد اعترافها ببرائة ذمته من كل ما كان لها عليه او ادعى هو عليها النكاح بمهر كذلك او ادعى عليها الخلع بمال كان هو المقبوض من ايقاع الخلع بعد اعترافه ببرائة ذمتها من كل ما كان له عليها او ادعت هي الخلع كذلك وغير ذلك الثاني ان يكون المراد انه متى كان المشهود به هو المال فبتلك سواء كان متضمنا غير المال كالشهادة على القرض والعيب في القبض والسرقة والبيع والاجارة او متضمنا المال وغيره اذا كان مقصود المدعي اثبات المال من المشهود به بتلك الشهادة فانه يثبت بها المال دون غيره مثلا كما لو شهد بان زيدا اغتصب اباه فلانا هذه الفرس او غصب زوجته فلانة كذا او غصبها يوم طلقها كذا فيكون المراد انه متى كان مراد المدعي الاشهاد على المال فبتلك شهادة الواحد على ذلك المال المشهد عليه مع اليمين وانما نقبل بها ادا عليه من النسب والنكاح والطلاق فلو كان المشهد عليه امرا اربنا طبيا يتضمن المال وغيره بعنوان الاربناط بينهما وكان غرض المدعي في دعوى ذلك الامر المركب المطالبة بالمال كما لو ادعت عليه انه تزوجها بمهر معين لتثبت عليه بمثل بثبت المال بشهادة الواحد على وقوع التزويج بذلك المهر مع اليمين ام لا وعلى هذا لو ادعى انها خالعته على كذا فبرهن وجهان المنع نظرا الى ان قبول شهادته في جزء السبب دون جزئه المفكك بعيد فان ثبوت دين من غير مهري لا يدعيه المدعي ولا شاهد عليه وثبوت مهر من غير نكاح غير معقول مضافا الى ان الاصل عدم القبول وقبول شهادته في كلا الجزئين يقتضي القبول في جميع حقوق الناس وان لم تكن غالبة كالقصاص وغيره ولا قائل به بل الدليل ينفيه بل الاجماع على خلافه على ما يظهر ولذا توقف المصنف في النكاح وكان اللازم ان لا يفرق بينه وبين الخلع والقبول نظرا الى عموم النصوص الماضية بالقبول

في الدين مطلقا وان استبعد التفكيك لانه يسمع اذا اضطر اليه مع انه ليس بعديم النظير كما في ثبوت المال والعفو مع الاقرار مرة بالسرقة او الزنا دون القطع والحد فان العفو بغير هذا اقرب الطريق الى ثبوته وثبوت ما اقر به شرعا مع اجتماع الشرائط يقضي الحد والقطع مع ان الشارع فكك بينهما هذا ولا يذهب عليك انه ليس من الشهادة على المال كلا على المال وغير الشهادة على الاقرار بعين او دين فان الاقرار بنفسه ليس بمال ولا هو سبب يفضي الا التزام بالمال موجب فان المقر له لو علم كذبه واستباحه لم يجز له الزامه بما اقر به وانما اقراره سببا جامعا لجميع الشرائط وانما الاقرار طريق ظاهر لا سبب حقيقي ولذا لا يجب عليه الباطن المقضي على اقراره لو تعمد الكذب فيه ويتبين له الاشتباه ولذا لم يذكر احد في الاسباب المالية اصلا ثم لا يخفى عليك ان المعنى الثاني هو لا بنفسه بمفاد النصوص وان كانت العبارة غير واضحة فيه فان المعنى الاول بعد عن مفاد النصوص بجميع وجوهه مما بين السماء والارض وذلك لان نصوص الباب بعد اتمام الاول ما ظاهره التعميم لحقوق الناس اموالا كانت او غيرها كقوله ع في صحيحة محمد ابن مسلم لو كان الامر بيدنا لاحرزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس فاما ما كان من حقوق الله او رؤية الهلال فلا مع احتمال دعوى ان الذي سبق له القضاء على انه حينئذ واصحابه المانعين منه معلوم وانما في صدد اثبات مشروعية القضاء به في حقوق الناس لا على جهة الاهمال لا في صدد اثباتها فيها لا على جهة التعميم وربما اشعر بالثاني قوله ع فاما ما كان اه ومنه صحيحة يونس ممن رواه فان استخراج الحقوق بادبعة وجوه بشهادة رجلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرتان فان لم يكن امرتان فرجل ويمين المدعي وليس منه صحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله قال كان رسول الله يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق واضعف منه دلالة قوله ع في خبر ابي مريم اجاز رسول الله شهادة شاهد مع يمين صاحب الحق فان ذلك كله مسوق لافادة اصل التشريع لا الاطلاق وتعميم الثاني ما ظاهره مخصص بما يجمع به على التعميم بالدين لقوله في قوي القاسم بن سليمان قضى رسول الله بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده وقوله في موثقة ابي بصير وقد سئله عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وشاهد واحد كان رسول الله يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين وقوله في خبر حماد كان علي يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي وما قيل انه اشارة الى القضاء الخارجي الواقع في زمانهما ع فلا يوجب التخصيص فيدفعه ان خلاف ظاهر حال الامام اذ لا يناسب حكايته مجرد القضايا الخارجة التي لا تعلق لها بالاحكام الشرعية بل الانصاف ان قوله فقضى به في الدين وحده لو اريد به القضاء الخارجي فهو ظاهر في انه هو المشروع دون غيره مع ان قوله في موثقة ابن بصير وذلك في الدين بعد سؤاله العام للدين وغيره كالنص في حصر القضاء المشروع بالشاهد الواحد بضميمة قوله ع كان علي ع يجيز في الدين فانه في قوة قول القائل كل لحم الضأن بعد قوله اكل اللحم او قوله اركب الخيل الجياد بعد قوله اركب الخيل انه عرفا قرينة على ارادة تقييد المطلق وتخصيص العام او انه موجب عرفا لعدم الاعتماد على ظهور الاطلاق والعموم سواء قلنا بحجيتهما مفهوما

العبدام لامع ان القول بحجيته ارجح كما حررناه في محله وقد ظهر مما ذكرنا حجة من اقتصر فيه على الدين وحجة من نفى حجيته في غيره كالشهرة في البيّنة الثالث ما ظاهره الحاق العين بالدين وهو ما ورد في قضية طلحة المشهورة في الباب المذكورة في اكثر كتب الاصحاب فان ظاهره ان امير المؤمنين عليه السلام خطأ شريحا في قضائه في تلك القضية بشاهد ويمين في العين من ثلث وجوه احدها انه لا يقبل فيها الا الشاهدين حيث قال وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشاهدين ويمين وانما الحيل انه خطأه في القضاء عطفا من ثلث وجوه احدها انه لا يقبل في القضاء الا الشاهدين لان في خصوص ذلك المقام والاصل انه خلاف الاصل فيكون ذلك مفيدا للقضية السلبية المفهومة من قوله في الدين وحده ونحوه مما مر في القسم الثاني او قرينة على ارادة مطلق المال من لفظ الدين كما احتمله بعضهم من عبارة الشيخ في البيّنة واضعفه بحيث انه لم يجعل عن احد القول بين العين والدين بل ظاهر المختلف الاجماع على عدم الفرق بينهما في ذلك وقد اغرب شيخنا فاستقرب القبول في حقوق الناس كلها ما لم يكن تام لا الاخراج بالاجماع وهو كما ترى منافٍ لمقتضى القصاصر الرابع ما دل على انه قضى بشاهد ويمين من غير بيان ما قضى بها فيه ولا شاهد لنا فيه يبقى هنا شيء وهو انه هل يثبت بهذا الحقوق المتعلقة بالمال ام لا كحق الخيار والشفعة والرهانة والتحجير ثبوتا واسقاطا كما يثبت بنفس المال هنا كذلك وجهان من عموم الحقوق ونحو ما دل على ثبوته في العين والدين على ثبوته فيما يتعلق بهما ومن منع الاولوية وبطلان القياس ولعل الاول اولى بل هو ظاهر الاصحاب في ذلك بل لعل العبارة السابقة تشمل بان يراد من المال ما يعم الدين والعين باي سبب كان ومن ما يقصد منه المال الحقوق التي يحصل بالاخذ بها التسلط على المال فيكون هذا معنى ثالثا للعبارة وهو قريب بل هو اقرب من المعنى الاول قوله في المتن ولا يثبت ما لا

لغيره فلو ادعى عزيم الميت مالا لاله على اخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت وان امتنع احلف المدعي اه اقول ظاهر العبارة ان عزيم الميت لا المحاكمة اصالة مع من كان الميت عزيما له وانه تسمع دعواه عليه عطفا على الوارث الا ان يمينه لا يؤثر في كما ان الشاهد مع انه قد سبق منه ظاهر ان المحاكمة معه انما هي للوارث وهنا العزيم حق في صحة استيعاب الدين التركة بل صرح بذلك في تلك فهي هنا مقامات اما الاول فالوجه فيه التفصيل بين ما لو اعرض الوارث عن حق الاختصاص بالتركة فتسمع دعوى الديان على من يدعي عليه ان عنده من مال الميت شيئا دينا كان او عينا للحصة لو اثبته عليه وان كان لا يملكه الا بالقبض عندنا كما تسمع دعواه على الوارث نفسه لو ادعى عليه ان عنده من مال الميت شيئا دينا او عينا وكذا لو امتنع الوارث من دفع شيء من ماله ومن التركة وكذا لو انكر المدعى عليه المال وصدقه الوارث او لم يعلم كذبه وبين ما عدى هذه الصور ونحوها مما ينتفي فيه الاختصاص كما لو انتفى الوارث او عسر الوصول اليه او نحو ذلك للزوم تقديم حق الوارث حيث ان الحق له في طريق الايفاء بين ان يبقيه من ماله فيختص بالتركة او من التركة ولبس الحق للديان في طريق الاستيفاء وح فلو عمم دعوى الديان في غير تلك الصور والزمنا المدعى عليه بدفع المال اليه لو اثبته عليه لاهملنا ما يلزم مراعاته

والى بينة الاستيفاء فمن هنا كان المدعى بالاصالة هو المفلس دون الغريم فيكتفي بشاهد ويمين وانكان المنتفع بها هو الغريم بمثابة بل اوضح منه فى الخروج عن عهدة الدعوى لو ادعى على الاجنبي العين المرهونة فانه لا يسمع فتسقط العين الا بتوكيل الراهن وانما الدعوى بالاصالة للعين فتقبل شاهد ويمين وانكان قد ينتفع بها المرتهن خاصة كما لو امتنع الراهن من الوفاء من غير الرهن نعم للمرتهن الدعوى بالاصالة مع الراهن فى الاشهاد ولو كان الراهن جنى فداك العين كانت الدعوى فيه باعتبار الاذن فيسمع المالك وكيف كان فيكتفي فيه بشاهد ويمين بناء على ما بيناه فى ايمان الحقوق المتعلقة بالاموال كالاموال انفسها هذا والذي ذكروه من عدم نفوذ اليمين فى مال الغير مطلقا استنادا الى الخبر محل استشكال بل منع اذ لا يمين الوصي بما لو كان عينا معينة للاجماع على انه لا يملكه الوارث ولا الوصي وانما هو على حكم مال الميت ولو قلنا ان الوارث قائم مقام الميت فى خصوص اليمين قلنا هو اول الكلام مع ان الوارث مع ان المال ليس له فالوصي بل مطلق الولي كالاب والحاكم والناظر على الوقف على الايتام اولى بالقيام مع ان اللازم على عدم نفوذه تعطل الحقوق غالبا فتظهر من هذا اختياره المنهي عنه بعيد قوله ولو ادعى الجماعة ما الاموا ثم حلفوا شاهدهم ثبت الدعوى وان امتنعوا الحاكم لهم ولو حلف بعض اخذ دون لم يكن للممتنع معه شركة اقول هذا كله واضح مما تقدم انما الاشكال فى قوله لم يكن للممتنع معه شركة فان اريد منه انه لا ياخذ من الحالف من المدعى عليه نصيبه الا ان يتسبب بين من حلف على ما سبق له الكلام كان واضحا الاخبار عليه سواء كان المال المدعى عينا او دينا فيكون كقوله فيما سبق فلو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع ويكون انما ذكر المسئلة مع دخولها فى العبارة السابقة للنص على انه لا فرق بين الشهادة بالسبب القاضي بالشركة شرعا والحلف عليه وغيره لكن لبعض المحققين قولا بالفرق وكما يثبت يمين احدهم فى القسم الاول كما سيجيء تحقيقه ان شاء الله فى مسئلة دعوى الوقف وان اريد انه لا شركة فى ذلك ولا فيما قبض الحالف وانه لا يسلط على شئ من مال المدعى منه اصلا كما هو الظاهر من حيث كونه نكرة فى سياق النفي اشكل ذلك بان اقرار بعضهم بنصيب افراد شركته من لم يحلف لمن حلف بما قبض من المدعى عليه بل اقرار القابض بان المال الموجود هم فقط شركة من لم يحلف وان لم يدع فى ذلك المال لجهله بكونه لمورثهم او لجهله بحق الغاصب المتلف ولكونه غائبا ضرورة اقراره بشركته فى المال على كل حال ولا بما فى ذلك حكم الحاكم بانه لا حق لاحد على المدعى عليه وان الحق انما هو لمن حلف خاصة لان النظر فى ذلك الى جنبة فراغ ذمة المدعى عليه فكان عليه طرده عنه عملا بميزان القضاء فلو استقل الحاكم من نكل على من حلف فيما اخذه لكان عليه ان يعيد عليه اخذا له باقراره النافذ ولذا لو حلف بعد النكول وجاء ببينة او اقر من انكر شاركه الاول فيما اخذه لاقراره كل منهما للاخر بما يوجب الشركة وحكم الحاكم بطرده عن المدعى عليه ليس قسمة بينهما ولا هو فى حكم القسمة وما ثبت من ان نكوله عن اليمين قد اسقط حقه فيتجه ان اريد انه بمنزلة الاقرار منه بانه لا حق له كما ان نكول المنكر عن اليمين وردها بمنزلة الاقرار منه للمدعي ولذا صح القضاء عليه بالنكول فلا دليل عليه وحمله على نكول المنكر قياسا

لا تقبل بعد وضوح الفارق لقبول اليمين منه هنا بعد النكول واليمينة بخلاف المنكر بناء على القضاء بالنكول
وان اريد ان نكوله عن اليمين يوجب عدم تمامية البرهان الذي يثبت به مدعاه فمسلم ولا يفيد المطلوب لكنا نقول انه
قد اسقط عن المدعى عليه لا مطلقا ولو اراد المصادرة ومن واقفهم فيما ذكر من المال المدعى فيه خصوص الدين دون العين
صح نفي الشركة فيما اخذ بناء على ما ذهب اليه جماعة من المحققين من ان الدين لا يقبل الاشاعة وان كان اصله
مشتركا على الاشاعة وان ما يقبضه احد الشريكين مما لا يزيد على حصته يختص به لان الدين انما يتعين بالقبض
وقد يقبض احدهما الجميع فلا شركة الا خر وهذا هو الاظهر كما قرر في محله فان الاشاعة انما تعقل فيما يقبل
القسمة والعين الخارجي والكلي المحض لا يقبلها لكن المشهور منهم المصادرة في باب الشركة لا يفرقون بين الدين
والعين في قبول الاشاعة ويحكمون بان ما يقبضه احد الشريكين يجب ان يكون مشاعا بينهما فلا يختص بقابضها
دون الاخر وان قبض بنية الاختصاص به وربما استنهض له باخبار في دلالتها عليه نامل لان ضعف قرائنها
وكيف كان فاطلاق المصادرة محل نظر الا ان يراد منها المعنى الاول ولو عمل نفي الشركة فيما اخذ بان من لم يحلف
قد اتلف بتركه اليمين على من حلف بعد حقه وحق فلس حلف ان يقبض منه بقدر ما اتلف عليه لدفعناه بان
ملاحظة ذلك تقتضي الجزم بالشركة الا ان يقوى الفضاض لا اطلاق نفي الشركة حينئذ الا ان عبارة المصادرة
بما مر غير صريحة فيه **قوله** في المتن ولو كان في الجملة مولى عليه وقف قبضه فان كمل رشد وحلف استحق وان
امتنع لم يحكم له اول هذا الاذيب فيه بناء على ان الولي لا ينفذ يمينه فيما يدعيه للمولى عليه كما هو المشهور ولا
كما عليه الماتن فان كان له الحلف بعد الكمال ان لم يحلف الولي وقد عرفت قرب دعوى ذلك المنصوص عليه الا ان
يقوم الاجماع على خلافه وانكان الاصل عدم نفوذه ثم اعتبار الرشد بعد الكمال ان اريد منه العقل فلا اشكال
وان اريد منه انتفاء السفه كما هو الظاهر فيشكل بان السفيه لا مانع من سماع دعواه ولا من نفوذ يمينه فيحلف ويثبت
له المال ولكن لا يسلم اليه المال كما يحلف لو كان مدعى عليه فانكر فان عبارته غير لا عينه مما لم تتضمن قضوفا فتامل
حسب تظهر ان ولي السفيه حاضر لا يشهد فانه لا يمين له **قوله** في المتن مسائل خمس الاولى لو قال هذه الجارية
مملوكتي وام ولدي حلف مع شاهده وثبت رقها دون الولد لانه ليس مما لا يثبت لها حكم ام الولد باقراره
اما اول هذه المسئلة لها صوفي كلها يثبت للمدعي رق الرقبة بشاهده ويمينه وكونها ام ولد باقراره انما
الاشكال في الولد الاول ان يشهد الشاهد بملكيته لها من غير تعرض لسببه ذلك ولا تعرض وهنا لاربع في وجه
اقراره الولد في يد المدعى عليه اذ لا مزاحم له فيه بوجه سوى مجرد دعوى المدعي سواء ادعى المدعى عليه انه من غيرها
او اعترف بانه منها لاحتمال حملها به قبل ملك المدعي وملك ذي اليد اياه من امائه الاول الثاني ان يشهد
مع ان ذلك بان الولد منها وهذه كالاولى لما عرفت الثالث ان يشهد بان الجارية في ملكه قبل حملها به اما
بان يشهد مع اخر بانه منها او لا يشهد بانه منها ولكن يشهد بان الجارية في ملكه قبل عشرين سنة مثلا والولد
لا يبلغ ذلك قطعا ويعترف المدعى عليه بانه منها فهل ينتزع من يده وجهان لا لانه لم يشهد بالبنوة وانما يشهد

بانه منها

باتزمنها وبتاخر الحمل به وهو اعم ونعم لان السبب في انتزاعه ليس هو الشهادة بانزمنها ولا بتاخر الحمل وانما هو الشهادة بملك الجارية في الزمن المشهود به ولا ريب في تضمنه كل نماء متاخر من اجرة او شعر او ولد اخر وح فلا تم الحكم بملكية الجارية في الزمن المذكور الحكم بكون المدعى عليه غاصبا لنمائها وولدها على سبيل منع الخلو وانما كان فلا وجه لاقراره عليه لثبوت كونها جارية بل ولا اقرار المدعى بحرية الولد لحكمنا بملكه له لكونه نماء ملكه ولا يعارض ذلك اصالة الحرية في الانسان لان قاعدة اليد والنماء حاكمة عليها فلو لم يثبت كونه منها بوجه فاحتمل المدعى عليه او عمى مثلا لحق بالمدعى بنوته لارتفاع مانع نفوذ الاقرار برح قال في ذلك ولو قبلنا في التحرير الواحد لم نقبله هنا لتعرضه هنا على ما لا يقبل فيه الواحد وهو النسب فاعترضه شيخنا بانه لا مانع من التفكيك بين الفرع والاصل لو تم دليل قبول الواحد في التحرير اولا وكلاهما غريب اما الاول فانه ان اراد ان شهادة الواحد بالتحرير هنا مبنية على شهادة الشاهد بكونه ابنا للمدعي بتعين المقام لبيرتها بمكن تبيين الشهادة على النسب لان معناها الشهادة على انه ولد على فراشه وان لم يسمع اعترافه في الفراش لكفاية الشهادة على الفراش في اقتضاء الالحاق به شرعا وهذا انما يتم في الزوجة لانها هي الفراش عندهم شرعا امّا المملوكة فلا يلحق الولد بها لكنها الا باعتراف مربيها كما هو المفروض في المسئلة فلا بناء ح في بنا الشهادة على النسب مع قطع النظر عن الاقرار الذي هو في مفروض المسئلة لا يحتاج الى شاهد واما ما في الثاني فلان التحرير الذي قبل بقبول الواحد غير ما نحن فيه اذ هو ما كان مسبوقا بملك بشهادة ان حجتهم على القبول دعوى ان مدعي التحرير يدعي زوال المالية التي كانت للسيد عليه عن نفسه فكانه تملك نفسه فتكون دعوى في مال حيث ادعى استقلال نفسه بخلاف المقام فان مدعي البنوة يدعي ان الولد حر الاصل وانه لم يسبق رقيته ابدا واصل هذا مراد شيخنا الشهيد في عباراته السابقة وان اوهمت خلاف المقصود هذا مضافا الى ان التحرير في المقام حكم من الاحكام واثر شرعي للولد الشرعي لا موضوع من الموضوعات العادية التي تتعلق بها الشهادة كالتحرير بالصيغة وغيرها عن اسباب التحرير بل ليست الشهادة على انه حر بالاصالة الا الشهادة على الاقرار بانه ابنه الذي لا نزاع فيه ولو نكل عن اليمين او لم يحلف شاهدا او حلف المنكر ثم اشتراها صوريا او بهبتها او اشتراها وكله كان اقراره السابق في حقها ماضيا كما يمضي اقراره في حق ولدها او رجع اليه

قوله في المتن اذا ادعى بعض الورثة ان الميت وقف عليهم داره وعلى تسلسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضي لهم اه اقول قد عرفت ان الاصل عندهم انه لا يثبت الا بشخصين بيمين اخر لكن قد خالف بعضهم في اطراده هذه القاعدة في مقامين الاول ما مر عن الشارح في من ثبوت مال المولى عليه بيمين الولد مدعيا استظهاره من النصوص السابقة كما مر الثاني ما لو ادعى جماعة مالا على الشركة فقد حكى عن المحقق المقدس البغدادي الاكتفاء بيمين احدهم واللّٰه العالم ارادا حيث يشالمون على السبب الواحد كالارث من ابيهم او البيع عليهم جميعا او انتزاع مالهم المشترك او سرقته او اتلافه اما حيث لا يشالمون على الشركة كان يدعي كل منهم مالا في الدار ولا يعرف صاحبه بالباقي او يشالمون على الشركة ولكن يدعي كل منهم

سببا فی المال غیر ما یدعیه صاحبه مع اختلاف جنس السبب او انفاقه فلا یبعد ان کلا منهم یدعی غیر ما یدعیه صاحبه وانما لا اوردناه بعینه واشرطنا بلزوم من فرض صحة دعوی احدهم صحة دعوی غیره فلا یثبت مال لاحدهم بیمین غیرهم وهذا ظاهر انما الاشکال فیما لو ادعوا جمیعا سببا واحدا فنقول یلزم من ثبوته شرعا اشراکهم فی المال کما مثلنا اولا فی ثبوت السبب بالشاهد والیمین فی حق من حلف ومن لم یحلف کما یثبت السبب بالشاهدین فی حق المدعی وغیره وانما لا یثبت السبب بالشاهد والیمین ضمنا وان کان مالیا محضا وانما یثبت بهما اثره تبعا فی حق من حلف خاصة بحمل الاول نظرا الی دخوله فی الضابط الذی اعتمدوه اعنی قولهم ما کان مالا او المقصود منه المال ونصبهم فی مقام التمثیل له علی البیع والاجارة والنصب قولهم لو ادعی جماعة مالا لهم وقام شاهدا واحدا فان ظاهر ان الشهادة تقع علی النصف وان علیه یقع الحلف فینبغی ان یکون الثابت بذلک عین مورد الشهادة والیمین لا احد اثار ذلک المورد واحکامه اعنی استحقاق الحالف خاصة حصته من یمینه فان استحقاقهم جمیعا من الاحکام الشرعیة المرتبة علی کون المال لا یتجزأ بل لو شهد الشاهد بانه کان لا یتجزأ عن غیر ان یشهد بالاسلم او یشهد بانه باعه علی المدعی علیه وحلف احدهم علی ما شهد به او لا یثبت الحق بناء علی تقدیم المال السابق علی الید نظرا الی الاستصحاب وسقطت شهادته بالبیع لکن یدفع ذلک کله عضو یجیء فی مسئلة دعوی الورثة مالا لا یتجزأ وغیرها بانه لا یکفی یمین احدهم فی اثبات حصة الباقین فانه مفتقر الی ان سببه نفسه کما یثبت بالشاهد والیمین وانکاره مالیا محضا وانما یثبت بهما احد اثاره واحکامه وهو ثبوت استحقاق الحالف حصته خاصة وانکانت الشهادة والیمین تتعلق بنفس تلک الحصة وانما تعلقا بنفس السبب اذ لو فرض ان الشهادة والیمین انما تعلقا بنفس تلک الحصة من غیر تعرض لذکر السبب فلا کلام فی عدم کفایة یمین احدهم فی اثبات حصته غیره مع انهم لم یفصلوا فی ذلک بین هذا وبین الصورتین فدل ذلک علی انهم لا یثبتون السبب بهما اصلا نعم لو قلنا بان الحق لا یثبت لاحدهم حیث یقع الشهادة علی السبب الا حیث یحلف الجمیع کما لعله المراد مما حکی عن بعضهم فی مسئلة دعوی الجماعة مالا فلا اشکال وکانهم اعتمدوا فی ذلک علی الاصل وحملوا الاسباب المالیة المحضة علی السبب المشتمل علی المال دون غیر کعقدة النکاح فان النکاح لا یثبت بالشاهد والیمین اجماعا لکن یثبت بهما عند بعضهم ما اشتمل علیه من المهر ویدفعه ان ثبوت جزء السبب حیث کان المقصود منه المال یؤذن بثبوت السبب بتمامه حیث یکون مالیا محضا بطریق اولی وکیف کان فلا ریب فی ان الیمین فی المقصود مما یدل صریحا علی ثبوت السبب بالشاهد والیمین وکفایة الیمین من احدهم فی ترتب جمیع اثاره وکما علی اشتراط الیمین من کل مدع فی ترتب اثر السبب المدعی به حقه لکن لا یبعد استظهار دلالة المقصود السابق علیه علی ثبوته بهما وکفایة الیمین من احدهم فی ترتب جمیع اثار السبب المدعی من الکل وان ثبوته بهما حیث یکون مالیا محضا علی هذا ثبوته بالبینة سواء جعلنا البینة ان مجموع الشاهد والیمین او الشاهدین مشروطا بالیمین کما یشیر الیه ویدل علیه قولهم لا یجزئ شهادة الواحد فی خصوص النساء فان الشهادة انما تقع علی الموضوعات کالاتلاف والاعتداء

والعقد والايقاع على نفس الاحكام اعني انه يجب عليه ان يدفع الى المدعي العين المدعى من المال وح فينبغي
ان يراد من المحلوف ما يعم الشهادة على ان هذا مال المدعي وحقه او انا عني المدعى عليه فما احدث ما يوجب عليه
دفع كذا فالشهادة في الحقيقة للبينة على نفس استحقاق المدعي بل على موجبه لانه الموضوع الخارجي الذي يتعلق
الشهادة وكذا قوله في بعض ما مر وذلك في الدين فان المراد والله العالم وذلك في الاسباب الموجبة للضمان
فان نفس كون الشخص المدعى ليس مما يتعلق الشهادة وانما كان يتعلق اليمين معفوا وكذا قوله استخراج المحلوف
باربعة وجوه بشهادة رجلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم يكن امرأتان فرجل ويمين المدعي فانه
ظاهر في انه بمنزلة البينة في اثبات السبب الموجب لترتب الحق وح فالازم على ذلك ان يكون السبب المجهول للحصول
مع شهادة الواحد برد ويمين احد الخصوم بمنزلة المعلوم الحصول شرعا فيترتب على ذلك مخرج استخراج خوف الحالف
وغيره لاستواء الكل في الترتيب على ثبوت السبب شرعا وترتبه شرعا بمنزلة المعلوم الحصول وقد فرض فان قلت غير
الحالف انما استخرج بالشاهد وحده لان يمين غيره بمنزلة العدم في حقه قلنا كونها بمنزلة العدم في حقه مع تسليم
ثبوت السبب شرعا وكونه بمنزلة معلوم الحصول كما لو ثبت بالبينة محل منع مع ان البينة في الصور ما تشهد بروح
فما استظهره السيد غير بعيد الا انه لا موافق له فان قلت لا يمتنع ان يكون الترتيل المذكور انما هو بالنظر الى من
حلف دون غيره فلا يلزم ان يترتب على ثبوت السبب شرعا جميع آثاره قلنا سلمنا ذلك لكن اطلاق الترتيل ظاهر في
افادة ترتب جميع الآثار الا ان يدل الدليل على ان ترتيل بالنظر الى بعضها والمفروض انتفاؤه فلا يختص ترتب بعض
من حلف حيث ان المدعي للجميع واحدا عني حدوث السبب الخاص وانكان آثاره متعددة نعم اقام احدهم
البرهان الشرعي على ثبوته فلتثبت جميع آثاره كما في البينة وح فما استظهره السيد السند غير بعيد الا انه لا موافق
له فتدبر اذا عرفت هذا فمن فروع المسئلة لو نكل الوقف بالشاهد واليمين فان قلنا ان ثبوتهما على حد ثبوته
بالبينة كما في ذلك يمين احد المدعيين للوقف كما عرفت سواء كان المدعي انتزاع وخاص وسواء كان الخاص
نبيا او شريكا بل ذلك لازم قاعدة الاقراء ايضا في وجه فما لو كان المدعي لهم هو السبب فان المنكر لا تلاقي ما
يعترف به شريكه بينهم بعترف بانه لو ثبت تلافي لم لزمني التخلص من كل منكم لامن خصوص من حلف نحو ما مر سابقا
من انه لو شهدت بينة مجهولة زكيها المدعي عليه وحده كان على الحاكم ان يحكم بها نظرا الى اقراره بقيام الحجة الشرعية
عليه وكذا لو اقر بانه كان قد اقر سابقا للمدعي وكان قد حكم عليه الحاكم الشرعي بذلك لكنهم جزموا في المقام
من غير مكتم خلاف يعرف الا من عرفت بانه لا بد من تعدد اليمين مع جميع المدعين للوقف من الطبقة الاولى
في الترتيب في ثبوت حصصهم وانه لو نكل بعضهم لم يثبت حصتهم وكانت ارثا وفرعوا حكم الطبقة الثانية على
تقدير حلف الطبقة الاولى اجمع على ان للبعض الوقف هل هو من الاولى فلا يمين عليهم لنفوذ الحكم على المنكر
استمراره وانهم ح بمنزلة الوارث لمن ثبت السبب بشاهد ويمين او من الواقف فحكمهم حكم الاولى فيلزم اليمين على
كل منهم فان نكلوا جميعا رجع المال ارثا وان اختلفوا ثبت حصة من حلف وهكذا فان لم يحلف الطبقة الاولى

حلف الثانية في ظهر الوجهين ورجع وقفا بعد انكان الوقف مشتركا فلا بد من حلف كل منهم في ثبوت حصة كل منهم من الواقف البتة سواء في ذلك الوجود دون حال الوقف والمجحد دون اعترض شيخنا بان اليمين اذا لم تثبت السبب انما تثبت حق المدعي وتبقيه على السبب خاصة فالازم الوقف على اليمين بالنظر الى كل منهم غير فرق بين الترتيبي والمشتركي كما بين القول بان التلقي من الموقوف عليه في الترتيبي او من الواقف قال والحمل على الوارث من اثبت المال بشهد وبين اذا جعلنا تلقي الطبقة الثانية من الاولى مع انه قياس منظور فيه للفرق بينهما بان ملك الوارث من اللوازم الشرعية لملك المورث الذي قد اثبت ملكه هنا بخلاف المقام انتهى وفي كلا الكلامين تامل اما الاول فلانه ان اريد من ذوي التلقي هو هل من الواقف ام من الموقوف عليه بعد تسليم ان الملك ينتقل الى الموقوف عليه مطلقا لان معنى الوقف مجرد مسلخ ملكية الواقف ولا دليل بثبوت الوقف بالشاهد واليمين انما ان قلنا بعدم احتياج الوقف مطلقا الى القبول اصلا كان تلقي الكل من الواقف لاستوائهم في عدم توقف صحته على القبول لكفاية الايجاب في حصول الملك للجميع فيصير كالارث الا ان عن قصد الملك المجازي وانتفاء الملك الحقيقي غاية الامر ان الملك حاصل لهم على الترتيب في الترتيبي وعلى الشركة في المشتركي وانما نفس تاخر حدوث ملك من سبق لمن وجد بعد الوقف عن ملك من وجد حال الوقف فيشترك بين الترتيبي والمشتركي وان قلنا باحتياجه الى القبول كان ملك من وجد حال الوقف ليس بتلق من الواقف فقط بل بسبب اختياره القبول وكان ملك جزء عن تلق من الموقوف عليه لا من الواقف نظرا الى ان السبب في تملكهم القهري مجموع الايجاب والقبول وحيث كان القبول هو الجزء الاخير او القبض وكان من الموقوف عليهم قلنا ان التلقي منهم لا من الواقف فيشكل بان ظاهرهم ان هذين الوجهين اعني كون التلقي من الواقف او الموقوف عليهم انما يعقلان في خصوص الطبقة الثانية من الترتيبي مع ان هذا الذي فرضناه بناء في المشتركي ايضا لان من وجد بعد الوقف على الوجه الثاني يكون متلقيا ممن قبل وان شاركه فيما انتقل اليه نظرا الى ان تملكه انما حصل بسبب قبول من قبل لا باختياره ولا بايجاب الواقف خاصة فان اللازم على هذا ان لا يطالب باليمين على اثبات حصته كما لم يطالبوا الطبقة الثانية في الترتيبي بناء على هذا الوجه مع ان ظاهرهم خلافه فان احدا لا يلتزم بان الوقف يحتاج الى القبول في الترتيبي ولا يحتاج اليه في المشتركي لتمام الفرق فان اريد من التلقي معنى اخر فلم نتحقق لا نعقله واما الثاني فلا يشكل بان ملك من لم يقبل الوقف من الطبقة الثانية في الترتيبي بل المشتركي ايضا من اللوازم الشرعية لملك الطبقة الاولى لمضاء الشارع ما قصده الواقف فهو في الحقيقة تملك شرعي كالتملك بالارث من غير فرق فاذا لولا الامضاء لم يكن ملك غاية الامر اختلاف الدليل واما عدم جواز الفضاء الوقف فهو لا ينافي اصل الملكية كما في ام الولد ولا كونها لا شرعيا كما نعتافها بموت سيدها فان اللوازم الشرعية انما هي على حسب ما قرره الشارع فان قلت الملك في الموروث غير محدود بخلافه في الموقوف قلت ان ثبت ان الموروث كان يملك الوارث

بعد موته كما يملكه قبل موته غير معقول وان اردت انه يملكه ما دام معافكك الوقف فنمنع سواء فعل ذلك
الغرماء ان انتقلنا فيما في الارث على نحو خامن دين الشارع وفي الوقف على حسب ما قرره الواقف ح فدعوى ان ذلك
الطبقات المتعددة المجتمعة في باب الوقف بالنظر الى كل منهن نظير الحصص المتعددة في باب الارث فان يمين كل
ذي حصة لا يثبت حصص الباقين وان تحلف بالسبب الذي حلف به الشهادة وان تماثل الطبقات المتعددة المجتمعة
في باب الارث ليست بتلك المثابة وانها الاحتاج بثوتها الى اكثر من ثبوت اصلها بخلافها في باب الوقف لما ذكر
من الفرق محل تامل بل منع بل للازم بناء على ما ذكرنا الحكم بالتسوية بينهما في الحاصة وعدمها فتدبره جيدا
وانصف فانه دقيق وحيث كان الاجماع محققا على عدم احتياجها في باب الارث الى اثبات وكان ذلك لا لاجل
يجمعها فينبغي ان يكون ذلك لسبب اقتضاء ثبوت السبب لثبوت جميع اثاره فيتم المطلوب عن عدم احتياجها في باب
الوقف الى اثبات واغرب من ذلك ما ذكر الشهيد وغيره تفريعا على ما ذكر من الحاجة الى اليمين انه لو كانت
الطبقة الثانية في الوقف المدعى به الفقراء وكانوا اجنبيين حصرين بطل الوقف ورجع ملكا لتعذر تحليفهم ومثله
ما لو ادعى بعض الورثة انه وقف على الفقراء ابتداء سواء كان هو منهم ام لا فانه لا معنى لكلام سقاط حق من يتيسر
تحليفه بسبب تعذر تحليف غيره وابعده فان تخصيص ما دل على تحليف الشاهد واليمين بغير المقام يحتاج الى
دليل فان قلت مدع الارث انما يطرد عن جميع او احلف جميع من ادعاها وهو هنا متعذر وكما يمكن ان يدعى ان
يحلف هنا ولو واحدا حصة يحكم بها وقفا ويكون الباقي ارثا كما لو كان اخوة ثلثة او اكثر فادعى بعضهم
الوقفية لان عدم الاحتياج يمنع من التخصيص فلا يحلف من رجوع العين جميعا ارثا لانتفاء الفائدة في حلف البعض
وامتناع تحليف الجميع قلت بعد الاعتراف بامتناع التخصيص فلا بد ان يكون مرجع الوقف على الفقراء مثلا الى
الوقف على الجنس فيجب ان يطرد منع الارث عن الجميع كما يطرد لو حلف جميع اخوة المدعين الوقف ثم لا يسلط
على ذلك العين من الفقراء الا من حلف ولا يكفي حلف احدهم عن حلف غيره كما في غير المقام مع احتمال كما يتجه
احدهم في تسليط الباقين وان لم يكتف بها في غير المقام نظرا الى كون الحق هنا انما هو على جهة البدلية لا على
نحو الشمولية بحيث يكون لكل واحد حق مستقل بمنع ثبوت حق كل واحد على حدة او نقول ان مرجعه الى ان
وقف على اقل الجمع فما زاد مشكوك فينبغي ان يكون مدع الارث رابعا فاذا حلف من الفقراء ثلثة طرد عن جميع العين
وان حلف اثنان طرد عن ثلثيها وان حلف واحد طرد عن ثلثها وح فلا يطلب الشاهد واليمين بالمرة كما انه
شخصنا بتبعا لغيره هذا كله بناء على ما قرروه من عدم ثبوت السبب بجميع اثاره واما على ما اختاره المحقق
البغدادي فالامر واضح والله الهادي قوله في المتن فاذا تحقق التعارض فاما ان يكون العين في يدهما او في يد
احدهما او في يد ثالث اقول لا اريب ان التعارض بين البينين انما يتحقق بعد فرض حجية كل منهما شرعا والمفروض
وجوب طلبها وسماعها معا في المجلد اذا كانا حاضرين ساطرا على كل حال لم يصدق اسم التعارض ثم ان ما
ليس بحجة لا يعارض ما هو حجة شرعا ثم انه لا ريب ان البراز في الفصل بين الخصمين انما هو البينة واليمين لقوله انما انا

بينكم بالبينات والايمان ولا ريب ان البينة هى التى يثبت بها كل مدع حقه على من انكره وان اليمين هى التى يتخلص بها كل منكر ممن ادعى عليه لقوله ع البينة على المدعى واليمين على من انكر ثم لا ريب انه قد يكون التخاصم بحيث لا يصدق على احد الخصمين الا اسم المنكر والمدعى عليه خاصة كما لو ادعى احدهما على الآخر انه استقرض منه واتلف عليه او انه اودعه وديعة وانكر الآخر وقد يكون بحيث يصدق على كل منهما اسم المدعى باعتبار واسم المنكر باعتبار وحينئذ يصدق عليهما اسم المتداعيين على سبيل التغليب باب التفاعل وذلك كما لو ادعى كل منهما عينا معينة فانه يصدق على كل منهما انه مدع لها حيث ان المدعى لغة وعرفا اسم لمن ادعى امرا وجودا بالحث كان كل منهما بدعى استحقاقها كان كل منهما مدعيا لها وحيث كان كل منهما منكرا لدعوى صاحبه كان كل منهما منكرا ومدعيا عليه فيما يدعيه لنفسه كما لو لم تكن العين في يد احد والاضافة انما لا ريب في صدق الاسمين عليهما معا سواء كانت العين في يدهما او في يد ثالث وليست في يد احد اصلا وربما اظن بعضهم انه لا يصدق اسم المدعى على احدهما اذا كانت العين في يدهما معا فانه لان دخولها في يدهما يوجب صدق اسم المدعى عليه على كل منهما من غير ان يصدق اسم المدعى على احدهما ان استشكل ان ذلك في طلب البينة منهما وهو كما ترى فان الاعتراف بصدق اسم المدعى عليه على كل منهما يستلزم الاعتراف بصدق اسم المدعى على كل منهما ضرورة التضايف بينهما وغيما خرج ذلك على ان كلا منهما عند الاجتماع انما تنتفى نصف العين على الاشاعة فيصدق على كل منهما انه مدع بالنظر الى ما في يد صاحبه لا بالنظر الى ما في يد صاحبه لا بالنظر الى ما تحت يده ويصدق عليه انه منكر بالنظر الى ما تحت يده لا بالنظر الى ما في يد صاحبه وحينئذ فمن طلب البينة من كل منهما ليثبت ما هو مدع به ادعى ما في يد صاحبه وان شهدت له بالجميع ويدفعان اليد من كل منهما افادة استحقاق الجميع كان البينة تشهد بالجميع غاية الامر ان للزام اوجب الحكم بالتنصيف او غيره ونظير ذلك ما تقدم اخيرا من ان العين لو كانت في يد احدهما لم يصدق على من هي في يده اسم المدعى وانما يصدق عليه اسم المنكر والمدعى خاصة واستشكلوا لذلك في مسائل كما سيجيء على سماع البينتين معا اما مع الترجيح باليد او بغيرها من حيث ان المنكر لا بينة له شرعا كما هو صريح النبوي المشهور حتى انه لو بذل لها بدلا عن اليمين لم تقبل فاجاب بعضهم بانا لا نسلم ان الحاكم انما له ان يطلب البينة من المدعى خاصة الذي هو الخارج لكن لا يمتنع ان يحكم الشارع مع ذلك بانه لو جاء ذو اليد الذي هو منكر لا غير بالبينة من غير طلب فشهدت وجب قبولها اقامة او مع رجحانها على بينة الخارج بعدالة او عدالة للنقل الخاص كما سيجيء او لعموم ما دل على حجية البينة عطفا كقوله الاشياء كلها على هذا حتى تعلم او تقوم على ذلك البينة وبه يندفع انه اذا كانت بينة المنكر مسموعة شرعا ومعمولا بها في اسقاط بينة المدعى او اثبات ما تشهد به اقامة او مع رجحانها على بينة المدعى بعدالة او عدالة فالالزام بمقتضى العدل والمناسب لمقام الفصل ان يطلبها من المنكر وان يجب عليه فيتعسر عليها لكونها حجة شرعية في اسقاط واثبات كما يجب عليه فيتعسر على ان لدخول الحرج والالزام العمل في القضاء والافتاء انما

فولاية البينة على المدعي واليمين على من انكر صريح في عدم حجية البينة من المنكر الذي هو ليس بمدع اصلا وانها لا تسمع منه اصلا الا في اسقاط حجة المدعي وقد اثبتنا ما تشهد به لا قضائها ان على الحاكم ان يحكم بمجرد البينة اذا طلب المدعي الحكم من غير انتظار امر اخر وان النص المزبور اخص منه مما دل على حجية البينة منه هذا وقد يستنهض لدعوى ان ذا اليد منكر لا غير بخبر منصور عن ابي عبد الله قال قلت له رجل اتى من شاء فجاء رجل فادعاها واقام البينة انها ولدت عنده ام يهب ولم يبع وجاء الذي في يده بالبينة مثل ذلك انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع قال احقهما المدعي ولا اقبل من الذي في يده بينة ان الله عز وجل امر ان تطلب البينة من المدعي فان كانت له بينة والا فيمين المدعي هكذا امر الله عز وجل ويشكل بانها وان كانت ظاهرة في ذلك الا ان ضرورة العرف واللغة يحكمان باضافة فاصنة بصدق على كل منهما بادنى ملابسة ولا ريب ان ذلك مختار طلب البينة من كل منهما فلذلك لا يبعد حملها على التقية فقد حكي ذلك عن بعضهم على ان في سنده محمد بن حفص المشترك بين ممدوح ومهمل وقضية المشترك بين التقية وغيرها مع انها مفوضة حتى فان محمد بن حفص مشترك بين رجلين كلاهما من رجال الغيبة او يقرب منها فبعد جدا ان يروي احدهما عن هو من اصحاب الصادق عليه السلام الا بواسطتين او اكثر فتدبر جيدا واضح فالتحقيق ان التعارض بين الخبرين حاصل في الصدر المزبور كما فيلزم طلبها وسماعها من كل من الخصمين بناء على ما سمعت مما لو بدا القدرة ان احد اليدين قد تضعف نفسه بكونه مدعيا لليمين وقد لا يضعف بها بل كما لو قال هي لي ولا اعرف مالكها فان الخارج هنا باخذها اقوى من ذي البينة لانه مدع لا معارض له بل يقوى ذلك حتى لو اضاف الى ذلك ان يقول وليست هي لك فظهر ان مجرد تحقق البداعم من صدق اسم المدعي وعدمه لا يقال فلم حكموا من غير خلاف بانها لو تنازعا عينا في يد احدهما ولا بينة قضي بها لمن هي في يده بيمينه فلولا انه هو المنكر خاصة وان الخارج هو المدعي خاصة لكلفنا كلا منهما باليمين بسبب انكاره بل قال شيخنا وقد ان هذا الغرض اوضح مصداقين لولاية البينة واليمين على المدعي عليه لانا نقول لا ندل هذا على ان ذا اليد منكر خاصة لان تكليفه خاصة باليمين انما هو لان اليمين انما هي ميزان يطرد بها المنكر المدعي الذي ليس له دليل على صدق دعواه ولا امارة شرعية بحيث لو نكل كان نكوله امارة على صدق دعوى المدعي والمدعي الذي ليس له دليل على صدق دعواه ولا امارة شرعية في المقام انما هو الخارج وان كان ذو اليد ايضا مدعيا فاذا حلف طرده فسقط دعواه لانه لم يعرج عليها بينة لاثباتها ولا بنكول لحلف خصمه بخلاف الخارج فان يمينه لا تطرد ذا اليد كان دعواه ليست بحجة هو امارة شرعية على الملك عينا اليد التي يتكل عليها شرعا في ترتيب جميع آثار الملك من الشراء والاستيجار والاتهاب وغيرها فلذلك صار نكول الخارج عن اليمين كعدمه سواء فظهر بذلك ان ما اطنب شيخنا من اختصاص الخارج باسم المدعي هنا محل نظر فتدبر جيدا ولا تغفل هذا وقد ظهر مما ذكرنا ان التعارض بين البينتين انما هو بسبب التعارض بين المتداعيين من حيث الدعوى والانكار وحيث عرفت ان التعارض بينهما من تلك الجهة

انا نبنی جمیع الصور فقول الادیب ان طارد اعلی حجیة البینة وکونها حجة شرعیا فی باب التداعی او فصل
ینفسر علی عدم اعتبار المرجحات لو حصلت عند التعارض ولا علی اعتبارها اذا لم تکن مشمولة لادلة
حجیتها مطلقا مع قوله فالازم مع وجود المرجح والشک فی اعتباره شرعا التوقف عن الحکم والرجوع الی الصلح
امتناع العمل عن غیر حجة شرعی ولا یقاس المقام علی ما لو شک فی اعتبار المرجح شرعا فی الترجیح بین الخبرین
حیث ان الاصل فی مثله الاعتبار وان لم یفهم من النصوص اعتبار کل مرجح لانه لو لم یکن معتبرا شرعا فالحکم لیس فیه
الا مع الشک فی الاعتبار بین التخییر والتعیین والاصل فی مثله التعیین ولو وقفنا بینهما التخییر حینئذ لم یتصور ان
العمل بالخبر انما یتعلق بالعامل بقدر ما فی المقابل کان مخیرا للحاکم فی العمل بین البینتین مطلقا لعموم
فی القضاء البینة شرعا کما فی الاداب علی التسویة الناصر بن الحکم بان منع علة التخییر فی العمل بین البینتین
علی تمامها یشهد ان بزید وان نساء یا من جمیع الوجوه ولذا لم یشر الی احتمال الاحد ضدا لا فتوی وانما احکموا
بالتساقط بالتضعیف حیث یکذبان او یقران او ما ذکره شیخنا وغیره من ان الاصل عدا لالتفات الی المرجحات
فی المقام بخلاف مسئلة تعارض الخبرین فی الاحکام او الیه المشار فی حجیة البینة الظن بمطابقتها الواقع ولذا
لا تسقط مع انتفائه کما لو کان الخصم سلمان فارسی ولا ترجیح بعدالة المدعی ولا بشهادة الفساق اجماعا
وانما حجیتها من باب التعبد صرفا لا من حیث الطریقیة والکشف عن الواقع به ظنا لا تعبدا محضا ولذا
کان المعروف بینهم سقوط الخبرین باعراض الاصحاب وان حجیة المستند عند الفرق بین النصوص وغیره بل ربما قد یعین
المنصوص اذا کان اعراض الکل او بعضهم بالظن بطلانه فی حجیة الخبرین والبینة انما علمنا بالنص
او بالعقل انا العلة التامة لنصبه حجة الامر بالعمل به هو الظن فعلا بالمطابقة للواقع وکشفه عنها کان الادلة
الدالة بحجیة کل ظن فعلی بحکم الله الواقعی قد اما استثنی کالقیاس وان لم نقف لیل الا استثناء فقد یتخصص العلة او
معلومها بل یشکل الاستثناء بعد تسلیم قضائه الظن واستکشاف الواقع به کذلک فهو الدلالة علی عدم تمامیة
العلة المزبورة فی المستثنی منه والا لامتنع تخلف المعلول عنها وانا نرید ان المعلوم المتعبد شرعا انما هو
مظنون المطابقة فعلا فغیر علم بالعلة فی نصبه الامر بالعمل لا ینقض لا غیر بخلاف البینة فانها منصوص علیها
اشکال ذلک بان لازم سقوط الخبرین المتعارضین المتساویین من جمیع الوجوه عن الحجیة اصلا لا
لامتناع حصول الظن باحدهما فعلا ولزوم الرجوع الی الاصل وان خالفهما معا بل لانه مقتضی
الخبر الجامع للشرائط عن الحجیة مع انتفاء المعارض لارتفاع الظن به فعلا بسبب التساقط وانا نرید
ان المنصوص من الخبر انما اقتضی حصول الظن بالمطابقة فعلا من حیث الشرائط لولا المانع وان العلة
فی نصبه والامر بالعمل به وان لم یحصل الظن به فعلا غیر معلومة بنحو لا غیره وانما نظن او نعلم ان
الحکمة فی ذلک التی لا یجب اطرادها غلبة مطابقة للواقع فهذا کله یمکن نهزه فی وجه حجیة
البینة من غیر تفاوت واصلا حینئذ فالازم ان لا یفرق بینهما الا بما ذکرنا والخاصل

والحاصل لا يلزم من ثبات اصل الحجية في المقام بين الحكم باعتبار الترجيح في الترجيح شرعا ولا عدم بل لا بد فيهما من النظر الى ما يقتضيه الدليل في ذلك فلم نوافقه بان ضرب العمل بالخبر ليس من نصب المشارع وجعله مجردا عن حيث تصحيح دليل الانسداد ودعوى كون الظن الخبري او مطلق الظن واجب الاتباع فلا نسلم انحصار الحجة في الراجح من الخبرين باي وجه من وجوه الترجيح وسقوطهما معا عن الحجية مع التساوي بل يكون التعارض حينئذ من باب تعارض الحجة وغير الحجة دائما فان دليل المرجح حينئذ لا يقبل التخصيص بخلاف ما لو قلنا بكونه منصوبا مجعولا من قبل الشارع كما هو ظاهر دليل حجية الخبر فانه يقبل التخصيص فانه يصير مجعولا لجميع المرجحات فيكون المتعارضان وان تفاوتا وصفا منهما في حكم المتساويين وقد يقتضي الراجح باي وجه من وجوه الترجيح كما هو الصحيح في الخبرين المتعارضين وقد يجعل الحجة من ذلك ما رجح بوجه دون آخر وعلى نحو خاص دون غيره فيكون الالزام مع الشك في اعتبار المزية هنا الرجوع الى الصلح في القضية الا ان يقال ان ادلة تحجير البينة مسوقة لافادة اطلاق تحجيرها بحيث تشمل صورة التعارض مع التساوي وعدم فيكون ذلك دليلا على ان الاصل فيها عدم اعتبار المرجحات شرعا الا ان يقوم على خلاف مفرد دليل بخلاف الخبر فان العمدة في دليل حجيته الاجماع وهو امر لبي لا اطلاق له يجب الاقتصار فيه على محل قيامه فيكون هذا في الحقيقة هو الفارق بينهما وهو مبين لما مر اذا عرفت هذا فلنا فالازم امعان النظر فيما يفهم من المنصوص في تعارض البينات وهي بينة الاولى صحيحة ابي بصير قال سئلت ابا عبد الله عن الرجل يأتي القوم فيدعي دارا في ايديهم ويقيم البينة ويقيم الذي في يده الدار البينة انه ورثها من ابيه ولا يدري كيف كان امرها قال اكثرهم بينة يحلف ويذهب بها قلت فان كانوا جميعا اقاموا بينة قال فقال هذا امر قد اشكل عليّ اقاموا جميعا بينة لهؤلاء انهم ابتاعوها من ابيهم ولهؤلاء انهم ورثوها من ابيهم ولم يبيعوا ولم يهبوا وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك فقضى بها للاكثرهم بينة واستحلفهم قال فاستشكل وقلت ارايت ان كان الذي ادعى الدار قال ان ابا هذا الذي هو في يديها اخذها بغير حق ولم يقم الذي هو في يديها بينة الا انه ورثها من ابيه قال ان كان الامر هكذا فهو للذي ادعاها واقام البينة عليها الثانية فوثبة اسحق بن عمار عن ابي عبد الله ان رجلين اختصما الى علي ع في دابة في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما علي ع فحلف احدهما وابى الآخر فقضى بها للحالف فلما ولم يكن في يد واحد منهما واقاما البينة قال احلفهما فابيا حلف هذا نكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين بينهما مثل فان نكلا كانت في يد واحد منهما واقاما جميعا البينة قال اقضي بها للحالف الذي في يده الثالثة فوثبة ابو بصير عن ابي عبد الله ان امير المؤمنين اختصم اليه رجلان في دابة وكلاهما اقاما البينة انها نتجها فقضى بها للذي هي في يده وقال لو لم تكن في يد احدهما جعلتها بينهما نصفين الرابعة عبد الرحمن عن ابي عبد الله قال كان علي ع اذا اتاه رجلان يشهود عدلهم سواء وعددهم واحد اقرع بينهم على ايمانهم يصير اليمين وكان يقول اللهم رب السموات السبع ورب الارضين السبع ايهما كان المحق له فاعطاه اللهم فاجعل الحق الذي يصير عليه اليمين اذا حلف وهذه الروايات وان كانت

ضعيفة في الجملة بعلي بن محمد في طريق الكليني الا انها صحيحة في طريق الصدوق وكذا رواية داود بن سرحان عن
ابي عبد الله في شاهدين شهدا في امر واحد وجاء اخران فشهدا على غير الذي شهد عليه واختلفوا فان قرع
بينهم فاجم قرع عليه اليمين هو اولى بالقضاء الخامسة في بعد الله بن سنان لصفوان قال سمعت اباعبد الله ع
يقول ان رجلين اختصما اليه الى علي ع فرعم كل واحد منهما انها ينحت عنده على مدة وقام كل واحد منهما
البينة سواء في العدد فقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد بعلامة ثم قال رب السموات السبع ورب
الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ايهما صاحب الدابة وهو اولى بها فسلم
ان قرع وخرج اسم احدهما فقضى له بها وكان ابيض اذا اختصم اليه الخصمان في دابة فزعم احدهما انه اشتراها
وزعم الاخر انه نتجها فكانا اذا اقاما البينة جميعا قضى للذي ينحت عنده الساد سنة رواية داود بن ابي يزيد عن
بعض رجاله عن ابي عبد الله في رجل كانت له امرأة فجاء رجل يشهد ان هذه ابنة امرأة فلان وجاء اخران
فشهدا فاعدل الشهود وعدلوا فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو الحق وهو اولى بها اقول دلت هذه النصوص
على اعتبار مرجحات سنة العدد واليمين واليد والقرعة والقرعة وسبق اليد وتفصيل ذلك ان الاول
والخامسة دلت على اعتبار العدد الا ان الاولى ظاهرة في ان العدد مرجح في جميع الصور نظرا الى استشهاده بقضاء
علي ع في قضية اهل نهاوند كما ذكره السائل في سؤاله من كون اليد لاحدهما مع اسنادها خاصة على ذكر
السبب اعني الانتاج وان كان مرجعه الى دعوى الشاهدين اليد في اول وجودها بعدم انفكاكهما يدل على
ان المراد ان الاكثر هو حصلت دعوى وبينة ما قبل ان خصوص المورد لا يخصص الوارد وبدلا طلاق الترجيح
بها على تقديمها على الاعدلية لو كانت في الاول وهي نص على سقوط الترجيح باليد معها بناء على الترجيح
بها لغرض السائل ان الدار في يد احدهما لكن يدل قوله يحلف ويدفع اليه على انه يشترط في الترجيح بها اليمين
وانزلوا نكل سقط وجب الاخرى فان الظاهر ان هذه اليمين ليست هي اليمين على المنكر الثابتة بقوله ع اليمين
على المنكر حيث انه منكر ايضا الا ترى يحلف لان بينة المدعي اثبت الحق له وانما المنكر هو المحتاج الى اليمين لدفع
طرد خصمه الذي لا بينة له عنه عليها الا ترى لو نكل لم تسلط عليه بخلاف المقام لان البينة حجة تامة غير مشروطة باليمين
في ثبوت الحق بنظر الخصم بها وانكان مدعيا ولذا لو كانت البينة لاحدهما خاصة لم يحتج معها الى اليمين
على الاقوى فان النكول المسلط للخصم انما هو المجرد عن حجة الذي هو نكول المنكر صرفا دون من كان مدعيا
في وجه ما فيكون اليمين فيها انما ثبت بنصوص الباب لا بالنص العام فلو نكل ذو الاكثر دفعة الى الاخر من غير يمين
ثم هذه اليمين محتملة صورتين الحلف على انها له والحلف على انها ليست لخصمه ويحتمل الاكتفاء بكل منهما والاول
احوط ودليلها اليمين في باقي مسائل التعارض ودلت الثابتة على الترجيح باليد وانكانت مخصوصة بالاولى
بعدوة القناوي في العدد ثم بدلا طلاقها على الترجيح بها وان اختلف البينتان بالعدد المزبور ودلت ايضا على
الترجيح باليد مشروطا بما اذا حلفا معا كما يفهم من قوله فقضى بها للحالف الذي في يده فكانه اراد اذا استووا في الحلف

بجنبها بالبدفان لم يحلف ذو البد سقطت البينة واليد ويكون الترجيح لبينة الخارج اذا حلف وبهذا سبب اختصاصه باليمين لا لكونه خارجا ودلت ايضا على انهما لو اشتركا في البد استفل اليمين ح في الترجيح وبدل اطلاقها هنا على انه لا فرق في ذلك بين اختلافهما في العدد او عدمه ودلت ايضا على انتفاء الترجيح باليمين فيما اذا حلفا معا وانه يعمل بهما على التساقط وينبغي ذلك مع نكولهما ايضا سواء كانت العين في يدهما او ليست في يد احدهما ح عملا باطلاق ما دل على عجز البينة وبما استنبطناه من ذيلها واما الثالثة فلم تكن كالثانية على الترجيح باليد لكونها حكاية عن تضمن واقعة فيجب تقييدها بما مر من احد اختلافهما وعدم اختصاص الخارج باليمين وكذا بقيد التساقط فيها مع انتفاء البد بما لو حلفا معا او نكلا لما مر ودلت الرابعة على اعتبار الترجيح بالعدد لكن يجب تقييدها بما مر من اشتراط اليمين هذا واعلم ان اشتراط العدد باليمين يحمل امرين الاول انه لو لم يحلف ذو الاكثر سقط الترجيح بالعدد سواء نكلا معا او حلف ذو الاقل فيرجح باليد مع وجودها او بغيرها والثاني للتصحيف الثاني فان الشرط عدم اختصاص ذو الاقل باليمين فلو حلفا معا او حلف ذو الاكثر خاصة فله العدد ولو حلف ذو الاقل خاصة قدمت بينته بسبب اليمين وان كانت البد مع الاخر كما مر في معنى اشتراط الترجيح باليد باليمين وهذا ظهر مما يفهم من الرواية الثانية من ان اليمين سبب مستقل في الترجيح لا انه شرط محض في الترجيح بغيره وهل تدل على اعتبار الترجيح بالاعدلية مع التساوي في العدد وجهان اظهرهما نعم ويحمل العدم لاحتمال ارادة انهم سواء في كونهم عدولا او الاول فليس في النص دلالة على اطلاق اعتبارها بحيث يعارض اطلاق ما دل على اعتبار العدد او البد فينبغي ان يكون الترجيح بها متاخرا عن الترجيح بهما كما لو اشتركا في البد او انتفت واستوى العدد وهل يعتبر في الترجيح بها اليمين وجهان اظهرهما هنا نعم بخلاف الاولى مع البد والعدد لما مر من ان اليمين مرجح مستقل وان من اختص ببينة قدمت بينته على بينة خصمه وان كان ذا بد او عدد على ما استظهرناه من النص ودلت ايضا على مشروعية استعمال القرعة مع التساوي في العدد والعدالة لكن ظاهرها ان القرعة المزبورة ليست للترجيح وانما هي دعاء بعضهم للبطل منها على اليمين ونوقض المحق لها ولهذا اعتبر اليمين التي يكون مرجحا لمن اختص بعدها وح فلو حلفا معا او نكلا لم يستكشف بالقرعة ولزم التصحيف حيث لا بد لاحدهما خاصة عليها لما مر من كونها سببا في الترجيح ومع وجود السبب الشرعي للتعيين يرتفع الاشكال المحوج الى القرعة فتكون القرعة المذكورة هنا قرعة استحبابية محضة غير كاشفة بل اشترط في مشروعية القرعة الكاشفة زيادة على انتفاء ما عداها من المرجحات الشرعية عدم قابلية المتنازع فيه للشركة لانتفاء النص والفتوى على التصحيف فيما يقبلها وبه يرتفع ايضا الاشكال المحوج للاستكشاف بالقرعة فيختص استهما القرعة الكاشفة فيما لو تنازعا في زوجية امرأة او نسب وهو الذي دلت عليه الرواية الاخيرة ويشهد له تجردها عن الامر باليمين بعدها فان القرعة الكاشفة في جميع موارد ها سبب تام في التعيين غير مشروط بشيء في شيء من ابواب الفقه بل المناسب لما ذكرناه من ان القرعة اخر المرجحات انه لو عارض البينتان في الزوجية

ان یستحلفها اولا فان حلفا معا او نکلا ولم ترجح احد البینتین بعدد او عدالة اقرع من غیر یمین بعدها او حلف احدهما خاصة حکم له وکذا لو رجحت احداهما بعدد او عدالة وقد ظهر من جمیع ما ذکرنا ان المرجحات المشترکة فی جمیع الدعاوی ثلثة الیمین والعدد والعدالة وان الدعوی المالیة تختص بالترجیح بالید وغیرها بالقرعة وانها مع تعذر الیمین فالعدد فالعدالة فالقرعة وظهر ایضا ان ما ذکره المصنف وغیره من تقدیم العدالة علی العدد لا اثر له فی النصوص وان تقدم فی الذکر فی بعضها وکذا ما ذکره بعضهم من ما ثر اشتمال البینة علی ذکر التاریخ والتاریخ عنده فی الترجیح اذا انفردت بینة ذی الید کما فعله المصنف او اختصاص الترجیح بالید بما اذا اشتملت البینتان علیه کما ربما یوهمه خبر اسحق اولا الا ان الندب قرینها یعطی خلاف ذلک کله فان اشتمالها علی ذلک انما هو شهادة علی سبب شهادتها بالملک من الید والتصرف علی السبب المحدث للملک المشهود له کالحیازة والالتقاط والغنیمة والشراء والاصداق والارث ونحوها فاقربها هو الذی یمکن ان یرجح به وتفصیل ذلک ان یقال لا ریب ان الملکیة شرعا مبینة علی الدوام فاذا ثبت لشخص فی زمان احتاج مدعی زوالها عنه الی اثبات سواء کان معترفا له بذلک فی ذلک الزمان ام لا فتقول اذا تداعیا فی الحال فلا یخلو اما ان یتعرض احدهما الدعوی بملکهما فیما قبل ام لا وعلی الاول فاما ان یعترف لخصمه بسبق ملکه ویدعی انتقالها عنه بسبب خاص من شراء او اصداق او غیرهما ویدعی انتقالها الیه من غیره او لا یعترف له بذلک اما الاول فلا ریب انهما الیوم مدعیان یحتاج کل منهما الی بینة واما المحتاج الی البینة منهما من ادعی انتقالها من صاحبه الیه لان الاخر وان کان مدعیا لها الا انه باعترافه لصاحبه لیست الملک استغنی عن البینة لابتناء الملک علی الدوام شرعا فهما هنا بمنزلة مدع ومنکر وان کان مدعیین لها فی الحال ومثله ما لو ادعی المعترف انتقالها الیه من غیره بل هذا الا تسمع بینته علی شرائه من الغیر اذ لیس هو بخصم له وانما خصمه الغیر الذی باعه وتسلم العین منه واما الثانی فلا ریب فی ان کلا منهما مدع للعین فی الحال الا انهما الیوم کالمتداعیین المتکاذبین الذین لا یختص احدهما بدعوی سبق الملک اذ کل منهما مدع انه هو الصادق فی دعوی ملکیة العین وان صاحبه کاذب هاد علیه ظالم له بخلاف هذین فان من لا یدعی السبق اذا ادعی انه اشتریها من زید او تلقیها من ابیه فغایة دعواه ان تلقیها من زید ظاهرها الملکیة فلا یکون جارفا بطلان دعوی مدعی السبق ومدعی السبق یصدق علی انه ملکها من ید ظاهرها الملک الا ان یدعی انها کانت فی الباطن عاریة فاذا ثبت بالبینة انه مالک لها سابقا ظاهرا کما لو اثبت کونه زید سابقا او انه حازها او اشتراها کان مدعی الملکیة فی الحال محتاجا الی اثبات زواله ما قد ثبت وجوده سابقا من ملکیة خصمه لها المبینة علی الدوام وانتقالها عنه بسبب من الاسباب ولا یکفی الید لا محتملا طریق دفع خصومة المنکر لحدوث ما لم یکن بالبینة علی حدوثه لقوله انما اقضی بینکم بالبینات والایمان وح فلا تنفع بینة علی انه ذو ید فی الحال ولا علی شرائه من غیره وان کانت ارجح عددا

اوعدالة

او عدالة بل لا تتسع لانتفاء التزاحم بينهما في الحقيقة فان البينتين المتعارضتين الملتين بلزم بينهما
المرجحات ما يمتنع معه العمل بهما معا كما لو ادعى كل منهما انتاج الذي حازها او اشتراها من يده مثلا فظهر ان
مدعي السبق هو الذي ينبغي تقديمه لكونه بعد ثبوت ما لكيته سابقا منكرا محضا لزوالها الا للترجيح فالبينة
تعبدا كما في باقي المرجحات وان النص الوارد بتقديم المدعي وهو ابن عبد الله بن سنان السابق ناظر الى
الغالب عدم ترجيح فلو ادعى كل منهما انتاج حازها واقام احدهما البينة انتاج حازها منذ سنة والاخر انتاج حازها
منذ شهر فلا ترجيح بالسبق بل ينظر الى ما عداه وقد ظهر بما ذكر بطلان ما حكي عن بعضهم من الحكم
بالتساوي لكون البينتين متعارضتين بالنظر الى محل النزاع اعني ملكية العين ضلالا وان زيادة دعوى احدهما
فقد الملك لا تدعى فيه فيسقط وان شهدت بزيادتها البينة كما لو تداعيا عينا فشهدت البينة لاحدهما
بها وبعين اخرى فانها زيادة لا اثر لها في الترجيح وهو كما ترى بل الوجه ان يقال لو لم يدع سبق
بينة على ما لكيته وانما ادعى الجزم بسببها وكانت بينته ايضا كذلك كفى ذلك في امره خصمه حتى يقيم البينة على
حدوث السبب الناقل كما لو ادعى عليه دينا واقام بينة او اعترف له بمر وادعى الوفاء وقال المدعي كما
اوصى فان ذلك كاف يمتنع من الزامه بالدفع حتى يقيم البينة على الوفاء فلا واحدا والفرق بحكم تقدم الظاهر انما
يشترط في انتفاء عن الموجب للرجوع الى المرجحات السابقة زائدا منها في التاريخ دعوى وكابينة بل يكفي فيه
الملاقاة لها الاطلاق النصوص السابقة بل يكفي اطلاق احدى البينتين مع تاريخ احدهما كما لو شهدت بانها
له منذ سنة واطلقت الاخرى كما هنا فتراجحان بالنظر الى زمن الحال فتشملهما النصوص السابقة وانما يرفع
التزاحم مع دعوى السبق حيث يثبت مدعيه ما بينته على صاحبه بحيث يدعي صاحبه ملكيته ما اخره عن
ذلك الزمان الذي اثبت مدعي السبق ملكيته وح فليس المثال المزبور من دعوى السبق والتاخر الذي
يرفع التزاحم والنص المزبور لا يدل عليه اذ ليس مناطه تضمن احد البينتين التاريخ دون الاخرى كما هو ظاهر
فلعل التزاحم بين القولين اعني القول بالتساوي والقوة بتقديم مدعي السبق يكون لقضية الاحتمال ان يكون
نظر الاول الى المثال المزبور والثاني الى ما اشرنا اليه ولا يخفى بعده هذا وقد ظهر مما عرفت من انتفاء التزاحم
مع دعوى السبق ووجه تحكيم مدعيه انه لا يشترط في قبول بينته التصريح بالبقاء الى الآن ولا ان يضم الى استصحاب
الملك في الزمن الذي لا اعلم الانتقال عنه بل لا يضر ان يقول لا ادري بزوال الملك كما هو ظاهر الصحاح خلافا لشيخنا
في ذلك فاعتبر ضم نفي العلم بالانتقال قال لان الشاهد قد يشهد بحدوث الملك وزواله قلت فاذا لم يشهد
بالزوال فالاصل البقاء ولا يضرنا احتمال ان يكون في نفسه مطلعا عليه اذا لم يشهد به نعم يلزم التعرض لذلك
اذا كان مطلعا عليه لئلا يعمل بشهادته بسبب الاصل واغرب منه ما عن بعضهم من اعتبار ما ذكر مع دعوى
انها لا تقبل مع قوله لا ادري مع انها مترادفان واما اعتبار الشهادة بالاستمرار قطعا اعتمادا على الاصل
كما عن بعضهم فلا وجه له قطعا وان رجحه شيخنا لامتناع حصول القطع منه ولفتح الاغراء بالجهل فان

الشهادة انما تنفع على الامارات المطلع عليها قطعا كاليد والنقش والجارية والشراء وليس الاصل منها مع ان مرجع الشهادة بالاستمرار الى الشهادة على النفوذ وهو لا تقبل الا مع الاحتضار هذا وقد ذكر القدورى وغيره ان الشهادة بالملك اولى من الشهادة باليد وعلل باحتمال اليد للملك وغيره كالعارية والغصب وغيرهما واقره عليها على الملك حيث لا مزاحم للزوم تقديم النص على الظاهر قال شيخنا ولذا تقدم الشهادة بالملك على اليد المحفة قلت لا ريب ان الملك امر واقعى فى نفس الامر مما لا يمكن الاطلاع عليه غالبا لغير علام الغيوب وانما يمكن الاطلاع على الامارات الفاضية به شرعا لكن قد يشهد الشاهد بنفس الامارات وقد يشهد بذيها مثلا الشاهد بالنسب قد يقول هو ابن فلان دون ان يقول ولد على فراشه ونحو فاذا اطلق الشاهد شهادته بالملك فلا ريب انه يدعى الاطلاع على سبب قاض بالحكم بالملك شرعا يصح له من اجله الشهادة به وباثره الشرعى اعنى الملك فحيث اهمل وجه الشهادة فيحتمل انه اطلع على بدله كما سنقرره شرعا على الملك او سبب لحدث الملك يوجب الحكم بحدوثه من حيث حمله على الصحة كما لو اطلع على شرائه من ذى يد غير الخصم وقبضه منه او حيازته ويحتمل انه اطلع على شرائه من الخصم نفسه فلو فصل وجه الشهادة وفسرها بالوجه الاول نفعا منه انه اثبت له بدا صحيحة تنتج الملك له بيعها منفرجة عن يد مثلها فينفع المتعارض بينه وبين بينة صاحبه من غير ترجيح الا بامر خارج مع انتفاء المرجح ينبغى التنصيف بناء على ما عرف فان تعصب احدى البينتين على الشهادة بالملك ليس من المرجحات المنصوصة وقاعدة لزوم تقديم النص على الظاهر لو سلمت هنا فانما محلها الكلام ان الواردان من متكلم او فى حكم من لا يمكن فيه الاختلاف وح فلو فرضنا ان البينة نصت على ارادة الملكية الفعلى الامر به احتمالها اطلاعها على ذلك وظنناه فلا يلزم هنا هذا اعتبار بينة اليد اصلا بما ذكر بعد فرض لزوم حمل اليد المشهود بها على الملكية واما ما ذكره شيخنا فبيان ذلك انما هو لان اليد بمجردها لم تجعل مزاحما فى باب القضاء والامارات على ثبوت الملكية قبل زمان وجدانها على العين فالشاهد لغير ذى اليد قد يشهد او جود سبب الملكية او امارتها فى زمان لا تشهد اليد المحفة بنفيه ولا بثبوته ولذا نقول انما سمعت البينة من ذى اليد باعتبار ما قبل زمان وجدانها ولهذا تقدم البينة على اليد المحفة فعلا وان لم تشهد بالملك نفسه وانما شهدت باليد قبل زمان اليد الفعلية للزوم استصحاب اثرها اعنى الملكية وايضا لم يثبت كون اليد الفعلية امارة شرعية على الملك حيث تسبق بمثلها وبزاحم الغير فى دعواه وان لم يثبت السبق الا بالبينة بل هذه اليد الحادثة بالبينة على السابقة لازم حصر ميزان القضاء وقطع الخصومات بالايمان والبينات ولو فسرها بالوجه الثانى اعنى انه اشتراها مثلا من خصمه الذى يده عليها فلا يبعد تقديم البينة بذلك اذ لا معارض لها حينئذ على صاحبها وعدم منافاتها لها وليس ذلك لحدث الخصومة والظهور اصلا كما لا يخفى وح فالازم مع اجمال وجه الشهادة واختلاف حكم الاستفسار عنه ليثبت عليه ما يقتضيه البيان من الورود او التعارض فلا ينفع اطلاق الحكم بالتقديم مطلقا ولو قبل ان المراد مما ذكر خصوص ما شهدت

والجعل انما يحسن ويعقل في محل الحاجة لا مطلقا فخصت بحثه بما يخالف الاصل الثابت فان النقض انما افاد جواز ابقاء الحكم الثابت المتحد اما لو تعدد الثابت واشتبه سبق احدهما على الاخر كما هنا فلا يجوز الحكم بتاخر احدهما بعينه عن الاخر وانتزاعه لبقائه في انتفائه فانتفى بعلم هنا امر عند تمام وضوء طاهرا فتيقن وضوءه وشك في سبق ما قبله وانتقاضه عند حدثه المعلوم له محدث وانتقاض طهارته له بعلم انها هي الطهارة السابقة المعلوم له قبلهما او غيرها متقدمة عليه فلك الحدث او متاخرة عنه وذلك لان الطهارة السابقة غير معلومة الانتفاء الموجب للاشتغال وارتفاع الشك وح فالحكم بانه الان محدث بالاستصحاب بحيث يلزم منه ان يكون ذلك الحدث هو كالناقض للطهارة المعلوم له قبلهما مع عدم العلم بالانتقاض وان الوضوء المعلوم له رفع حدثا له متقدما على الحدث لا انتزعه مطهرا بالاستصحاب بحيث يلزم منه تقدم الحدث عليه بحكم ولو قلت انا لا احكم بشئ من اللوازم فالحكم بحاله وانما احكم بعلم الحدث قبلهما فالمشهور لزوم الوضوء قبلهما لاصالة الاشتغال والفرد المحقق في المعتبر بل ربما ينعقد بعضهم فذهب الى استغنائه هنا عن الوضوء لاستصحاب الطهارة التي اشتغل بها ويشكل بما ذكرناه ثانيا في رد الاحتجاج بالاستصحاب في صورة العلم بسبق الطهارة وبان لازم استصحاب الطهارة هنا حيث يعلم وصف الثابت للحدث دون الطهارة زيادة على الحكم بتقدم الحدث المعلوم الحكم بتقدم طهارة اخرى ينقضها ذلك الحدث المعلوم الناقضية وما ذكر يعلم حكم ما لو كان بعلم وصف الرفع للطهارة ويجهل وصف النقض في الحدث وانه يلزم الوضوء اجماعا في الموضعين السابقين لعين ما مر وكذا ان يجهل بمتعلق استصحاب الطهارة مع سبق العلم بالحدث قبلهما وفي ذلك كله وجوابه في الكل واحد فتدبر جيدا وفصل العلامة الطباطبائي في هذا المقام تفصيلا اخر فوافق المشهور في وجوب الوضوء في جميع الصور الا اذا علم تاريخ حدث الحدث خاصة فحكم له بالطهارة نظرا الى امكان استصحاب تاخرها عن الحدث بخلاف الحدث فانه لا يمكن استصحاب تاخره للعلم بتاريخ وقت حدوثه ولهذا قال ره فان لم يكن بعلم كلا منهما مشبها عليه ما تقدم فهو على الاظهر مثل محدث الا اذا علم وقت الحدث وقال في مسئلة دوران احتمال تاخر جفاف السابق من بعضا الوضوء من غسل اللاحق منها والشك في جفاف مجموع البدن بلغني اذا ما لوقت في الفعل بدا والحق ان كلا التفصيلين مبنيان على القول بالاثبات بالاصل المثبت والثابت خلافه وانما يحكم لاحدهما عليه وقد اوضحنا الجواب عن ذلك كله في رسالتنا كشف الحجاب في مسئلة الاستصحاب فان قلت لا يلزم على راى المحقق حكم وكالاثبات بالاصل في بعض الصور كما لو علم ان الطهارة رافعة وجهل حال الحدث فانا اذا قلنا ان الحدث على الحدث في حكم العدم وانتفى الناقض بهذا الامر فهذا الحدث الذي علم بين ان يكون ناقضا لتلك الطهارة التي علمها رافعة لم يكن استصحابها هنا كاستصحابها حيث يحتمل عروض حدث عليها او عدمه قلت لو تم هذا لتم وان لم يعلم ان الحالة السابقة عليهما هي الحدث وهو لا يقول به فان المانع منه هناك مانع منه هنا ووجه ان العلم بسبق الحدث عليهما اذا لم يكن على وجه الاتصال الموجب للاتحاد

ثم يؤثر في صحة استصحاب الطهارة شبهة ان الحدث المجهول التاثير يحدد الامر بين ان يكون هو الناقض لتلك الطهارة على تقدير تاثره عنها او مقارنا لتقدير عدم تاثيره ان يكون هو المرفوع بتلك الطهارة وحدها انكان ناقضا او مع غيره ان لم يكن فالدوران في المحدث بين حالتي الطهارة والحدث وان المتقدم ايتهما هو فيكون ذو حوي احدهما بعينه محكوما لاذليل عليه سواء علم انه محدث فعلما الاعلى وجه الاتصال ام لا واما المثال المقيس عليه فلا دوران فيه بين المتقدم والمتاخر واما الدوران فيه نعم ان اراد المحقق مما اطلق خصوص ما لو علم فعلما بالحدث المتصل بالطهارة الرافعة والمردده بينها وبين طهارة بحدد بعد بحيث يحتمل ان الحدث الاخر رفع عقيبها ناقضا لها او غير ناقض بان يكون مسبوقا بمثله او انه رفع قبلها على الحدث المتصل فهو في غاية المتانة بناء على ان الحدث لا يؤثر حدثا وان الوضوء المتعقب للحدثين انما يرفع اثر الحدث الاول وان الثاني لا اثر له اصلا للاصل الاستصحاب ح عن تعين الانتقاض بها فهو كما لو علم المتطهر بانه قد رفع بحدامرين الحدث والنجاسة اما قبل الطهارة او بعدها فان استصحاب الطهارة هنا لا اعتبار عليه اما لو قلنا بان الحدث على الحدث يؤثر حدثا وان الوضوء يرفعهما معا كما هو فلا مجال لصحة استصحاب الطهارة ضرورة ان الحدث الثاني لا يعلم ارتفاعه الا بعد اثبات نقله على الطهارة وتعقبه للحدث الاول المتصل بالطهارة او رفعهما معا بها ولا طريق الى شيء من هذا

كتاب المسافر

هو ارادة المحقق ان اطلق عبارته فقد ترجم كتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين وبعد فهذه رسالة وجيزة قد وضعتها في بيان حكم المسافر اذا خرج عن محل الاقامة وسميتها بكشف الاستار عن حكم الخارج عن دار الاقامة والله سبحانه استمد التوفيق لخير وفيق وان يجعل ذلك خالصا لوجهه الكريم انه رؤف رحيم فنقول من جملة ما قرره الفقهاء رضي الله عنهم اجمعين عليه نقلا وفتوى من انه لو نوى المسافر الاقامة عشرة ايام وجب عليه التمام انه لو خرج بعد تمام الاربعة او في اثنائها بعد الصلوة ثم اقام في المنازل ناويا للعود الى محل اقامته من غير ان ينوي اقامة يعتبر ولا ان يقصد الخروج الى بعض المواضع او الى الناحية المعينة كان المجموع ثمانية فراسخ بان كان كل من الذهاب والاياب اربعة ولم يره الخروج اليوم والليلة بل وان كان الاكل منهما واحدا او يقصر في الاياب ناويا في المقصد الاقامة بحيث يعلم كما احتمل وجه ان ينوي او لم ينو في الجميع خروجه من بلد الاقامة بعد عوده قاصدا مسافة فصاعدا فقد وجوه بل قولا اشهرها الاول كما حكاه جدي قدس سره في المجمع عن المسبدة في المصابيح وانما لو كان كل من الذهاب والاياب اربعة واكتفينا بذلك في المسافة الموجبة للقصر ولو بملاحظة ما ورد من شرطنا في ذلك قصد الرجوع ليومه ورجع ام لا كما هو الحق فلا ريب في وجوب القصر هنا عليه ولو تخيرا وجوبا احد امرين ان عزم منهما للمسافر تخير كما مر وانما ما ورد منها واما ما في ورود التلفيق في داخلة في المقام حتى يورد بمنع ثلاث مرات ورجع في سبعة ونحوها لو اعتبرنا الاصدار في المسافة

دون الاعم منه ومن التلفيق وفسرناه بان يكون غرض الداعي له على الضرب على ان اقامته وان كان سيرة
مطلوبا هكذا او منعا طفا هكذا اسهما اذا اقتضاه الطريق وانحصر به واولى منه ما لو كان سيره مستديما
هكذا فانه يتعين هنا القصر لكونها مسافة استدبر واما لو كان من بينه في الفرض المزبور اقامة عشرة مثلا
بعد عوده فقد حكى الاتفاق هنا على لزوم الاتمام ذاهبا وعائدا وفي المقصد واولى منه ما لو كان من
بينه ان يقيم في مقصده الذي هو دون المسافة عشرة اخرى مضافا الى بينة اقامة العشرة في المحل الذي كان
اقام فيه اولا وفيه ان المناط الذي لاجله قيل بوجوب القصر مطرد في المسئلة الاولى موجود بعينه هنا كما
ومن هنا خالف بعض المتاخرين فلم يفرق بين المسئلتين واما الاجماع المدعى فيكفي في رده عدم العلم بحصوله
ومنع نقل منقوله هذا ومرجع الخلاف في المقام الى انه هل يحتاج المقيم في القصر في غير محل الاقامة الى
قصد مسافة تلزم الاتمام على الاول يتم وعلى الثاني يقصر ومن هنا يظهر ان محل المسئلة بمن خرج الى
ما دون المسافة ذاهبا للعود اليه غير لائق بل الاولى في تحريرها ان يقال من خرج من محل الاقامة غير ناو لمسافة
جديدة حتى يشمل من خرج في طلب ضالة او آبق فيدخل فيه من خرج الى ما دون المسافة بل اولى من ذلك بمخرج
المقام على وجه عام بان يقال من قطع المسافة الموجبة شرعا لوجوب القصر هنا ثم عرض له ما يوجب الاتمام
من نية الاقامة سواء صلى بتمام ام لا اتم العشرة ام لا او تردد الى ثلاثين او قصد الى معصيته بل او مقربا احد الوجوه
الاربعة بناء على مذهب المرتضى ره من وجوب الاتمام بها ثم ارتفع عنوان ما يوجب الاتمام فمن بينه
وجوب الاتمام حتى يقصد مسافة مستانفة جامعة لشرايط المقررة جميعا وان عرض وجوب الاتمام نزله
منزلة الواصل الى وطنه في الحاجة الى ذلك او يرجع الى التقصير كما سبق فقد المسافر على الوجه المعتبر عند
مؤلفه وقد ذلك حتى قطعها وانه لا يشترط في وجوب القصر العزم على قطع ما بينه لاحقه قبل فصل الصلوة
المقصورة اجماعا والا لانتهى التقصير متى بقي من المسافة بعضها او بفصل بين اسباب وجوب التمام وجوه
عندهم مما ذكرنا من التحرير ان اوضح فروض محل النزاع في الحقيقة ما لو كان الباقي بعد عروض ما يوجب
الاتمام دون المسافة كما لو سافر النجفي الى كربلاء ورجع حتى بلغ الكوفة فوق الاقامة منها مثلا ثم خرج راجعا الى
النجف فان اعتبار العود الى محل الاقامة انما هو لغرض التشبث بقصد الوصول الى ما بحكم الوطن فاذا ثبت
وجوب القصر هنا كان ثبوته في المسئلة المفروضة عندهم وفي المسئلة الثانية التي الحقها بها بعضهم اغلبيا
لو خرج ناويا ان يقيم عشرة ثابتة في المحل الذي اقام فيه اولا اولى واوضح اذا تقرر هذا فلنا حجة القول بوجوب
القصر محتاج الى تمهيد امور **الاول** انهم اجمعوا على ان المسافر لا يخرج عن اسم المسافر بالاقامة عشرة او
اكثر سواء صلى او لم يصل ما لم يتخذ المكان وطنا ولا بالمرور ثلاثين يوما ولا اكثر ولا بالمسير في معصيته
بلا توبة او اتخاذ السفر صنعة كالمكاري والملاح وان كثر ذلك الى اقام عشرة ايام في غير وطنه وجب عليه القصر
لو خرج الى ما دون المسافة بل وان لم يخرج بناء على وجوب القصر في المقام وجه ليس بذلك البعيد من الصواب

تامل الثاني انهم اجمعوا على ان المحل الذي كان نوى الاقامة فيه عشرا وان اتمها وصلى تماما او زاد فيه ثلاثين يوما لبس من حكمه وجوب الاتمام على من مر به مسافرا غير ناو للاقامة عشرة فانه وان كان لو طن الحنفي في ذلك المكان لو طن الشرعي اعني الذي له فيه ملك قد اسكن فيه سنة اشهر وانكان قد اعرض عن الوطن فيه بنا على القول بردته بهذا يظهر ان القول بان الخارج الى ما دون المسافة الذي نوى العود الى محل الاقامة من غير انشاء اقامة جديدة بقصر في عوده اذا اشتمل على المسافة خروج عن محل النزاع وانه استثناء منقطع فان وجوب التقصير عليه مما لا ينبغي الريب فيه بل هو اجماعي سيما بعد ما سينقح بالمقدمة الثالثة وانما محل الكلام ما لو خرج الى ما دون المسافة ولم يعزم بعد على مسافة جديدة ولم يتلبس بها كما لو نوى العود الى محل الاقامة بالطريق الذي يقصر في المسافة ثم العود اليه ونحو ذلك اما العود الاخير الذي يمر فيه على محل الاقامة المشتمل على مسافة جديدة اما امتدادا يسيرا او ملفقا مع بقية الرجوع ليوم او مطر فلا كلام في وجوب التقصير عليه اذا عتبار ما يزيد على المسافة المعهودة هنا شرطا او شطر اخلاف الضرورة ونحو فينبغي حمل القول بوجوب التمام في جميع صور المسئلة على ما عدا هذه الصورة لخروجها موضوعا عن محل النزاع الثالث ان المعروف بينهم بل المتفق عليه الامن شاذ جدا ان الخروج من محل الاقامة في اثنائها او بعدها بعد الصلوة تماما او قبلها الى ما دون المسافة بل الى ما فوق محل الترخص يخرج المقيم عن كونه مقيما فعلا سيما اذا بان لبلة او اكثر سيما مع مضاربة لوحله وامتعته وكاد يبان عنوان المسئلة لم يشترط هنا في كلامهم ان يرجع ليوم مع ان الانصاف ان الخروج مطلقا عما يزيد على توابع البلد القريبة يسلب اسم الاقامة عنه ويمحقها وان لم يبت الا في المحل فظهر ان القول بالتمام مطلقا ان كان مستندا دعوى بقائه كونه مقيما فعلا في البلد كما هو ظاهر المحقق البهبهاني في ثلثه ضعيف ظاهر سيما اذا قصد الى سبعة فراسخ وبان في مقصده لتسع ليال وجاء في العاشر فان اطلاق الفرض يشملهم مع وضوح انتفاء صدق كونه مقيما عليه ومشابهة بل اوضح منه في ذلك ما لو خرج بعد العاشر وناى عشرين ميلا او تسعة وعشرين من غير بنية اقامة فان احتمال بقاء صدق كونه مقيما في ذلك كله مما يجد بل مقطوع بعدمه وح فالاولى بناء القول بالتمام مطلقا على دعوى احتياج المقيم او مطلق من وجب عليه التمام الى تجديد مسافة مسافة كما قدمنا الاعلى توهم بقاء اسم الاقامة فلا يكون اطلاقه شاملا لما لو كان عوده مشتملا على مسافة مسافة لخروجها موضوعا عن مفروض المسئلة الرابع ان اطلاق عنوانهم المفروض في المقام يشمل ما لو كان عوده الى محل الاقامة مع ما بقي عليه من السير الى وطنه مع ما مر لا يكمل ثمانية ويشمل ما يكملها على وجه لا يوجب التقصير اجماعا كما لو خرج من محل الاقامة في طلب الضالة فرجع الى بلده في سبعة او خرج في ثلاثة فرجع الى بلده في خمسة من جهة انعطاف يقصر الطريق اصلا وانما رجع التقدير الى انه رجع على عين ما ذهب منه فان الاصحاب اجمعوا على اعتبار كون الضرب مقدرا للوصول الى احد العددين اما الاربع بشرط مقدما الرجوع الى مثلها او على نفس الخط الذي ذهب فيه ليوم او مطر او اثنائه على الخلاف اما لو لم يكن الضرب او بعضه مقدرا في احدهما فلا يجب

التقصير

التقصير بل لا يجوز اجماعا والا وجب التقصير على من خرج من النجف مثلا الى الكوفة قاصدا ان يطوف على ابعد
منازله بوما الى الليل واما ما ذكره العلامة في التحرير من انه لو قصد التردد في ثلاث فراسخ ثلاث مرات قصر
ما لم يصل في رجوعه الى محل الترخص فان اراد الاشارة الى انه لا يشترط الاعتدال في السير بل يجزي الانعطاف
جدا بل والاستدارة كالسير في نحو الملوبة اذا اقتضاه الطريق ولو للاسهلية كان وجها حسنا والا بأس في
ذكره وان اراد انه يجزي ذلك ولو لمصلحة التقصير فيه نظر فان اراد انه يجزي التردد ولو على نفس ما ذهب
فيه بحيث لا يكون الضرب مقدرا موثرة في الوصول اصلا فالانصاف ان الاجماع محصل على خلافه وشمول
العبارة له لو كان المجموع مسافة لوجب التقصير ولو على بعض الوجوه كما لو خرج الى اربع على وجه التعاطف
فاصد الرجوع بوما او مطلقا بناء على المختار لكن المراد منها بقرينة تراعيهم هنا انما هو الصورة الاولى
والا كان النزاع لفظيا فقد ظهر مما ذكرنا انهم اجمعوا على التمام في غير صورة التلفيق من اربع واربع وبهذا
يظهر ان القائل بالقصر هنا لا بد له خصوص صورة ما لو بلغ المجموع ثمانية بان خرج الى ثلاثة ورجع في
خمسة واتر يكتفي بالضم هنا وان لم يكتف به احد في غير المسئلة اذ ليس في المسئلة نص يخصها مع ان ذلك لا يخصص
تخصيص العنوان ببعض فرد ضمنا مع اطلاقه وشموله لما لو كان عوده الذي قرنه على محل الاقامة مع ما دون
دون المسافة وانما سترى ذلك الا كتفاء بسبق السبب الموجب للقصير دعوى انه يقتضيه بعد الاقامة
الخروج كما يقتضيه قبلها **الخامس** لا ريب ان مجرد وجوب الاتمام بعد سبق السبب الموجب للقصير الثابت
عموم سببيته واطلاقها الشامل لصورة ما لو تخلل ما يوجب الاتمام لا يوجب عقلا ولا عرفا تخصيص ذلك
العموم ولا تقييد اطلاقه فيبقى الكلام في اثبات عموم سببيته سبق قصد المسافة او انها للقصير قبل
الاقامة وبعدها مع الخروج عن محلها وان لم يبق في بينه الضرب الى مسافة غير ما سبق فقول بدل على الاول
اعني القول بالقصير مطلقا قوله ع في الصحيح من سافر فصار ينظر الا ان يكون سفره الى صيد او في معصية الله
عز وجل وقوله في رواية البزنطي كل من سافر فعليه التقصير ونحوه كثير فان ظاهره ان عليه التقصير ما دام مسافرا
سواء اقام ام لم يقم عدل عن بينه الاقامة ام لا بقي مقدار المسافة بعد خروجه او هكذا بالنظر الى باقي موضوعات
التمام خرج من ذلك المقيم ما دام مقيما والعادل عن بينه الاقامة بعد الصلوة تماما في المحل وهكذا البواقي
كما خرج عن ذلك من سافر الى دون المسافة او كان في معصية او كثير السفر فانه يجب عليه التمام واما
انه يجب عليه الاستمرار على التمام حتى يبتدئ مسافة جديدة فتخصيص زائد يحتاج مدعيه الى دليل فلا
نصوص التحديد بالبريدين والبريد وغيرهما وقوله ع فيما ارسله الصدوق في الفقيه عن ابي عبد الله اذا
خرجت من منزلك فعليك التقصير الى ان تعود اليه وقوله ع في صحيح علي ابن يقطين كل منزل من منازل بني
امية وطنه فعليك فيه التقصير فانه يشمل ما اطلاقه ما لو كان الباقي بعد خروجه عن محل الاقامة دون المسافة
وقوله في صحيح ابي ولاد قال اني كنت نويت حين دخلت المدينة ان اقيم بها عشرة ايام ثم بدا لي ان لا اقيم

منها فاجابوه بقولهم ان كنت حين دخلت المدينة صليت صلوة واحدة فريضة بتمام فليس لك ان تقصر حتى تخرج منها وان كنت حين دخلتها على نية التمام ثم صليت فيها صلوة فريضة واحدة بتمام فقصر ما بينك وبين شهر فاذا مضى لك شهر فاتم الصلوة فان لزمك حتى تخرج منها بقصد يا بالا فرجوع مسيرة يوم خرج ولو الى دون المسافة بل ولو كان ناويا للعود والاقامة ثمانية ايام ولو كان الباقي من مسيره دون المسافة وكذا لو نوى قصر اه يفيد ان علة التقصير لو خرج قبل تمام الثلثين تنتفي بذلك كله وما رواه في الوسائل عن الحميري في قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده عن علي ابن جعفر عن اخيه موسى ع قال سئلته عن الرجل يكون بصلاد فيمكث بها يتم الصيام يتم قال ان كان من اهل مكة يتم والا فليقصر على كل حال مع الامام وغيره ودعوى ان نية الاقامة مع الصلوة تماما لا قطعا او مضي العشرة هو القاطع لسير السير كله مما يوجب التمام بدفعها ان الدليل على ذلك بالخصوص من جميع المقصورين محل القول بالتمام امور **الاول** اصالة التمام في الشك في الحكم بين القصر والتمام الثابتة بمثل قوله صلوة الظهر اربع وكذا نحوه وهي اتم ثم يتسلمها ولم تثبت اصالة القصر في المسافر الثابتة بما سبق فان النسبة بين العموم بين الخصوص المطلق **الثاني** الاحتياط كما اخبر به العلامة في مسئلة ما لو خرج بعد دخول الوقت ومسئلة ما لو قضى اربع فراسخ ولم يرد الرجوع ليومه وفيه ان الاحتياط لا يتعين البراءة انما هو الجمع بين القصر والتمام لا الاقتصار على التمام بل هو كالاقتصار على القصر بناء على كون وجوب الصلوة على وجه التخيير عند الاربعة سواء قلنا بوجوب السلام او قلنا بانه مستحب اذ كما هو ظاهرهم فاوقوض اقتضاء الدليل اللفظي على ان الواجب هو القصر او التمام فلا يلزم الجمع اذ هما متباينان يجب الجمع بينهما احتياطا ان الشك هنا في المكلف به لا في التكليف وانما على ما هو الصحيح من ان اعمال الصلوة كلها واجبات نفسية نشترط في صحة الاحق الاتيان بما قبلها على وجه خاص فلو شك في وجوب شئ فالاصل البراءة نعم الاحوط استحبابا الاتيان به وهو لا يثبت المطلوب مع انا انما نتم هنا بناء على عدم وجوب السلام وهو اول الكلام **الثالث** الاستصحاب وبه يندفع ان الشك هنا في تدخل العارض لا في عكسه وهو باطل كما حقق في محله مع ان اللازم بناء على حجيته مطلقا عدم نقضه على العموم **الرابع** قوله ع في صحيحة زرارة من قدم قبل التروية بعشرة ايام وجب عليه اتمام الصلوة وهو بمنزلة اهل مكة فاذا خرج الى منى وجب عليه التقصير فاذا زار البيت اتم الصلوة وعليه اتمام الصلوة اذا رجع الى منى بتقريب ان الدلالة انه نزل ناوي الاقامة منزلة الموطن ولا ريب ان الموطن لا يجوز له التقصير بمطلق السفر بل حتى يقصد المسافة بوجه خاص فيكون ناوي الاقامة بحكمه وهو المطلوب ولا يمكن ان يستثنى من ذلك ما لو كملت الثمانية من المجموع كما لو ذهب في ثلثة ورجع في خمسة الى بلده بل وكذا لو رجع في ثمانية بالنظر الى حكم الذهاب لان ذلك خلاف حكم الترتيل المذكور فان المسافر لو خرج من بلده الى ثلاثة فرجع في خمسة لم يقصر اجماعا فلو ذهب في ثلثة ورجع في ثمانية لم يقصر الا في عوده اجماعا لانه بعد لم يتلبس بالسفر المقتضي للقصر شرعا فلو انعكس الفرض فقصر اجماعا لتلبسه حينئذ بذلك بل لا كلام عندهم في ان المسافة

المعتبر استثنافها بعد القاطع بعد تسليم كونه قاطعا للسببية لا تزيد على المسافة المعتبرة في ابتداء السفر بوجه اذ ليس على اعتبار المسافة الجديدة بعد القاطع دليل لفظي سوى عموم التنزيل كما هو واضح وهو يقتضي الاستثناء المذكور وكذا اعتبر من الادلة بل كلها تقتضي عدم بل الاضافة انه يلزم من فرض كون القاطع لحكم السفر قاطعا للسببية السبب اجماعا كما توهم ان يكون وجوب التمام في المقام اجماعيا وارتفاع النزاع بالضرورة فيتم الاجماع على ان السبب في القصر بعد القاطع ليس الا السبب منه قبله فظهر بهذا ان احتمال بعضهم ان مرجع الخلاف في المسئلة الى الخلاف في اعتبار النضم هنا الذي لم يعتبره في الابتداء لا الى الخلاف في انقطاع سببية السبب فانه اجماعي في غاية السقوط بل يكشف هذا الخلاف الواضح هنا بعد البناء على وضوح خروج العنوان عن كونه معتبرا فضلا عن بطلان دعوى الاجماع المزبور اذا انضم ان مرجع الخلاف في المحتضر الى النزاع في انقطاع السبب عدمه فتلخص مما ذكرنا ان وجه النزاع في المقام يحتمل وجوه ثلاثة اقربها النظر فتدبر جيدا وكيف كان فيشكل الاحتجاج المذكور ولا بأن ظاهره تنزيل المقيم ما دام مقيما ناويا للاقامة منزلة المتوطن ما دام في البلد لا تنزيله منزلته فيما لو خرج وان خرج له حكم خروج المتوطن وقد تبين ان محل النزاع عندهم هنا من نوى الاقامة وصلى تماما ثم خرج الى دون المسافة او بعث اقامة وان لم يصل ثم خرج مع ان النص انما لوحظ فيه انه نوى الاقامة لا بعيد ان يكون قد صلى حال نية الاقامة تماما وانت قد علمتها كما هو المدعى بل هم معترفون على الظاهر على ان عدوله عن نية الاقامة قبل الصلوة تماما موجب لرجوع القصر عليه من غير اشتراط ان يكون الباقي مسافة كاملة كما اطلقه النص بل نقلوا الاجماع على هذا الحكم على الاطلاق وذلك قرينة على ان المراد تنزيل المقيم ما دام ناويا للاقامة منزلة المتوطن لا مطلقا كما ظنه الخصم نعم لو كان المنزل منزلته المتوطن هو من سبقت منه نية الاقامة امكن ان يقال ان اطلاقه يشمل ما لو عدل عن نية الاقامة ما لم يعد له صلى قبل عدوله عنها تماما ام لم يصل ويشمل ما لو اتم العشرة ام لم يتمها ويشمل لو خرج الى ما دون المسافة ام لم يخرج فانه رتب هذه الصور كلها بمعنى على الصلوة تماما وانت خبير من ذلك كله بما لو لم يصل وقد عدل عن الاقامة فانه يرجع الى القصر مطلقا ويبقى الباقي داخلا تحت الاطلاق فيكون الاطلاق المزبور المفيد بما ذكر مختصا بالعموم كل من سافر فقصر ونحوه انما مع فرض ظهور النص في ان المنزل هو المقيم ما دام ناويا باعتبار نية الفعلية او اعم ودوران بين الوجهين فلا يمكن الاحتجاج به للخصم كما هو ظاهر ودعوى ان ظاهر النص انما هو التنزيل على الوجه الثاني دون الاول خلاف الانصاف هذا وقد اطنب المحقق البهبهاني زيادة على ما مر بيانه عند في النص المزبور فاذا دار البيت اتم الصلوة وعليه اتمام الصلوة اذا رجع الى منى حتى بقدر تقصيره بقال ان اتمام الصلوة بعد رجوعه من عرفة انما صح لعدم انقطاع اقامته بالخروج اليها اما لعدم كون الخروج اليها مسافة شرعية لعدم بنية الرجوع ليومه وان الامر بالتقصير هنا انما كان عن نفسه ولو من مذهبه لا نفرا او لكون الخروج اليها مسافة شرعية يوجب مشروعية التقصير على وجه التخيير بينه وبين الاتمام او الم يرد الرجوع ليومه كما هو

احد القولین بل الاقوال وان الفصل بینا یوجب التخییر لا یوجب انقطاع حکم الاقامة من التمام مع الرجوع الی محلها وانما ینقطع بنیة ما یوجب القصر عینا لا تخییرا ویشکل بان المحدث فی محله وجوب القصر عینا بعد اکمال اربع مطلقا وعلی هذا ینبغی ان یکون وجه الامر بالاتمام اذا رجع الی مکة انه مخیر بینها بین الاتمام والقصر کسائر المواطن الاربع وان الاتمام افضل مع ترجحان حمله علی التقیة لان المعروف عندهم ان الخروج الی عرفة لیس بسفر فلعل بعضهم یری ان الخروج الی ما دون المسافة لا یخرج المقیم عن کونه مقیما کما یراه بعض اصحابنا المتأخرین وعدم التفاوت فی حکم الخروج لا یمنع من التفاوت فی حکم الرجوع الی مکة وعنه یظهر وجه الامر بالاتمام اذا رجع الی منی حتی ینفر علی انه یحتمل بعیدا ان تکون منی من توابع مکة وملحقاتها فی التخییر بین القصر والاتمام وان لم یذکره احد من الاعلام واما دعوی المنتهی انه یمکن القول بعدم انقطاع وجوب الاتمام علی المقیم بمجاوز السفر الی اربع اذا لم یرد الرجوع لیومه بناء علی القول بتخییره بین القصر والاتمام بدعوی ان القاطع انما هو وجوب القصر عینا لا مطلقا فیدفعه ان الاجماع قائم علی ان المورد بحل الاقامة بعد الخروج منه الی مسافة لم یشرع فیها القصر ولو تخییرا لیس له حکم المرور بالوطن من لزوم التمام ولازم ذلک استمرار التخییر بین القصر والتمام عند الرجوع الی محل الاقامة حتی یشرع فی ثمانیة امتداد یوم ملفقة مع قصد الرجوع لیومه لا یقال التمام الذی هو من حکم المقیم وهو خلاف الاجماع وتوضیح ذلک ان دعوی عدم الانقطاع هنا ان کان لتشبثا بعموم المنزلة الثابتة من الواضح ان المتوطن ینقطع حکم وطنه عنه بالخروج الی مسافة توجب علیه التخییر بین القصر والتمام فلیکن المقیم بمنزله وان کان تشبثا بانه لم یخرج عرفا عن محل الاقامة ففیه مع وضوح فساده انه کیف یتجه ذلک مع تسلیم مشروعیة وجوب القصر علیه حال خروجه ولو تخییرا علی انه کیف یتصور تسلیم صدق کونه مقیما بعد الحل مع خروجه عنه الی اربع بنیة الرجوع منه لا لیومه والقطع بانتفاء الصدق مع نیة الرجوع لیومه بل ولو فی نصف ساعة کما قد یتفق ذلک فی زماننا بالمراکب الفاخرة بناء علی تعین القصر علیه کما هو المشهور فان العکس اولی بالاذعان کما هو واضح وکیف کان فهذا الوجه اعنی الاحتجاج بعموم المنزلة ان تم فانما یتم حجة علی الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة فی المسألة اللهم الا ان یدعی الاجماع علی عدم الفصل بین موضوع عروض ما یوجب التمام من جمیع الاسباب وهو کما تری ویمکن الاحتجاج لهم بما رواه فی الوسائل عن الشیخ باسناده عن صفوان عن یحیی ابن عمار قال سئلنا ابا الحسن عن اهل مکة اذا زاروا احلهم اتمام الصلوة فقال نعم قال المقیم بمکة الی شهر یتم والجواب عنه کالجواب عن سابقه فانه ظاهر فی انه یتم لهم ما داموا بمکة لا الی شهر وبالجملة اتمام اجمعوا علی خبر خلافا اصلا کما مر فی محله علی انه یشترط فی وجوب القصر علی المسافر بلغ مشروعیته لان لا ینقطع سفره باحد القواطع الموجبة للتمام کالمرور بوطنه او بنیة اقامة العشر او اقامة الثلاثین من غیر نیة الاقامة او الصلوة تماما مع العدول عن نیة الاقامة بعدها او القصر فی معصیة واذا کان ذلک شرطا فی وجوب القصر بلغ مشروعیته کان الواجب التمام فی مفروض المسألة فضلا عن اقتضاء الشرطیة فان المشروط

عدم عند عدم شرطه ولا يلزم ذلك اعتبارا باستيناف مسافر جديدا خالية من القواطع والجواب
ان هذا الاحتجاج مغالطة فانا نقول ان اربعة امتار شرط في وجوب القصر على المسافر او في اسفاره وجوبا
عليه ان لا يكون متلبسا بهذه العوارض بالنظر الى حال تلبسه بها خاصة فصح اقتضاء الدليل الحاصل لشيئا
هذين الحالين ما دام فيها من عموم القصر للمسافر ولا يلزم منه وجوب التمام في المقام اذ الكلام انما هو في حكمه
بعد انقطاع تلك الحال مع بقاء صدق اسم المسافر عليه بعد قطع الثمانية او قطعها خالية من هذه
العوارض وظاهر انه لا يلزم من ثبوت حكم حصول صفتي انقطاع حكم السفر الحكم باستمرار هذا الانقطاع نعم
اشكال انه لو دام استيناف المسافر ثمانية امتار بالنظر الى القاطع الاول اعني المرور بالوطن لخروج المار بها عن
مرور عن اسم المسافر كما عن حكمه فلا يجزان يقاس عليه غيره من القواطع ولا ان يسوى بينهما في الحكم وان اربعة
الجواب ان شرطية في اقتضاء دوام الثمانية للقصر انما لا يخل بانها قبل تمامها احد القواطع واذا كان
ذلك شرطا في مسببية السبب للقصر في الابتداء كان شرطا في سببيته لوجوبه اجزا فقط ولا ان دعوى
الاجماع على انه شرط في تاثير قصد الثمانية في القصر انما يخل القاطع بالنظر الى ما قبل حال عروض القاطع
وما بعده عن تحقق فقد انكره بعض المتاخرين قائلا ان الدليل عليه غير منقض والعدة في اجزائها عدم على الاشتراط
الموجود ان الخصوص الدال على اشتراط قصد قائل المسافة وقصر المسافر مقصورة بغير المسافر يشتغل
عن تخلل تلك العوارض وح فيرجع مع تخللها في قائل المسافر الى اصالة التمام استصحابا بما لو كان عازما على
الاقامة في اثنائها قبل خروجه وعوما فيما لو عرض له ذلك في الاثناء ومن ظهور الوجه في وجوب التمام
لو خرج مترددا في نية الاقامة في الاثناء وعدمها وبدفعه بعد تسليم دعوى الانصراف الى ما ذكرناه فتدبر
وبه يعلم ان الذي اوهم ذلك انما هو معنونية ان من حكم تلك العوارض شرعا وجوب التمام حال عروضها وليس
انه ينبغي ان تكون قائل المسافة مقصورة على وجه لا يخرج عنها والا فاطلاق اقتضائها القصر لولا ذلك لا
صارف لهم ولا داعي الى دعوى انصرافه الى صورة التجرد عنها الا ترى انه لو لم يكن من حكمها شرعا ما ذكر لكان الاطلاق
سالما عن شبهة الانصراف الا ترى ان دعوى الانصراف انما هو لقوة التجرد عن نية التردد في الاقامة وعدمها بان
يكون متردد بينهما ضعيفة جدا بحيث لا تضاف ان الانصراف الاستصحابي هنا ساقط كما عرفت غير مرة نعم
عمومات التمام بناء على تسليم الانصراف كافية لكن الانصراف انما محل نظر وثابتا انما لا يلزم من تسليم اشتراط سلامة
اقل المسافة من تلك العوارض للقصر ابتداء اشتراط عدم عروض تلك العوارض فيما بعد ذلك الا ان يثبت
الاجماع على عدم الفصل بين المقامين وهو واضح الفساد اذ انتشار الخلاف فيه في المقام مما لا ينكر بل يستفاد
بالتقصير مطلقا في المسئلة الاولى اعني ما لم ينوى العود والاقامة هذا الى الاكثر والانصراف لما سابق بعد تسليم
انما نسلم باقل المسافة لا فيما بعدها وح فعمومات التمام بالنظر الى المقام مخصصة بعموم السفر او المتيقن منهما
العموم والخصوص من الطرفين واما الاستصحاب الذي احتج به في المقام الاول فيشكل زيادة على ما سبق من كون

الثالث فمنع العارض كما في مكة لم يرجح فهو هنا معارض بمثله لسبق وجوب القصر قبل عروض ما يوجب التمام ولا يدفع ذلك بتأخر القضاء عن وجوب التمام كما ذهبوا فان مجرد التأخر ليس مما يوجب التقديم عند التعارض وانما يوجبه كون احد الاسببين وارد اعلى الآخر مقتضيا لزواله كاستصحاب طهارة الماء الواردة على استصحاب نجاسة البدن مثلا وانما حرم التقديم والتأخير فليس بشيء عند التدبر هذا وقد ظهر بهذا كله انه متى سلمت اقل المسافة من العوارض الموجبة للاتمام وجب القصر فيما بعدها ثم حتى لو خرج الى مادون المسافة ذاهبا ثم ذاهبا ثم ذاهبا والرجوع الى محل الاقامة ذاهبا كذا والاقامة ثالثا وهكذا وكذا لو خرج الى مادون المسافة ذاهبا للعود ثم العود ثم العود وهكذا من غير اقامة والحاصل الاحتياج من اول مسافة على الشرائط الى تجديد مسافة ذاهبة للقصر بعد ذلك

يوجب التمام والله اعلم

كتاب الجنوح

اتفق اصحابنا على تفضيل الولد الاكبر من ذكر ابيه بسيفه وخاتمه وثيابه ومصحفه وانفردوا عن مخالفيهم بذلك ثم اختلفوا في ذلك هل هو على وجه الوجوب او الاستحباب فالاكثرون على الاول وبقيق او لا يجوز المقام بتفضيله فنقول معنى اختصاص المجنوح بالجنوحة على وجه الوجوب او تفضيله بها يحتمل وجوها **الاول** ان المجنوح يملكها دائما على تمام حصته على حد تملكه لحصته من كونه تملكا ارثيا فيكون المقسوم من التركة بين المجنوح وغيره من ذكور اولاده مختصا وعلى هذا الوجه والوجه الثاني يترتب انه يشترط في تملكه لها وجود غيرها في التركة لا على غيرها من الوجوه الباقية على تقدير عدم الاشتراط حرمان من عدى المجنوح من الارث كله من غير مانع والاجماع على خلافه وكذا يترتب عليهما انهما هل يراعيهما الثلث ام لا لان معنى ذلك انه هل يجب ان يكون المقسوم بينه وبين الميت لو كان هذا وحده وهي تمام الثلث وكان المجنوح منفردا ما كان مقسوما بينه وبين غيره من الورثة وهو ما عدى المجنوحة ام لا بل عليه يترتب انه هل يراعى بها الدين المستغرق او مطلق الدين والكفن ام لا لان معنى ذلك ان تملكه الارثي لها هل هو اقوى من تملكه لبا في حصته الارثية ام هو على حد تملكها وهذا المعنى لا ينافي على ما في الوجوه **الثاني** ان يقال انه يملكها تملكا ارثيا لكن على ان يكون الشائع فيها من نصيبه نصيبا قهريا فان كانت بحسب القيمة مطابقة لحصته مع قسمة لم يحتج الى قسمة وان كانت اقل لزم تتميمه من الباقي فيحتاج الى القسمة في الباقي لذلك وان كانت اكثر لزمه دفع الزائد فيحتاج الى القسمة فيها بسبب الزيادة وان لم يخلف سواها لم يمكن القول باختصاصه بها هنا وكيف كان فعلى هذا الوجه لا يبعد ان يكون نصيبه شائعا فيها لكن لا يكون نصيبه شريكا فيها الا مع زيادتها على نصيبه وحيث لا يخلف الميت سواها على احد الوجهين فيكون التفضيل على هذا الوجه بالتعيين خاصة **الثالث** ان يكون المجنوح وغيره شرعا سواء فيها وفي غيرها من غير زيادة ارثية كالوجه الثاني لكن على ان يختص بانه لو شاء تملكها عنا ما حيث تكون مطابقة لحصته او اقل كان له ذلك وان ابى فسمه له ان يتملك بعضها خاصة كذلك فيسقط على هذا من

حقه من غيرها بمقدار ما اخذ من قيمة منها فيكون اخذه بمنزلة تملك الشفيع مال المشتري فهو عليه فلا يكون تملكه لها على هذا تملكا ارثيا ولا اختصاصيا فهرا وانما اختصاصا حينئذ بان له التعيين منها **الرابع** الصورة بحالها لكن على ان يقال انما تخرج حصته قيمة منها عن ملكه بتعيين المحجور ضيبه منها فهرا اذا ما يقابلها من غيرها ولو من غير التركة لا مطلقا فيكون تملكه بضيب صاحبه منها بمنزلة تملك الشفيع مال المشتري فهرا عليه عند دفع الثمن لا مطلقا كما هو قول قوي **الخامس** ان قياس الاول شرعا الا ان للمحجور اذا اراد تملك الحبوة كلا او بعضا تملكها فهرا على قيمة مجانا اي من غير سقوط ما يقابل حصته قيمة منها من حصته من غيرها وهذا الوجه لم يحتمله احد مع ان الثلثة الاخيرة مشتركة في عدم كونه جباء ارثيا في الحقيقة حقيقيا من حيث الارث وفي كون الوجوب مشروطا بالاستيجاب وانما القول بالاستيجاب بمعناه انما في الارث شرعا سواء في النقد وفي الاشاعة لكن يستحب لغير الاكبر دون الاكبر بنوعيه بضيبه بتفضيله بالحبوة وتمكنهم اياه منها واعطائهم اياها تملكا مجانيا زيادة على ضيبهم ان كانا قد اقتسما التركة ولم تقع الحبوة كلا او بعضا في ضيبه وجعلها بالقسمة من ضيبه من غير زيادة ان لم يكونا قد اقتسما فيكون التفضيل المرجح بالخصوصية بالنقد ثم على هذا القول يمكن دعوى نص الحكم بالاستيجاب على خصوص الوارث الكامل من شركاء المحجور بالعقل والبلوغ والرشد بل لو كان فيهم قاصر لم يجز دفعها اليه مجانا بعد القسمة حيث تكون كلا او بعضا من نصيب القاصر كما هو الاصل ويمكن دعوى ثبوت الاستيجاب في حق وليه ووضعها الى الاكبر بعد القسمة كالقول باستيجاب دفع الزكوة من مال الطفل اذا دل عليه الدليل اما دفعها اليه بسبب القسمة فلا اشكال فيه مطلقا كما لا اشكال في استيجاب دفعها اليه بعد الكمال ولو بعد القسمة اذا عرفت هذا فاعلم ان المشهور حكاية الشهرة على القول بالوجوب الظاهر بل المقطوع بارادة احد الوجهين الاولين بل انه لعلهما اظهر هنا عندهم واشهر هنا لكن لم يحقق شهرة القدماء عليه تاملا بل الشائع القياس وفي لعله يقتضي الحكم بالاستيجاب فان الكليني والشيخ في كتابي الاخبار والصدوق في ذكروا النصوص الجامعة للاربعة وغيرها مما لا يقولون فيه بالوجوب مع انهم لم ينصوا على استثناء ما عداها بل ظاهرهم استواء الجميع في الحكم سيما الشيخ في الاستبصار لغرضه بتخصيص ما دل من الاخبار على مطلق الثياب بما دل على ثياب الجلد مقتصرا على ذلك ايضا فان اراده الوجوب في الاربعة المشهورة والندب فيما عداها يحتاج الى شاهد بل هو تفكيك في مورد النص الواحد وكذلك اذ هو كالجمع بين ارادة معنيي المشترك في البعد فان حمل النص فيها على مطلق الرجحان لم يثبت الوجوب في شيء مضافا الى ان النصوص جميعا قد اشتملت على ما لا يقولون بوجوبه والحال انه لا مجال لحملها بالنظر الى ما عدى الاربعة على التقية لانها في العامة على انكار الوجوب والاستيجاب معا وفي كل ما ذكرها حكاه التبيان والانتصار وغيره فبدوا الامرين طرحها جميعا في الجميع وبين حملها على مطلق الرجحان في الجميع او الندب او الوجوب او التفكيك في الاستعمال من غير شاهد او طرحها في بعض مدلولها دون بعض

من غير

من غير معارض لاطرفا الى الاول ولا الى الثالث فما بعده والاخيرين فمتعين الثاني اللهم الا ان يدعى انعقاد الاجماع المحصل والمحكي هنا فالدلالة على الوجوب في الاربع المشهورة وعلى عدمه وعدم الندب في غيرها فمتعين الاخيرين والانصاف ان دعوى التحصيل هنا كما ترى بل ودونها خرط القتاد بعيدا بالنظر الى الوجه الثاني فما بعده كما سيظهر والمنقول منه على تقدير نقله معارض بمثله كما هو صريح عبارة ابن زهرة قال في الغنية ما هذا لفظه ويستحب ان يخص الولد الاكبر من الولد الذكور بسيفه ومصحفه وخاتمه وثياب جلده اذا كان هناك ما يؤثر ذلك بدليل اجماع الطائفة ومن اصحابنا من قال يحتسب بقيمة ذلك عليه من سهمه للجمع بين ظاهر القرآن وما اجمعت عليه الطائفة وكذا قال الجماعة واصحابنا من ان الزوجة لا ترث من الرباع والارضين شيئا فحمله على انها لا ترث من قيمة عين ذلك بل من قيمة انتهى قوله ومن اصحابنا اه الظاهر انه يريد بعد الشهيد لعله فهم من الاستحباب كما حكي عنه مضافا الى الاحتياط بحمل امره فهم منه دعوى الاستحباب او على وجه الاختيار ان الجنوح بهذا المعنى اعني ما ارتضاه من غير التزام من عبارته في مقدار ارثه كما هو ظاهره في الانثيين ولا يكون ذلك منافيا لدعوى الاجماع على الاستحباب لعلو عبارته مع انه يحمل كلام ابن زهرة حكاية الاجماع على العمل باخبار الجنوح لا على انها مستحبة او واجبة ان استحبابها على وجه الاختيار او الزيادة بقي الكلام في وجه الاحتياط في المقام فمقول لا ريب في ان الاصل ينفي الوجوب بجميع وجوهه بل لا ريب في ان ظاهر الكتاب ينفي زيادة الارث لا ثانيا واقتراره بالارث حتى يحلف البت سوى الجنوح بل وينفي اختصاصه بها على وجه احتياط بها عليه من سهمه من قوله تعالى فان كن اثنتين فلهما الثلثان وان كانت واحدة فلها النصف وقوله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين ظاهره ان التركة كلها قلت او كثرت على الاشتراك والاشاعة حتى اعيان الجنوح وان الذكر بين اصغرهما واكبرهما يرثان معا اثنا واثنتا سواء في ان ارث كل منهما من جميع التركة بمقدار نصيب الانثيين من غير زيادة لاحدهما على الاخر وانما وقع الاشكال في المسئلة من حيث ورود النصوص الخاصة من طريق الخاصة خاصة بصحيحة حريز اذا هلك الرجل وترك ابنين فللاكبر السيف والدرع والخاتم والمصحف فان حدث بواحد فللاكبر منهما وصحيحة شعيب المعقولي عن الرجل يموت ما له من متاع بيته قال السيف قال ابنا ذا مات فان لابنه السيف والرحل والثياب ثياب جلده وهو قريب مما قبله عن الرجل يموت ما له من متاع البيت قال السيف والسلاح والرحل وثياب جلده وصحيحة ربعي عن ابي عبد الله اذا مات الرجل فللاكبر من ولده سيفه ومصحفه وخاتمه ودرعه وصحيحة الاخرى عنه اذا مات الرجل فسيفه ومصحفه وخاتمه وكتبه ورحله وراحلته وكسوته لاكبر ولده فان كان الاكبر ابنة فللاكبر من الذكور ولعلها هي التي قبلها وانما اختلف الطريق ولا يبعد ان يكون الراوي فهم الاستحباب فلذا جاء لان يروي بعضهم الشخص وبعضهم الاخر الى غير ذلك من احتمال الباب فمنهم من جمع بين ظاهر الكتاب المدال على نفي الزيادة وعلى عموم الاشتراك والاشاعة حتى في اعيان الجنوح وبين ظهور اللام في افادة الملك الفعلي لا الملك الموقوف على الاعطاء والتمليك الراجع الى ارادته بيان المصرف كقوله تعالى وفي اموالهم

حتى معلوم للسائل ة العرم وقوله تعالى انما الصدقات للفقراء وقوله تعالى للجداء السدس الى غير ذلك بصرف
عن ظاهرها اعني المعنى الاول الى المعنى الثاني فحمل النصوص على افادة الاستحباب بدعوى ان ظهور
الكتاب في نفي الزيادة وعموم الاشتراك والاشاعة اقوى عرفا من ظهور اللام في المعنى الاول وتقديم الاقوى
لازم قاعدة مطردة ولو سلمنا ذلك وعدم اظهرية احدهما على الاخر لرجعنا الرجوع الى الاصل وهو
ينفي الوجوب لكن الشارح في ذلك فان الاضافان مدعى الظهورية اللام في افادة الملك العقلي على ظهور الكتاب
فيما ذكر مستظهر فيجب لذلك حمل النصوص المزبورة قرينة على التصرف في ظاهر الكتاب بالخروج عن ظهوره في
عموم الشركة والاشاعة بين الورثة وفي نفي الزيادة لاكبر الاولاد على غيره نظرا الى اطلاق النصوص المزبورة
وشمولها لما لو كانت اعيان الجنوب اكثر قيمة من نصيب كل من الجدود فسهم اعمى مقدار حظ الاشيين فيتم لذلك
القول بالوجوب على الوجه الاول الذي ادعى انه المشهور ويلزم على هذا ان يكون المقسم بين الورثة هو ما عدا
دونها واما العامل به على الوجه الثاني فيختلف لان الغالب جدا قلة اعيان الجنوب بالنسبة الى مقدار نصيب كل
منهما وعدم زيادتها عليه فيجب حمل على ذلك الاخبار المزبورة بدعوى انها تصرف الى هذه النصوص وح فلا
دلالة على تملك الميت لاعيان الجنوب على ان يكون من نصيبه من غير زيادة لمن الارث على سهمه وح فتخرج بها بسبب
ظهور اللام فيما ذكرنا عن ظاهر الكتاب بالنظر الى المقام الاول خاصة اعني عموم الشركة فيها بالاشاعة دون نفي
الزيادة اعمال الظاهر الكتاب بقدر الامكان لكن الانصاف ان اقتضاء الغلبة المذكورة الانصراف الى ما ذكر بعد
تسليمها محل نظر لو قيل ان النصوص المزبورة انما سيقت لافادة تملك الاكبر الجنوب في الجملة لا الاطلاق تملكه
اياها في جميع الصور ح فيجب الاقتصر في الحكم بتملكه لها على صورة ما لو كانت بمقدار نصيبه من الارث او اقل
وبين ظاهر الكتاب في نفي زيادته على نصيبه في الارث على حاله لاصالة عدم ما يدل على القول المزبور اعني القول
بالاختصاص بها من سهمه من غير زيادة كما يراه المرتضى ويكون المقسم على هذا تمام التركة فهو كما ترى واضح
سوقها لافادة الاطلاق والتعميم بل ظاهرها الشمول حتى لو لم يخلف سواها وان تعدد ذلك فان تجرد تعدد الوارث
لا يلزمها الانصراف الى غيرها ثم ممكن ان يقال تدبر الخروج عن ترجيح التخصيص بحال المعارض على معنى نفي
العام والمطلق وعلى عمومه واطلاقه اذ رب عام يقوى فيه دلالة على العموم على دلالة المعارضة على التخصيص
عرفا مستهجنا مع كونه منفصلا كما حرر في محله اما لكون العموم بفهم منه ضرب القاعدة المبنية على مناط يحيث يشعد
تخصيصها كقوله ما على المحسنين من سبيل وهل جزاء الاحسان الا الاحسان ولا يريد بكم العسر ونحو ذلك او لكونه مفهوما
من التعليل كقوله حرمت الخمر لاسكارها فان تخصيص عموم التعليل مستبعد جدا او لندرة وقوع مثل ذلك
التخصيص كما فيقضاء المعارض تخصيص مورد السؤال مع فرض الانفصال تخصيص الاكثر الا الاندر ولهذا استشكل
ظاهر قوله تعالى سارعوا الى مغفرة عن ظاهره من الوجوب الى الندب بدلا يلزم تخصيص الاكثر من اسباب المغفرة
حيث ان الطاعات كلها من اسباب المغفرة كما يفيده قوله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات ويحمل المقام من

الاول كما قد يشعر به قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا فانه فرق بينا بان هذا قليل اتركه وكثيرها مشترك بينهما بين الورثة على حسب الفرض الخاص او العام وقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين نصا الى قوله تعالى من بعد وصية يوصون بها او دين من حيث لم يقل او دين حيث لم يقل او جوبه والحاصل ظاهر حال تعرض الكتاب العزيز لتفصيل احكام المواريث تفصيلا لم يتفق وجوده في غيرها من سائر الاحكام يوجب استبعاد عروض التخصيص او التقييد في عمومها واطلاقها بالدليل المتصل مهما امكن وح فان ادعينا اظهرية العام في خصوص ما من ظاهر اللام او شاركهما لم يمكن الحكم بالايجاب على الوجه الاول بل دلا على الثاني واما باقي الوجوه فلا ينفيها الكتاب بظاهره ولا يثبتها الكل قائل بها من الاصحاب يلزم القول بالاستحباب فان اخذ بالاجماع المحكي عن ابن ادريس على الايجاب فعبارته هذه بلفظها يخص الولد الاكبر من ولد المولود بسيفه ومصحفه وخاتمه وثيابه جلده من غير احتساب بها عليه وذهب بعض اصحابنا الى انه يجب عليه بقيمته من سهم يجمع بين ظاهر القرآن ودعوى الطائفة وهو تخريج السيد وذهب بعض اصحابنا الى ان ذلك مستحب دون ان يكون مستحقا على وجه الوجوب وهو اختيار ابي الصلاح والاول من الاقوال هو الظاهر المجمع عليه عند اصحابنا المعمول بروايتها وهم في عصرنا هذا وهو مشعر عليه بغير خلاف بينهم انتهى وهو يحتمل ارادة ان الاظهر وانه المتفق عليه في عصره ذلك خاصة ويحتمل ارادة انه المجمع عليه من حيث القاعدة المتفق عليها وهي قاعدة لزوم تقديم الاظهر على الظاهر وجعله قرينة عرفية على صرفه عن ظاهره فان اطلاق الاجماع على الحكم باعتبار دعوى ان القاعدة المجمع عليها تقتضيه في لسان القدماء كثيرا ما لا يخفى على المستقرء الخبير مضافا الى ان عبائر الفقهاء في المقام قبل ابن ادريس لم يصرح في شئ منها بالملكية الارثية كما اعترف به المخالف مع ان المقام مما يلزم فيه التصريح بذلك لو ارادوه وضاما بوهم بل يقتضيه ظاهر الكتاب من بقيتها على وجه الايجاب قال في المختلف قال الشيخان اذا خلف الميت ولدين ذكرين اعطي الاكبر منهما سيفه وخاتمه وسفره ومصحفه وتبعهما ابن البراج وابن حمزة والجملة الخبرية وان كانت ظاهرة في الوجوب الا انها ليست نصا فيه انتهى قلت مع ان الشائع في لسان القدماء كثيرا جدا كما يشهد به الاستقراء فقد وجدناهم قد يستعملون الوجوب في الاستحباب وقد يعبرون بعدم الجواز عن الكراهة وليس تحريرهم كتحرير المتأخرين مبنيا على الضبط الكلي والمباعدة في الدقة فيحتمل ان يكون المراد انه يطلب او يستحب من الورثة تفضيل الاكبر بها وقد يشعر بذلك انهم لم ينصوا على انها من سهامه او انها زيادة على سهمه وان القسمة قبلها او بعدها وكذا لم ينصوا على انها هل يؤدي بها الثلث مع اطلاق الوصية بها او يراعى الثلث مع التنصيص بالوصية بها او يقتصها الغير الاكبر اولا ام لا الى غير ذلك من فروعها المتمم فهما لهم ذلك كله مما يشعر بتوقفهم في الوجوب واراداتهم الاستحباب مما يشعر بان القصد في الهداية والمقنع وسلار في المراسم تركان دائما فلو كانت من الفرائض اللازمة عندهم لم يمكن اهمالها مع ذكرهما باقي الفرائض على التفصيل ومما يشعر بان منهم من ذكرها ثلثة كالمفيد في اعلامه على ما حكي والسيد

في انضاده

في انضمامه وهذا الايناسب الغرض بشيء للازم جدا بل اقتصر الشيخ في الخلاف على اشتمل منها قاصرا فانه يخص الابن
الكبير من التركة بثياب جلد الميت وسخته دون باقي الورثة وخالف باقي الفقهاء في ذلك ودليلنا الاجماع المتقدم
واخبارهم انتهى ولا يخفى ان العامة لا يقولون مشروعيتها اصلا لا الوجوب ولا الاستحباب كما نص عليه السيد في
الانتصار فكيف يراد اثبات اصل المشروعية في مقابلة المخالفين فاذكانت من الخصائص لم الارث كما في معتصم التقي
على بعضها بل لذكرها جميعا وقال يختص الولد الذكر بثياب بدن الميت وخاتمه وسلاحه من بين الورثة من الاجماع والاخبار
شبابا بل يعموم الطوب والحسب لي ان قال وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا الميراث من جميع ما تقدم وبيان ان
منهم من شرط في استحقاقها عن الابن قضاء عن الابن ومنهم من شرط ان لا يكون عليها دين المالك الارض وفرض ان لم يوجد
تركة على شيء ولا بقاء المال مرهونا بالدين وعدم مع انهم عصروا موانع الارث وليس شرائط المجبوب منها بالاتفاق
قال ابن حمزة في الوسيلة ما هذا لفظه ويختص بهذا الابن الكبير بثياب بدن الميت وخاتمه الذي يلبسه سفرا وحضرا
بشروط خمسة ثبات العقل وسداد الراي في نفسه احرزه سنة وحصول تركة سوى ما ذكرنا وبناصر بقضاء ما فاته
من صلوة وصيام انتهى وهذه العبارة كما ترى تحمل فرضيا ارادة وجوب الدفع على الوارث لا من حيث الزيادة
في الارث ولا من حيث العينية في الموروث وتحتمل ارادة الاستحباب والحاصل كثير من عبائر الاصحاب متيما القدماء
غير منقحة في هذا الباب ولا منقحة من غير ارتياب فيشكل دعوى القطع بعلمهم بالغرض المتنازع فيه وجعلهم بمثابة
من ظاهر الكتاب في نفيها مضافا الى ان الحكم المزبور لو كان كغيره من احكام سائر السهام كان مقتضى عموم البلوى
جدا ان لا يخلو الانسان غالبا او دائما من شيء منها وانه من باب الاموال التي تكثر فيها العادة الخصام والجدال
ان يكون الحكم فيها محددا بالنصوص من جميع الجهات بل وان يكون الحكم في قديم الاسلام من الضروريات كالمشي
وغسل الرجلين وامثالهما وان ترد فيها النصوص البتة والعلوية ولو تخالفه من بعض الجهات بل الابتلاء بها
عادة اوضح حالا من الابتلاء بالمتعة واضرابها وان لا تكون المسئلة في نفسها اضلا عن فروعها من النظريات فيما
بين العلماء والمهرة الاثبات قديما وحديثا حتى صرح بالاستحباب فيها اكثر منهم ابن الجنيد والسيد فيما حكى
وابن زهرة فيما سمعت حاكيا عليه الاجماع وابو الصلاح وصاحب الاصباح وصاحب المنتهى والعلامة في المختلف
والسيوري في الكفاية وكاشف اللثام والكاشاني في المفاتيح والمولى في شرحها وشيخ الطائفة في زهاء الاحد الاكبر
الشيخ جعفر وكاشف ائمة الافضلين بما حكاه لي بعض افاضل المعاصرين عن احفاده ذاهبا اليه بنفسه وقد صرح
به منهم ابو العباس صاحب النوادر والمعقاهة واجمل فيها الكلام اخرون حتى انه لم يصرح فيها بالايجاب على ان يكون
تملكا ارثيا كما في ضيافة احد دون وقف عند جماعة كالشهيد في المسالك والمحقق الاردبيلي والاكثر نفي الايجاب بجميع
وجوهه بل الحكم بالاستحباب للاجماع على مشروعيتها بل وجحانها قطعا اذ الناقل انما هو في الاستحقاق في الفهرس
والمسالك الارث خاصة على ان لقائل ان يقول انا لو سلمنا الظهور دلالة هذا النصوص على ظاهر الكتاب وضعف
دلالته بالنظر اليها لكن تخصيص الكتاب بها بنفسها او بتقييده هنا ممنوع عقلا لان الشرط في ذلك ورودها

عند وقت العمل وتاخرها عند ظاهره بعيد الانكار وليست من مجهول التاريخ المبني على الاعم الاغلب كما مر في الاصل عدم ورود نظيرها في صدر الاسلام ليكون هو المخصص وتكون النصوص المذكورة مطابقة لزمانها للتخصيص والتقييد للكتاب من حيث الدلالة لو ورد في صدر الاسلام لا بداعرف ولا لغة ولا شرعا ولا عقلا على ورود نظيرها في الدلالة او اقوى منها في صدر الاسلام الذي يكون هو المخصص في الحقيقة بل الاحتجاج بها على ورود المخصص لها نظير الاحتجاج بالاصول المتداولة انها لا تنقض ثم لو قطعنا بارادة ظاهر اللام منها اعني الملك الفعلي الفوري دون المعنى الثاني كان لازمه القطع بورود المخصص قبلها في صدر الاسلام بناء على امتناع النسخ بعد النبي صلعم كما هو المسلم عندهم وحيث لا قطع بارادة ظاهرها لم يمكن العمل بالظاهر على ان يكون بقدر خصوصا الكتاب بما عرفت نعم يمكن العمل به على ان يكون ناسخا لو ظننا بامكان النسخ بعد النبي صلعم ابدا وهو نزر فلا كما لا يخفى ولا يخ هذا من تامل فان فرض حجية الخبر مطلقا يقتضي وجوب العمل به حيث يكون هو الاظهر دلالة لو ان لم يمكن ان يكون هو المخصص والمقيد بنفسه مبنى احتمال ان يكون مطابقا لمخصص او مقيد وارد قبله على ان في بعض النصوص المزبورة ما لا ينطبق بظاهره الا على ارادة الاستحباب مثل قوله في صحيحة حريز فان حدث به حدث فلا ذمام فان ظاهره فان حدث بالاكبر من السببين الذين ذكرهما المبتلى فالحبوة لاكبر اخوته بعده وهذا لا يمكن الحكم به الا على الاستحباب ولو قلنا ان الحكم الاول على الايجاب والثاني على الاستحباب كان ذلك تفكيكا وهو كما لا يخفى بل هو معنى مستدرك لافهامه من الفقرة الاولى ومثل قوله في خبري شعيب وسماعة اذا سئل عن الرجل يموت ولده من متاع بيته فان المناسب للجواب على تقدير الوجوب ان يقال ليس له شئ مع عدم الولد ومعها الثلث لكن السيف لا يشتمل السيف وغيره لا يشعر او يدل على انه يتاكد على الورثة ان يدعوا ذلك الاكبر ولده من باب فضل المعروف منهم وان الرد دفعة صلة من ابيهم حيث انه الاقربين اولى بالمعروف من الاكبر اولا هم به فكان السيف ونحوه بهذا الاعتبار للميت وابنه فان اقتضاه فيهما في الجواب او لا على السيف ثم لتشدد الحاق غيره لا يناسب مقام الايجاب وانما يناسب مقام الاستحباب لقلة وقوعه فكان السيف اهم مما ينبغي دفعه ولعل لكونه اسب بالتوفير وايضا اختلاف هذه النصوص في العدد والمعدد جدا مع ان العامة لا يثبتون شيئا منها اصلا يشعر بانه لاختلاف مراتب الاستحباب اذ لو كان على وجه الايجاب كلها لجاءت على نمط واحد عددا ومعددا والله العالم فرغ منها مؤلفها الفقير الراجي عفو ربه عما سلف محمد طاهر ابن الشيخ مهدي بحر في بلدة الاربعاء من جاد

الثانية من السنة الرابعة من المائة الرابعة من الالف الثانية من الهجرة المطهرة النبوية المصطفوية

خلاصة المذاهب المعتبرة في حجب الولد الاكبر

الفصل الثاني في الحجب اختلف فيها الاصحاب بين استحقاق وهو مراد من عبر عنها بالوجوب وبين الاستحباب وتفصيل القول فيها ان بقال الاخلو القول بالوجوب من وجوه ثلثة **الاول** ان يراد به مجرد الملك الفوري الآني على نحو الحاصل له وغيره في غيرها من التركة وهذا المعنى لا يتوقف على دفع عين المحبو لها الى المحبو ولا على دفع المحبو

اياها ولا على دفع عوضها من التركة كلا من جهتين هما بل هذا المعنى ليس من الوجوب القابل للاسقاط في شيء منها
هو مجرد تسلط شرعي واستحقاق تصرف على وجه يجوز للغير شرعا مزاحمته فيها فاذا كان لازم ذلك وجوب
دفعها اليه وتمكينه منها حيث تكون في يد غيره عبر عنه بالوجوب وهذا الوجه يحتمل وجهين الاول انه ملكها
زيادة على سهمه بحيث يكون المقسم فيما بينه وبين شبهه انما هو ما عداها فان لم يخلف سواها فان قلنا باطلاق
ثبوتها المختص بها ولم يورث منهم شيئا وان قلنا باشتراط ذلك بان يخلف تركة سواها اشتركا فيها من غير تفضيل
الثاني ان يكون المراد ان سهمه يتعين شرعا بها بمعنى انها ان طابقت سهمه يجب الدفع عند الطلب فهو وان اقتضى
دفع الزايد الى شبهه وان نقص اخذ التمام من باقي التركة وان لم يخلف سواها اشتركا فيه من غير تفضيل وهذا الوجه
يحتمل وجهين الاول ان يكون هذا التعيين مقررا عليه من الشارع شأن الاكبر اداءه الثاني ان يكون مؤديا
بمعنى انه ان شاء الاكبر يتعين له وان كره شبهه والا فلا وكيف كان فليس هنا زيادة ارث بغير عينه وانما الزيادة
حكمية محضة على كل حال فهذا المعنى هو مراد من قال بوجوبها على جهة الاحتساب بالقيمة لا مجانا كما صرح بذلك
المرتضى وابن ادريس والعلامة في المختلف وليس المراد انه اذا دفع الاكبر بعضها او لو من غير التركة ملكها ملكا زائدا
مقررا على قسمه زيادة على سهمه مع قسمهما او لو توهم ضرورة ان الملك الارثي لا يقف بعد الموت على شيء
وليس يملكها كذلك الشفيع الشقص من المشتري بدفع الثمن وكيف كان فنحن لم نتحقق به قائلا من الاصحاب انما
القائلون منهم بالاحتساب قائلون بالاستحباب الثاني من الوجوه الثلثة ان يكون المراد ان المقسم فيما
بين الورثة جميعا هو جميع التركة وانهم لا يتفاضلون فيها في شيء منها عينا ولا حكما ولكن يجب على غير المجبوب
دفع حصته من اعيان المجبوة الى المجبوب وجوبا تعبديا مطلقا سواء اقتسموا التركة ام لا فان اقتسموها وكانت
اعيان المجبوة جميعا في حصة المجبوب فلا وجوب وان كانت جميعا في حصة واحد منهم سواء اختص بالتكليف بذلك
اليه ووجب عليه دفعها او ان لم يتولاه من التركة وان كانت في حصة اثنين او اكثر اشتركوا في التكليف بذلك
فتكون المجبوة في حكم عند والصداق بعينه في انها لا تدخل في ملك المجبوب الا بعد القبول والقبض ولا تنفسخ له عما
عينا ولا منفعة الا بعد ذلك واما قبل ذلك فانها تضمن للجميع قبل القسمة وان خانت في نصيبه بعدها بمعنى
انه لا يجب عليه القبول كالصداق فان ضلها كلا او بعضا والا يثبت على حالها وهذا كله مما يفترق به بين هذا
الوجه والوجه الاول ومما يفترق به بينهما لزوم اشتراط البلوغ والعقل على هذا الوجه دون الاول في الحابي دون
المجبوب الا ان يدل الدليل على انها حق للمجبوب وان لم يتملكها فعلا بدون القبض والتملك وانه يجب دفعها على الولي
عن المولى عليه كما يجب دفع زكوة ماله الفطرة على وليه عنه بناء على ثبوتها فيه وان لم تفعل بالشركة الحقيقية كما
الزكوة للفقراء وان وجوب المجبوة ليس تعبديا محضا حتى يختص وجوبه فيها بالبالغ دون ولي الطفل وتطهر
ذلك فيما لو نذر المكلف ان يهب زيدا مثلا مثلا معينا او يتصدق به عليه ثم جن فان في وجوب ذلك على الولي
وكونه مخاطبا به دونه لا يبعد لو كان معلقا على شرط لم يحصل الا حال الجنون نعم لو دل الدليل الخاص في المسئلة

وامثالها على خطاب الولي بذلك كما قيل بمثله في زكوة الطفل فلا محض بقرينة ما مجرد ثبوت الوجوب التكليفي بها او غيره فلا يلزم من الاذعان بالاول الاذعان بالثاني لامكان كونه وجوبا تكليفيا محضا لا يتعلق الا بمن هو اهل للخطاب بداعي انه وان الولي غير مخاطب بتوليه عن المولى عليه اصلا ولا يمكن دعوى عموم الادلة للولي لانها لا افادة اصل الوجوب والاستحباب على الوارث الكامل مخاطب بعضها واما ان ولي العاجز مخاطب بالدفع عنه وجوبا او استحبابا فالاصل يقضيه والنقل لا يدل عليه وعموم الولاية لا يقتضيه بل هو منقوض في مال الغير من غير اذنه كالكبير والكافر خاصة والعاجز فلا يجوز واما استحباب دفع الزكوة من مال الطفل او وجوبها في عنق الولي فانما تقول به لدليل يخصه وذلك ظاهر بما ذكرنا ان اللازم بناء على الورود في ثبوت الايجاب بالمعنى الاول وبناء على القول بالاستحباب المنع من عزله مع صغر بعض الورثة او جنونه او سفهه او فلسه وان لم يكن ولد اصلا صح دليل الاستحباب او صح او عكسه ايضا من باب التسامح في ادلة السنن اذ لم يعلم من الشارع الاذن بدفعها وجوبا او استحبابا من خصوص الولي بعنوان النيابة عن المولى عليه ذلك نعم لا باس بدفعها بعد القسمة مع كونها من نصيب الكامل ولا باس بدفع الكامل حصة منها قبل القسمة وبعدها سواء قلنا بالوجوب او الاستحباب

الثالث

ان يكون المراد من الوجوب هو الوجه الثاني لكن مشروطا باداء الاكبر لها كلا او بعضا او بدفع قيمتها كذلك بمعنى دفع قيمة حصتهم منها فيملك منها بقدر ما دفع من القيمة مع احتمال توقف الوجوب على اداء الجميع او دفع قيمة جميع الحصة من غير فرق في القيمة المدفوعة بين ان يكون من حصته من التركة او من غيرها او منهما وهذا الوجه كالاول وجيه بهما على الثاني اضعفها بل الظاهر انه لم يذهب احد من اهل القول بالاحتساب بالقيمة اليه وقد اقرب استبعاد الرياض حيث ظن ان مرادهم وجب اجنح على بقية بان الاصل براءة الذمة من دفع القيمة مع وضوح انه لا دليل على عدم وجوب دفعها على المجنون وعدم استحبابه انما الكلام على هذا الوجه فانه هل يتوقف وجوب دفع الحبوة او استحبابه على دفع القيمة ام لا فالاصل صحيح كذا الاصل براءة الذمة من وجوب دفع الحبوة الا مع دفع القيمة ثم يجيء دفع دعوى التوقف باطلاق النص وكان الذي اوهمهم ان مرادهم بهذا الوجه معنى القول بالقيمة بالقول بامجابه لان القول بالاحتساب بالقيمة على الوجه الثابت في الحقيقة تملك مجاني لا بالقيمة على معنى المقابلة لكن لا دليل ان نافي للاحتساب انما يوجب بالمجانية اثر ثبوت زيادة على قسمة تلك الاعيان ان القسمة فيها بينهما انما هو مما عداها وان المقابل بالاحتساب انما يوجب بالنسبة تملكها او يجب دفعها اليه او يستحب على ان تكون من حصته وان القسمة فيها بين المجنون وغيره انما هو جميع التركة غاية الامر انها تحسب عليه من حصته ودليلنا على ذلك ان دليلهم ينقض على ارادة هذا المعنى منا فانا ندعوهم ذلك فانهم احتجوا عليه بان مفاد دليلنا المجنون من القرعة والقرعة انما هو لتخصيص المجنون بتلك الاعيان وهو بمجرده اعم من ان يكون ذلك بعنوان الزيادة العينية على حصته او بدونها فاذا لم يدل دليلنا على الاول من اجماع ولا نص كان اللازم هو الحكم بالثاني وهو معنى الاحتساب بالقيمة فضلا عن ان المستفاد من ظاهر ادلة الارث ونصوصه نفي الزيادة العينية كقوله تعالى

للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيبا مفروضا فان ظاهره اشتراك الجميع في كل قليل وكثير وانهم شركاء على الاشاعة وان المقسم فيما يعم جميع التركة وهو بظاهره ينفي استحقاق الحجوة بعنوان الزيادة العينية ارثا وكذلك ظاهر قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ونحوه بسائر قوله تعالى من بعد وصية يوصون بها او دين اذ لم يقل او حجوة لكن هذه انما تنفيها بعنوان الزيادة العينية ارثا وظاهر غيرها بنفيها بدونها ايضا لظهوره في عموم التركة والاشاعة فاذا فرضنا ثبوت استحقاقها بالاجماع او النص فالازم الحكم بذلك لا بعنوان الزيادة العينية افتراقا في الخروج عن ظاهر الكتاب على مقدار الضرورة فيحكم بان المقسم هو جميع التركة لكن على ان تكون اعيان الحجوة من نصيب الاكبر فان قلت فد تكون الحجوة اكثر من نصيبه اطلاق نصوصها يقتضي ثبوتها وهو مستلزم الحكم بالزيادة العينية ارثا في الجملة اي بالنظر الى زايدها وهذا يقتضي الحكم بزيادة اعيانها جميعا على ارث المشترك للاجماع على عدم الفصل بين زائدها وبين غيره منها فثبت المطلوب قلت لعل القائل بذلك يشترط في ثبوتها عدم نقصها عن نصيبه بحسب قيمتها نظرا الى انه لا ريب في ان الغالب جدا زيادة نصيبه عليها بكثير وح فلا يبعد دعوى انصراف اطلاق النصوص الى صورة عدم نقص نصيبه عنها او زيادة نرويد ذلك ان القائل بثبوتها على سبيل الزيادة العينية اعترف بها باشتراط استيلاء التركة على ما عداها نظرا الى مثل ذلك وان اختلفوا في الاكتفاء بشئ وان قل او اشتراط مقدارها الكل وارث او غير ذلك مع ان الاحتجاج بالنصوص من حيث اطلاقها على ثبوتها بعنوان الزيادة العينية ليس باولى من الاحتجاج على نفي الزيادة العينية بظاهر الكتاب حيث ان التعارض ليس من قبيل تعارض الظاهر والاظهر حتى يلزم تخصيص الكتاب والخروج عن ظاهره بالخبر بل هو في ذلك من قبيل تعارض الظاهرين من غير اظهرية احدهما على الاخر فاذا حكمنا بثبوتها من غير زيادة عينية فقد سلمنا من تقديم احدهما على الاخر من غير مرجح واما ما دل عليه ظاهر الكتاب من اشتراك الجميع على الاشاعة حتى فيها فلا بد من الخروج عنه بظاهر النصوص والا لزم اطراحها بالمرة وهو غير جائز هنا لان التعارض بينهما من هذا الاعتبار من باب تعارض النقيض والظاهر او الاظهر والظاهر ضرورة ان الاختصاص بها ينفي الشركة فيها فيخرج بها في ذلك عن ظاهر الكتاب لا انه اطراحها بالمرة وهذا هو الذي دعى السيد المرتضى الى مخالفة الاصحاب في القول بثبوتها على وجه الاختصاص فاطنه المحقق السيد علي السبط في الرسالة وصاحب الرياض من ان اعتماده على الاجماع دون الاخبار وانه لا اجماع عنده على وجوب دفعها مجانا زيادة على سهم المشترك وانما المتيقن عنده وجوب دفعها بعد دفع القيمة بناء على ما آخر من معنى الاحتساب بالقيمة وقد عرفت ضعفه مع ان السيد ره انما اخذ على مذهبه بالاخبار فانه قال فاذا اختصناه بعض الولد الاكبر بذلك اتباعا لهذه الاخبار واحتسبنا بالقيمة فقد عملنا بظواهر الكتاب وان كان انما اخذ بها لدعواه الاجماع على العمل بها على عادته وكيف كان فقد سقط بما بيناه تعجب السيد المحقق هنا في الرسالة من العلامة واضرابه القائلين بالاحتساب تبعا للسيد مع انهم لا ينفون

حجة لخبر الآحاد كما لسيدنا قال لان ظاهر الاخبار بقي الغنم لان وجوب الغنم مع خلو الاخبار عن ذكرها ناسخ للبيان عن وقت الحاجة والذي وافقنا في ذلك أبناء صاحب الرياض في معنى الاحتساب بالغنم بل قد تبين لك مما ذكرناه قوة ما ذهب اليه السيد المرتضى جدا من الاحتساب بالمعنى الذي اخترناه بناء على القول بالوجوب اذ لا وجه لتوهم استفادة الزيادة العينية ارثا الا ما سمعت وقد عرفت ضعفه جدا بل قد اشار السيد في الانتصار الى عدم دلالة تلك الاخبار وصرح بان الاصحاب لم يجمعوا على وجوبها على وجه الزيادة في الميراث فراجع واما القول بالاستحباب فانه يحمل وجهين اطلاق استحبابه فيها الى المحبو سواء طلبها ام لا فان لم تقسم التركة كان المستحب دفع غير المحبو حصته منها له مجانا وان قسمت لم تقع في حصته كلا او بعضا كان المستحب دفعها كلا او بعضا اليه مجانا او بكيفكان فالمستحب على هذا ان يزاد على حصته من الميراث بحصة غيره منها ويحمل الشرط وطلبه وارادة المحبو باشا اما بارادة الاحتساب بحصة غيره منها عما يقابل ذلك من حصته من غيرها فيه فلا يكون المستحب على هذا ان يزاد على حصته في الميراث او باراده دفع ذلك اليه زائدا على حصته مجانا او بشرط دفعه فيه ذلك ولو من غير حصته وكيف كان فلا زيادة على هذا القول من حيث الارث لا عينا ولا حكما والظاهر ان القائلين بالاستحباب على قولين قول بالوجه الاول كما هو ظاهر ابن زهرة وقول بالوجه الاول من الوجه الثاني كما هو ظاهر العلامة في المختلف بل ظاهره حمل كلام السيد في الانتصار عليه اذا عرفت هذا فقول اول من صرح بالوجوب والاستحقاق وانها زيادة عينية في الارث على سهمه ابن ادريس في السرائر مدعيا انه ظاهر فتاوى اصحابنا جميعا عدا بعضهم وانه عليه عملهم في سنة ثمان وثمانين وخمسمائة مع احتمال كلامه ارادة انه ظاهر المتن المجمع على العمل به وقد اشتهرت عند حكاية الاجماع على الحكم نفسه بل ومن غيره ايضا حكاية الاجماع على ذلك بل قد ادعى استفاضة ذلك وفيه تأمل واضح لمن استقرأ كلماتهم في المقام وقد جربنا كما حررنا ذلك في الرسالة السابقة فراجعها فان في السرائر يخص الولد الاكبر من الذكور اذا لم يكن سيفها فاسد الراي لسيف ابيه ومصحفه وخاتمه وثياب جلده اذا كان لم يتركه سوى ذلك من غير احتساب به عليه وذهب بعض اصحابنا الى انه يحتسب عليه بقيمته من سهمه للجمع بين ظواهر القرآن وبين ما اجمعت الطائفة عليه وهو تخريج السيد المرتضى ذكره في الانتصار وذهب بعض اصحابنا الى ان ذلك يستحب تخصيصه دون ان يكون ذلك مستحقا له على جهة الوجوب وهو اختيار ابي الصلاح والاول من الاقوال هو الظاهر المجمع عليه عند اصحابنا المعمول به وفاقا لهم في عصرنا هذا وهو سنة ثمان وثمانين وخمسمائة عليه بغير خلاف بينهم انتهى واول من صرح بالاستحباب بعد ابي الصلاح ابن زهرة في الغنية قال ويستحب ان يخص الولد الاكبر من الذكور بسيف ابيه وخاتمه ومصحفه وثياب جلده اذا كان لم يتركه سوى ذلك بدليل اجماع الطائفة ومن اصحابنا من قال يحتسب بقيمة ذلك عليه ليجمع بين ظاهر القرآن وما اجمعت عليه الطائفة ويتمم على ذلك العلامة في المختلف وكثير من المتأخرين واعترف العلامة بان عبارة الشيخين وابن حمزة وابن البراج غير صريحة في الوجوب وانما هي ظاهرة فيه والعمدة في وجه الاستحباب للقول بالاستحقاق على وجه الزيادة في الارث وبدونها ظهور اللام في النصوص في ارادة الملك الفعلي الغير

لا في انه ينبغي تمليكه اياها وجعله مصرفا لها كاللام في قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم
وقوله في الحديث السادس لكن في حمله منها ما يتعذر بل يبعد بعد التدبر على عدم ارادة ظاهرها وانما اريد المعنى
الثاني منها بصحيحه حريز وهو ثقة سماعة وصحيحه ربعي وعدة روايات اخر جليلة لا يدفعها جميعا مضعف ذو
دوية وقد ذكرناها مفصلا في الرسالة الطويلة فراجعها ولا تغفل

في احكام التيمم

مسئلة اتفق الفقهاء على ان الجنب اذا كان فرضه التيمم يكفيه تيمم واحد ولو كان محدثا بالاصغر ايضا
حتى لو امكنه الوضوء يلزمه سواء كان حدثه الاصغر قبل الجنابة او بعدها لان ذلك من حكم الغسل الذي قام التيمم
مقامه واتفقوا ايضا على انه لو اجنب ثانيا بعد تيممه ذلك لزمه اعادة التيمم ثانيا عن الغسل وكان في حكم التيمم الاول
في الكفاية عن الوضوء وبدله لو كان قد احدث بالاصغر ايضا ولكن اختلفوا في انه لو احدث بالاصغر بعد تيممه عن
الغسل فهل يفسد تيممه ذلك ويحتاج الى اعادة التيمم عن الغسل ويكون بمنزلة من اجنب ثانيا ام لا يفسد لكنه
يحتاج حينئذ الى الوضوء فان امكنه الوضوء توضأ لعروض الحدث الموجب له الذي لم يسقط الغسل ولا بدله لانتقال
الغسل في الغرض وتقدم فضل البدل على المبدل عنه في التيمم وان لم يمكنه الوضوء تيمم بدلا عن الوضوء لا عن الغسل فالاول
اشهرهما الاول وانواهما الثاني وهو اختيار المرتضى رضه والسيد ذهب اكثر المحققين من المعاصرين وتظهر الثمرة
بينهما في وضوء الوضوء عليه لو امكن وفي التيمم بناء على وجوب نية البدلية فينوي البدلية عن الغسل بناء على
الاول وعن الوضوء بناء على الثاني وفي الحاجة الى الوضوء او بدله لمس الكتاب بناء على الثاني مع جواز قرائة
العزائم ودخول المساجد بناء عليه واقامة على الاول فيحتاج الى انه هل ينتقض بالامرين معا او انما ينتقض
بالاول وحده والتيمم بدلا عن الغسل في جميع ذلك وفي عدم جواز النوم لمن يتيمم قبل الفجر للصوم بناء على الاول
بخلاف الثاني وفي الكيفية بناء على اختلافهما بينهما الى غير ذلك وبنى كثير منهم الخلاف هنا على الخلاف في ان التيمم
هل هو كبدله في انه رافع للحدث كما نسب الى المرتضى او انه مبيح غير رافع كما هو المشهور فعلى الاول يجزئ الثاني وعلى
الثاني يجزئ الاول والتحقيق ان النزاع في الرفع والاستباحة لفظي فان الحدث اذا اقتضى بالاثر الحاصل من الاسباب
المعهودة المانع من الدخول في الصلوة ونحوها كان معنى ارتفاعه انعدام ذلك المانع فسببها عوده بغير احد تلك الاسباب
والاجماع قائم على ان ارتفاع الحدث من الطهارة المائية ليس منها فلا بد ان يكون مراد القائل بارتفاع الحدث
بالتيمم ارتفاع منع المانع الموجود عن الحدث المذكور وانعدام تاثيره في المنع لا انعدام نفس المقتضي للمنع وهذا
هو المعنى بارتفاع الحدث من المائية ولا يخفى ان هذا المعنى هو عين مراد القائل بان التيمم مبيح لا رافع بل التحقيق
كما حققه السيد على المسبط قدس سره في البرهان ان الخلاف في المسئلة مبني على ان الاستباحة الحاصلة بتيمم الجنب هل
هي بمعنى ارتفاع المنع دون ارتفاع المقتضي للمنع كما عرفت حيث لا يجدي سبب الجنابة كما هو محل البحث هل هي
مغياة باحد امرين ارتفاع الحدث من الطهارة المائية او عروض الحدث الاصغر او هي مغياة بالاول فاقتضى

ان الاسباب ارتفاع المنع من الدخول فی الصلوٰة مثلا بجنابتها بعد عروض الحدث الاصغر ای من حیث کونه جنابة هو ممنوع من الصلوٰة من حیث عروض مانع آخر وهو الحدث الاصغر الذی لم یحصل بعدها بل عرض ذا ارتفع الوضوء لا انما یمنع من ناثیره فی المنع اعنی التیمم بدلا عند فیکون عروض الحدث الاصغر ههنا کعروض نجاسة الثوب البدن المانعة من الدخول فی الصلوٰة بعد الوجه الجنابة کونها عبر مضافة لبقاء اسباب الصلوٰة من حیث کونها جنابة بسبب تیممه السابق الواقع بدلا عن الغسل وان کان ممنوعا منها فعلا من حیث عروض مانع آخر علی الاول بنحو ما ذهب المشهور لبطلان التیمم الاول الواقع بدلا عن الغسل بالحدث الاصغر وانتقاضه کما بالماء وانتقاضه فیها لو وجد الماء فلم یغتسل ثم فقده فانه یلزم فی المقامین اعادة التیمم بدلا عن الغسل ویترتب علیه اجزاءه عن الوضوء الذی یتضمنه الحدث الاصغر الواقع قبله واجزاءه عن الغسل مع فقده وعلی الثانی یتجه مذهب الموضوعة وهو ظاهر والذی اختاره السید السند هو الاول وفاقا للمشهور متجها بانه لا دلالة للاخبار علیه وغیر قاطر فان انتقاض التیمم السابق هنا بغیر المکن من الغسل خلاف الاصل واما الاخبار فلا انصاف انها لا دلالة فی شیء منها علیه ان لم نقل علی خلافه فان الذی یوهم ذلک منها قوله ع فی صحیحة زرارة لا باس بان یصلی الرجل بالتیمم الواحد صلاة اللیل والنهار کلها ما لم یحدث او یصیب ماء قال لانه اذا اصاب ماء فقد انتقض التیمم ولو کان بدلا عن الغسل بمطلق الحدث ومثلها قوله السکونی عن الصادق ع واما روایة الحلبی عن الرجل یجنب ومعه قدر ما یکفیه من الماء للوضوء ایتوضا بالماء او یتیمم قال بل یتیمم وصحیحة زرارة متی اصبت الماء فعلیک الغسل ان کنت جنبا او توضا ان لم یکن جنبا فقد اعترف السید بعدم دلالتها علی المطلوب وتوضیح ذلک بان انتقاض التیمم المدعی هنا اما ان یراد منه لزوم اعادة التیمم علی الوجه الذی وقع او لا سواء اراد الصلوٰة او دخول المساجد مثلا فان التنصیص المزبور لا یفیده ان لم نقل فان قوله ع فی صحیحة زرارة لا باس بان یصلی الرجل آه انما یدل علی ان کل تیمم یبیح جمیع ما یبیحه عند وانه غیر لازم له وفی حکمه انه ینتقض بما ینتقض به صریحا وانه لا فائدة له بانتقض ولو کان بدلا عن الغسل بما ینتقض به الوضوء وانه یجب اعادته بدلا عن الغسل بدونه فانا نقول بوجوب اعادته البتة لما وسواء اراد الصلوٰة او کان انما یرید دخول المسجد او قراءة العزائم وهذا ظاهر عند الانصاف وسیاتی الکلام فی جنس التکوینی ویشهد لما ذکرنا ان اللازم علی فرض المسلم من الاطلاق ان الجنب اذا اصاب ماء بطل الوضوء انتقض تیممه وان لم یکن قد احدث بالاصغر کما انه اذا احدث بالاصغر انتقض تیممه الاول عندهم وان لم یجد ماء فیعید عندهم بدلا عن الغسل لا عن الوضوء وظاهر ان احدا لا یلتزم بذلک بل المقطوع به عندنا خلافه وجه الالزام اقتضاء الاطلاق المدعی مع ان ظاهر العطف التسویة بین المتعاطفین وان المعنی حینئذ ان اصابت الجنب ولو بالاصغر فاجعل تیممه الاول لا فلیحدث تیممه عن الوضوء ان اجد ماء کما تقوله نحن وانه لو وجد الماء وقد تیمم لاحداث الوضوء ولم یکن قد احدث بالاصغر اصلا فلیعد تیممه الاول الذی کما قائل بوان اردت من الانتقاض المستفاد من النص المزبور وغیره مجرد عدم صحة الصلوٰة ونحوها مما یتوقف علی حصول الطهارة ونبقی معنا اعنی التصغیر بعد الکبری اما بوضع الحدث

حنيفة كما في غسل الجنب الحدث بالاصغر كما في غسل المس والحيض ونحوه مع الوضوء حيث يجامع الحدث الاصغر او بحصول المسح من حيث كان كل من الحدثين كالتيمم من الجنب المحدث بالاصغر قوة ومن به من المس ونحوه المحدث بالاصغر او بحصول المسح من حيث احدهما رافع من حيث الآخر كما في الماس ونحوه المحدث بالاصغر المتمكن من احد الطهارتين بالماء دون الاخرى وكما في مسئلتنا هذه على مذهب المرتضى بهذا مسلم بل مجمع عليه لكن لا يتعين ما ذهب اليه المشهور فان هذا المعنى تتأتى ان يقال بنقض الطهارة الكبرى بالحدث الاصغر بمعنى عدم صحة الصلوة وما في حكمها خاصة اعني ما يحتاج الى الطهارتين معا الا بالوضوء لا بمعنى وجوب اعادة الغسل بسببه او وجوب بدل الغسل مع تعذره ولا حرمة دخول المسجد ولا قراءة العزائم مثلا فان ادعى تحصيل الاجماع على الانتقال هنا بالمعنى الاول فدونه خرط القتاد ولو اعتمد على مجرد حكاية الاجماع عليه من ادعاه مع قرب احتمال ارادة المعنى الثاني من الانتقاض او القدر المشترك بينهما ومع خلو النصوص جميعا عن افادة المعنى الاول بعد التدبر وعدم حصول الاطمينان بصدق الدعوى مع استقراء المدارك وخلوها مما يفيد المدعى فهو تشبث بالخبر حتى لو قلنا بقبول الاجماع المنقول فان قلت اللازم على مذهب المرتضى صحة الوضوء مع غسل الجنابة برا ومع تعذره قبل ان يتيمم عن الغسل وبعده قبل ان يحدث بالاصغر كما صح عنده الوضوء بعد التيمم الذي يقضيه الحدث الاصغر لاشتراك الجميع في بقاء الجنابة ولذا يرتفع بالغسل وهو كما ترى قلت لا يلزم من استواء الجميع في بقاء على وصف الجنابة استواؤها في الحكم لان المانع من صحة الوضوء في الصورة الاولى انما هو الاجماع والنص على ان غسل الجنابة يرتفع به الحدثان معا وتحصل به الطهارة منهما جميعا فيكون التيمم الموضوع عبثا بل يكون بدعة كما دل عليه النص والاجماع والمانع من صحة الوضوء الثانية ان التيمم الذي هو بدل عن غسل الجنابة يوجب حصول الطهارة من الحدثين جميعا وان لم يرتفعا حقيقة ولا احدهما فان تنزيل التراب منزلة الماء فاض بان التيمم الذي هو عن غسل الجنابة بمنزلة غسل الجنابة في جميع آثاره الشرعية ومن اوضحها كفاية غسل الجنابة عن الوضوء وحصول الطهارة به من كلا الحدثين فليكن التيمم الذي هو بمنزلته كذلك وح فيكون الوضوء قبله وبعده قبل عروض الحدث الاصغر عبثا بل بدعة كما كان ايقاعه قبل الغسل وبعده قبل عروض الحدث الاصغر كذلك واما الصورة الثالثة فالمانع المذكور فيها هو الاجماع ولا اجماع ولا نص بعد ما بينا من عدم دلالة النصوص السابقة كما هو ظاهر ولا يمكن قياسها عليهما في الحكم لبطلان القياس بمجامع القادح ودعوى ان مجرد وجود الحدث الاكبر مانع من شرعية ما يوجب الحدث الاصغر لامتناع ارتفاع الحدث الاصغر مع وجود الاكبر فيكون فعل الوضوء عبثا بل بدعة واذا لم يشرع الوضوء مع امكانه لم يشرع التيمم بدلا عنه مع تعذره وهو المطلوب شطط واضح بل غلط فاضح اذ هو مجرد دعوى لا دليل عليها من عقل ولا نقل بل هي كدعوى ان الحدث الاصغر قبل ارتفاع الحدث الاكبر لا اثر له اصلا وانه بمنزلة العطاس في انه ليس من الحدث ولكن حيث قام الاجماع هنا على ان وجوده هنا ليس كعدمه تعين ان يكون بمنزلة وجود الماء في كونه رافعا للاثر الحاصلة بالتيمم السابق فيجب اعادة التيمم عن الغسل الذي ارتفع حكم الاستباحة به سواء امكنه الوضوء ام

وهو المطلوب فانها ایضا دعوی مجردة عن الدلیل بل هی کما یظهر مما ذکرنا مصادرة محضة فان العقل لا یصل الی امتناع ارتفاع الحدث الاصغر مع بقاء الوضوء حال بقاء الحدث الاکبر من جنابة ونحوها ولا الی امتناع ارتفاع الحدث الاصغر مع بقاء الحدث الاکبر ولا الی امتناع بقاء استباحة الدخول فی الصلوة ونحوها من حیث الجنابة مع حصول المنع منها دون المنع من الدخول فی المساجد ونحوها من حیث عروض الحدث الاصغر ولا الی امتناع بقاء الحدث الاکبر من جنابة او غیرها مع ارتفاع الحدث الاصغر بالوضوء والاجماع علی شیء من ذلک غیر محصل ولا منقول علی وجه مقبول بل الانصاف ان النصوص فی المقام تقضی الانتقاض بالمعنی الاول وذلک ان قوله ان الله جعل التراب طهورا کما جعل الماء طهورا یقتضی انه کما ان الغسل لا ینقض بالحدث الاصغر ولا یجب اعادته بسببه فکذلک یمنع منه فیدل ذلک علی جواز دخول المسجد بذلک التیمم وان احدث بالاصغر وکذا قراءة العزائم واذا ثبت ذلک لم یمکن الحکم بکفایة التیمم بدلا عن الغسل فی صحة الصلوة لانه اعاده لم ینتقض بالمعنی الاول بل کما ان الغسل لا یرفع الحدث الاصغر الحادث بعد الغسل من الاکبر ولا یبیح الدخول فی الصلوة فکذلک ما هو بمنزلته اذا وقع بعد الحدث الاصغر الحادث بعد التیمم الذی هو بدل عن الغسل تحقیقا لمقام البدلیة واعطاء للتیمم حکم الغسل علی ما یقتضیه واضح الدلالة فی المقام علی حصول الانتقاض بالحدث الاصغر هنا بالمعنی الثانی ضرورة وجود المقتضی الثابت السببیة علی الاطلاق بعموم قوله کل من وجد طعم النوم فانتقض وضوءه فقد وجب علیه الوضوء مضافا الی عموم الآیة وغیرها والحاصل ان هذا الحدث لا بد اما ان یکون لا اثر له اصلا او یکون اثره نقض التیمم الذی وقع بدلا عن الغسل او یکون اثره النقض بالمعنی الثانی اعنی الحاجة الی الوضوء وبدله لا سبیل الی الاول بالضرورة وقد اثبتنا بطلان الثانی فتعین الثالث والحاصل مذهب المشهور موقوف علی ثبوت استصحاب بقاء الاستباحة من حیث الحدث الاکبر مع انتقائها من حیث الحدث الاصغر وبثبوت الدلیل النقلی علی امتناع ذلک وکلاهما محل نظر بل منع کما عرفت نعم افتی بها یمکن ان یقال کلا الوجهین محتمل واصل الشغل فی المقام یقضی بلزوم الجمع بین التیمم بدلا عن الغسل وبین الوضوء مع امکانه ومع عدم الجمع بین التیممین بناء علی اختلاف الکیفیة او لزوم مبنی البدلیة سواء قلنا بان ذلک فی شرطیة شرط ام لا کما هو واضح فان الشک هنا فی تعیین الشرط لا فی الشرطیة لکن قد عرفت ان ادلة البدلیة بعد تدبرها مع ادلة سببیة الحدث الاصغر للوضوء تقتضی الاکتفاء به مع امکانه وجوازه بدله مع تعذره مضافا الی اقتضاء الاستصحاب بقاء الاستباحة من حیث الحدث الاکبر لکنا لا نفتی به هنا حیث ان الشک فی المقام فی قادح العارض لا فی عکس ظهر بهذا مرادنا من قولنا اولا ان الاصل عدم الانتقاض فتدبر جیدا جدا واغتنم ولا تغفل والله العالم العلیم

فی احکام الاکراه والنسیان

فائدة اعلم ان کل عمل مشروع من عباداة نفسیة او غیریة او معاملة عقدیا او ایقاعیة او غیرها اذا جری علی وجهه المشروع صح وترتب علیه اثره الشرعی وان الاصل والقاعدة عموم الحکم بصحته وترتب اثره وعدم

ان تفعلوا عملا غير بر فان ولد السوء يعير والده بعمله كونوا المزاقطعم البر زينا ولا تكونوا علينا شينا صلوا فى عشائرهم
وعودوا مرضاهم واشهدوا جنائزهم ولا يسبقونكم الى من الخير فانتم اولى به منهم فوالله ما عبد الله بشئ احب
اليه من الحياء قلت وما الحياء قال التقية وقال ع خالطوهم بالبرانيهم وخالفوهم بالجوانح اذا كانت الامر صيانة
وفى بعضها التعليل بقوله ع حتى يقولوا رحم الله جعفرا ما كان احسن ما يؤدب اصحابه الى غير ذلك وعلى هذا فنكون
التقية اعم موردا من الاكراه بل الاضافان بينهما عموما من وجه فان المراد منها فيها الجرى على مذاق العامة معاشرة وحملا وافناء ولو مع الامن التام فقد تضر بدون
وقد يصدق بدونها وقد يجتمعان وهو ظاهر ثم الظاهر من اطلاق النصوص والفتاوى ان رجحان التقية شرعا
مع الامن لا يختص بمن يجهل المخالفون مذهبه وعقيدته بل يستحب مطلقا وان علم المخالف بمخالفته له فى ذلك كما
لا يخفى على من سبرها وتدبرها وان كانت الحكمة فى الرخصة فيها او الالزام بها شدة المحافظة على اخفاء المذهب
حياطة من شرهم على اهله لكن ينبغى ان يعلم ان التقية مع الامن التام انما تجوز بل تستحب فى المعاشرات كعيادة
مرضاهم وتشييع جنائزهم والسلام عليهم والقيام لهم ونحو ذلك دون المحرمات الذاتية كشرب النبيذ ووطى المملوكة
والاظآرة رمضان ووطى الام ملفوفا والافتاء بالباطل ونحو ذلك فان التقية فيها انما تجوز مع خوف الضرر
الموجب لها مع عدم المندوحة وعدم تعذر التفصى عنه بايهام فحوى ما دل على الاول فالحجة عليه اطلاق ما مر من النصوص
وصريح بعضها واما الثانى فلاطلاق ادلة التحريم فى المحرمات الذاتية مع الاجماع على ان المحرمات الشرعية لا تخرج
عن حكم التحريم الا عند الاضطرار الفعلى ولذا اجمعوا على انه لو اكره على وطى زوجته او الاجنبية لم يجز له وفى الاولى
بل الوطى فيها كان زانيا وعليه الحد وهذا واضح لا اشكال فيه انما الاشكال فى انه هل يجوز عليه الدخول فى موضع
يعلم انه يكره فيه على المحرمات الذاتية او يضطر فيه الى التقية فى فعلها ومثله الدخول الى مكان يعلم اضطراره
فيه الى اكل الميتة او شرب الخمر او كلاهما ومن ان فعل المحرم منسوب عن اختيار خال من الاكراه والاضطرار
والمقدور بالواسطة مقدور فهو حرام فى ذلك كمن دخل الدار المغصوبة فانه اثم فى خروجه يستحق العقاب عليه
كما يستحق العقاب على الدخول للنسبة عن دخوله الاختيارى وان كان الخروج حالة الخروج واجبا محضا غير محرم
ومن انما نسبت الى فعل مكره عليه او مضطر اليه وهو بهذا العنوان غير محرم ويدفعه ان النسبة الى الفعل
المكره عليه نسبة الى الفعل بقيد من غير اكراه فيلزم الاثم عليه واستحقاق العقاب بهذا الاعتبار وان
كان الفعل المذكور حال الايجاد غير مطلوب الترك ولا يستحق عليه العقاب باعتبار تلك الحالة والاثم بالمعنى
من الفى يضع البر ولم يعاقب على الالقاء نفسه باعتبار انه عاجز عن حفظها بعد الالقاء والقول بانما
نسبت الى الاكراه على الحرج كما يوضح الاشكال بل يزيده لان الاكراه على الحرام محرم اخر وقد نسب اليه واخان
عليه والانصاف انه لا اشكال فى جواز الدخول الى مواطن التقية التى هى من القسم الاول لابتناء ظهور
النصوص فى ذلك هذا ولعل الدليل ان يقول ان اطلاق ما دل على مشروعية التقية مع الامن يصرفنا الى الغالب

من حصول الخوف وتوقع الضرر منهم ولو على الغير من غير الحاضر وان ما يتوقف منه على مشرع عنها سمعه محمول على صورة امن المتقي على نفسه خاصة او من الحاضر خاصة ولا يخفى ما فيه ومما يدل على ان التقية ضمان وان التقية مع الامن لا تجوز في المحرمات الذاتية ما رواه سعدة ابن صدقة في الموثق عن ابي عبد الله في حديث ان الله اذا اظهر الايمان ثم ظهر منه ما يدل على نقضه خرج مما وصف واظهر وان كان ناقضا الا ان يدعي انه انما عمل ذلك بتقية ومع ذلك ينظر فيه فان كان ليس مما يمكن ان تكون التقية في مثله لم يقبل منه ذلك لان التقية من انزل الهاعن مواضعها لم يستقم له ونفسه ما ابقى مثل ان يكون قوم سوء ظاهر حكمهم وفعلهم على غير حكم الحق وفعله وكل شيء يعمل المؤمن بينهم لمكان التقية مما لا يؤدي الى الفساد في الدين فانه جائز ووجه الدلالة انه لا يمكن ان يراد به ما يؤدي الى الفساد خصوص التقية في الدماء كما هو ظاهر وكان يراد المنع من فعل المحرمات الذاتية مع خوف الضرر منهم بسبب ترك التقية كشرب الخمر والزنا وترك الصلوة والافطار في رمضان فانه جائز اجماعا وضرورة فينحصر المراد في ان التقية مع الامن انما تشرع في فعل غير المحرمات الذاتية كما مثلنا ونحوها واما تشرع حينئذ في مثل تشييع جنائزهم وعيادة مرضاهم والصلوة عليهم ومعهم ونحو ذلك مما حومنع من حيث الشعار لا من حيث الذات فان الاصل في ذلك كله لا يقصد المدارات لهم والتخالف معهم والحاصل انها تشرع لدفع الضرر والفساد وان الشارع قد حرم عليهم ظلمهم وتعديهم واحترامهم ما دام السبب في ايديهم وان امتاز منهم ولم يباشر المحرمات الذاتية الا عند خوف الضرر منهم او من غيرهم واما ما يدل على ان التقية في المحرمات الذاتية مع خوف الضرر انما تجوز حيث لا مندوحة فمما دل على ان الاكراه على المحرم لا يبيحه جواز فعله مع امكان التفصي عنه وهو ان قوله ع رفع عن امتي ما استكرهوا عليه وقوله ع لا امن اكره وقوله ع الا ان يتقوا منهم تقية انما يفيدان ما يجوز من المحرمات وتضطروا الى فعله بسبب اكراه التقية اباكم وانفاسكم من شره فلا اثم عليكم فيه وجه ظهور ارتفاع الاثم انما هو خصوص ما فصل من المحرمات من تقيه واكراه وبسبب ذلك لا مطلق ولا يبان من اكره على شرب الخمر مثلا وكان هناك انما آن يتعقد المكره بالكسر ان كلا منهما خمر والمكره بالفتح يعلم ان احدهما حلال والاخر خمر فشرب المكره بالفتح الخمر لم يتعقد عليه من شربه عن اكراه ودفعا للضرر ضرورة امكان اندفاعه بان يشرب الحلال بل لو شرب الخمر فانما شربه اختيارا مع تمكنه من اكراه فيأثم وكذا من امكنه صب الخمر في جيبه من حيث يخفى على المكره بالكسر فشربه مضافا الى عناده لمن الهجوم على حصر التقية فيما يضطر اليه الانسان كقوله ع التقية في كل ضرورة وصاحبها اعلم بها وقوله التقية في كل شيء الا في شرب النبيذ والمسح على الخفين فان الظاهر ان وجه الاستثناء فيهما غلبة امكان التفصي عنهما اما بامكان الاعتذار في الاول بانه بصره او انه غير معتاد له كما قد يعتذر الانسان اليوم عن شرب القهوة او التتن بعدم الاعتياد وفي الثاني بامكان غسل الرجلين الذي هو اقرب الى مسحها من مسح الخفين وان كان هو ايضا بدعة او لامكان مسحهما فانه جائز عند بعضهم فانهم لا يعينون المسح على الخفين بل يرخصون فيه بل الانصاف

ان الاکراه غیر صادق مع امکان التفصی مطلقا سواء کان المکره علیه معینا او مخیرا واما مع عدمه فلا اشکال فی الصدق مع التعیین واما مع التخییر بین محرم ومباح کما لو قال اشرب هذا الخمر وهذا الماء والا قتلتک فالاضافان ان کلا منهما مورد اکراه واقعا وانکره شیخنا فی الجواهر فادعی انه لا یصدق الاکراه مع التخییر المذکور کما لا یصدق مع التعیین وامکان التفصی والوجه خلافه نعم هما فی الحکم سواء ای فی عدم جواز الاقدام علی المحرم اما مع امکان التفصی فلما مر واما مع عدمه وتخییر المکره بین المحرم والمباح فلان ما دل علی کون الاکراه عذرا لم یدل علی ان کل محرم مکره علیه تعیینا او تخییرا فهو جائز بحیث یکون الاعلی الملزم عند به منی یتحقق فاترک لیس لذلک وانما سیق للدلالة علی ان الاکراه الموجب للاضطرار الی فعل المحرم بسببه موجب للعذر ورافع للحرمة ومع التخییر المذکور لا اضطرار الی فعل سببه کما فی صورة امکان التفصی ودعوی شیخنا عدم تعلق الاکراه بالحرام مع التخییر المذکور نوجب سوی عدم تعلقه بصاحبه اعنی المباح وهو کما تری واما لو جبره المکره بالکسر بین محرمین فلا اشکال فی تاثیر الاکراه فی التحلیل لکن فی اخفهما حرمة نظر لزوال اغلظهما حرمة ومع استوائهما فیها یتخیر ووجهه واضح علی ما ذکرنا فان قلت اذا کان اجتماع المباح مع المحرم لا یزیل حکم التحریم عن المحرم مع صدق اسم الاکراه علی کل منهما فالاکراه علی الشامة لو قیل له اشرب الخمر او اعطنی جمیع مالک والا قتلتک جمیع مالک جاز له ذلک قطعا بل لا یبعد الجواز ایضا مع ان الفرق بین المثالین واضح مظنة الکلام فیما یبیح الاکراه من تحلیل الحرامات وهو فی المثال الثانی واضح السببیة بل هی فی مثله اجماعیة واما فی الاول فهی فی مثله محل تامل نعم ان کان الضرر الحاصل من دفع جمیع المال فی نفسه اری مع قطع النظر عن عروض الاکراه ما یجوز الشارع ضرر شرب الخمر کالضرر الحاصل عند المخمصة جاز له شرب الخمر حینئذ مقدمة لما هو اهم شرعا فان صح الضرر لا یوجب هذا تحریم الحرامات والاجاز الدخول مع الغاصبین فی اعمالهم بمجرد الخوف من سلبهم بعض ما لهم الذی یکفی به فی صدق الاکراه لو اکره وبما یؤید ما ذکرنا انه لو اقتضی الاکراه التحلیل مطلقا لجاز شرب الخمر لو قیل له اترک صلوة اللیل واشرب الخمر والا قتلتک بل قد یشکل فی تاثیر الاکراه فی التحلیل ولو کان تعیینا کما لو قیل له اشرب الخمر والا منعتک من صلوة اللیل او من شرب هذا الماء او لبس هذا الثوب او من الجلوس فی هذا المکان فتامل ثم الضرر المتوعد به من المکره بالکسر علی المحرم او ترک الواجب المسقط ان کان یسیرا لا یبلغ حد العسر والحرج استحب للمکره بالفتح تحمله ومخالفة المکره فان توصل الی الحسن ترک الفعل وهو حسن بل ربما کان احیانا الی الغیر کما لو قیل له اسلمنی بدلا عن الاسلبک فبذل لی عموم قوله تعالی جزاء الاحسان الا الاحسان بل وقوله تعالی یؤثرون علی انفسهم وقوله فاتقوا الله ما استطعتم وان کان کثیرا یبلغ حد العسر لم یمنع الشارع من تحمله جاز له تحمله من غیر استحباب حتی فی المستحبات بناء علی سقوط

الاستحباب شرعا بعروض العسر كالوجوب بدعوى عموم قوله تعالى ولا يريد بكم العسر وشمولها لذلك أو دعوى ظهوره في نحو المعسور واما بناء على دعوى انها انما سيقت لدفع ما توهم من اطلاق ما دل على وجوب الواجبات او تحريم المحرمات التي من آثارها ترتب العقاب على المخالفة فكما ترفع ذلك انما تعلق الامتنان في المقام بالميسور دون المعسور فلا يسقط الاستحباب فان قلت يكفي في سقوط استحباب المستحب قوله ع لا ضرر ولا اضرار بناء على ان معناه ان الشارع لا يطلب شيئا فيه ضرر ولو استحبابا وح فلا يستحب تحمل الضرر ولو كان يسيرا وان لم يبلغ حد صدق اسم العسر والحرج قلت الانصاف انه كما يفيده فان مفاده والمتبادر منه ان الشارع لا يلزم بتحمل الضرر ولا يجيز اضرار الغير اعتبارا نظرا الى ان القاعدتين معا في معرض اللطف والامتنان على العباد ودفع الاستحباب لا يناسب الامتنان وانما يناسب دفع الالزام وح فيكون من مفاده او نفاعه التحريم بسبب اكراه فعل المستفاد من قوله ع رفع عن امتي ما استكرهوا عليه وعليه فلا تنافي بين الفقرتين اعني قوله لا ضرر مع قوله لا اضرار كما هو المعروف وربما ظن بعضهم وهو الاستاد الاكبر الشيخ جعفر تنافيهما حيث فهم من قوله لا ضرر اطلاق عدم وجوب تحمل الضرر ومن قوله لا اضرار اطلاق عدم الاذن باضرار الغير ولو عن اكراه فلا يرتفع التنافي بينهما حيث يتعلق الاكراه باضرار الغير اسلب زيدا والا سلبنك فان اطلاق الاول يقتضي الاذن في سلب زيد واطلاق الثاني يقتضي عدمه فالتزم لذلك في مثل المثال باعتبار الموازنة قبالا للاردبيلي وفي مثل ذلك اعني الاكراه على اضرار الغير اعتبار الموازنة بين الضرر بناي بين ترتبه المكره بالفتح من اضرار المكره بربين ما يريده المكره بالكسر من اضرار المكره بالغير فيهدد اعلمهما ضررا ومع التساوي يخير ربما قيل انه احوط قلت وفي كلا الدعويين نظر اما الاولى فلانا ان جعلنا المتعاطفين في النفي بمعنى واحد وان العطف للتفسير ظاهرا ان يراد من الضرر الضرار وبالعكس اذ غاية الفرق بينهما ان النفي بينهما في الاولى بمعنى النهي بخلاف الثاني وان جعلناهما متغايرين كما هو الظاهر فيكفي في انتفاع الثاني بينهما ان اطلاق النهي عن الاضرار كلما المستفاد من قوله لا اضرار ليس الا كاطلاق النواهي الشرعية المطلقة الشاملة لصورة الاكراه وغيره مثل لا تزن ولا تشرب الخمر ولا تغصب وغيرها التي ورد على بعضها قاعدة الاكراه الناظرة الى تلك الاحكام جميعا فتقدم عليها بحكم الفرق وان كانت النسبة بينها وبين كل من تلك الادلة العموم من وجه فاعدة مطردة تطرد ذلك تحكيم قاعدة العسر على جميع ادلة الواجبات الشاملة باطلاقها لحالتي العسر وعدمه واما الثانية فلان اللازم على ما قرر ان يكون النسبة بين اطلاق الفقرتين العموم فتقرر الاولى بصدقها على الضرر مثلا والثانية بصدقها على اضرار الغير اعتبارا وان تحققا في الاكراه على اضرار الغير بالنظر الى فعل المكره بالفتح وهما متغايران كما عرفت سواء كان الضرران متساويين او مختلفين واما بالنظر الى المكره بالكسر فلا اجتماع قطعا فلا زم ذلك مع قطع النظر عما ذكرنا ان لا ينظر الى الموازنة بين الضررين بل اما ان يحكم بالتخيير ابتداء او استنادا من حيث لا ترجيح مع فرضهما متخالفين للاصل

او يقدم

او یقدم المضر او الناقل حیث یخالف احدهما الاصل علی الخلاف فی ذلک کلم المفرد فی محله سواء اشتبه الضرران او اختلفا لان التزاحم بین الضررین وتعارضهما بالعموم من وجه هنا لا یختص بصوره اختلاف الضررین ولیس فی ادله احد الضررین قرینه علی حمل الضرر القوی منهما بنا سبب من احدی الجهات فرق بین هذا والاقرب ان القابل بالموازنه قائل بالمقام علی ما لو اضطر المکلف باکراه او غیره کالغریق مثلا الی مال فاتلف مال زید او عمرو فانه یلزم ترجیح اقلهما ضررا لان الحاکم انما یاذن لسبب الاضطرار فی الاقل فاذا اندفع به الضروره من الاضطرار فلا یحل له اتلاف الضروره تنقدر بقدرها بل کل المحرمات یلزم اختیار اقلهما حرمه مع التعدد ان شیء کانت من حق الخالق او من حق المخلوق او منهما کما تری فی قوله اسلب زیدا والا اسلبنک علی قوله اسلب زیدا او عمرا والا اقتلنک وانه کما تری فی المثال الاول اسلب زیدا واصبر علی سلبی بالله وهو کما تری فاسد لیس مما اجبره المکره بالکسر بین محرمین لیلزمه اختیار اخفهما حرمه بل لیس هذا من التخییر فی شیء بل لو کان من التخییر بین المباح والحرام کان یقول اعطنی مالک او مال زید لم یجز له دفع مال زید لانه اقل ضررا من الضرر الفنی یلزم الوجود المنع عن فعل الحرام بالمباح المانع من الاقدام علی الحرام حتی مع الاکراه کما عرفت مع ان لحاظ یقتضی جواز الاقدام فی مثل ذلک وهو کما تری بل المقام مما امر فیه المکره بالکسر بجزء علی المتعین وقد المکره بالفتح علی ترکه بان یفعل هو معصیه ما یجزم علیه فلا تخییر فی حق المکره بالفتح بین محرمین علیه حتی یلزم الموازنه ولا بین محرم ومباح حتی یتعین علیه فعل المباح فتامل هذا ولعل مدعی لزوم لحاظ الموازنه انما اراد خصوص صوره التخییر بین المحرمین من حیث یتعلق احدهما بالمکره بالفتح وانکان المحکی عنه الاطلاق کما لو قیل له اتلف مال زید فان اتلاف المال فی نفسه محرم ذاتی بخلاف دفع مال نفسه الی المکره فانه فی نفسه غیر محرم بخلاف دفع مال غیره ومثله ما لو قیل له اقطع ید زید او اصبعک او بالعکس والاقتلناک بناء علی تعلق الاکراه شرعا بمثله من الدماء وعدم استثنائه کالنفوس فح یلزم فی مثله لحاظ الموازنه وجهه واضح مما عرفت فتکون الدعوی ح منحصره فیما لو کان الضرر المتوعد به رافعا للتکلیف عن المکره بالکسر فی فعل المکره علیه واجب عفه فتعذر الی التخلص من ذلک الضرر بالوجه المکره الاستدلال علی عدم فعل المکره علیه بشیء اخر من استشفاع او هرب او غیرهما لو مر ذلک شهیدا او نحوه او لعله مما حکی عن مسلم بن عقیل رضه من انه قال للشرطی لو کان بینی وبینک قرابه ما استثنیتنی وهو اربعه طلقات الفرض مما طرقا والعمل لقوله تعالی ولا تلقوا بایدیکم الی التهلکه وقوله ص حرم الخمر لاسکارها والعرض اجماعا ونصا قال تعالی ان الله فوض الی المؤمن اموره کلها ولم یفوض الیه ان یذل نفسه ولم یسمع لقوله تعالی العزه لله ولرسوله وللمؤمنین وانجح الاعراض عنها عند العقلاء اعظم من فتح الاعراض عن حفظ النفس وقضیه حرمه الشرع للخضوع الموازنه علی وجوب التجرد انها شعار المؤمن ودثاره ولقوله تعالی ولا تسبوا الذین یدعون من دون الله فیسبوا الله عدوا بغیر علم وغیر ذلک ثم اعلم انه لو علم المکره بالفتح بترتب المکروه علی کل حال ای سواء امتثل المکره بالکسر خالف لم یجز له فعل الحرام والمکره

عليه بخروج نفاج عن كونه دفاعا ولو شك فى اندفاع المكروه بفعله او ظن جاز فعله فضلا عما لو ظن اندفاعه
وقد يشير الى الاول قوله فى الصحيح انما جعلت التقية ليحقن بها الدم فاذا بلغ الدم فلا تقية بناء على حمله على
ارادة فاذا تحقق انهم يقتلون المكره المتقى منه البتة فلا معنى للتقية ولعل منه فعل عبد الله بن يقطر رضه
حيث اخذتم امر سيد اهل البيت فسبوا عدائهم ولكن الانصاف بعد هذا المعنى من النص المزبور وانكار
فى نسر صحيحا هذا وقد استثنى الشارع من الحكم بتحليل المحرمات بسبب الاكراه القتل اجماعا ومطلق الدم
فى قول الشيخ للنص المتابن مثله وفى الموثق انما جعلت التقية ليحقن بها الدم فاذا بلغت التقية الدم فلا تقية
قالدم فان التقية مع خوف القتل والاكراه مثلا رمضان اذا التقية فعل المكره بالفتح ما ينتفى به المكروه والاكراه
فعل المكره بالكسر اعنى يوعده بالمكروه سواء كان بصريح المقال او بشاهد الحال فيكون معنى النص انه لا اكراه
فى القتل وانما حمله الاصحاب على ارادة القتل خاصة لانصرافه اليها كما هو الانصاف واقتضاء فى تخصيص دليل
الاكراه على القتل ثم اطلاق حكم الشيخ بالتعميم يحمل ارادة خصوص صورة المقابلة بالمثل من الحرج كما لو قيل
لاقطع يد زيد والا قطعنا يدك او اقطع رجله والا قطعنا رجلك وهكذا ويحمل ارادة الاعم من ذلك ومما
لو قيل له اجرح زيدا والا جرحناك خفيفا او اسرق ظفا والا قتلناك ولا يخفى بعده وكيف كان فمحل المراد من القتل
والقتوى مجرد ان الدماء لاحكم للاكراه فيها وان قاعدة التسويغ بسبب الاكراه لم تشرع فيها وانما شرعت
فيما عداها اوان من حكم الاكراه على الدماء وجوب الصبر على القتل وعدمه فى حقه مطلقا على الاول يلزم الموازنة
وملاحظة اهمهما الاهم شرعا وايهما الاخف حرمة فمهما الاخف بالاعظم منه ومن صاحبه حيث انه مامور بحفظ
نفسه تسبيبا ومباشرة وبحفظ صاحبه كذلك فاذا اضطر الى اتلاف احدهما لزم ترجيح اخفهما حرمة فان انتفا
تاثير الاكراه من تسويغ المحرم لا يمنع من وجوب ملاحظة الاهم كما لو كان احدهما عالما ملاسخيا فوباشر بغيا
والاخر فاسقا مؤذيا بجلاء مرضيا ما بوسا من برئه كما انه لو غرقا معيا وتوقفا نقاذ احدهما على اتلاف الاخر
لزم اتلاف المرجوح منهما وانقاذ الراجح فكذا فى المقام وعلى الثانى لا يلتفت الى شئ من ذلك بل يجب على
المكره بالفتح ان يهدم نفسه كائنا من كان الى الكل من كان بل ولو كان جامعا لجميع وجوه الترجيح بل ولو كان
صاحبه عالما او ذميا والانصاف ان النص لا يستفاد منه من تخصيص عموم حديث الرفع بالدماء ولا ان مرجع
الى حكم الاضطرار الى احد المحرمين من اول ملاحظة الترجيح ان وجدا والا فالتخيير ولو هم الاجماع على الوجه الثانى
مع انهم لم يفتوا عليه صريحا ساقط ولعله الى ذلك بنظر كلام شيخنا فى الجواهر حيث رجح عدم جريان هذا
الاستثناء فى دم المخالف لعموم ما الف منهم بواحد منكم فانما يتم على الوجه الاول واما على الثانى فان لا يتطرق الموازنة بوجه اصلا نعم يمكن اخراج المخالف واخويه على الوجهين من وجه اخر وهو ان يقال
ان ظاهر النص المتابن المقابل بارادة حقن دماء اهل الحق خاصة وان اللام للعهد فى الموضعين ومنزلا على
ظاهره على الوجه الثانى فى كل الحالات يحمل المكره على قتل غيرها اذا استفاده هدر دمها ودم المحمل بسبب الاكراه

ان غاية الاشكال فلعل المناسب فيها لحاظ الواجد وان لم يلحظ في غيرها واما على الوجه الاول فلو كانت اهم على ساحبها اداء بجاتها بحملها ولو كانت مرجوحة كانت عاجزة شرعا عن تخليص نفسها ومن تخليص حملها عرفت هذا كله فاعلم ان الاشكال في ان النجاسة من العاسر من باب الاكراه وفي حكمه في كل ما ذكر حتى لو فرض عدم صدق المستكره عليه عليها للقصور المتوارة جدا على جوازها بل على وجوبها والحث عليها فقد جمع في الوسائل في باب الامر بالمعروف منها اكثر من مائة حتى سوى ما رواه في مقدمة الكتاب وفي باب الطهارة وفي باب صلوة الجمعة وفي باب صلوة الجماعة وغيرها انما الاشكال في ان العبادة او المعاملة عمدا او ابتداء او غيرهما اذا امر بها على غير الوجه المشروع اذا جيء بها على الوجه المشروع عندهم حيث يجوز لنا ذلك او يجب هل يحكم لها بالصحة ويترتب كما يحكم بذلك لو جيء بها ناسيا حيث لا تفتقر ام لا وعبارة اخرى هل يقلب المطلوب حيث يكون عباة او يؤمر حيث يكون معاملة سبب التقية الى ما يوافقها [illegible] بصلوة الحاضرة السفر الى القصر والطهارة واجدا الى التيمم عند عدم الماء لا وانما تكون جنسا ونوعا لا غير فعلى الاول يكون العمل الفاضر في باب العبادات امتثالا حقيقيا للامر العبادي كما ان الاعمال الفاقدة لبعض الاجزاء او الشرايط من اولى الاعذار كالناسي والمضطر العاجز والمضطر في الصحيح والاجزاء لكونها تامة كاملة بحيث لا تحتاج الحاضرة ثم يجري الخلاف فيها على حدها وفي غيرها من اولى الاعذار هل يشترط في صحة عملهم وقوعه في اخر الوقت او يصح وان وقع في اوله او يشترط اتيانه الى اخر الوقت وعلى هذا الوجه لا فرق بين فوات الجزء الركني الثابت الركنية للدليل كالركوع مثلا او للاصل بناء على الصحيح من ان ما شك في ركنيته ركن وما شك في جزئيته جزء وبين فوات الشرط لا يصح العمل بدونه مطلقا كالطهارة الحدثية او في الجملة كالطهارة الخبثية مثلا لان الشارع على هذا الوجه جعل التقية عذرا ثانيا وبدلا عن العنوان الاول بل اللازم على هذا الوجه بطلان العمل لو جيء به على الوجه المشروع ضرورة دعوى الانقلاب والتبدل شرعا وعلى هذا فلو توضأ بالنبيذ او بالمسكر مسح على الخفين وكبر بالعبادة وجهر القارئ بها وكان لا يسعه الجلوس والسجود على الصعيد وابدل التسليم بالتكبير كانت صحيحة مجزية بالواجد شيء من ذلك تماما في التقية فتكون باطلة واما على الثاني فالازم التفصيل بين ان يكون التقصان الحاصل بسبب التقية باعتبار فوات جزء ركني ولو بالاصل [illegible] وبين ما لو كان باعتبار فوات ما لا يوجب البطلان وانكان في اخر الوقت واستمر العذر وانكان النقصان باعتبار فوات ما لا يوجب البطلان مع العذر كترك السورة ومسح الخفين وغسل الرجلين ونجاسة الثوب مثلا وغيره ذلك حكم بالصحة لا لاقتضاء اولية التقية ذلك بل لعلامية ما دل على الاقتضاء في تلك الامور بدليا لا عذار بخلاف ما لو كانت التقية بالوضوء بالنبيذ او بالاقل بفعل عبر الجنابة عن الوضوء او بالتكفير في احد الوجهين ونحو ذلك ثم يترتب على هذا الخلاف الثاني في ذوي الاعذار فعلى الاول يحكم بالبطلان لو فعل في سعة الوقت وعلى الثاني يحكم بالصحة مطلقا وعلى الثالث يحكم بها مع استمرار العذر لا مطلقا المشهور على ما قد يظن من اطلاق عبارتهم هو الاول والحق كما يقتضيه الاصل هو

الثانى بل الانصاف ان التدبر كلما تم لا ينافيه فانها انما سيقت لافادة ان التقييد ثابت فى كلما يغفر تركه لعذر صحيح بحيث يكون الاحتجاج على بقاء التكليف بما عداه بنحو نوادر المبتلى لا يسقط بالمعسور وما لا يدرك كله لا يترك كله ونحوه واما دعوى ان كلا منهم كلا او جلا قضى فى انيا عدة بتغفر تركه بوجه اصلا كالطهارة الحدثية التى قال فيها تم لا صلوة الا بطهور ونحو ذلك بحيث لو صلى فاقدا الطهورين تقبل وقد قلنا بسقوط الاداء عنه دون القضاء تكون الصلوة مسقطة للقضاء حينئذ تكون التقييد غير ما بالمعنى الاعم وان العمل بقلب شرعا من حيث الصحة والطلب العبادى ثم العبادات والمعاملات المعاملات بسببها الى ما بواسطتها مطلقا فكلا بل الاراك تجده صريحا بذلك عند بعض من تأخر عنا بزمان ثم عبا بزمان ثم بمثل التدبر الصادق فيهم نحكم بكم انهم اجمعوا على ان التقييد عندى فى كل مقام بمعنى انها بنوع تسببها الاقدام على غير المشروع مطلقا لولاها بل بنوع تسببها الاقدام على المحرم ذا المذاقة كما فطار شهر رمضان ونحوه كما تقدم ولكن هذا غير ما نحن فيه كما لا يخفى على المتدبر النبيه بذلك علوة ذلك انهم انما ذكروا الحكم بصحة العمل المنهى عنه فى موارد خاصة بعضها جزء او شرط مما يمكن ان يبنى فيها الحكم بالصحة لقاعدة ما لا يدرك كله او قاعدة لا تسقط الصلوة الا من حيث نحو ذلك مثل مسئلة المسح على الخفين او غسل الرجلين او التكبير او ترك البسملة او السورة وامثال ذلك مخصين على ذلك حكم بما ذكروه بان الامر يقتضى الاجزاء يعنون بذلك ان الامر يتعلق بما عدى الفعل او الترك المنهى عنه من ذلك العمل والحال ان ذلك الفعل او الترك منه المأتى به بسببها كالتكبير مثلا معدودا فيه ولا يضرون بذلك شيئا من ما مور به ذلك الفعل او الترك الذى هو العمل بقيد امر اعباديا اى ان ذلك الامر بغير عبادى ابقى كسائر الاجزاء التابعة عليه والملاحظة لمقتضى الاجزاء لكونه فى ذلك الحال مشروعا عباديا الذى هو معنى الانقلاب ويوضح ان الاوامر الواردة بالنهى على كثرتها كلها ناظرة الى افادة وجوب الانتهاء ودفع الشر والضرر عنهم والتحذير من ضررهم فمتى كانوا امر مصاحبا لما لا يجب فيها بنية القربة وانكانت اكمل متى كان امر انقاذ الغريق واطفاء الحريق وحفظ الاثاث والاجزاء فى الاتيان بالمامور به على وجه المعاملة لا اشكال فيه وان لم يحصل فيه بنية القربة نعم يترتب على ترك الاتيان به بالنوبة العقاب لا على ترك الاتيان به بعنوان التقرب كما هو شان العبادات الواجبة كالصلوة ونحوها وايضا لو كان الامر على ما ظن من عموم الحكم بالصحة لكان اللازم على الفقهاء ان يصرحوا عليها فى قاعدة مطردة بل وان يصرحوا بعدم الفرق فيها بين فوات الجزء والشرط الركنيين وغيرهما اذ الاصل خلافه لكن ومما يوضح ذلك ويؤكده ان احدا لم يذكر بل لم يتوهم صحة العمل المعاملى اذا جئ به على طبق مذهبهم تقية مع فوات شرط صحته عندنا كالغسل والذبح والطلاق وغيرها مع عموم دليل التقية وكونها فى الجميع على نحو واحد هذا تفصيل المحقق الكركى فى رسالة التقية بين ان يرد امرا خاصا بالعمل المنهى عنه فيحكم فيه بالصحة والانقلاب وبين غيره فقال اذا كان متعلق التقية ما ذوقا فيه مخصوصة كغسل الرجلين فى الوضوء والتكتف فانه انما دل على الوجه المأذون فيه كان

صحیحا مجزیا وانکان للمکلف مندوحة التفاتا الی ان الشارع اقام ذلک مقام المامور به حین التقیة فکان الاتیان به امتثالا وعلی هذا فلا یجب الاعادة وان تمکن من فعله علی غیر التقیة قبل خروج الوقت ولا اعلم خلافا فی ذلک بین الاصحاب واقتا اذا کان متعلقها مما لم یرد فیه نص بالخصوص کفعل الصلوة فی غیر القبلة والوضوء بالنبیذ ومع الاخلال بالموالاة یجب الوضوء کما یراه بعض العامة فان المکلف یجب علیه اذا اقتضت الضرورة موافقة اهل الخلاف فیه واظهار الموافقة لهم ثم ان امکن له الاعادة فی الوقت وجبت ولو خرج الوقت نظر فی دلیل یدل علی القضاء فان حصل الظفر به اوجبناه والا فلا لان القضاء انما یجب بفرض امر جدید اول ظاهر بل صریح فی وجوب الامر بالتقیة بشیء خاص کالتکفیر وغسل الرجلین مثلا ظاهر فی عبادیة ذلک الامر وان متعلقه عبادة فی حال التقیة بخلاف الامر العام بمطلق التقیة فانه امر مقدمی لا یفید الا ایجاب التحفظ من ضررهم والتترس بها متی جاز لنا اقتفی مذهبهم بذلک ما لا یغتفر اصلا فی الصلوة مثلا کالطهارة الحدثیة والوقت والاستقبال والرکوع والسجود وفرض ورود الامر به بالخصوص والالزام به کذلک ان ذلک الامر مخصصا لعموم قوله لا صلوة الا بطهور ولا صلوة الا الی القبلة ولا تعاد الصلوة الا من خمس ونحوها قاضیا بفتحها الصلوة بدونها حال التقیة بل لعله یقول باشتراط صحة الصلوة حال التقیة بترکها والانصاف کما اعترف به شیخنا المحقق المرتضی فی رسالته ان مجرد ورود الامر بشیء خاص لاجل التقیة به لا یخرجه عن ظهوره فی ارادة عرض التحرز والتترس الی معنی التعبد به فاذا حال التقیة فلا یثبت بذلک امر زائد علی المعنی العام بل لو فرض الشک هنا فی ان الامر المزبور عبادی او معاملی فالاصل فیه عندنا هو الثانی وان ذهب بعضهم الی الاول وح فلا یفرق بین الامرین بل غایتهما ارادة الدفاع والتحرز بالعمل دون التعبد به حال التقیة ثم لا اشکال فی حسن قصد الظفر به فی نفس الدفاع والتحرز کما فی کل عامود به علی وجه المعاملة کانقاذ الغریق واداء الدین وغیرهما وهذا امر اخر لا یثبت به ما نحن بصدده وح فالازم ان یقر کل غاوبه علی الثانی علی الاول ایضا ومرجعه الی ان الواجبات ینظر فیما فات بسبب التقیة فان کان جزء رکنیا او شرطا هو فی حکمه وقد خرج الوقت فالازم القضاء عینا من حکم وجوب القضاء کالصلوة الیومیة لقیام الدلیل بها علی وجوب قضائها بالفوات المتصادق فی بعض افراد الجزء او الشرط المزبورین فان کان الوقت لم یخرج بعد وجبت الاعادة ان لم یبق منه الا مقدار رکعة وان کان الفائت بسبب التقیة جزء غیر رکنی او شرطا هو فی حکمه فان کان قد فعل ذلک العمل الناقص تقیة فی اخر الوقت لم یلزم القضاء بل ولا الاعادة لو کان الباقی له من الوقت مقدار رکعة بناء علی الصحیح من ان صلوة من ادرک من الوقت رکعة قضاء لا اداء ولا ملفقة منهما وان کان الوقت باقیا فان قلنا ان المکلف مامور فی الموسع فی کل جزء بسع العمل من اجزاء الوقت بحسب حاله الحاضر من تمکن او عذر فالازم الاجزاء وعدم الاعادة فی الوقت ولا القضاء فی خارجه وان قلنا ان المکلف انما یؤمر بالناقص بما ذکر فی وقت لا یتمکن فیه من اجزاء الموسع من الکامل کما هو الاصح فان اسم العذر

خرج الوقت لم يلزمه القضاء والا لزم الاعادة في الوقت والقضاء في خارجه هذا ولكن ظاهر شيخنا المرتضى
رحمه في رسالته بل صريح دعوى دلالة الحديث على القضاء على ان كل ما يعمل للمعذور من اهل الخلاف من باب
الوفاق لهم في مذهبهم فهو مما امر به اذا حال المعذور لا مطلقا بدعا في عدة كلية سواء كان فقد
بعض خاص بالامر بالاتيان به كفقد الرجلين اذا كان سواء كان ما يفوت بسبب المعذور جزء او شرطا هو في
حكم كالتكبيرة الاحرام والوضوء بالنسبة وغيرها او لا بل يكون العمل صحيحا مجزيا مطلقا سواء وقع قبل الوقت او في
آخره وان الاقتداء حاصل شرعا لكن يحرم ذلك بالنسبة وان دون المعاملات والتضمين التي ادعى دلالتها
على ان خشية الارتكاب توازيه في صحيح زرارة وعدة من اصحابنا على التصحيح كابراهيم بن هاشم المعذور في كل شيء
يضطر اليه ابن آدم فقد احله الله له فان في تغريمه اذا وقع الضرر في الاتيان بدل ما يضطر اليه المعذور من فعل او
ترك ما كان معذورا عنه لولا المعذور مما كان الذي يضطر اليه شيئا كاستعمال النجس مثلا او غيره كاستعمال نجاسة الوضوء
وكمسح الخفين بغسل الرجلين والتكفير في الصلاة والصلاة في المغرة للشاك ان الامر بالمعاد مطلقا جزء او شرطا هو عن
تركها او الخصوصية الى تستلزم ارتفاع المنع بكل معنييه اعني المفسد والغير المشروط هو معنا شاء اذا ارتفع المانع
الغيري عن الوضوء بالنجاسة والتكفير في الصلاة او عن ولاية البعض مثلا دل ذلك على عدم الشرطية او الجزئية عالة
المعذور ولازم ذلك صحة العمل او لا موجب للاعادة او القضاء سافر فيه جزء كونه جزءا او شرطا هو في حكم المفروض
عدمه بما ان المعذور لحديث الاعادة لم يخاطب الا بما يتمكن منه فهم ارتفاع المانع الغيري من الرخصة بان ارتفاعه
بصورة ارتفاع محض الشرطية او الجزئية حال المعذور او بصورة من الوجوب مع بقاء الخطاب بالباقي وهذا
هو الذي يفيد المطلوب واخرى لاقتضاء الطلب الضمني بطلان المشروط او المركب بسبب لزوم ترك الشرط
او الجزء حال التنبه الثابتي الشرطية والجزئية حال المعذور بعد ارتفاع المانع الغيري عنه او عن ولايته
فان كان الطلب
المدعى العامل في الفائت حاصلا لا يجب بمجرد ارتفاع المنع الغيري في الجملة لا يستلزم الحكم بالصحة
فان العام لا يدل على الخاص وبالجملة فاذا اقتضى الدليل او الاصل عموم الحكم بالشرطية او الجزئية كموارد الاصابة
الاطمئنان مثلا لم يكن الترخيص والاهمال هنا مخصصا للدليل بخلافه لما الاصل حتى لو صلى في آخر الوقت او في
اوله مع استمرار العذر الى آخر الوقت فلا بأس بتجويز الشارع الاتيان بالعبادة اليها طالما فعلا حال التنبه
بل لا بأس بايجاب ذلك المنع للاضطرار اليه هذا وكان شيخنا دام ظله استدرك ما اشرنا اليه فاجاب عنه بما لا يخفى
فيه مضى وتحريره في المراجع ومحصله ان الانصاف صدق الاضطرار حال المعذور وان علم بتمكنه قبل آخر الوقت
فيرتفع المنع الغيري ويصح العمل وهو كاف في المسلم سواء علم بتمكنه قبل الوقت او بعجزه آخر الوقت الا انه لا
يدفع ما ذكرناه او ظاهره الامر بسقوط الخطاب بالعبادي الاداتي بالمشروط او المركب في جميع الوقت او في بعضه
ولا بأس به على ان الانصاف ان ظاهر النص المتبادر منه انما هو دفع النهي المقتضي لدفع الاثم في كل فعل
او ترك يعاقب عليه لولا الاضطرار الحاصل بسبب التقية فهي في معنى قوله ع رفع عن امتي الخطاء والنسيان

وما استكرهوا

وما استکرهوا علیه وما اضطروا الیه ان المراد رفع الاثم خاصة ولا ریب ان الاثبان بمثل عمل المخالف
اختیارا اتباعا لدشریع محرم یستحق علیه العقاب فاذا فعله تیمما کان حالا الا اثم فیه بل هو واجب من حیث
کونه دفاعا وانقاذا واما انه صحیح یتخیر عباده به مطلقا بسقط القضاء والاعادة مع عدم المندوحة او مطلقا
فکلا الشقین قائل وقد ادعی فی صحیح الاجماع بان ابی عبد التیمم فی کل شیء الا فی شرب النبیذ والمسح علی الخفین قال
وهذه دلت الروایة علی ثبوت التیمم وشروعیتها فی کل شیء ممنوع لولا التیمم الا فی الفعلین المذکورین قال
فاستثناء المنع المسح علی الخفین مع کون المنع منه عند عدم التیمم منعا غیریا دلیل علی عموم الشیء لکل ما یشمله
من الممنوعات لاجل التوصل بترکها الی صحة العمل فدل علی رفع التیمم لمثل هذا المنع الغیری وما یثیرها فی ارتفاع
اثر ذلک الممنوع منه فیدل علی ان التیمم ناشر فی التکفین فی الصلوة مثلا بمعنی عدم کونه ممنوعا منه فیها عند
التیمم وکذا فی غسل الرجلین واستعمال النبیذ فی الوضوء انتهی واقول خبر بان هذا النص لا یزید علی النص
الاول الا بالاستثناء المزبور الذی لا اثر له وجه تقریب لاحتجاج المجمع علی عدم ارادة ظاهره منه کما
اعترف به شیخنا وجه حیث قال ان مخالفة ظاهر الاستثناء لما اجمع علیه من ثبوت التیمم المسح علی الخفین
وشرب النبیذ لا یقدح فیما نحن بصدده لان ما ذکرناه فی تقریبه لا انما علی المطلوب لا یتفاوت الحال فیه بین
ابقاء الاستثناء علی ظاهره وعدم انتهی وح تعارض القرینتین بینهما انتفض من الاول علی ارادة العموم للمنتهی
عنه لغیره بغیر سبب الاستثناء وان لم یرد منه ظاهره وح فیکون وجه تقریب الدلالة منه علی مطلوبه هو الوجه
السابق ثم تقریب الدلالة الاول بعینه من غیر فرق اصلا وح فیتوجه علیه الجواب المذکور انفا فتدبر جیدا
والنصف الثالث هو تقریر سماعة عن الرجل یصلی فدخل الامام وقد صلی رکعة من صلوة فریضة فقال انکان
امامه عادا فلیصل اخری وینصرف ویجعلها نافلة ولیدخل مع الامام فی صلاته کما هو وان لم یکن امام عاد
فلیبن علی صلوته کما هو ویصلی رکعة اخری ویجلس بعدها یقول اشهد ان لا الا الله وحده لا شریک له واشهد
ان محمدا عبده ورسوله ثم یتم صلوته معه علی ما استطاع فان التیمم واسع ولیس الاوضاحیها ما اجزاء انشاء الله
قال ره فان الامر بالاتمام الصلوة علی ما استطاع مع عدم الاضطرار الی فعل الفریضة فی ذلک الوقت معللا
بان التیمم واسع یدل علی جواز اداء الصلوة فی سعة الوقت علی جمیع وجوه التیمم بل علی جواز کل عمل علی وجه
التیمم وان لم یضطر الی ذلک العمل لتمکنه من تاخیره الی وقت الامن انتهی ویشکل بان الکلام فی دلالة الدلیل
علی صحة العبادة الفاقدة بسبب الاضطرار الی التیمم للشرط والجزء الذین دل الدلیل او الاصل علی اعتبارهما
فی صحتها مطلقا علی ان یکون ذلک الدلیل المفروض مخصصا لعموم الدلیل الاول ومخرجا عن حکم الاصل واما
الجزء او الشرط دل الدلیل علی اعتبارهما فی صحتها حیث لا عذر لا مطلقا فانما یقع الکلام فیما بعد القطع بصحة
العمل الفاقد لهما مع العجز عن الاتیان بالجامع لهما حیث یوتی به فی اخر الوقت او فی اوله مع استمرار العجز
الی اخره فی انه هل من العذر الموجب للتخییر العجز عن الاتیان بالجامع لهما فی بعض الوقت حتی مع القطع بالتمکن

من الاتیان .

من الاتيان بالجامع فيما بعده ام لا وهو مقام آخر اجنبي عن المقام الاول وهذا هو مسئلة ان هل بعيتر في اولى الاعذار او هل يشترط في صحة علم عدم التمكن من الامتثال وقد يختلط المقامان على كثير من اهل التحصيل واما ان التقية عذر من الاعذار فيدل عليه عبارات اعرفت هذا قلنا انما دل النص المزبور على انها الاضطرار بسبب التقية عذر موجب للرخصة في ترك كل واجب فعلا كان او تركا من شرط او جزء او شيء او غيره او غيرها وهو معنى ان التقية واسعة وهذا يستلزم ارتفاع المنع الغيري كما تقدم واما دلالة ارتفاع المنع الغيري على ارتفاع شرطية الشرط وجزئية الجزء في مقام التقية مع بقاء الطلب العبادي للعمل الخالي منهما وان ارتفاع المنع الغيري ليس لانتفاء طلب المشروط والمركب بسبب الاذن بل الامر بترك الشرط او الجزء والمفروض ان المشروط عدم عند عدم شرطه وان المركب ينتفي بانتفاء جزئه مع ان دليل اعتبار ذلك الشرط او الجزء عام وانما انما هو لانتفاء شرطية الشرط وجزئية الجزء في ذلك المقام اول الكلام كما تقدم والحاصل الزام بما استطاع دون ما لا يستطيع لا يزيد على الاذن بوفاقهم في كل شيء ممنوع في معنى قولهم التقية في كل شيء يضطر اليه ابن آدم وقد عرفت ان مجرد الاذن والرخصة في وفاقهم انما يدل على عدم الالزام بالشرط او الجزء حال التقية ولا يدل على عدم شرطية الشرط وجزئية الجزء حالتها حتى لو دل الدليل على اعتبارهما مطلقا اذ لعل عدم الالزام بهما لعدم الالزام بذهاب والتعليل بالتعذر ان لم يأكده لا ينافيه وكذا حكم بترتب الاجزاء من نوى القرب بالدفاع عن نفسه وغيره كان ماجورا بل عموم حكم بترتب في كل شيء حتى في شرب الخمر ونحوه يؤكد المطلب على انه لا ريب ان الواقع المغرور صحة في النص اعني الاتمام بالمخالفة صورة سيما في الركعتين الاخيرتين لا توجب انتفاء شرطية مطلق الشرطية وكاجزء كذلك كالوقت والاستقبال والركوع والسجود واتمانا في فيها احتمال انتفاء ما هو شرط او جزء حيث لا عذر لا مطلقا لكن حيث ان التقية عذر في الاتيان بالناقص قطعا بمعنى عدم الاثم في الاتيان بوفاق فيمكن ان يقال بدلالة النص المزبور ظاهرا على المقام الثاني الذي اشرنا اليه اعني كفاية العجز فعلا وفي فكان التقية عن الاتيان بالكامل في صحة العمل وعدم لزوم القضاء ولا الاعادة وان تمكن في غيره من الاتيان بالكامل قبل خروج الوقت بل وان تمكن من الخروج عن مكان التقية قبل العمل وهو معنى القول بعدم اعتبار التمكن من حيث ظهوره في ذلك دعوى ان الامر بالاتمام ظاهر في الحكم باستمرار صحة العمل وانه مأمور باتمام العمل المطلوب على وجه العبادية التي افتتح مصلوبا عليها وان اقتضى ذلك الاتمام دفعا لانه مأمور باتمام العمل على وجه الدفاع عنه والاتقاء محضا استيناء على ان الصلوة اسم للصحيح مضافا الى عدم امره بالاعادة لو امكن وفي هذا ما فيه احتمال ان يراد فان حضر الامام الذي تتقيه فاستعمل التقية معه وادفع شره بها كما قد يومي اليه التعليل بان التقية واسعة وليس لاصاحبها ما ماجور بمعنى انك مأذون في وفاقهم بسببها وماجور عليه حتى في اعظم اركان الدين كالصلوة وشرب الخمر ونحوهما على ان في النصوص ما يدل على لزوم الاعادة مع التمكن كما ستسمع الخبر انشاء الرابع قوله في موثقة سعدة بن صدقة الثاني عن

ونفسر ما ينفي خبره قال ره بناء على ان المراد بالجواز في كل شئ بالقياس الى المنع المتحقق بعد لولا القبر يعني بذلك انتفاء اثر ارتفاع المنع الغيري في مثل الكفر في الصلوة والوضوء بالنبيذ وغيرهما وقد عرفت جوابه فلا نعيده الخامس قوله ع في رواية ابي الصباح ما صنعتم من شئ ارجلتم عليه من يمين في نقبة فانتم منه سعة فانا نقول هذا يدل على ان المنفي في سعة من الجزء والشرط المتروك من غير ان يترتب عليه من حيث هو اكتفاء بالاعادة والقضاء تظير قوله ع الناس في سعة حتى يعلموا بناء على شمول المالم يعلم جزئية وكا شرطيته كما هو الحق الاتي ويشكل ذلك بان الانصاف ان ظاهر اثبات السعة الاعادة والشرعية والمتبادر منه ارادة نفي الاثم عما من شانه لولا العارض اقتضاء الاثم لذا تراهم لكونه مرتبا في نفسه وح يختص بما له الواجب النفسي او فعل الجوارح كذلك دون الغيري اذ ترتب العقاب والاثم منه انما هو على ترك المامور به لا عليه نفسه فلا ينفع النص المزبور في نفي الوجوب الغيري عما يحتمل شرطيته او جزئيته كما بيناه في محله وقد بينا لوسلنا استفادة ارتفاع الطلب الغيري والتنصيص على ارتفاع الاثم منه فقد عرفت ان ارتفاع المنع الغيري عن ترك الاتيان بالشرط او الجزء هنا لا يدل على عدم شرطية الشرط او جزئية الجزء بل هو اعم منه كما سبق في صحيح رح فلا يلزم من تسليم استفادة نفي في وجوب تحصيل الشرطية والجزئية من قوله ع الناس في سعة ما لم يعلموا ونحوه الذي لا معارض سوى اصالة الاشتغال المدعاة التي يقطع بادنى دليل جواز تخصيصها دل على ان شرطية الشرط او جزئية الجزء في المقام بما دل على ارتفاع المنع الغيري الذي هو اعم من الدلالة على عدم الشرطية او الجزئية كما هو المدعى او عدم طلب ذي الشرط او الجزء لاستفادة الفائدة عليه بسبب استفاءها والحاصل لا يلزم من تسليم استوائها في المقام ثبوت المطلوب هنا سيما بالنظر الى ما بنى اعتبار بدليل عام او ما ثبت اعتباره بالاصل فلو جرى فيه هذا وقد يؤيد ما لا نرد وايات اخر على ذلك منها رواية البزنطي عن ابراهيم بن شيبة قال كتبت الى ابي جعفر ع عن الصلوة خلف من يتولى امير المؤمنين ثلث يعني به الخليفة العباسي وهو يرى المسح على الخفين او خلف من يحرم المسح على الخفين وهو يمسح ثلث كانه يريد وهو يمسح الى جانبين لا يغسلهما ولا يمسح على الخفين فكتب ان جامعك وايا هم موضع لا تجد بدا من الصلوة معهم فاذن لنفسك واقم فان سبقك الى القراءة فسح بخفيه ان الامر بالاذان والاقامة اشارة على صحة الصلوة الواقعة حال التقية وان فات بسببها ما فات من الشرايط والاجزاء وفيه ان الامر بهما قد يكون لامكان المحتمل والاتيان مع الاتيان بالصلوة كما هو مع كونه متقيا بالاتمام صورة او كان الشرط او الجزء المتروك يفوت غالبا بسبب التقية واما غيرهما فلا ريب في صحتها مع تواتر في الجملة وح فلا يدل النص على صحة العبادة المأتي بها للتقية قاعدة كلية كما هو المطلوب بل غايته ان سبق الامام الى القراءة فسح دون ان يحول فانه غير ما نحن فيه كما هو الاصل بان صلوته تلك صورية محضا لا صحة لها ومنها ما في العفو الوضوء عما سلا عنه العالم ثم ذكر فصل خلف احد الاخلف ثلثين احدهما من شق برد بدينه ودرعه واخر من شق سيفه وسوطه وبواشقه وشبعته فصلى خلفه على سبيل

التقية والمداراة وادن لنفسك واقم وافرغ فيها فانه غير مؤمن به بالتقريب السابق في سابقتها وفيه ما سبق بل لعلها اضعف ولا لقول فيها على سبيل التقية والمداراة وفيها وابن معمر بن يحيى كلما خاف المؤمن على نفسه فيه ضرورة فله فيه التقية بالتقريب السابق في النصوص الاول التي احتج بها الشيخ رحمه وفيه ما قدمنا ما عن دعائم الاسلام عن ابي جعفر الثاني ع لا تصلوا خلف ناصب ولا كرامة الا ان تخافوا على انفسكم ان تشهروا وبيوتكم فصلوا في بيوتكم ثم صلوا معهم واجعلوا صلوتكم معهم تطوعا بتقريب انه اطلق صحة جعلها نافلة تطوعا اي غير مجزئة معادة او نافلة سواء فات منها جزء او شرط وكني اولم يفت وادا صحة النافلة فصحة الفريضة بالاجماع على عدم الفصل فان بالاعتقاد بسبب التقية في النافلة يقول به في الفريضة فيكون قوله ع صلوا في بيوتكم للاشارة ليس بتلك الصلوة الصحيحة اختيارا التي لا تقية الى الصلوة الصحيحة اضطرارا بسببها فمن كالصلوة بالتيمم بالنسبة الى الصلوة بالوضوء وهذا بعد التقريب اغربها ولا دلالة على المطلوب لكنه لاشكل اولا بان كتاب دعائم الاسلام منسوب الى القاضي نعمان المصري وهو غير معلوم الحال ولا مذكور في الرجال بل منسوب الى الزيدية ودعوى اشتهاره بينهم موقوف على تتبع ان استنادهم اليه بالخصوص لا الى غيره مما لا دلالة له لو سلمنا بحجية الكل لا مطلقا كان وجها الا نزلا واجدلوه ثانيا ان فوات الشرط او الجزء الركني في الصلوة معهم جماعة لا يتفق غالبا او دائما فلا يندفع على القاعدة الكلية المدعاة لامكان دعوى انصراف النص الغالبي ثالثا ان ما دل على اعتبار الشرط او الجزء الركني يقتضي ان المراد من النص المزبور الاذن بحمل الصلوة الجامعة لشرائطها واجزائها المعتبرة مطلقا تطوعا او نافلة لا مطلقا وان ابيت عن ذلك فالنسبة بينهما العموم من وجه والاصل عدم الامتثال فيلزم الاعادة والقضاء على ان لو سلمنا النصوص المزبورة حجة على القاعدة الكلية المدعاة الا بانها ما هو اخص منها واظهر دلالة على عكسها وهي عدة اخبار منها موثقة زرارة عن حمران عن ابي عبد الله قال في كتاب علي ع اذا صليتم الجمعة في وقت فصلوا معهم ولا تقومن من في صفك حتى تصلي ركعتين اخيرتين فان قلت فاكون قد صليت اربعا لنفسي لم اسئله عنه قال نعم بتقريب ان يقال لو كان التقية تسقط شرطية الشرط مطلقا في العبادة او حتى شرطية الجزء كذلك كما هو المدعى لزم ان يصلي في محل الفرض الجمعة منفردا او الظهر ركعتين كذلك لا الظهر اربعا اذ المانع من صحة الجمعة هنا انتفاء شرطها اعني الامام العادل ويمكن ان يجاب بانا لم ندع ذلك مع الاضطرار في وقت التقية الى ذلك الا شيء الفائدة الباطلة اختيارا بعينها وهنا لم يضطر بسبب التقية الى خصوص صلوة الجمعة ولا الى الاقتصار على ركعتين لامكان ان يأتي الركعتين معهم بركعتين اخريين هو هما لهم انتفلا وهي في بدء الامام فان الاضطرار هنا انما تعلق بالائتمام بهم صلوة في الركعتين لا باتباع الجمعة متى ما بهم حتى يسقط اعتبار شرطها ومنها صحيحة زرارة بابن هاشم قلت لابي جعفر ع ان اناسا رووا عن امير المؤمنين ع انه يصلي اربع ركعات بعد الجمعة لم يفصل بينهن بتسليم فقال ابو جعفر ع ان امير المؤمنين صلى خلف فاسق فلما سلم وانصرف قام

امير المؤمنين

امیر المؤمنین ع فصلی اربع رکعات لم یفصل بینهن بتسلیم فقال له رجل الی جنبه یا ابا الحسن صلیت اربع رکعات
لم تفصل بینهن فقال امّا انتهن اربع رکعات مشتبهات وسکت فوالله ما عقل ما قال له وجه الدلالة ان
المراد انه اعادها ظهرا فلو صحت الجمعة لکان فعلها نفلا وسقوط شرطها اعنی کونها جماعة لافرادی خلف
التقیة لسقطت الظهر اجماعا والا بیان الجواب لانه ربما ان اضطر به التقیة الی امام الصلوة
جمعة والسلام علی الرکعتین ولذا استثنائها ظهرا ولم یتمها رکعتین فان قلت غایته الدلالة علی استثناء
شرطیة الجماعة فی الجمعة من القاعدة المذکورات قلت لا قائل بالفصل ومنها حسنة حمران بن اعین قلت لابی
جعفر ع جعلت فداک انا نصلی مع هؤلاء الجمعة وهم یصلون فی الوقت فکیف نصنع فقال صلوا معهم فخرج
حمران الی زرارة فقال له قد امرنا ان نصلی معهم صلوتهم فقال زرارة هذا لا یکون الا بتاویل فقال حمران
قم حتی نسمع منه فدخلنا علیه فقال له زرارة ان حمران اخبرنا عنک انک امرتنا ان نصلی معهم فانکرت
ذلک فقال انما کان علی بن الحسین یصلی معهم الرکعتین فاذا فرغوا قام فاضاف الیها رکعتین وجه الدلالة
ان حمران قد فهم من قوله صلوا معهم الامر العبادی الفاسی بالصحة والاجزاء وان فات لسبب التقیة
ما فات من الشرائط والاجزاء کما یدعیه الخصم وانکان الغالب انه لا یفوت لسبب الاتیان بهم ما هو میزان
الرکن منهما وانکر علیه زرارة ذلک لغوته فقاهته واقره الامام ع علی انکاره علیه ولذا حکی عن علی بن
الحسین ع انه کان لا یجزیه بجمعهم ویمکن ان یقال ان الذی فهمه حمران انما هو صحة ما یفوت منه لسبب
التقیة ما هو الغالب من الشرط او الجزء الذی لیس برکن لا حتی ما کان رکنا او فی حکمه لکنه فهم منه الحکم
بالصحة حتی المندوحة وسعة الوقت وان زرارة انکر علیه هذا المعنی وان الامام اقره علیه فتکون الروایة
حینئذ دلیلا علی المقام الثانی لا علی ما نحن فیه وکیف کان یظهر منها ان اضافة الرکعتین انما تقع حیث
تسلم الرکعتان من فوات شیء من الشرائط والاجزاء وان الاستیناف مع عدمه ومنها صحیحة زرارة قال
کنت جالسا عند ابی جعفر ذات یوم اذ جاءه رجل فقال له جعلت فداک انی جار مسجد الغوی فاذا انا لم
اصل معهم وصفوا فی وقالوا هو هکذا وهکذا فقال امّا انی قلت ذلک فقد قال امیر المؤمنین من سمع
النداء فلم یجبه من غیر علة فلا صلوة له فخرج الرجل فقال له لا تدع الصلوة معهم ومع کل امام فلما خرج قلت له
جعلت فداک کبر علی قولک لهذا الرجل حین استفتاک فان لم یکونوا مؤمنین قال فضحک ثم قال یا زرارة
بعد الا هیهنا یا زرارة فابه علیک بذا اعظم من ان ترکا یؤتم بهم انا انی قلت صلوا فی مساجدکم وصلوا مع ائمتکم
والتقریب فیها واضح فان زرارة فهم من جوابه ع اولا صحة الصلوة معهم واجزائها مطلقا فرده بان التقیة
لا تکون مع العلة فکانه ع علم ان السائل لم یفهم منه ما فهم زرارة ولهذا لم یکشف الامام بما قاله اولا حتی
قال له عند خروجه لا تدع الصلوة معهم لیکون هو الجواب عن مسئلته فان قلت لعلها ناظرة ایضا الی المقام الثانی
من ارادة بیان اشتراط عدم المندوحة ایضا الی ما نحن فیه قلت اطلاق قوله صلوا فی مساجدکم وصلوا مع ائمتکم

التقية ان صلوتكم الصحيحة انما هى التى فى مساجدكم لا التى معهم وان كانت فى اخر الوقت سواء كان الفائت بسبب التقية شرطا او جزء ركنيا او غيره لكن خرج من ذلك ما لو وقعت فى اخر الوقت وكان الفائت شرطا او جزء غير ركنى فيبقى الباقى ومنها ما رواه الشيخ فى القوى بابن عمير عن ابراهيم ابن على وعمرو بن ربيع عن جعفر بن محمد فى حديث انه سئل عن الامام ان لم اكن اتق به اصلى خلفه وافرق قال لا صل قبله او بعده قبل له فاصلى خلفه واجعلها تطوعا قال لو قبل التطوع لقبلت الفريضة ولكن اجعلها سبحة وهذه اتقى ما فى الباب بعد النظر الى الطلاق الذى عرفت فى سابقتها بل تدل على عدم صحة الثانية وبدل ذلك على ان المراد من قوله فى خبر دعائم الاسلام السابق فى اخبار الخصم واجعلها تطوعا انها تطوع ذكرى او دفاعى او تطوع صلوتى ان تمت تلك شرائطها واجزائها اللازمة لا مطلق صلوة النافلة على ذلك صحيح الاجماع بعبد الله بن المغيرة عن ناصح المؤذن قلت لابى عبد الله انى اصلى فى البيت واخرج اليهم فاسا اجعلها قال نافلة ولا تكبر معهم فدخل معهم فى صلوتهم فان مفتاح الصلوة التكبير قلت بعنى لا تلك ان افتتحها على الصحة الصلوتية التى اولها تكبيرة الاحرام لم تستطع ان تتمها صلوة صحيحة بل اجعلها نافلة ذكرية لا صلوتية الى غير ذلك فانه بعيد جدا ولا نعمل بقى فى المقام امور الاول قد عرفت ان المراد بالتقية الذابية كالزنا ووطى المملوك وشرب الخمر لا مثل الاباحة الاكراه المنوع فى مخالفة الضرر وان التقية بالمعنى الاعم لا تبيحها وانما تبيحها حيث تكون اكراها وان الافعال العادية كزيارة قادمهم وعيادة مريضهم تبيحها التقية بالمعنى الاعم وانه لا يتوقف جوازها على خوف الضرر بتركها كما مر فى مثل الحرم من حيث التشريع كفعل العبادة المخالفة للشريعة المتدعة لهم فى حكم القسم الاول او فى حكم القسم الثانى وجهان اوجههما الثانى لبعض ما مر وكان الوضوء منكوسا او بالنبيذ مثلا او التكفير فى الصلوة بل الصلوة منكفا لا بقصد القربة ولا بقصد التشريع عمل مباح فى نفسه لبس فيه شئ فى نفسه فيجوز فعله بل يستحب ان لم تدع الضرورة الى تخصيصه به مضافا الى ما رواه الشيخ فى الصحيح عن الحسين بن سعيد عن ابى على قال قلت لابى عبد الله ان لنا اماما مخالفا وهو يقيض اصحابنا كلهم فقال وما عليك من قوله والله لئن كنت صادقا لاتى احق بالمسجد منه فكن اول داخل واخر خارج واحسن خلقك مع الناس وقل خيرا وما رواه ايضا عن يحيى بن عمار قال قال لى ابو عبد الله اتصلى معهم فى المسجد قلت نعم قال صل معهم فان المصلى معهم فى الصف الاول كالشاهر سيفه فى سبيل الله وفى الصحيح عن عبد الله بن سنان قال سمعت ابا عبد الله يقول اوصيكم بتقوى الله عز وجل ولا تحملوا الناس على اكتافكم فتذلوا ان الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه وقولوا للناس حسنا ثم قال عودوا مرضاهم واشهدوا جنائزهم واشهدوا لهم وعليهم وصلوا معهم وفى مساجدهم الى غير ذلك مما يظهر للمتتبع فان ظهورها بما ذكرناه غير خفى وكيف كان فلا ريب فى بطلان العبادة على الوجه الاول واما على الثانى ففى البطلان وجهان اوجههما البطلان مطلقا وان كان مستحبة من حيث المخالفة والمداراة سيما مع القول بالبطلان فى التقية بالمعنى الاخص الثانى اتفق الفقهاء على صحة العبادة المواقفة للتقية بالمعنى الاخص

اعنی التی یحتمل التقیة فیها ولو علی غیره بخلافها حیث کان یفوت بسببها جزء رکنی او شرط هو فی حکم الرکن
بان یفعل فی اخر الوقت او فی اوله مع استمرار العذر الی اخره بان یتجزء عن ایقاع الفعل علی وجهه فی غیره
ثانیا سواء کان حضوره معهم اختیاریا او اضطراریا فی طاعة او فی معصیة وسواء کانت التقیة باعتبار شیء منصوص
علی الاذن فیه بالخصوص ام لا واختلفوا فی صحتها مع القدرة علی ایقاعها علی وجهها فی غیر ذلک الجزء من
الوقت فقیل بصحتها ح وربما نسب الی المشهور وممن صرح به علی ما نقل العلامة الطباطبائی حیث یقول فی
اشتراط عدم التمکن حذر قول ولکن لا اری تصحیحه وقیل بالبطلان مطلقا وفصل المحقق الکرکی کما مر بین النصوص
علی الاذن فیه بالخصوص فصح وبین غیره فیبطل فانه قال اذا کان متعلق التقیة مأذونا فیه بخصوصه کفعل الرجل
کان صحیحا مجزیا وان کان للمکلف مندوحة لان الشارع قد اقام ذلک مقام المأمور به فکانا مشارکا للمأمور به
وان تمکن من فعله علی غیر وجه التقیة قبل خروج الوقت وان لم یرد فیه نص بالخصوص فان المکلف یجب علیه
فیه اظهار الموافقة ثم ان امکن له الاعادة فی الوقت وجبت انتهی وهنا کما تری صریح فی ان المناط عنده فی
وجوب الاعادة فی الوقت مع التمکن منها عدم ورود الامر الخاص بالتقیة فی ذلک العمل بعینه وفی عدم
وجوبها ح ورودها وفی ان الاعادة لا تجب فی الاول مع عدم المندوحة لا نزاع ثم امکن له الاعادة فی الوقت
وجبت ولا تجب فی الثانی مطلقا نعم لیس فی کلامنا ما یدل علی الاعتراف بالتصحیح فی الاول مع عدم المندوحة
لان عدم وجوب الاعادة مع عدم الامکان اعم منها ومن الفساد بل لا ریب فی الفساد ح بل مطلقا علی
الصحیح فی صورة فوات الجزء او الشرط الرکنین بسبب التقیة کغیرها من الاعذار کما عرفت لکن حیث قام الاجماع
علی عدم افتقار فوات بعض الشرائط والاجزاء فی جمیع الاعذار الشرعیة والعقلیة من غیر فرق بین التقیة وغیرها
عندهم لزم القطع بان المحقق المذکور وغیره یحکم بصحة العمل الموافق للتقیة مع فوات الجزء او الشرط الغیر
الرکنین اذا لم تکن مندوحة ثم نقل المحقق المذکور عن بعضهم القول بعدم وجوب الاعادة فی الوقت مع
امکانها اذا لم یرد بالتقیة فیه امر بخصوصه وردوه بالامر بالتقیة علی وجه العموم لا یدل علی التصحیح هذا وقد استظهر
شیخنا المرتضی رضه فی رسالته ان معنی الخلاف بینهم فی اعتبار عدم المندوحة عدم امر هل یعتبر فی صحة العمل
الموافق للتقیة ان یکون العامل لا یستطیع مفارقة مکان التقیة عند حضور صلوتهم وان امکنه بعد الصلوة
معهم الاعادة فی الوقت ولا یعتبر ذلک فعلی الثانی یجوز له ذلک وان امکنه مفارقتهم قبل الصلوة وتجزیه
صلوتهم وعلی الاول لا یجوز له ذلک ولا تجزیه واختار هو اعتبار عدم المندوحة بهذا المعنی مطلقا ونسبه الی
المحقق المذکور وصاحب المدارک وادعی ان المظنون عدم اعتبار احد عدم المندوحة فی صحة العمل بمعنی عدم
امکان الاتیان بالعمل علی وجهه الشرعی فی جزء اخر عن الوقت وهذا من مثله غریب بل الانصاف انه هنا
مقامات اربعة لا ینبغی خلط بعضها ببعض الاول ان هل یجوز الاقدام الی محل یلزم فیه التقیة بالعبادة
والاتیان بها علی غیر وجهها الشرعی ام لا کالمقام السابق فی المحرمات الذاتیة التی فیه الجواز بل القطع

انه لا خلاف بينه ومنه بعلم انه يجوز التلبس بعمل يلزم استعمال التقية فيه في اثنائه وان جاز له ترك التلبس به
امكنه ذلك الثاني انه هل يجوز له وقوعه في العبادة وان لم يخش ضررا اصلا على نفسه ولا على غيره مع سعة الوقت
وامكان الاعادة ام لا الاقرب الجواز كما تقدم الثالث هل يجب وقوعه في العبادة مع خشية الضرر او يجب بعضه
لا يبعد الاول بل لا خلاف فيه فلو امكنه ترك التلبس بالصلوة معهم او الخروج عن محلهم او مخالفتهم فيها مع كمال
القطع على نفسه وغيره جاز له ذلك اجماعا وان استحب مخالفته الرابع في اشتراط عدم المندوحة في صحتها وعدمه
ومرجعه الى البحث عن المناط في الحكم بصحة العبادة التي يقع بها بعد الاجماع على صحتها في الجملة هل هو جواز
التقية مطلقا وجوبها كذلك او ورود النص الخاص بالتقية الخاصة او جامعيتها للشرائط والاجزاء الركنية مطلقا اي
لو في سعة الوقت وامكان الاعادة فيه اوجه اصحها الثالث لعجز عن الاعادة في الوقت وجوه خمسة خبرها انجوها
ومرجعه الى دعوى اشتراط عدم المندوحة في صحتها كما ان مرجع ما عداه الى دعوى عدم اشتراطها دليلنا ان
الاصل عدم حصول الامتثال وان اضطر اليه جزء من الوقت الى الاتيان بفاقد الجزء او الشرط اذا تمكن من الاتيان
بالجامع في وقت آخر منه فهو هنا نظير ما لو اكره على ان يصلي في اول الوقت بالنجاسة ولو شك في اطلاق دليل
الاشتراط قلنا لو كان اطلاق ادلة الشرائط والاجزاء في الاحلال مسلما فانه للازم الاقتضاء على الفقد المسلم الانتفاء
وهو صورة العجز عن الاتيان بالجامع في الوقت بالمرة فان الاصل عدم كون الاضطرار الخاص عذرا وحينئذ
فالمشروط عدم عند عدم شرطه وان كان اعدامه عن اضطرار ولو فرض الشك في اطلاق دليل شرطية الشرط
لم يمكن الحكم هنا بالعذر ابتداء بناء على ما هو الصحيح من مباحث في شرطية شرط على انه يرد ورد الامر قبل العمل بانه
كونه مكلفا من حيث الطلب العبادي على التخيير بين هذا العمل الذي يضطر فيه الى ترك الشرط او الجزء وبين
الجامع الذي يمكنه الاتيان به بعد ذلك او على التعيين اي انه مكلف بالجامع عينا ولا ريب في ان الاصل
فيما لو دار الامر بين التخيير والتعيين انما هو التعيين فيتم المطلوب لو قلنا بان ما شك في شرطيته ليس بشرط فتم
والحاصل الواجب الموسع في حكم المخير فانه لو تعذر البعض تعين الباقي ودعوى شيخنا انه لا يعرف القول
باعتبار عدم المندوحة بالمعنى المذكور في الحكم بصحة العمل لاحد من اصحابنا ان اراد منه دعوى الاجماع على التصحيح
مع المندوحة فكان تحصيله مشكلا كما لا يخفى على من راجع واستقرء وتصيد بعد في ذلك اشكل والا لم يكن حجة
ولا مانع من الالتزام بالاصل كما لا يخفى على انه كيف يمكن نفي القائل بذلك من اصحابنا مع اشتهار القول في ذوي
الاعذار بلزوم التاخير الى اخر الوقت فان خروج باب التقية عن حكم الاعذار واستثنائها منها ودعوى انها اوسع
شرعا منها جميعا بالنظر الى صورة لزوم فوات الجزء او الشرط الغير الركنيين او مطلقا يحتاج الى تخصيص في كلتا تلك
الدعاوي موقوف على تصحيح احد الوجوه الباقية ودونه خرط القتاد كما عرفت على ان المحقق الكركي قائل بذلك
في الجملة صريحا كما سمعت واما وجوه بقية الوجوه فلا يخفى على المتامل اذا احاط خبرا بما فصلنا اذ مرجعها
الى دعوى ان ادلة التقية اما باحد الوجوه الاربعة اقامة او خصوص الواجب او غير ذلك ظاهرة في افادة

العبادة بالعمل المنافي بنفسه حال التقية لا في افادة محض لتسويغ الافشاء والدفع بيح وقد عرفت منعه كدعوى دلالة الدليل جبر ذلك الاوامر اعني النصوص الساكتة عن شرط التحضر مع انه لو تمت الدلالة باحد الطريقين اعني بالتقية الكوكبي وطريقة شيخنا وجه فلا يلزم من ذلك الحكم بعدم اعتبار المندوحة الا اذا قلنا ان حال التقية بالنظر الى حال السلامة منها شرعا بمنزلة حال التسفر والحضر بالنظر الى القصر والتمام فان بينهما فرقا عرض واحد بمعنى ان الشارع جعل كل منهما بدلا عن الاخر بالنظر الى كل جزء جزء من اجزاء الوقت لا بمنزلة صلوة العاجز عن القراءة في اول الوقت الفاقد على التعلم قبل خروجه وصلوته بعد التعلم وصلوة المتيمم بالنظر الى صلوة المتطهر بالماء وغيرهما من ولي الاعذار فان بدلية احدهما مشروطة بعدم الاخر على معنى ان الشارع جعل بدلية الناقص حيث لا يتمكن من الكامل في شيء من الوقت لا حيث لا يتمكن منه في اي جزء جزء فرض من الوقت وهو اول الكلام لكن لقائل ان يقول ان الانصاف انا لو سلمنا دلالة النصوص على ما ادعاه شيخنا كان ظاهرها عدم اعتبار المندوحة بالمعنى الذي اعتبرناه في صحة العمل فاذا انضم الى ذلك تصريح بعضها باعتبار الاكثار في التقية كانت دالة على اعتبار عدم المندوحة بالمعنى الذي ذكرته فتدبر الثالث قد عرفت دعوى شيخنا المرتضية دلالة الاخبار الخمسة الساكتة على عموم اغتفار فوات الشرط والاجزاء بسبب التقية في العبادات وانها تخرج عن حكم الشرطية والجزئية اذا كان خوف الضرر في مخالفتها حاصلا ولم تكن له مندوحة عن مفارقة محل التقية ولا يخفى ان تخصيص تلك العمومات بما عدا الفرق بين التقية في العبادات او غيرها من المعاملات عفو او ابقاء عان او غيرهما وانه لو غسل النجاسة بالبصاق تقية او مسح ذكره بعد البول بالحائط او عقد النكاح بغير العربية او طلق بغير شهود او ذبح بغير الحديد مع وجوده ترتب اثارها الشرعية في ذلك كله مع ان هذا شيء لم يدع احد لا يتوهم منهم حتى ان شيخنا استوضح عدم لزوم ذلك على ما ادعاه ولعله لدعوى عدم دلالتها على ذلك وكانه لانتفاء النهي المغيري بها لولا التقية حتى يلزم من ارتفاعه الرخصة المتأتية عند ذلك لكن فيه فهي تشريعي لولا التقية فيلزم من ارتفاعه الرخصة فيه بل لعله توهم استفادة الحكم بالفساد من ارتفاع النهي التشريعي اولى من استفادته من ارتفاع المنع الغيري وان كان كلاهما محل نظر وكيف كان فشيخنا اعلم بما قال لعله يريد بان الاجماع انعقد على الحكم بالتعميم وايجاب الاعتقاد في الاعتقاد على العبادات خاصة فلا يلزم التعميم وان اقتضاه ظاهر الدليل بادي بدء فتدبر جيدا والله العالم تمت الثالثة الموفور بالتيمم التجديد في احكام الاكراه والتقية

كتاب النكاح

مسئلة الاصل في النكاح الدوام او الانقطاع او لا اصل في المقام وجوه ثلثة وظاهر الثمرة في ذلك في مقامين الاول فيما لو شك احد الزوجين او كلاهما في ذلك فهل يلزم الاقتضاء على المنفق استمرارا وانفاقا واوثارا وغيرها فيكون الاصل الانقطاع بالنظر الى المقام العملي حيث ان الدوام دوائا منتفيا عن المنقطع فينفي ذا لم يعلم اما المندوحة او الموقوف على من تزوج منعه لادواما او بالعكس فلا باخذ الشاك

التاقی فیما لو جن ابد واختلفا بما وقع او اختلف الوارثان او الوارث مع احدهما فمثل یقدم مدعی الدوام فیکون القول قوله مع یمینه او مدعی الانقطاع او یتحالفان فقول ینبغی ان یعلم او کلا انه لو اتفقا علی الانقطاع ثم شکا او اختلفا فی المدة فلا ینبغی التامل فی وجوب العمل علی الاقل کما لو اختلفا فی قدر المهر حیث یثبت الاکثر بالنظر الی جمیع الآثار حتی جواز التزویج باختها او بغیره نظرا الی ان عدم وجود المانع من التزویج وغیره بالنظر الی ما بعد المدة وکذا فیما لو استصحاب المنع قبل انقضاء المدة اما بناء علی بطلان الاستصحاب مع الشک فی بقاء قابلیة الباقی للبقاء کاستصحاب الحکم المعلق علی حیوة الحیوان المتردد بین الذباب والانسان کما یراه المحقق العمی قدس سره واما بناء علی صحته فلا بناء صحته علی ان المستصحب نفس الحکم المعلق علی الجنس من غیر التفات الی تشخص ذلک الحیوان او تعینه لان الاصل لا یثبت فالاستصحاب للحکم المعلق علی حیوة لا یثبت کون الداخل انسانا او نحوه نعم یثبت ذلک الحکم المعلق علی حیوة الداخل من احتمال حیوته ولو لاحتمال کون الداخل انسانا او غیره فاذا قال المولی لا تدخل الدار ما لم یثبت من دخلها من حیوان لم یجز له التدخل حتی یعلم صوت الداخل کائنا من کان استصحابا للحکم لکن لو کان المولی قد قال ایضا مع ذلک لا تدخلها ما لم یدخلها زید وانسان مثلا ولم یکن زید قد دخلها قبل دخول الداخل المردد فی المثال قطعا کان احتمال دخوله مهددا والاستصحاب قد یقتضی ان لم یدخلها فلم یدخل زید وان دخلها فدخل مردد بینه وبین غیره فلم یعلم صوت الداخل فی هذا نظر لان استصحاب الحکم الاول وان لم یکن مثبتا الا ان مقتضاه بقاء التحریم مع احتمال کون الداخل زیدا وانه لم یثبت وان قطع بانه لم یدخل فتقدیم احدهما علی الآخر مع انه لا ترجیح بینهما کما هو ظاهر محکم فالاولی بناء علی صحة الاستصحاب فی ذلک الحکم بمعارضتهما وتساقطهما والرجوع الی اصل آخر وکیف کان فلیس هذا المقام اعنی ما لو شکا فی ان العقد المنقطع هل وقع الی شهر او الی سنة مثلا بل اللازم هنا الاقتصار علی الاقل نظرا الی استصحاب عدم عروض العقد المفید بالاکثر اذ لا یعارضه استصحاب عدم عروض العقد المفید بالاقل اذ هو کما یثبت وقوعه مفیدا بالاکثر اذ لیس ذلک من آثاره وح فاستصحاب الحکم بل الاحکام السابقة الثابتة قبل وقوع هذا العقد المردد بین المفیدین بعد انقضاء الاقل ثابت لا معارض له اذ هو نظیر ما لو شکا او اختلفا فی قدر المهر او مثل المتبایعین او اختلفا فی قدر الثمن ولا یلتفت هنا الی استصحاب الحکم المشترک بین المفیدین اعنی جواز الاستمتاع والمنع من تزویج الاخت الثابت قبل انقضاء الاقل کما التفت الی مثله فی مثال الحیوان المردد لان الحکم فیه کحرمة دخول الدار ووجوب الانتظار مثلا معلق علی عدم عروض الموت للداخل المردد کائنا من کان الذی علم انتفاء هذا فی الدخول وازاله فاذا صحا استصحاب الکلی فی وجوب المضی علی المفیدین السابقین نظرا الی ان العلم الاجمالی بفقد احدهما لا یوجب عموم لا تنقض الیقین الا بمثله فیصح الاستصحاب واما فی المقام فالحکم الثابت للعقد الخارجی الذی فی الدار زال قطعا الذی لا یمکن بقائه فی ذاته وانما الحکم الثابت وقوعه وصیرورته عنده شاکا فی تحقیق الرافع من المفیدین واختلفت آثارهما وما ترتب علیهما اشترکا فی آثاره من جواز الاستمتاع ونحوه فی قصر المفید للاقل بوقوع

بسببه كائنا ما كان منهما وبقي ما عدى ذلك باستصحاب عدم وجود سبب مؤثر فيه فذلك اذا المسبب عدم
عند الحكم بعدم سببه قاعدة مطردة فان فقه هذا سلم لكن اللازم بناء على صحة استصحاب الكلي اعني عدم
حصول المدة التي اعتبرت في العقد كاستصحاب عدم موت الجبان المؤدي الحكم ببقاء جواز الاستمناع بعد
انقضاء الاقل وعدم الاخت عليه وغير الزوج عليها دون الخامسة حتى لو كان التردد بين المنقطع
الدائم قلنا اوكان ان المحقق في محل تحكيم الاستصحاب الوارد على الاستصحاب الموجود مثلا لو الغى الثوب المتنجس
في الماء المستصحب الكرية حكم بطهارة الثوب ببقاء الماء على طهارته لان استصحاب نجاسة الثوب لا يثبت
عروض المقتضيان واستصحاب عدم كرية الماء وعدم مقتضاه يثبت طهارة ملاقيه وارتفاع نجاسته فكذا في
المقام استصحاب جواز الاستمناع بهما بعد زمن الاقل او استصحاب عدم عروض الاخر لا يثبت عروض سبب
الاطول واستصحاب عدم عروض السبب الاطول يثبت حرمة الاستمناع بعد انقضاء زمن الاقل لانه من
اثاره الشرعية وكذا جواز التزويج بالاخت وبغير الزوج حر دنا بانا سلمنا ان لا تواد بين الاستصحابين
فاللازم سقوطهما معا والرجوع الى اصل اخر وهو هنا الحرمة في الفروج وعدم العقد الجديد كما هو واضح
وكلا هذين الوجهين لا بأس بهما فان العمل بعمومات استصحاب الكلي ازمعنى ذلك عمومات في نفسه دخول فيه عموم
المقتضي مع قطع النظر عن فرضه معارضا بمثله او بما يرد عليه بل لو لزم العمل باستصحاب الكلي ولو حتى لو
كان هناك حكم سابق معاد لا بعد الغرم بن لزم الرجوع اليه فيما لو شك في مقدار المهر او الثمن واثر اشترى
المبيع مثلا بمائة او بالف مثلا الى اضعاف ذلك من الزائد من الزائد والنقصان جميعا على خلاف نعم يجب العمل به حيث
لا معارض كما لو قال المكان لا تدخل الدار ما لم يدخلها احد فان دخلها فلا تدخلها فانه لم يثبت عند المتدبر
ح فلا يمكن الاحتجاج على صحة الدوام في المسئلة باستصحاب جواز الاستمناع ونحوه سواء شكا او احدهما
او اختلفا اذ اللازم في مثل المقام الالتفات الى المسبب الاستصحاب بنفي السببين معا ولا العلم الاجمالي
بوقوع احدهما فان قلت التردد بين الانقطاع والدوام ليس كالتردد بين المنقطعين لان الثاني تردد بين
المقيد بين والاصل ينفيهما معا بخلاف الاول قلت التردد فيه بين الاطلاق والتقييد والاصل انما ينفي التقييد
فيثبت الاطلاق فيحكم بالدوام قلت لا يخفى المراد من الاصل الذي ينفي المقيد هنا اما الاستصحاب الثابت بالنص
او اصالة العدم او ظهور اللفظ في الدوام اما الاول فلا مجال لدراة الاستصحاب المستفاد من النص انما هو
حكم شرعي ببقاء الحكم الشرعي السابق عند احتمال عروض ما ينقضه اي عند احتمال عروض ما لو علم عدم عروضه
لعلم ببقاء الحكم السابق ولو علم بعروضه لعلم زواله والحكم الشرعي بدوام النكاح او بانقطاعه تبع صحة العقد
الواقع من مجرده عن التاجيل وعدمه فلا يمكن اثبات مجرده بالاستصحاب ولو عمنا الاستصحاب المطلق الامور
الخارجية فلا ريب ان استصحاب عدم وجود التاجيل بنفسه لا يثبت انه قد قصد في العقد الدوام بخصوصه
لا التاجيل الذي لا بد من قصد احدهما في كون العقد عقدا فان العقود متبعة على القصود واذا كان الاصل

المثبت لا يثبت لم يتم المطلوب وبمثل ذلك يبطل الوجه الثاني اعني ان يراد من الاصل اصالة العدم فان قبل
التضاد الى احدهما معروض الوقوع في المقام بل الادب فيه فان كان المقضو به العقد هو الدوام تم المطلوب وان كان القضاء
منه التاجيل واتفق ذكر التاجيل ولو بالاصل انقلب اثما للنقض بناء على العمل به كما عن الاكثر قلت النقض المشار
اليه هو قوله ع في موثقة عبد الله بن بكير ان بينهما الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح ثابت انما دل على
ان المائز بين الدائم والمنقطع عدم ذكر الاجل في الدائم وذكره في المنقطع ولم يدل على ان ذلك ذكر الاجل مع قصدهما
المنقطع بطلب النكاح دائما فيقعا عليهما نعم احتج بعضهم على الانقلاب بان اللفظ يقتضي الدوام فاذا لم يذكر الاجل
كان دائما وفيه اولا ان اللفظ اعني زوجتك وانكحتك لا يقتضي الدوام منطوقا ومفهوما ولو سلمنا اختصاصه بالدوام
وضعا فمع فرض قصد الاجل وعدم ذكره ما يدل عليه لم يقع عقد الدوام لانتفاء القصد اليه ولا المنقطع لانتفاء
ذكر التاجيل الذي هو شرط فيه فيبطل نعم لو تم القول بالانقلاب دائما مع القطع بالخلاف وقصد التاجيل وقلنا ببقاء
الاصل بعد ثبات البطلان لكان القول باصالة الدوام هنا وجيها اكن قد بينا قبل في بحث تقرير الشارع على العمل
باصالة العدم في كل مقام الذي لولا الاصل لكان اللازم الحكم بالمحرم كالهو الاصل في الفروج اذ مجرد عمل
العقلاء لشيء لم يستقل العقل بالاذعان بحجيته كالاستصحاب لا يكفي في القطع بحجيته شرعا بحيث يخرج بسببه
عن اصالة الحرمة او عن اصالة الاشتغال لا مع القطع بتقرير الشارع على ذلك في خصوص المقام الذي نريد
نفي بخصوصه او بعمومه وبذا ابطلنا في محله وفاقا لكثير من المحققين الاحتجاج على حجية الاستصحاب شرعا
بمجرد عمل العقلاء عليه ودعوى استقلال العقل بحجيته او الضرورة على تقدير الشارع عليها في كل مقام
مقام غير واضحة بل المانع مستظهر بل لعل طريقة العقلاء في نحو المقام على جميع الالتفات الى اصل العدم
الا ترى انه لو شك المولى في انه سيده هل قال اكرم رجلا عالما او هل قال اكرم رجلا فاكرم رجلا جاهلا لا يعد العقلاء
وقالوا له لو اكرمت رجلا عالما لبلغت الغرض نعم لو انقضى زمن التلفظ من غير بيان ثم شك في انه هل جاء بما
يفيد ذلك المطلق بعد ذلك لم يبن العقلاء على الاعتماد على اصالة العدم حينئذ وعلى هذا فلو شك في انه هل
نذر صوم يوم او يوم الخميس او نذر الصوم اذا شافى الله مريضه او مطلقا او هل ظاهر من مراته اذا خرجت
من الدار او مطلقا كان العمل على محل الشك عملا بالمتيقن والحاصل طريقة العقلاء في باب الالفاظ على الظهور
المستقر بعد انقضاء زمان التلفظ نعم يتيقن ما بنا في ذلك باصالة العدم ولا يثبتون ذلك الظهور بها
في مقام الشك فيه الا ترى انهم لو وجدوا كتابا محرقا واحتملوا وقوع الحريق على قيد بعد فعله او قرينة تصرف
عن معناه لم يكن ذلك الموجود حجة عندهم على الاطلاق ولا دليلا على المراد ومثله ما لو كان السيد متشاغلا
بالكلام فضرب شخص بيده على فيه فسكت فان العقلاء لا يلزمون العبد بما سمع منه من الجملة الناقصة الا
وكان ذلك لان العادة ان السكوت الاختياري امارة على ان المتكلم قد ابرز جميع ما في ضميره فما لم يعلم ذلك
لا يحصل الوثوق بالمراد ولهذا عمادهم في ذلك على اصالة العدم من حيث هي ونفسها ومع قطع النظر عن امارية

كما لا يخفى على من تدبر وقد ظهر بهذا ان ما ادعاه بعض المعاصرين من ان اصالة العدم بنفسها في المقام تثبت ظهور الدوام وانتماما فهو ضده وان هذا الاثبات بهذا الاصل مستغنى عن قولهم الاصل لا يثبت كلام ساقط وان اريد من لفظ الاصل ان ظاهر قول القائل زوجتك او انكحتك حال النطق وقبل انقطاع الكلام هو الدوام وضعا او انصرافا فلا يخفى انا لو سلمنا حصول الظن بارادته وان كان ظنا غير مستفاد فلا نسلم قيام سيرة العرف والعقلاء على العمل عليه ولا على اعتباره مالم تحقق الصورة التي انقطع عليها الكلام اختيارا من التعريد عن القيود او التقييد بحيث يستفز الظن باثره فنبدي جميع ما في نفسه واما قولهم ان الظن بالمراد في باب الالفاظ كاف فانما يريدون به الرد على ما يتوهم من لزوم تحصيل اليقين بالمراد لا ان مجرد حصول الظن ولو بادىء بدء قبل استقراره وقبل انتظار تمام الكلام يوجب العمل به والاعتماد ولو ادعى مدع ذلك لطولب بالدليل عليه ولن يجد دونه خرط القتاد اذا عرفت هذا فالازم نفي جميع الآثار المترتبة قبل عروض هذا العقد المردد بعد اقل الزمنين كجواز الاستمتاع ونحوه بل نفي جميع آثار العقد الاطول مما كوجوب الانفاق والقسمة والارث وكونه محللا بعد الطلاق الثالث وغير ذلك واثبات ما كان ثابتا قبل ذلك كجواز التزويج باختها والخامسة والتزام ما يشترط في ذيل العقد ان كان من احكام المصاهرة ونحو ذلك للقول باصالة اللزوم في المقامين معا انما في الاول فظاهر واما في الثاني فبناء على ما هو المشهور والصحيح من ان المنكر من كان قوله موافقا للاصل او الدليل بالنظر الى الغرض الذي دفع المتداعي لاجله لا بالنظر الى نفس السبب الذي دفع المدعي منه كما ظنه المحقق الكركي حيث ادعى انه لو اختلفا في قدر الثمن او فائد المبيع فيتحالفان كما لو اختلفا في تعيين الثمن او المبيع فان كلا منهما مدع ومنكر وانتما يتحالفان في المقامين خلافا للمشهور من القرعة بينهما وانتما يتحالفان مع الاختلاف في التعيين لا في القدر ووجه القرعة ما اشرنا اليه وقد فصلناه في محله لكن لو اراد فراقها قبل انقضاء اقل الزمنين لم يتبين منه بمجرد هذه المدة ولا بمجرد الطلاق ان لم تكف به البينة بطلاق مما يفيد معنى الفراق بل لا بد منهما معا استصحابا للبقاء ما كان بعد الامكان وكيف كان فلو طلقها لم يملك عليها الرجعة ولم يملك به نصف المهر للاصل والحاصل لا باس بالنظر الى هذا ونحوه بالقول بانه لا اصل في المقام ونحوه النذر او الوقف المعلق على احد العنوانين بعينه فتدبر جيدا جدا ولا تغفل عند النكاح

كتاب الحيض

فائدة المشهور ان الحائض لو ادرك من الوقت ركعة بشرائطها وجبت عليها الصلوة وفيه اشكال وتفصيل الحال ان يقال الامر ان الامر بشيء ذو وقت معين موسع كاوقات الصلوة الخمس او مضيق كايام رمضان كما ينقض الامر به بعد فوات وقته انما يثبت بامر جديد مثل قوله عن فائته فريضة فليقضها كما فاتته وظاهر هذا النقض ان الامر بالاتيان به ثابت بصدق فوات الفريضة سواء كان عن تفويت عمدي بحيث تكون الفريضة فريضة ضيعها كما لو كان عن نسيان او نوم او اكراه او فقد الطهورين مثلا بحيث تكون الفريضة بالنظر اليه فريضة

شابهة الكل الا نضاف انه لا يكفي في صدق عنوان الفريضة مطلق الشابهة ولو بعيدة بل لا بد في صدقه من الفعلية او الشابهة القريبة من الفعلية بحسب الشاهد كما مثلنا الا ترى انه لا يصدق عنوان الفريضة على ما فات قبل البلوغ ويصدق على ما فات بسبب الاغماء والجنون سيما العارض بعد البلوغ عاقلا وجهان وعلى الاول فالاجماع والنص قد اخرجاهما عن عموم المكلفين بالصلوة بعد الوقت وعلى الثاني فهما على الاصل اما الحائض لو طهرت بعد الوقت فالانصاف صدق اسم الفوات عليها الماضي بلزوم الصلوة عليها بعده كالصوم وانتفاؤه فيها قد ظهر لولا الاجماع والنص على سقوط ح ثم اعلم انه لا ريب في سقوط التكليف الذي قد انبسط بالوقت الموسع كالصلوة مثلا اذا لم يبق من الوقت مقدار ما يسع الفعل تاما فلو نقص ولو يسيرا او المضيق سقط التكليف لامتناع التكليف بشيء وقت بقصر عنه ولان ذلك لازم الحكم بضيق الوقت والاختصاص بالعصر وحرمة التاخير والاثم كما اجمعوا عليه اذا بقي من الوقت مقدار اربع ركعات فاقل لو اخر ولو يسيرا لم يقع ركعة من الركعات في وقتها المضيق وعلى هذا فالازم ان يكون اول اوقات التكليف الثاني الثابت بعموم من فاتته فريضة المستتبع اثباته عرف الفقهاء بالقضاء ما لو نقص الباقي من الوقت عن تمام العمل ولو يسيرا سواء كان الباقي بسع ركعة او اكثر وانما يجب فيه تسمية القضاء لا الاداء بناء على وجوب لحاظها في النية وان يحكم بسقوط هذا التكليف عمن بلغ ح او افاق من اغماء او جنون المستوعب للوقت او طهرت من حيضها ح حيث ان هؤلاء لم يكلفوا شرعا بقضاء ما فاتهم من الاداء بل لولا الامر الثاني بالفعل فيما بعد ذلك لم نحكم بوجوبه على غيرهم من ذلك الفعل قبل ذلك عمدا او سهوا او نوما او اكراها وفقدا لطهورين لكن الامر الثاني الوارد من الشارع في المقام نوقن الاول فولد ع من فاتته فريضة فليقضها كما فاتته وهذا بمجرده لا يقتضي اكثر من اثبات وجوب الاتيان بالفعل من حين القضاء المزبور الى اخر العمر من غير تعيين وقد خرج عن عموم الثلثة السابقة بالاجماع والنص كما سمعت الثاني قوله ع في النبوي المشهور من ادرك من الوقت ركعة فقد ادرك الوقت ولا ريب في دلالته على مشروعية الصلوة ح بل على وجوبها عينا فيه وحرمة تاخيرها عنه انما الاشكال في انه هل يفهم منه زيادة على ذلك ان الصلوة المدرك منها ركعة من الوقت اداء حقيقة لا قضاء كما هو ظاهر كثير منهم بل هو ظاهر الاكثر منهم السيد العلامة حيث يقول وهي اداء لا اداء وقضاء ولا قضاء كما ارتضاه المرتضى وهي اداء تنزيلي اي انها قضاء منزل منزلة الاداء فيما قرر في عموم تعلقه بالمكلفين بخلاف ما عداه من القضاء اعني ما لم يدرك منه ركعة حيث انه لا يتعلق بالحائض اذا طهرت ح ولا بالبالغ ح ولا بالمجنون والمغمى عليه اذا افاقا ح ولا بفاقد الطهورين اذا وجد احدهما على خلاف في بعض ذلك وانما لا يستفاد منه اكثر مما سبق من الوجوب المضيق وجوه ثم اعلم ان النزاع المحرر عندهم هنا انما هو ان هذه الصلوة هل هي اداء او قضاء او ملفقة منهما وان الوجهين الاخيرين متصوران على القول الثاني بل وعلى الثالث على بعد والمختار من الاقوال الثلثة عندنا هو الثاني وحينئذ (فهي قضاء لا اداء وقضاء ولا اداء كما ارتضاه المرتضى) ودليلنا على ذلك ان الاداء في اصطلاحهم ما

القضاء الامر الاول وقد عرف استتباع استعادة كونه مطلوبا بالامر الاول طلبا فعليا وكاشفا لاستحالة
الشيء في وقت بعضر عنه وكون ما ادركه انما هو وقت للواجب لا للاولى بحسب الوقت الاول والامر الوارد
باتباع الفعل على تقدير فان قلنا الوقت الوارد من الشارع هنا نوعان نوعان نوعان

ولعل الشیخان اراد دعوی الاجماع علی وجوب القضاء بناء علی القول المشهور لا مطلقا ای حتی علی قول المرتضی
او علی القول الثالث والا فالانصاف ان دعوی الاجماع علی عدم وجوب قضاء الصلوة مطلقا اقرب الی الصواب من
دعوی الاجماع علی استثنائها من عموم لا تقضی الصلوة بعد تسلم کونها قضاء وثانیا لا یبعد ان یکون مبنی فتوی
المشهور الی ذلک انهم یرون دلالة النص المزبور علیه بالطریق الذی اشرنا الیه یعنی عموم المنزلة لا عموم اللفظ
وقد عرفت ما فیه فان قلت لا نسلم بطلان الاحتجاج هنا بعموم اللفظ وان کان التعارض بین النصین هنا العموم من
وجه فان عموم من ادرک حاکم علی العمومات النافیة للقضاء فی الحائض واضرابها فهو نظیر عموم لا بد بکم العسر
لا ضرر ولا ضرار فی حکومتها علی العمومات المثبتة للتکالیف بأسرها وتقدیمها علیها وتخصیصها بها مع ان النسبة
بین کل عموم منها وبین ما ذکر العموم من وجه قلت الضابط فی تقدیم احد العمومین علی الاخر وتخصیصه به وکونه
حاکما علیه العلم من قبل المولی ولو بالقرینة الحالیة الحاصلة بانقضاء التوقی الی تفسیر المراد منها فی العموم بارادة
العموم منه دون ما یقابله من العمومات فیکون فی الحقیقة بسبب ذلک فی قوة خصوصات متعددة وورد فی کل
واحدة بخصص بکل واحد منها ما یقابله من العموم فیکون فی الحقیقة کانه قال اترک الصلوة الا تعبیر علیک وصم شهر
رمضان الا ان یعسر علیک وهکذا فالتعارض فیه مثله بعد القرینة المشار الیها بحسب الحقیقة والتحلیل من باب تعارض
العموم والخصوص المطلق لا من باب التعارض بین العامین من وجه اذ کانه قال هذه التکالیف کلها مخصصة بصورة
العسر والضرر فلیست بوکلا دلیل ان المقام عاد عن القرینة القاطعة بما ذکرناها فادعی ان القرینة علی ذلک الاجماع
علی تجرد وجوب الصلوة علیهم حیضا وان قلنا بانهاض قضاء قلنا هو اول الکلام مع ان جماعة من الاصحاب قد
حکموا بالاستیناب بالنظر الی الحائض کما حکاه شیخنا وغیره مع انه لو تم ذلک انفی عن الاحتجاج بالعموم فقد یوجد دلیل

احکام الحیض اختلف الفقهاء ظاهرا فی ان الاستظهار لذات العادة بعد انقضائها وجوبا او استحبابا
هل هو واجب کما صرح به ابن ادریس وحکی عن الاکثر او مستحب کما حکاه فی المدارک عن عامة المتاخرین او مباح کما حکی
عن الذخیرة والمعتبر والانصاف ان هذه المسئلة فی کلامهم غیر محررة علی ما ینبغی من وجوه الاول من حیث المراد
من معنی الاستظهار فقد یظن ان المراد منه حقیقة معنی الاستفعال یعنی طلب ظهور الحال من کونه حیضا او غیره بالنظر
لمدة العشرة او علیها او علیه کما ذکره شیخنا العلامة الباهر فی الجواهر وغیره ویشکل بان انتظار الکاشف عن ذلک
من الانقطاع لمدة العشرة وعدمه انما یمکن ان یؤثر فی استکشاف ما یتاخر عن الکاشف واستصحاب حکم ما یتکشف بسببه
ولیس هو هنا الا وجوب قضاء الصلوة مع الاستمرار الی ما بعد العشرة علی تقدیر ترکها وعدم علمه مع علمه وهو لیس
منافیا للواجب فهل یجب الاستظهار ام لا مریدین بذلک هل یجب علیها قبل امکان حالها ترک العبادة ما دامت
تری الدم قبل العشرة ام لا وهذا کما نری لا نعلم له بالطلب عن انتظار ما یستکشف به بوجه اذ صح منها
ما یستکشف به سواء تعلقت العبادة فی ایام الاستظهار ام ترکتها واتمت لیس فی النصوص ما یدل علی ان الانتظار
علی العشرة او ما دونها کاشف شرعا عن کون الزائد علی العادة حیضا وان الاستمرار کاشف عن استحاضة

فاقل والانصاف ان المراد من الاستظهار الذى نص عليه فى الاخبار انما هو العمل على ما يقتضيه ظاهر حال الدم قبل العشرة من كونه من الحيض وان كان قد يجاوز العادة نظرا الى ان احتمال الحيضية فيه قوى بسبب عدم مضى اكثر الحيض وان كان احتمالها فيما قارن العادة اقوى ومن هنا سمى التحيض فيما بعدها استظهارا نظرا الى ان احتمال كون الدم فى ايام العادة حيضا راضا كالمتيقن وح فالاستظهار على هذا المعنى ليس فيه معنى الاستقلال بخلاف الثانى من حيث تثليث الاقوال فى المسئلة فانه هنا محل نامل بل منع اذ القائل بالاباحة لا يمكن ان يريد بها استواء طرفى فعل العبادة وتركها من غير طلب مع كون العبادة عبادة مشروعة فانه غير معقول لان معنى الخيار لا ينفك عن المطلوبية ولو ندبا فيرجع القول بالاباحة على هذا الى القول بالاستحباب فان قلت لعله اراد بذلك استواء طرفى ما يتوهم كونه عبادة وان لم يخرج عن كونه عبادة مطلوبية بالمرة صار فعلا مباحا بل هى عبادة فاسدة اذ يكفى فى فساد العبادة انتفاء الامر فضلا عن ورود النهى عنها قلت فيرجع هذا القول ح الى القول بوجوب الاستظهار بمعنى وجوب ترك العبادة فى ايام الاستظهار وان فعلها فيها كفعلها فى ايام العادة لا امرا وجوبا ولا استحبابا فيكون العمل ح فى نفسه من حيث ذاته مباحا واذا فسد بالتشريع كان حراما من حيث قصد التشريع لا من حيث ذاته فلا يكون ح حراما مطلقا ولو قلنا بان فعل العبادة الفاسدة محرم فى ذاته وان لم يقصد التشريع لم يمكن ارجاع هذا القول الى القول بوجوب الاستظهار ولا الى القول باستحبابه لكن يمكن وصفه بالاباحة من الثالث من حيث مقابلة القول بوجوب الاستظهار للقول باستحبابه بعد فرض ان المراد من الاستظهار الذى اختلف فى حكمه هو ترك العبادة فانه ظاهر غير معقول لان وجوب ترك العبادة ان اريد منه حرمة فعلها بقصد التشريع لا مطلقا فالذى يقابله انما هو القول باستحباب فعل العبادة لا بقصد التشريع بل بقصد احتمال كونها طاهرة لامكان دعوى انها مشروعة هنا على الاستحباب لا على الايجاب ولو بعنوان احتمال كونها طاهرة وانها مستحاضة لاحتمال اسنادها الى ما بعد العشرة بل يحتمل كونها مستحاضة وان لم تستمر وان كان الشارع قد اذن لها بترك العبادة هنا احتياطا فان القائل بالاستحباب لا يقول بكونها طاهرة شرعا لكنها غير مخاطبة بالعبادة هنا الا على الاستحباب لانها حائض شرعا لكنها مأمورة بالصلوة على وجه الاستحباب وانما وان كانت حائضا فى الواقع وانما يقول المحكوم عليها بكونها حائضا شرعا فسمان فسم لم يؤثر هذا لحظ احتمال كونها طاهرة فى الواقع وان احتملت فى نفسها ذلك وانها ح مستحاضة وهى التى فى ايام العادة بل هى من لم تكن فى ايام الاستظهار ممن حكم عليها بانها حائض وقسم قد اثر هذا الاحتمال فحكم عليها باستحباب الصلوة لاحتمال كونها طاهرة وهى التى تكون فى ايام الاستظهار وعلى هذا فيلزمها الاجتناب من الزوج والمسجد ونحوهما كما يلزمها ذلك فى ايام العادة وغيرها لانها حائض شرعا فتثبت لها احكامها جميعا الا ما سمعت وح فلا يكون القول بالاستحباب على هذا قولا باستحباب ترك العبادة فى مقابلة القول بوجوبه بل قول باستحباب فعلها بل هو فى الحقيقة قول باستحباب ترك الاستظهار لا القول باستحباب الاستظهار بترك العبادة الذى يرجع الى القول باستحباب ترك العبادة فان العبادة متى قرنت

كونها

کونها عبادة فعلا استحال ان یستحب ترکها الا الی بدل هو اوجع منها لاستحالة خلوها من وجهان یوجب طلب فعلها
مع قرض خروجها عن کونها عبادة فعلا فعلها حرام اما بقصد التشریع لا محالة او مطلقا بناء علی الحرمة الذاتیة
فی العبادة الفاسدة وعلی هذا فلا یبقی من تاویل کلامهم وحمله علی ارادة انه یستحب استظهارها وکونها مستحاضة
حائضا بفعل العبادة والا اشکل فتدبر جیدا جدا وبؤید ما ذکرناه من التاویل بل یدل علیه انهم قد حکموا فیما
بان الحائض اذا تجاوز دمها العشرة وکانت قد عادة دون العشرة وقد صلت فیما تعهد العادة بان اغتسلت
للحیض وعملت علی المستحاضة کانت صلوتها صحیحة وان لم تغتسل کان علیها قضاء ما بعد العادة فانه بدل
علی ان المراد من استحباب الاستظهار فی کلامهم استحباب استظهارها وکونها مستحاضة فی ایام الامر باستظهارها
فعل عملها لا استحباب استظهارها وکونها حائضا بترک العبادة کما هو ظاهرهم بادی بدء فیکون المستحب فی الحقیقة
ترک الاستظهار بترک العبادة فهم مرادنا القائلین بوجوب الاستظهار وجوب استظهارها وکونها حائضا بترک
العبادة فلا یبقی بین الوجوب والاستحباب باعتبار معنیهما الا ما بحیثیة ارفض المطلق والذی یدل علی ذلک
وعلی اجزاء العمل المفصل عما یاتی الدال صریحا علی امرها بالعبادة کصحیحة حمزة بن مسلم والبرنطی وغیرها المجمع علی
عدم وجوبها علیها عادامت فی العشرة فان الامر بها ناظر الی استحباب ما یحتمل احتمال کونها مستحاضة فی الواقع
لا الی استحباب الصلوة من هذه الحائض بالاجماع ودلالة النص علی امرها امرها بعمل المستحاضة ولزوم الاجزاء علی
تقدیر کونها کذلک والا لاقتضت فی امرها بذلک وفی الحکم بالصحة والاجزاء فی المقام دلالة علی کفایة ملاحظة
المصلحة المقتضیة للامر عند الاتیان بالفعل العبادی فی کونه صحیحا مجزیا اذا منع من حسن توجیه الامر به فلا توجیه
الامر بصدقه الا هم فعلا ولو من حیث کونه مقتضیا والعبادة موسعة فمن صلی فی اول الوقت ناسیا لاداله النجاسة
عن المسجد او لاقذاء الغریق فان الامر بالضدین جمیعا محال فان قلت انما صح الفعل هنا واجزء لمکان الامر
وان کان ندبا قلت هذا الامر ارشادی محضا قطعا فهو لا یفید تخییر المامور علی المکلف وصحته علی حال
الامر الواقع بالصلوة هنا غیر معلوم وان کان ظاهرا فی الواقع بناء علی صحة استصحاب کون الدم حیضا
بل معلوم العدم لاستحالة توجیهه الی الجاهل الذی لا طریق له الی استعلامه لکونه تکلیفا بما لا یطاق بل
بدل هذا القیام علی عدم اعتبار الجزم بالنیة فی صحة العبادة المتمیز مع المطابقة واجزاء الاحتیاط الغیر اللازم
فی العبادة مع انکشاف خلافه وصحة صوم یوم الشک لاحتمال انه من رمضان واجزاءه مع انکشاف الهلال بل
وصحة عبادة الجاهل مع المطابقة وغیر ذلک کل ذلک لا یخدش المناط فی ذلک واما وجوب قضاء الصلوة
لو ترکها مع التجاوز فربما استشکل فیه بعضهم مدعیا انه لا دلیل علیه وان الاصل یقتضیه مضافا الی انها
ما ذمت بترکها ایام الاستظهار رخصة واجماعا والانصاف انه یدل علیه قوله فی موثقة سماعة قالت النجابة
وتدع الصلوة مادامت تری الدم فانه لم یجز العشرة فاذا انقی فلتغتسل ثم لتصل ثلاثة وعشرین یوما او ثلاثة وعشرین
یوما ثم تغتسل وتستدخل کرسفا فان خرج والا فلتصل فان رات الدم یجوز العشرة فلتجلس ایام عدتها شهرا عدة ایام سواء فذلک عادتها فانه
فی قوة ان یقول فان تجاوز العشرة فتلک فان حیضها العادة خاصة او العشرة جمیعا فرجعها حیث هی العادة

بعد مضي اسنواء المشهرين منها وظاهرانه لا حاجة في الرجوع الى تلك العادة بعد تجاوز العشرة الا من حيث وجوب القضاء وح عدم ولا بناء في ذلك الاذن بزك الاداء في وقته ولا الحكم بكون الدم حيضا ح لان الحكم بحيضية ما بعد العادة قبل التجاوز كالحكم بحيضية ما تراه المبتدئة بل وعبر بها بناء على تحيضها برؤية الدم كما هو الصحيح اذا انقطع لدون الثلثة فان حكم ما دامت ترى الدم لا مطلقا نعم انما يقضي سقوط وجوب الاداء لا قضاء خطابها الفعلي حينئذ بالتحيض وهو لا ينافي وجوب القضاء بعد ذلك اذا دل الدليل عليه وقد يحتج عليه بوجوه اخر لا تخ من نظر ﴿مسئلة﴾ اشتهر عن ابن ابي عقيل ان الاستحاضة القليلة لا توجب غسلا ولا وضوء خلافا للمشهور من ايجابها الوضوء لكل صلوة ولابن الجنيد من ايجابه لها الغسل بل ظاهر المعتبر حكايته اقتضاء الدماء كلها للوضوء اصلا ولا يخفى ان النفوس كالمتواترة في باب الاستحاضة بوجوب الوضوء وان المستحاضة يحتاج الى الوضوء بالنظر الى كل صلوة من بدها والاخبار في ذلك مستفيضة جدا وانكانت مختلفة على اقسام ثلثة منها ما دل على ايجاب مسمى الوضوء ومنها ما دل على ايجابه عند وقت كل صلوة ومنها ما دل على ايجابه لكل صلوة فيبعد جدا اهمالها ايا ها وابعد منه عدم اطلاعه عليها ورجوعه الى الاصل عفى الاستصحاب او اصالة البراءة مع ان الاحتجاج بهما له هنا كما وقع من بعضهم محل نظر بل منع كما حرر في محله بل الرجوع الى اصالة الشغل هنا كما يقتضيه مذهب الاكثر هنا اولى والاظهر انه انما يحتج بالقضية الحاضرة لاسباب الوضوء بالبول والغايط والريح والنوم وانه بناقض ولا لذهاب الاخبار بانها جميعا واردة مورد الغالب من الابتلاء بالاسباب المعهودة الموجبة للوضوء اجماعا وضرورة سيما بقرينة ورودها في مقام بيان ان الاستحاضة مثلي توجب الغسل ومثلي لا توجبه فيكون معنى قوله ع في صحيحة الصحاف التي اخبج بها للمشهور وان طرحت القطنة ولم تبل الدم فلتتوضأ ولتصل ولا غسل عليها انه لما كان سبب الوضوء لازم الحصول عادة غالبا او دائما فلتتوضأ من جهته ولتصل ولا غسل عليها وحيث ان من المعهود شرعا اقتضاء الدماء الغسل دون الوضوء لتعين على استثناء القليلة مما يوهم من كونها كسائر الدماء في الشأن مقتضية للغسل وكذا قوله بينها وان كان الدم فيما بينها وبين المغرب لا تسبيل من خلف الكرسف فلتتوضأ ولتصل عند وقت كل صلوة بل لعله اولى بافادة ذلك نظرا الى ان تقرير الصلوة على الاوقات مظنة عروض البول ونحوه فيما بينها عادة فلذلك امرها بتكرار الوضوء ولو اريد من الاوقات الاوقات الثلثة كان ظاهرا في عدم ايجاب تكراره للصلوة الثانية من الظهرين والعشائين كما هو صريح عبارة المقنعة بالنظر الى الاستحاضة الكبرى بل الاضعف ان مذهب ابن ابي عقيل من عدم اقتضائها الوضوء هو مذهب ابن الجنيد وان توقف في ايجاب الغسل اذ لم يحك عنه القول بايجاب الوضوء معه وهو ظاهر المعتبر ايضا في المقنعة والشيخ في النهاية وسلار في المراسم والمحقق في النكت بل لا يبعد ذلك من عبارة الصدوق في المقنع والهداية اذا تاملت عبائرهم جيدا وانصفت فراجع نعم اول من صرح بما عليه المتاخرون الشيخ وابن حمزة في الوسيلة واقوى ما يحتج به لهم بعد الاصل قوله ع في

موثق زرارة وفضل كل صلوة بوضوء وقوله في صحيح معوية بوضاء ودخلت المسجد صليت كل صلوة بوضوء وبتكرار بان سوقها يشهد بان المراد ان صلوتها جميعا تحتاج الى الوضوء لا الى الغسل بخلاف الوسطى حيث ان صلوة الصبح منها تحتاج الى الغسل والكبرى حيث انها تحتاج الى ثلثة اغسال كما يشهد بذلك قوله في خبر الفحام فلتوضأ وللتفصل كما فصل عليها وقوله في موثق زرارة وفضل كل صلوة بوضوء ما لم يصب الدم فان اصاب الدم اغتسل وصلى حيث لم يخوض بوضوء فشمول ذلك لكثير من نصوص الباب بان الاتيان انما يقتضي الغسل دون الوضوء بل وقوله في صحيح معوية بن عمار وتوضأ ودخلت المسجد وصليت كل صلوة بوضوء فان الظاهر ارادة المسجد الحقيقي لا مصليها في بيتها وانها تصلي فيه الصلوة المعادة بعد دخولها فلو دلت على ارادة تجديد الوضوء للصلوة المعادة كالسلوس افهم منها ارادة جزء الماء الى المسجد او ارادة نفس الدخول مع انه يفهم منها جواز الفصل بين الوضوء والصلوة بمقدار وصولها الى المسجد ولو كان بعيدا وهم لا يقولون به وبالجملة بين الاتصال بينهما ويحكمون بانها في ذلك كالسلوس وهذا اقوى قرينة على ارادة ما ذكرناه حتى من قوله في خبر زرارة وفضل كل صلوة بوضوء على ان يراد من الوضوء الجنس لا انها تصلي كل صلوة بوضوء غير وضوء الصلوة الاخرى وان احتملت ان كان ظاهرا الا القرينة المزبورة في مذهب المشهور واحتمال ارادة مصليها من المسجد او ان يراد مصلى المسجد الحقيقي على ان يراد انها تتوضأ بعد دخولها اما بجعلها الماء او لغرض وجوده فيه لكون المراد لا تقيد المزبور في غاية البعد كما لا يخفى ومثل الكلام فيما استدلوا به ايضا من موثقة سماعة اذا قال ان صغره فلتوضأ حيث ان ظاهره ان المراد وان كان صغره فلتوضأ من اجل الصغر وان كان متوضئة قبلها فانه لا يبعد ان يراد منها ولو بمعونة ما ذكرنا من صحيح معوية ونحوه غيرهما ان الصغر لا يوجب الغسل وانها في حكم العذرة وان الوضوء يلزم المرئة المزبورة كما يلزم غيرها على انا لو سلمنا تكافؤ النصوص في الباب وعدم ظهور احدها على الاخر بعين ظاهر الحصر بحيث ينقطع به اصالة الشغل فنقول قوة احتمال لحاظ الامر العادي في نصوص الباب بعد ما عرفت يسلم حصول الاطمينان بلحاظ الخصوصية منها الموجب للحكم بكون الاستحاضة القليلة حدثا مستقلا يوجب بنفسه الوضوء وبمنضمة لو كانت متوضئة كما في اسبابه وان كانت حيث لا تكون قليلة توجب الغسل بل الانصاف انه لا يفهم من نصوص الدماء كلها الا احتياج الى الوضوء لبيبها ولو منضما الى الغسل وقد قال بعض المحققين من المتاخرين وكانه لذلك اخرج ابن ابي عقيل على عدم احتياج المستحاضة القليلة الى الوضوء بمجموع اخبار الاستحاضة الكبرى عن الدلالة على وجوب الوضوء مع اغسالها وكانه يفهم الاجماع على عدم الفصل والا فلا ربط له بالمقام كما اعترض صاحب المدارك هذا ومما يغرب دعوى ابن ابي عقيل انهم لما رأوا الوابغة يون بان العبد الوارد مورد الغالب لا ظهور له في افادة التقييد وح فلحاظ الخصوصية من نحو قوله وان كان صغره فلتوضأ منافي لحمل اطلاق الامر بالوضوء على الورود مورد الغالب من كونها محدثة بالاسباب المعهودة وح فينحصر الحجة في المقام للمشهور بدعوى الاجماع كما حكاه بعضهم فان اطمئن به فهنا

المطلوب

ثم المطلوب والأقلا على ان جملة من العبائر تحتمل قريبا مما تحتمله النصوص مما اشرنا اليه قال الشهيد في الذكرى والمعتبر والمنتهى فان لم يثقب الدم الكرسف صلت صلوتها كل صلوة بوضوء وان ثقب ولم تبدل صلت صلوة الليل وصلوة الغداة بغسل وان سال صلت صلوة الغداة بغسل انتهى حيث انهم يعرضون للوضوء في صلوة الظهر والكبرى مع الاجماع على احتياج المستحاضة فيها اليه وان غسلها لا يكفي عن الوضوء الاعلى قول منزوك وان الكلام فيهما في ان الاستحاضة الكبرى هل توجب الوضوء زيادة على ايجابها الغسل او ان الوضوء فيهما يجب باسبابه المعهوده فاذا حمل الكلام على ارادة ان الوسطى والكبرى لا توجب الا الغسل كما هو ظاهره وان القليلة لا توجب الغسل كان نصا في مذهب ابن ابي عقيل للاجماع على ان الوسطى والكبرى اذا لم توجب الوضوء مفضيا الى الغسل فلا توجب القليلة مستقلة وان اوجبناه مفضيا وجب هنا مستقلا ولو لم يثبت الاجماع على عدم الفصل كان ما ذكرناه في كلامه محتملا ايضا وانوى منها في احتمال ذلك عبارة الشيخ في الجمل حيث قال ما ينقض الوضوء على ضربين احدهما ما يوجب الوضوء والثاني يوجب الغسل فما يوجب الوضوء خمسة اشياء البول والغائط والريح والنوم وما يزيل العقل من الاغماء وغيره وما يوجب الغسل ستة اشياء خروج المني والجماع والحيض والاستحاضة والنفاس وميت الاموات انتهى فانه صريح في ان الاستحاضة مطلقا في نفسها لا توجب الوضوء وبغيرها عبارة المنتهى قال قال الذي ينقض الوضوء النوم والمرض الدائم من الذكر والبول والغائط والريح والجنابة والحيض والاستحاضة والنفاس وميت الاموات الى ان قال ومن جملة ما ينقض الوضوء ما يوجب الغسل وهو خمسة الجنابة والحيض والاستحاضة والنفاس وميت الاموات انتهى فان ظاهره ان هذه الخمسة توجب الغسل لا غير وانه انما عدها في الجميع نواقض للوضوء باعتبار اقتضائها الحدث والمنع من الدخول في الصلوة ونحوها حتى يطهر بالغسل وان كان متوضئا لم ينتقض وضوئه لانه يلزمه اعادة الوضوء على كل حال وسبب ذلك غلبة المشاق في غيبة الفقهاء وعدم محافظتهم منها على تمام الطهرية الغير كالمشاهد بين علمائنا بشهادة الاستقراء وقال ايضا في باب النفاء فان خرج الدم كثيرا ولم يرشح على القطنة وجب عليها الوضوء لكل صلوة وان رشح الدم فقد يرشح الا ان يغسل وجب عليها الغسل لصلوة الغداة والوضوء لكل صلوة مما عداها انتهى فان المراد ان ما عدى الغداة يقتصر فيها على الوضوء وان تحتاج الى الغسل والوضوء معا وقد صرح بارادته ذلك المحقق في نكت النهاية وح فلا بعد ان يكون المراد من وجوب احتياجها عطف الى الوضوء انما هو الابتلاء عادة بالاحداث الموجبة للوضوء خاصة كما ذكره او لا وكما صرح به في الجمل وقال المفيد في المقنعة الاحداث الموجبة للطهارة عشرة ثم عدها كما سبق ثم قال الطهارة الموجبة لحكم الحدث على ضربين غسل ووضوء فالغسل من الجنابة ومن الحيض ومن الاستحاضة اذا غلب الدم عليها ومن النفاس وللاموات من الناس على صنوفهم وما سوى هذه الاحوال فالوضوء منها واجب دون الغسل انتهى وظاهره بعد التدبر انه ليس شئ من الاحداث ما يوجب الغسل والوضوء معا في نفسه بل ظاهره ان الاستحاضة القليلة لا توجب غسلا ولا وضوء واذا انتفى اقتضاء الحيض والاستحاضة

وصلوة الظهر والعصر بغسل وصلوة المغرب والعشاء بغسل

الكبرى والوسطى للوضوء اشفى افتضاء الصغرى اياه للاتفاق على عدم الفصل بين اصناف الدماء وقال ابو
فى باب الدماء فان كان الدم قليلا ولم يرشح كان عليها ان يغير القطن والخرق ويجدد الوضوء للصلوة وان رشح ولم
يسل كان عليها تغيير القطن والخرق عند صلوة الفجر بعد الاستنجاء بالماء ثم الوضوء للصلوة والاغتسال بعد الوقت
لهذه الصلوة ويجدد الوضوء وتغيير القطن والخرق عند كل صلوة من غير اغتسال انتهى ومن صرح بان الدم
الموجب للغسل لا توجب الوضوء فينبغى افتضاء القليل للوضوء بضميمة عدم الفصل كل من قال بان الغسل
يجزى عن الوضوء مطلقا وان الوضوء مع الغسل بدعة كالسيد المرتضى وابن عرفة بر جيدا جدا والمنصف والله العالم

قال السيد رحمه الله فى منظومته

والحد فى الغسل فى النقاء ... واختلفوا فى غير الاناء والاول الاكثر من الثلث ومن ... ثلثة لاد ونها قول ضمن
وليس يجزى ذو ابتها والشعب ... عن عدد مقرر فيه وجب اتفق العلماء على كفاية النقاء فى تطهير ما يجزى الاحجار له
غسل بالماء واتفقوا ايضا على كفاية النقاء لو استجمر بالاحجار ولم يحصل النقاء الا بالثلث فاكثر وانما اختلفوا
فيما لو حصل النقاء بما دون الثلثة على اراء ثلثة فالاكثر على توقف طهارة المحل على المسح بالثلثة وضمام من
اكتفاء عن ثلث الاحجار بثلث المسح ولو بالحجر واكتفى المفيد والعلامة فى الف وكثير من اصحابنا بالنقاء مطلقا
ولا ريب ان الاول اوفق بالاصل استصحابا وشغلا بل دعا قبل ان الدليل النقلى يقتضيه لقوله عليه السلام فى صحيح
زرارة يجزيك من الاستنجاء ثلثة احجار نظرا الى مفهوم العدد والى ان ظاهر لفظ الاجزاء ارادة ادنى ما
يجزى وبشكل بقرب احتمال ارادة انه يجزيك فى تحصيل الانقاء المطلوب الذى قال عنبر فى صحيحه عبد الله
بن المغيرة قد سئل هل الاستنجاء حد قال لا ينقى ما ثمة فان حمل على ارادة انه يجزيك فى ظهر المحل بعد
حصول الانقاء الثلث كما هو محل البحث حمل على فرض نادر وتقييد المنصوص من غير قرينة وكما يمكن حمله على
ارادة انه يجزيك الثلث سواء حصل النقاء قبل او حصل به او لم يحصل كما هو ظاهر فان ثلث يحمل على
ارادة افادة سببية الثلث فى الطهر فى الصورتين الاوليين خاصة فلا يكون حملا على فرض نادر فلك سببية
الثلث فى الطهر فى الصورة الثانية من حيث كونه ثلثا غير معقول لمشاركة غيره له فى ذلك وانما السبب
فيه مجرد الانقاء الذى قد يكون بالربع فما فوق ولو اريد افادة ان الثلث سبب فى نفس الطهر فى الصورة
الاولى ومن حيث حصول الانقاء به فى الثانية كما فوق كان جمعا بين حيثيتين مختلفتين فى لفظ واحد وهو خلاف
الظاهر جدا وح فعموم قوله لا فى الصحيحة لا معارض له ويكون حديث الاجزاء ونحوه ارشادا الى النهى عن الثلث
الوسواس بتكثير الاحجار لا الى النهى عن الاقتصار على الواحد والاثنين مع فرض حصول النقاء ويحمل قريبا
جدا ارادة افادة اجزاء الاحجار الثلثة بالاضافة الى الماء لا بالاضافة الى ما فوقها وانما خص الثلث بما
فيها من تضمين الانقاء غالبا والاتيان بالمامور به على الاستحباب لو حصل النقاء بما بعد الثلث احيانا
بخلاف ما لو حصل قبلها على المشهور وروى عيسى بن عبد الله فى الغوى عن ابيه عن جده عن على عليه السلام قال قال

الفقه اذا استيقظ احدكم فليتوضأ بها اذا لم يكن الماء ووجه ما استفربنا من النص ان صدقه كذا الاصلوة الا بطهور ويجزئ عن الاستنجاء ثلثة احجار بذلك جرت السنة من رسول الله واما البول فلابد من غسله فانه جيدا واضح في الرباض بما روى من طريق المخالف من قوله لا يستنجي احدكم باقل من ثلثة احجار قال وضعفه مجبر بالشهرة قلت الاصحاب انما احتجوا بما سمعت ومجرد موافقة الفتوى للخبر الضعيف لا تجبره وانما يجبره استناد هم في الفتوى اليه بحجة القول الثاني في حجة الاول بعد حمل قوله ثلثة على ارادة ثلث مسحات كقولنا عدته ثلث سواء وهو ضعيف ثم على هذين القولين فهل يلزم استيعاب المحل في كل مرة ام يكون استيعابا في الثالث فما بعد الفناء وجهان اوجههما الاول بخلاف ما لو فرض بلوغه حد القبح فانه يقتصر في المقام على غيره كما يدل عليه قوله في باب الحيض اصفره يمشي قال السيد والنتن في الماء نقا الاثر من بعد عين بخلاف الحجر واللون يقضي ببقاء العين هنا وليس الريح مثل اللون لا ريب ان صدق الانقاء مطلوب في الغسل والاستجمار معا ولا ريب ان الانقاء بالماء اشد واوضح وانما اختلفا وان في تحصيله وان اشتركا في صدق الاسم ولما كانت العين كلها نجسة باجزائها الخفية والجلية بالاجماع او اطلاق الادلة الا من شاذ فيها لا يبدو كر الطرف وكان ازالتها جميعا بالماء مبذولا لم يصدق الغسل والانقاء عند استعمال الماء الا بازالتها جميعا وحيث كان المسح بالاحجار ونحوها غايته ازالة الاجزاء الجلية التي تدرك بالحس او شهادة اللون اما الخفية جدا فلا يقطع بزوالها بل قد يقطع ببقائها مع شهادة الريح وكان اسم الانقاء صادقا عرفا حيث كان بقاء تلك الاجزاء حينئذ معتفرا بل لنا ان نقول لما كان المسح المزيل للاجزاء التي يزيلها الماء مجزيا بالاجماع كان الاقرب اعتفار ما يبقى بعد ذلك حتى لو قلنا ان صدق اسم النقاء مشكوك فيه وهذا الحكم لا يحتاج الى عقد يخصه كما هو واضح ولا يختص بالمقام بل هو ثابت في كل مقام خير الشارع بين التطهير بالماء وغيره كالحصر والبواري وباطن النعل والقدم حيث ابدل عن الماء في الاولين التجفيف بالشمس وفي الاخيرين المشي على الارض وعلى هذا الاعتفار عفو الماكان الحرج او طهارة وجهان لقتادة ولبعض في الجواهر وظاهر الاكثر خلافه ويشهد له انه لو كان عفو الحكم بالنجاسة دون تاثيرها حيث لا حرج كما التزم به شيخنا ويدفعه ان تخيير الشارع بين الماء وغيره اخبارا واستحبابا للغسل بالماء بعد الاستجمار من غير ايجاب صريح في عدم ملاحظة الحرج في الباب غاية الامر ان اللازم على ذلك انقلاب حكم تلك الاجزاء من النجاسة الى الطهارة وهو غير مستحيل عقلا بل ماثور شرعا فان الميتة تنقلب بعد التغسيل الشرعي من النجاسة الى الطهارة وكذا ماء الخمر بعد التخليل وسائر النوابع هذا والمراد من اللون الذي لا يعتفر بقائه هنا ما لا يكون صبغا لسرعة زواله وعدم صدق اسم النقاء مع بقائه وليس السبب في الاعتفار هنا فقط بقاء العين في الواقع كما يشعر به المتن اذ لا فرق بين الصبغ وغيره في ذلك بل لكل منهما وبين الريح بناء على امتناع انتقال الاعراض عن محالها وانما الفارق صدق اسم النقاء من العين عرفا مع بقاء الريح او اللون الصبغي بخلاف غيره قال السيد وكل جسم قالع مثل الحجر

ازاده

ان اذهب العين وان ابقى الاثر الذى يدل على بقاء كل جسم قالع للنجاسة مقام الجرم فضلا الى الاجماع الحكم من غير واحد بل المحصل الا بما سيجئ وان خالف فيه شاذ جدا قوله عليه السلام اذا سئل هل للاستنجاء حد لا بقى ما تنثر بناء على ارادة مطلق القيد والشرط من لفظ الحد ولو قبل ان ظاهر السؤال عن خصوص الغائط من حيث العد كما يشعر به قوله فى نسخة حتى يبقى ما تنثر قلنا لو سلمنا ذلك فالاضاف ظهوره فى ان المناط فى حصول الطهارة حصول الانقاء من حيث هو انقاء لا من حيث هو انقاء خاص وقوله فى الموثق يغسل ويذهب الغائط وقوله كان الحسين يستنجى بالاحجار والكرسف لا قائل بالفصل وقوله وقد سئل عن الاستنجاء بالعظم والبعر والعود اما العظم والروث الجزء فان مفهوم الاقتضاء فى المنع عليهما الجواز بناء سواهما نعم لا يكفى ذهاب العين بنفسها لطول بقائها ونفسها فى ظاهر الاصحاب بل ظاهرهم عدم كفاية ذهابها باصابة بعد ولو كانت خشنة فالعرق كالجرم وفى كفاية ازالتها بما هو كالجزء منه كذرائر ونحوها وجهان اظهرهما نعم واحوطهما العدم انما الكلام فى انه هل يشترط فى الجسم القالع زيادة على كونه كذلك شئ ام لا فكذلك **قال السيد** والبحث اجمع الى ان يقال الا يكون الروث والعظام والمستعملا والرمل والتراب المتصفين بالمتنجسين وكلما يستوجب التجسيم وفى حصول الطهارة بالاحجار اذا لم يفض بالتكفير اما اشتراط الا يكون متنجسا حال الاستنجاء ولو كان متمما للثلث بعد الانقاء بناء على وجوبه فلا نعرف فيه خلافا بل حكى عليه الاجماع جماعة وبلزم من اشتراط ان لا يكون نجاسة غير كبعض المتنجسات والكلب مثلا بطريق اولى وبما احتج عليه بما رواه الشيخ باسناده عن بعض اصحابنا رفعه الى ابى عبد الله قال اجزت السنة فى الاستنجاء بثلثة احجار ابكار ويتبع بالماء بناء على استظهار ارادة عدم التلويث بالنجاسة من حيث هى نجاسة لا من حيث كونها نجاسة خاصة من لفظ الابكار ويشكل اولا بقرب احتمال ارادة ان لا يعلم استعماله فى الاستنجاء ولو من غير تلويث كالمنعم للعدد والمتوثر به فيكون دليلا على الشرط الثالث فى الجملة كما احتج به كثير لا الاول والشرط لا يدل بالفحوى على اشتراط الاول وثانيا ان قوله اجزت السنة لا يدل على الاشتراط بتمامه بعد ما مر من عموم اجزاء ما به الانقاء نعم لو لم يتم نقل بالعموم فالاصل كاف فى اشتراط كل ما يحتمل اشتراطه وثالثا ان قوله ويتبع بالماء قرينة على ارادة بيان ما اجزت به السنة على النحو الاكمل لا بيان اقل المجزى ضرورة استحباب الاتباع وح فلا يعلم توقف المجزى على الوصف المزبور باى معنى فسر وبهذا على قراءة القصب ظاهر واما المناقشة بضعف السند فضعيفة هنا لو ثمة الدلالة لكان الشهرة وبهذا يظهر ضعف اشتراط الشرط الثالث ولو حمل المستعمل فى المتن ونحوه على خصوص الملوث بالاستنجاء كما يقتضيه عموم الكفاية بالجمع بعد الغسل كان مستندا كما يتعين بذلك ان مراد المنع المستعمل مطلقا وان لم يلوث حتى ما يؤثر به استحبابا وان اخرجه بعضهم فائدة استبعاد محض واللازم عليه لذلك عدم كفاية تطهير الملوث فى الاستنجاء به ثانيا ضرورة اسم الاستعمال وعلى هذا فيكون المراد من قوله اجزه الى ان يعسلا ان النجاسة من حيث كونها نجاسة تدفع صفتها بالتطهير وهذا لا ينافى ان بقاءها مانع لا يرتفع بالتطهير اعنى الاستعمال وبهذا ظهر انه لا تدافع

في المتن ونحوه وان توهم وفي ذا والاسم الاستعمال المسح من الجانب الاخر او كثرة وجهان اظهرهما العدم هذا وقد يخرج للشرط الاول بانه لا يمنع عفو قليلا ان بنا ثر المحل ثانيا بالماء المتحرك كمكان نجس المتنجس ح فما الفرق الشغل بالمتلوة مثلا بحالها فانه يلزم الغسل لو مسح برخ ولا يجزي المسح بالظاهر وان انقضاء الاستحالة الى الشك هنا في قدح العارض لا في عكسه وهو ساقط بما مر من ان في الطوارئ فان حديث الفناء لا يفيده فان الاعيان وان بقي منها ما يظهر النجاسة الخاصة لا عطر لكن اللازم على ذلك ان يستثنى من الحجر الثالث بعد الفناء بناء على وجوبه ان كان يابسا ومن هنا يظهر وجه ما اشترطه بعضهم في الحجر الطاهر ان لا يكون رطبا نظرا الى ان الرطوبة تنجس فتنجس المحل وهي شيء اجنبي عن الحجر لا دليل على اعتفاره وان اطلاق اجزاء الاحجار انما سيق لافادة الانقاء بها من حيث هو انقاء لا من حيث امر اخر ويشترط في الطهر بالاحجار ان يكون المحل منجسا قبل الفعل بنجاسة ولو كانت غائطا خارجيا فان قلت انما يعفى بنجس المتنجس مع اختلاف جنس النجاسة المقتضي للاختلاف الحكم كالبول والدم مثلا لا مع الاتفاق فلا يتم الاطلاق قلت بل مبنى الحكم امكن التاثير ولا ريب ان عروض الغائط المحل من هذا وجه قبل الخارج لا يتم تطهيره بالمسح فكذا بعده واما اشتراط الثاني وهو الا يكون رطبا ولا عظما فاشتهر وجده ذلك بل المشهور عن ابن ادريس الاجماع فيه وفي ذلك نظر عن التذكرة احتمال الكراهة وقبل الاول ظاهر خبر ليث قال سئلته عن استنجاء الرجل بالعظم او البعر او العود فقال اما العظم والروث فطعام الجن وذلك مما اشترطوا على رسول الله فقال لا يصلح لشيء من ذلك بل يمكن فهم الحرمة ايضا اما من قوله فطعام الجن بما مر ان اشارة الى صغرى كما ينبغي مضمرة وهي حرمة الاستنجاء بطعام واما من قوله وذلك مما اشترطوا على رسول الله فحرمة ابدا تمام او بحرمة حصول شرط الرسول ودليل الثاني خبر البناهي هي ان يستنجي الرجل بالروث والرمة وقوله ع بما حكاه جدي عن كشف اللثام من استنجى برجيع او عظم فقد برء من محمد ص فان لم تنقيا بروث ولا عظم فانثر لاخوانكم من الجن لكن عن الحدائق انه روى عن رسول الله تحليل المنهي بها لا يطهر لذاته وعليه فلا يكون الحرمة ذاتية بل باعتبار الاكتفاء به في ترتيب المشروط بالطهارة من غير غسل ولا استنجاء بل بقيا ادعى دلالة النهي بحرمته على عدم حصول التطهير بها بدعوى ظهوره في ارادة الارشاد كقوله لا تتوضأ بعذرة ولا بعظم فان النهي الارشادي عن المعاملات يدل على الفساد دون ما اذا كان للحرمة ولذا يحصل التطهير بالغسل بها اجماعا وعلى الاول سواء قلنا بالحرمة الذاتية او الكراهة كذلك لو استنجى بها تعين عليه الغسل سواء انقى المحل بها ام لا بناء على ما سبق من امكان تنجس المتنجس بمثله فيلزم تاثر المحل بالروث المتنجس وهذا التاثير لا دليل على ارتفاعه بالاستجمار فضلا عن الماء وهذا واضح بعد سقوط الاستحالة لكونه شكا في قدح العارض حتى لو قلنا بان ما شك في شرطيته ليس بشرط ضرورة معلومية شرطية الطهارة من الخبث الواقعي فلا بد من احرازها بطريق شرعي وح فلا منا ص عن اصالة الشغل مثل المقام كما حرر في محله وهذا التاقل في المقامين مجال لكن الاحتياط مما بينهما يقتضي تركه على كل حال ظهران الوجوه هنا بل الاقوال على ما يظهر

بينهما

فيهما لنقله انهما كالحجر النجس كالمغصوب وكالمنجس المغصوب مضافا الى احتمال الكراهة واما اشتراط ان لا يكون صقيلا ونحوه مما يفزر عدم ازالة العين عرفا عن الوصل والترب فوجهه ظاهر واما اشتراط ان لا يكون مما يجب احترامه كالنقد المحترم والمصحف المكرم فوجهه مع العلم به والعياذ بالله ان المستنجي بها يكفر بذلك فيتنجس بدنه بتمام الاستنجاء بل قبل الاستنجاء في وجه فيمتنع تطهير المحل وغيره ما لم يثب واما مع الشهود والجهل بالحكم وبالموضوع بسيطا او مركبا فهي حصول الطهارة وجهان نعم لحصول الثواب لا يخلو احدهما من قوة لا يصلح شيء من ذلك اي كما بعد الطهارة بعدها مرة من انها طعام الجن الفاضي بانتفاء الاحترام ان كل ما يقتضي الاحترام لا يصلح للتطهير وتشكل الكونه في قوة القليل بطلان الاحترام او انه اذا دل على انتفاء الاحترام المحض لعدم الصلاحية دل على انتفاء الاحترام الجائي بطريق اولى وتشكل بمنع عدم انتفاء كونها من طعام الجن للاحترام والا لنهي عن طبخها بالعمل والرجل وعن اتخاذها في الفاذورات وعن تنجيسها ما عم والسر في التطهير على خلافه فلعل كونها من طعام الجن فاض بعد الصلاحية لذلك او بالنهي عن استعمالها فيه ذلك محرما او مكروها لحكمة لا نعلمها مع احتمال ان يراد من قوله لا يصلح انه لا ينبغي استعماله في شيء من ذلك او انه محرم وان كان مطهرا فتامل الا ان احتمال الارادة الكراهة لبعد ذلك البعد **قال** ويكره استنجاء الرجل الغير والمرأة بالغرج ومنهم من حضر وهو المتجه والصدوق في الهداية والبرقي على خلافها طيبة

والريح كاستدبارها خوف الغمر ... وخص بالبول بعود اشتهر ... كذلك الجلوس في الشوارع
ومنزل النزال والمشارع ... وفي بناء مسجد وداره ... وهكذا مساقط الثمار
وموضع اللعن اجتنب الجحر ... خوف مما بها والمقبرة ... والبول نعليها ومن بنائها
ومن محل الصلب والحمام ... والماء مهما كان حتى الجاري ... اذ هو ذو اهل وذو قرار
وسن فيه الارتياد للمحل ... والاستناد بالثمام حيث حل ... وان يغطي الرأس بالقناع
فصد جباء فيه واتباع ... ولج ببراك وبالمنى اخرج ... ولا تظل ان مزيل الحرج
واجتنب الشراب والطعاما ... والاستناك ثم والكلاما ... الا الذي يغرض منه او بسن
كالرد للسلام والذكر الحسن ... وابدء بحجر ومن البول اجتهد ... لقول من اذن للرد به
ومل على اليسرى واياها اعتمد ... واستنج باليسرى فتلك اخرى ... واصح بمنع وادرء الوهم بها
مني بلل اذا بدا شبهها ... وانز الماء على الاجاد ... بمثله وثن هتن الاخرى
وندم الاجمار صونا للبدن ... واصبع اذا فرغت باليمين ... والجمع اولى فيه نعم
ودع على الاحوال وهو في العلة ... الى ثمان تنتهي بما ورد ... او البنا والبطن مسح هون
حال التخلي ودع الجهارا ... وهذه الاحكام الا ما عرف ... واخفض الدعاء والاذكارا
وجوب بما مضى بالندب صف

قد ثبت في محله ان الاحكام التي لا التزام فيها تعبدا ولا شرطيا اذا لم تعلم بالضرورة او الاجماع فلا فرق فيها بين ما يدل عليه الخبر الصحيح وغيره لاستحالة تعبد الطرق الظنية غير الحكم غير الزامي اذ غايته حصول الظن بسببه ذلك الطريق وتفاوت مراتبه بحسب اختلاف اصنافه اما امكان التزام الشارع المكلف باستعماله والتجاله الى هذا فيه لا التزام فيه بوجه فكلا وقد برهنا على ذلك بما لا طريق الى دفعه لمن انصف في مواقف النظر فلا يهمنا البحث عن تعيين ما دل عليه الاثر الصحيح من المندوبات والمكروهات وغيرها بعد احراز عدم الوجوب او التحريم اصلا كما هو المحقق بل المجمع عليه بجميع ما ذكرنا هم الاحاطة بجميع ما حكي عنهم في بعضه مطلب مهم جدا هذا وما ذكره السيد قدس سره متصيد من عليه الا انا لا نجد في المنصوص ما يدل على كراهة البول قائما على ارض ولو في غير الماء ولا حكم عن احد منا وجدنا ولقد اعترف بذلك السيد الشارح قدس سره واما الكلام في الاستبراء بالحجر ونحوه وانه لو لم يستبرئ بحكم بنجاسة البلل المشتبه وبنا بنجاسة الوضوء او الغسل الآتيان انشاء الله في باب الجنابة ثم قال بعد الكلام في افعال الوضوء **قال السيد** شرط الوضوء بالاسلام والعلم بالاصول والاحكام وبعضهم منا ومنا رنا عمم بعضهم خالف فيه بعضنا وكل ما ضم الى الغرب من غاية بطلمريوس الى الاخرب والوجه الغاية عندنا وعندهم شرط وليس في الشرط اختلافنا لا وجه في اشتراط الوضوء بل العبادات كلها بما ذكر اما اشتراطها بالاسلام والايمان وبجميعها العلم بالاصول يعني بها العقايد الحقة التوحيد والنبوة والامامة والعدل والمعاد فهو مقتضى الاصل لو فرض الشك فيه والنص مع انه مجمع عليه بل قد نطق به السيد قدس سره في آخر الصلوة فانيا للخلاف فيه حيث قال فيها **قال السيد** والشرط في الصحة زايدا على ما مر اسلام وقول بالولاية فيه من الكافر والمخالف باطلة حظما بلا مخالف واما اشتراطها بالعلم بالاحكام يعني بها الاحكام الفرعية فليس المراد انه يشترط في صحة الوضوء والصلوة مثلا العلم بالاحكام الفرعية كلها كما قد يوهم العبارة للاجماع على عدم اشتراط للعبادة بالعلم بشئ سوى ما سبق بل ليس المراد انه يشترط في صحة الوضوء مثلا العلم باحكامه الفرعية حتى لو جاء به على طبق ما شرع بعنوان احتمال الصحة فطابق الواقع بناء على ما هو الصحيح من صحة العبادة الجاهل مع المطابقة لكفاية الاحتمال في حصول الامتثال مع فرض المطابقة وان لم يحصل بها الا بعد العلم بها بتبيانه على ما هو الصحيح من عدم وجوب نية الوجه وقد صرح السيد قدس سره بذلك كله في باب الصلوة حيث قال عاطفا على ما سبق **قال السيد** والعلم باجتهاد او تقليد ولو بقول عادل سديد والمبرز بين المسلكين واسطة بسلكه المتالك الا الحايطة بل المراد انه يشترط في احراز الوضوء والاكتفاء به العلم بمطابقة العمل للاحكام الفرعية المتعلقة به اما بالاجتهاد او التقليد او الاخذ بجامع الاحتياط ان امكن ذلك وح فدليله هو الاصل السابق بما فصلنا معنى اقتضاء بعين الاشتغال بعين الامتثال وعلى هذا بنا من الكلام في ما في العبادات واما اشتراط قصد التقرب بمعنى الاتيان به لاجل ان الله سبحانه امره به حاصة فيرجع الى دعوى ان الوضوء لم يشرع الا على وجه العبادة وانه ليس كالطهارة الخبثية لا يتوقف حصولها على القصد

اصلا

اصلا ولا كالتعبد والتذلل المتوقف حصول الاثر فيها على مطلق القصد ودليل ذلك بعد الاجماع لا لاصل بالنظر الى نوع المشروط به كالصلوة والمس مثلا مع عدم تبعية النية له سواء قلنا بان ما شك في شرطيته شرط ام لا للاجماع على شرطية الطهارة من الحدث المشكوك في حصولها بدون النية المزبورة ولولا الاجماع على اقتضاء ذلك في الطهارة الخبيثة والغسل ونحوهما من شرائط الصلوة لكان مقتضى الاصل ايضا ذلك هذا ان تكثر من النصوص ولا لا على لحاظ ذلك فيه كقوله تعالى ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين كما دل على توقف التواب عليه كقوله عليه السلام الطهور على الطهور عشر حسنات ولا فضل وكما ورد في مسئلة التمندل وفي الوضوء بالماء المباح وفي السراب وقوله الصلوة ثلث طهور وثلث ركوع وثلث سجود الى غير ذلك هذا ومن احتمل ارادة مفروغية التقرب من اصحابنا فقد اغرب ضرورة ان قرب العبد من مولاه ليس الا باطاعته اياه اذ لا يحصل بفعل ما امر به لا لانه قد اغرب فاغرب معقول وان توهمه بعض المحشين ثم وجوب عبادية الوضوء هل هو من حيث نفسه خاصة سواء قلنا بوجوبه لنفسه لاداء واجب المكلف بمشروطيته لا او من حيث توقف المشروط به عليه خاصة او الواجب بالمشروط به والاقسام الثلثة الاول او اثنتان معا وجهي عبادية فيه فيتعدد الوضوء في وقت الصلوة على الثالث فيحتاج في تعيين احدهما الى لحاظ ما يميز في النية بخلاف الاولين ويقترن الاولان بوجوب النية المطلب مبناء على وجوب النية الوجه على الوجه على الاول ووجوب نيته قبل وقت الصلوة مثلا ووجوب نية الوجوب بعده على الثاني وظاهر المشهور الاخير ومنهم المصنف لا يجابه في التعيين الذي هو فرع الاول وصريح الشهيد الثاني الثاني وهو اشكال بان مجرد التوقف وكونه لا يتم غيره الا بامر يتبع اقتضاء الشيء نفسه لذلك وامكان ذلك في الوضوء ونحوه لا يعلم الا من قبل الشارع وح فالطلب المتعلق به من حيث توليد الغير لا بد ان يكون مقدميا معللا كطلب المذي وغيره من المقدمات الحسية بل يستحيل توقف الناشئ الموثر على قصد الناشئ منه فضلا عن قصد الاشتمال والاطاعة من حيث الجهة المغايرة لاعين نعم لا يستحيل ان يعرضه وصف التوقف اللازم لما قد امر الشارع بايجاده بعنوان الاطاعة والاشتمال واجبا كان كصلوة الظهر بالنسبة الى صلوة العصر حيث انها لا تتم مع العمد الا بتقديم الظهر بل كالاجزاء البناء بقدر من الصلوة بالنظر الى اللاحقة او ندبا كالطهارة الحدثية مثلا مطلوبا بايجاده بعنوان التقرب من حيث الذات ومطلوبا ايجادها طلبا بايجاده بهذا العنوان طلبا آخر مقدميا مغايرا لاول غير ملتفت عمدا وسهوا في حصول توليد ذلك الغير لان التوليد من اللوازم الغير المنفكة المفروض كونها مقدمة فعلى هذا متى نوى بالوضوء التقرب بامتثال الامر النفسي صح وصح كل مشروط في جميع الصور من غير فرق بين دخول الوقت وعدمه كما بين ان ينوي ح امتثال الامر الغيري والتقرب به عند الخطاب بالمشروط بعد عدمه وقد اتضح بذلك عدم لزوم نية استباحة الصلوة مثلا بل ولا رفع الحدث لان مرجع ذلك الى نية تحصيل الناشئ بالمقدمة في توليد ذيها مع ان توليدها فهري يستحيل توقفه على الارادة بل لو فرض انه نوى بوضوئه المتقرب به في نفسه عدم رفع الحدث وعدم استباحة الصلوة

صح

صح وارتفع حدثه وصحت به الصلوة بل الأدنى على ما ذكرنا انه لو توى بوضوئه بعد الخطاب بالمشروط به امتثال الامر الغيري خاصة كما يتفق ذلك في الطهارة الخبيثة اما الخبيثة بان الطهارة الحدثية لم تطلب لنفسها اصلا او لغير ذلك كان وضوئه باطلا لانه توضأ به للصلوة ولا غيرها وانكان بذلك ناويا لرفع الحدث واستباحة الصلوة لاستحالة ان لا يحدث لانه لم يات بالشرط في الحقيقة الذي هو امتثال الامر النفسي بالوضوء ومما يؤيد ما اشرنا اليه انه لو كان امتثال الامر الغيري خاصة وجها في عبادية الوضوء مستقلا اي من دون لحاظ امتثال الامر النفسي به لكان الأدنى اما الحكم بلزوم اتيانه امتثال الامر الغيري في الطهارة من الحدث عدم حصولها الا به والحكم بحصول الطهارة من الحدث من غير نية بل مع غير قصد اصلا كالخبيثة لاشتراكهما في السند وكلاهما خلاف الاجماع وجه الملازمة اشتراكهما في السند اعني الامر الغيري فتدبر جيدا هذا وبهذا يظهر انه يكفي في اثبات مطلوبية الوضوء لنفسه في كل وقت قوله تعالى اذا قمتم الى الصلوة بعد فهمنا الاجماع على وجوب نية القربة واستحالة وجوبها بما هو مقدمة في ذات الطهارة الخبيثة ونصب القرينة على خلافه وقوله تعالى اذا قمتم الوضوء فقدموا بين يدي نجواكم صدقة حيث فان الصدقة اسم لفعل مطلوب شرعا واما استفادة تعميم مشروعية في نفسه من وجهين احدهما ان الصلوة مشروعة في كل وقت اذ ليس المراد منها خصوص الفرائض الثاني انها دلت على مشروعية التهيؤ لها بالوضوء لان المراد اذا اردتم الصلوة فكانه يقول متى اردتم الصلوة بل البيت سببا في مشروعية الوضوء لتحملها العاصي جزما بل هو في قوة ان يقول كل من يصح منه الصلوة ولو في وقت يظن انها ان يقدمها وضوء غير منتقض ولو بعيد بثم ان يحتمل ان يكون مطلوبا في نفسه قبل الوقت فقط سيما بناء على مجرد الوجوب التعليقي كما هو الصحيح ولو سلمنا ارادة خصوص الفرائض وانكرنا الوجوب التعليقي امكن ايضا استفادة ذلك بدعوى ان الطلب هنا اعني قوله فاغسلوا كناية عن مجرد القضية الشرطية وانه متى تقدم الوضوء صحت الصلوة وهذا غير عزيز نظير قولك ادع الصلوة اذا دخل الوقت ثم ان استحباب الوضوء في نفسه وان غنانا الوجوب الا ان اختلاف الخبيثة كاف في ارتفاع التضاد لا لامتناع اجتماع المثلين من الحكمين من جنسين في المحل الواحد كالبعير المغصوب ولو احتاج ذلك كما يراه بعضهم فلا بد من الاكتفاء في تحققه وكونه عبادة وحصول الامتثال به باجتماع المتضيين بالكسر كما هو الصحيح في طريق تصحيح الامتثال بالموسع مع الامر بالمضيق كالصلوة مع الامر بالازالة واداء الدين هنا وربما نسب الى ابن الجنيد استحباب نية القرب في الوضوء فان اراد ان الوضوء في نفسه مستحب واجب لم يكن مخالفا وان اراد انها الجزء شرطا صحيحا كما في الطهارة الخبيثة لم يلتفت اليه لقيام الاجماع قبله وبعده عليه بل ربما نسب الى المرتضى انه لو توى الربا في الصلوة او غيرها من العبادات لم يلزمه الاعادة والظاهر انه يريد بذلك انه لو لم ينو القرب لم يلزمه الاعادة وكيف كان فالظاهر انه يريد بالعبادات العبادات الواجبة النفسية كالصلوة والصوم ونحوهما الا ما كان الاتيان بعنوان القرب شرطا في غيره كالوضوء وكان فاقدا محضا فلا يكون مخالفا في المقام لانه اجتهد على ذلك بصدد الامر واصالة البراءة من وجوب الاعادة وقد حمله بعضهم لوضوح

المطلب

المطلب علی الخلاف فی انہ لو ضم الی نیۃ المغرب نیۃ الرباء لم تبطل العبادۃ ولم یلزمہ الاعادۃ وغیرہ اشار فرادہ من واضح الی مثلہ اذ لا یخفی علی مثل السید منا فان ذلک للاخلاص الواجب فی العبادات کلہا عقلا ونقلا کتابا وسنۃ مستفیضا بل متواترا واجماعا کقولہ تعالی فاعبدوہ مخلصین لہ الدین وما امروا الا لیعبدوا اللہ مخلصین لہ الدین لئن اشرکت لیحبطن عملک فلیعمل عملا صالحا ولا یشرک بعبادۃ ربہ احدا الی غیر ذلک بل الاولی ان یحمل قولہ علیہ فرلا ینکر توقف حصول الامتثال بالعبادۃ من حیث کونہا عبادۃ علی نیۃ التقرب بہا والاخلاص فیہا وانما یقول ان نیۃ الامتثال العبادی فی العبادۃ واجب فی واجب بمعنی ان نیۃ التقرب بالعمل العبادی واجبۃ یعاقب علی ترکہ والعمل لا یشترط بنیۃ التقرب بالاتیان بہ واجب آخر وضعا علی یعاقب علی ترکہ نظیر وجوب ایقاع الغربین وہذا معقول لو لم ندلیل مثل الوقت ان بنوی المغرب فی انقضاء الغربین فتعمد بترک ذلک وانقضاء الوقت عوقب علی ترک انقضاء بنیۃ الامتثال ولم یعاقب علی ترک الانقضاء اصلا لکونہ قد انقضی فلو ترکہ حتی فرغ من صلوتہ علیہما معا یقول ان فی کل عبادۃ طلبان طلب عبادی وطلب معاملی وعلی ہذا فلو صلی لا بنیۃ التقرب ولا بنیۃ الرباء کان علیہ عقاب واحد علی ترک الاتیان علی وجہ العبادۃ ولو ترکہا اصلا کان عقابہ اشد لان ترک العمل لا یشترط العبادۃ بہ ولو نوی الرباء کان علیہ عقاب الرباء والعقاب الاول دون الثانی نظیر ذلک ما لو انقضی الغربین بالحیل المحظورۃ وقد نذر التقرب بانقضائہ ہہنا لم یبعد القول بان من وضع الزکوۃ باعتبار کونہا دینا غیرہا وللتقرب فیہ ان امکن ذلک برئت ذمتہ وان عوقب علی عدم نیۃ التقرب بل قد اجمعوا علی ان تارک نیۃ الصوم الواجب عمدا معاقب وان استمر علی ترک المفطرات جمیعا الی اللیل مع انہم اجمعوا علی ان لو فعل المفطرات صوما الفاسد کان اتیانا بہذا ان اعلم ان العبادۃ المؤلفۃ من افعال کالوضوء والصلوۃ مثلا لم یتخیل ان الطلب العبادی النفسی المتعلق بہا انما تعلق بمجموعہا من حیث ان یتعلق کل من ابعاضہا علی حدتہ النفسیۃ وانما تعلق بکل منہا طلب غیری مقدمۃ فی حصول المجموع الذی ہو المطلوب النفسی وکل من ابعاضہ غیری فلا یکون مطلوبا نفسیا بل غایۃ ان یکون مطلوبا غیریا لکونہ غیریا اذ لا سبیل الی نفی الطلبین بقسمیہا والحال ان لا ثالث اذ لا وجہ ان لا یؤتی بالعمل بالمرۃ وبیان ان المجموع الخارجی لیس الا عین الابعاض فی الخارج فاذا کان ہو المطلوب النفسی ولیس ہو الا ہی فی الخارج کانت جمیعا مطلوبۃ لنفسہا بل طلبہا عین طلبہ وبالعکس غایۃ الامر انہ لما کان ذلک المجموع لم یکتف فایجادہ بایجاد لبعاضہ وایجاد بعض من تقدیم او تاخیر لم یکن تلک الابعاض مطلوبۃ نفسیۃ علی الاستقلال بل کانت مطلوبات نفسیۃ علی الارتباطی ای علی نحو خاص من ترتیب او تقدیم او تاخیر ولا یمکن ان تکون کلہا مطلوبات غیریۃ لما مر اذ لیس ہہنا فعل خارجی غیرہا یکون ذا مقدمۃ لہا بحیث یکون من حضر ان ینوی امتثال الامر النفسی فہم المصلحۃ التی لاجلہا طلب ذلک المجموع لا یحصل الا عند اجتماع جمیع ما وجب من تلک الابعاض وحصول المصلحۃ لیس ہو نفس المامور بہ العبادی النفسی الذی یجب بہ النیۃ وانما ہو داع للامر فی ان یامر بالمامور بہ النفسی الذی

يجب فيه النية مع احتمال ان يكون في كل من تلك الاعراض مصلحة موجبة لاتحصل الا على تقدير الاتيان بها على الكيفية الخاصة وكذا لا يمكن ان يقال ان المجموع الخارجي فعل واحد حقيقة حتى لا يلزم تعدد الطلب فيه لان الاعراض المؤلف منها معتدة بل منها معتادة ومنها متخالفة نعم يمكن ان يقال ان كل سابق منها مطلوب لغيره زيادة على كونه مطلوبا لنفسه بالمعنى السابق فيه وجوده توقف محذور ما بعده عليه واما الجزء الاخير فيتعين ان يكون معتدا لما قبله وشرطا في صحة الاتيان الناقص عن مشروطه كما عرفناه في محله وكذا ما قبله بالنظر الى ما قبله هذا وظن بعضهم ان الاجزاء الارتباطية كلها مطلوبة من حيث النفسية ومن حيث كونها معتدا في حصول المجموع وهو كما ترى ثم اعلم ان القصد المعتبر في العبادات وغيرها مما لا يترتب فيه الا على الاعم كالاحتطاب والاصطياد والبيع ونحوه بغير فيه صدق اسم الاختيار ولو باكراه يجبر بان يفعل ذلك حاضر الذهن في ايقاع الفعل في الجملة فان من فعل نائما او ساهيا بالمرة لا يعد فعله امتثالا بل لا يعتد به اصلا ويشهد له قولهم لا عمل الا بنية وغيره والحاصل المناط ان يقال عرفا انه تعمد ايقاع ذلك الفعل وتمام الكلام في العبادة بان يكون تعمده ذلك لسبب الامر ولا يلزم ان يكون كاملا الاستحضار والتلفظ في العمل بجميع كيفياته بل لا يضر عروض السهو في تقديم مؤخر او تاخير مقدم او نحو ذلك في صدق تمام التعمد الى نفس الايقاع لسبب الامر كان يركع قبل القراءة او يقوم قبل اكمال السجدتين او يسلم قبل التشهد او غير ذلك فان التعمد المزبور والاختيار غير مسلوب عن نفس تلك الايقاعات وانما هو مسلوب عن كيفية الايقاع ولكنه لا يلزم ان يكون تذكره في اوائل الحافظة بل اللازم ما قبل ما يصدق به التعمد والاختيار فان مراتب الحفظ مختلفة الا ترى ان الداعي المستحضر جدا العارف بمعاني الدعاء قاصدا لمعانيه ولكن على جهة الاجمال دون التحليل والتفصيل والمتامل المتاصل اجمع قاصدا لها لكن على الوجه الاكمل وكلاهما متعمد في طلبها والحاصل يكفي ان يكون بحيث اذا سئل فهم ان قال انا في عمل كذا اختيارا وان قال لتثبت ما الذي فعلت ويكفيه ان لا يقول كنت في مثل السؤال متعمدا في الفعل وحال السؤال في حكم النائم او المغمى عليه وان هما وقع منه خارجا فانما وقع من غير اختيار وكلا شعور اصلا والفارق بين الاول والثاني ان الثاني لا يصح له ان يقول لتثبت ما الذي فعلت بخلاف الاول وهذا المعنى لا بد من حصوله في جميع اجزاء العمل من غير فرق بين اوله واخره لان كلا منها عمل مدعوى تغيره هذا المعنى والاستمرار عليه عادة مكابرة بديهية الوجدان فان من يقرء القرآن كله في مجلس او يدعو بالصحيفة كلها في ضوئه لا يفرق بين اجزاء عمله في وصف التعمد في نفس الايقاع وتخلله بالاذكار وان اختلفت مراتب التيقظ فيها بل هذا المعنى هو مراد من فسر النية بالداعي فان المراد انه يكفي فيها استمرار حضور الداعي بمعنى الامر في ايقاع الفعل عمدا من غير فرق بين حال الابتداء والانتهاء وانه يكفي في الابتداء العزم على فعل الباقي في هذا الوصول البه اجمالا في مقابلة القول بانه لا بد من قبل الشروع في العمل متصورا بما مر استحضار جميع اجزائه الواجبة وكيفياته اللازمة تفصيلا والعزم عليها كذلك ثم لا يلزم الاستمرار عليه

الاجمالا

الاجماع للعصر كما حكى عن بعضهم ولذا قال المصنف في باب الصلوة **قال النية** والنية الداعي على المختار
وان خلا عن نطق او اخطار وانما كان في تفسيرها بذلك شائعا لا يخفى اذ لا يصح تفسير اسم المعنى باسم العين
وكيف كان فان كان المخالف يرى ان صدق الامتثال والاطاعة لغة وعرفا يتوقف على ذلك فالضرورة على خلافه
وان كان يرى انه يشترط في المأمور به شرعا مقارنة الدخول فيه لذلك الاستحضار كما اشترط في الصلوة الانتباه
والالتهاء مثلا كما يومي اليه احتجاج بعضهم له بالاصل يعني مسألة الاشتغال القاضية بان ما شك في شرطيته
فهو شرط حيث لا دليل على نفيه فالانصاف ان الاجماع على خلافه محصل فان اراد القائل بالاخطار انه لا بد
من مسمى الاخطار وانه لا يصح العمل مع خلوه صرح بالمرة كما يوهمه قوله في المتن وان خلا عن نطق او اخطار فان خصوص
ذلك بالابتداء مما يعجب العسر لاستمرار فلا وجه له والا كان النزاع صعبا لفظيا بل نقول لو ابتدء بالعمل الطويل
على وجه معين كقراءة القرآن عن ظهر قلب او كتابة الكتاب وبناء الدار ثم لم يبد وله وجه اخر في اثناء العمل كان العمل
كله على الوجه الاول وان ضعف استحضاره جدا بل بنسى لان الفعل العمدي لا يدله من وجه يقع عليه الا لم يقع
فاذا لم يكن ثمة عدول كان على الوجه الاول بل لا ينافي ذلك الخطور الخطر لوجه اخر الذي لا ينافي عدم
الوجه اراد ان ما يقع عند سبق اللسان كالواردات الاخبار عن مجيء زيد فيقول جاء عمرو زيد كان في الابتداء اخبارا
كان في الابتداء او في الاثناء وهذا المعنى هو مرادهم من قولهم في النية يجب استدامتها حكما
حتى الفراغ ويريد بذلك انه يجب ان يكون الوجه في العمل واحدا وانه لو عدل في الاثناء من وجه الى اخر
عدولا حقيقيا لم يكن العمل خسوبا على الوجه الاول ولا مبنيا عليه لان الاعمال بالنيات فاذا اختلف
الوجه اختلف العمل فلو شرع في الوضوء على نية التقرب ثم عدل في الاثناء الى نية التبرد لم يكن وضوءا بل باطلا
ان فات الموالاة فالمراد انه يجب استواء وجه العمل حتى الفراغ ولا يريد ان انه لا باس بخلو العمل في الاثناء
عن النية والقصد الغائي في العبادة والمعاملة في المعاملة بالمرة كما يتوهم كثير من الطلبة في هذا العصر
فانه لا يليق ان ينسب الى عاقل فضلا عن فاضل فان دعوى ان تعلق النية بالعمل في ابتدائه يجعل الباقي منه
ومتعديا بدون مفعول حقيقة فعلا كما نوى وكذا دعوى اغناء الشارع اياها بالنظر الى ما عدا الجزء الاول
وربما اوهم بعض عبارات ذلك الاصحاب ان لا يحفظن ومما يؤكد هذا الوهم انهم اجمعوا على جواز نقل
النية على العمل بزمان طويل في الصوم لانه ينوى ليلا فاذا انوت النية المفعولة عن العمل في عبادة ما بعدها
كان تاثير النية المفعلة اولى والجواب ان النية المزبورة في الصوم ليست مما يقوم به الامتثال الذي لا يكون الا
في النهار وانما هي شرط خارج عن العمل المتمثل به كما يصح الابتداء منها كالوضوء بالنظر الى الصلوة لا كالاستقبال
والنية التي يقوم بها الامتثال لا بد ان تكون مقارنة تنزيلا لا استقبالا بل لا بد ان تكون سببا في وصفه
بكونه اختياريا وانت خبير بان الصائم النائم لا يعقل ان يوصف صومه حال نومه بكونه اختياريا ضرورة
لا فرق بينه وبين المجنون في سلب الاختيار بالنظر الى افعاله ونروكه كلها سواء كانا قد نويا قبل النوم او لا

وانما

وانما النية المزبورة للصائم عزم معارف لا ينقوم به الامتثال والكلام فيما ينقوم به الامتثال من النية وليست هي الا العزم المقارن للعمل وهي المعتبرة ابقاء وحدوثا فهي في الصوم هي المعتبرة ابقاء عند نهارا ممن ذكر ان كان ذلك الابقاء مشتركا بين المختار لبقي حصول العزم المقارن في الليل فان قلت فعلى هذا لو عزم على صوم غد ثم نام الى الليل لم يكن صائما ولا امتثالا بل لو لم يدر انه نهار صوم فبعد الزوال للامر الاخطاري لم يكن صائما صوما امتثاليا على التحقيق الا ظاهرا للظن قلت التحقيق انه لا محيص عن شئ من ذلك وان صعب تسليمه على كثير من ضعفاء العصر فان قلت لم لا يكون صوم نائما عبادة وامتثاليا حقيقة باعتبار كونه متولدا عن عزم قبله فهو كالوضوء لكن في هذا كذا في النيم فالمعتبر فيها في نفسه منها قبل الوقت ليكون فيها نية فان كونه فيها متولدا عن العازم فيصح ان يثاب عليه كما يحتمل ان يعاقب لو كان منهيا قلت هذا ممنوع لكنك تعلم ان كون الصائم تاركا للمفطرات حال نومه غير صائر عن كونه قد نوى تركها قبل بل بنيته تلك وعدمها بالنظر الى نوم المفطرات حال نومه سواء بخلاف المثال فظهر بهذا ان الفرق بين الصوم وغيره بالنظر الى النية المزبورة في غاية الظهور نعم لو عدل عن الوجه الاول في الاثناء او تردد فيه ثم عدل اليه قبل مضي شئ من العمل ففي الصحة وجهان اقتضى الاول الامتثال في جميع تلك الاجزاء على الوجه المطلوب والبطلان لاحتمال ان عروض التردد او تغيير الوجة في العمل بمنزلة عروض الحدث في الصلاة فان ما مضى فيها غير مانع حينئذ الطلاق بعضه ومثله الكلام فيما لو نوى التقرب في الفرض فيه متردد في انما صار عازما على عدمه لو عدل الى الاتمام فان احتمال شرطية العزم على كل لاحق محل لاحقه يحتاج الاثبات بالسابق فيه الى اثبات لا دافع له بل ظاهر دليل الارتباط يقتضيه وان قلنا ان التكليف بالعبادة الموسعة جميعها او بنائها على المجموع محض امتنا لو قلنا بكونه مجموعيا محضا فالامر واضح هذا وقد اتضح بهذا كله ان المراد من المقارنة في المتن وغيره ان يكون حالة الفعل فاصدا الاتيان عن بعضهم من انه يعتبر ان يكون اجزاء من النية متصلا باول جزء من العمل فاقتر بخيف غاية بنوا في اعتبار التعيين فاعلم انه متى بعد العمل المقدر بعدا لا تنظر الفاعل عرفا كان او غيره واستحال بعد احدهما من غير تعيين لوجوعه الى الترجيح من غير مرجح المستحيل عقلا مثلا لو امر المولى بضرب زيد ندبا في يوم الجمعة وبضربه فيه وجوبا فاتى بين الزوال والليل لم يمكن امتثال المولى في الامر الاول بعينه ولا الثاني اذا ضربه بعد الزوال من غير تعيين بل لو فعل من غير تعيين لم يكن امتثالا لاحدهما عنده فيهما وفي احدهما اما الاول فواضح واما الثاني فلان العام لا يدل على الخاص فلا يكون مصداقا لاحدهما بعينه الا ترى انه لو قال اقرء البسملة الفاتحة فقرء البسملة من غير تعيين لم يكن ممتثلا كان كما لو قرئها مع قصد غيرها وذلك لان الامر قد طلب الخاص فلا يمكن امتثاله الا بالاتيان به وخصوصا لا تحصل بغير التعيين بالضرورة فيجب بل لو قال اقرء البسملة من احدى السورتين تعين ايضا لذلك وهذا بخلاف ما لو ضربه في المثال قبل الزوال فان اتحاد الامر وتعينه في نفسه يغني عن التعيين ومثله ما لو بعد العمل واختلف المحل كما ضربه بدارا وعمرا وكان غرض الامر مجرد التكرار في المامور به كما ضربهما سوطا سوطا

عشر ايام فلو نوى بالاخير الوسط مثلا اشتباها او اطلق النية لم يضر ولعل منه قضاء الصوم المدلول عليه بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر حيث ان المعروف عندهم انه لا يلزم تعيين اليوم المقضي عنه وان كان عدم التعيين هناك بدل وانت تعلم ان كلا من وجهي عدم الحاجة الى التعيين في ذلك انما يجري في حصول الخاص في الخاص وانما يضر كونه ذلك الخاص بل وان قصد كونه غيره فان من ضرب زيدا على انه عمرو لم يضرب الا زيدا وان لم يقصده بخلاف مسئلة البسملة وشبهها ما لو دفع الى عمرو مثلا الى من اعتقد كونه زيدا فانه لم يدفع الى زيد وان اشتبها هذا كله لا اشكال فيه انما الاشكال في ان هل يجزي في حصول الامتثال زيادة على التعيين بمعنى التمييز حيث التعدد مداخلة جميع ما اكتنف به ذلك المعين مع القصد او المعين مع الانحاد من الاوصاف كالوجوب والندب والاداء والقضاء والقصر والتمام والاصالة والتحمل بحيث لا يشتبه في شئ من ذلك وانت لو اشتبه في شئ منها لم يكن ممتثلا لو امر بضرب زيد فجزم اشتباها بانه انما امر بضرب عمرو فضرب زيدا جازما بانه عمرو اشتباها او فرضنا انه امر بضرب زيد وعمرو فضرب زيدا على انه عمرو وعمرو على انه زيد فهل يكون ممتثلا ام يلزم الاعادة على النحو المار بيانه حيث يكون الامر عباديا مما يعتبر فيه القصد وان لم يكن عباديا وجهان صبنهان على وجوب بنية الوجه في العبادة ونحوها وعدمه بل مرجعهما الى ذلك للاول وجهان الاول ان ما يعتبر في صحة القصد لو فرض عروض الاشتباه في بعض وجوهه كان ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع وح فلا يكون ممتثلا بل لا يكون صحيحا عباديا كان ام غيرها ولا ينفع في ذلك التعيين ولا التعيين مع التعدد لوجوب الامر الى انتفاء القصد فيكون باطلا مثلا لو جزم بوجوب ما ظنه الظهر فصلاها فيوم يمثل الا ما توهم اشتباها مما لا واقع له من الامر الوجوبي واما الامر الندبي فلجزمه بانتفائه لم يقصده بتاتا لو كان الامر ندبا لم يفعل وح فيكون عمله باطلا بتقريبها لوجزم بعشر وعند صلوة الضحى فصلاها او غيرها من البدع ويؤيده قولهم انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء ما نوى واما لو كان جهله بالوجه بسيطا فلا يمكن القصد اليه مفصلا وانما يمكن اجمالا وبعد فعموم الدليل الدال على اعتبار القصد انما دل على اعتبار تعلق القصد به في الجملة بحيث يخرج عن كونه من خطرات النفس اصلا ويدخل في الافعال الاختيارية ولا يلزم منه القصد والالتفات الى جميع ما في ذلك العمل الشخصي من المشخصات بل يكفي القصد الى كلي العمل مثلا لا يعتبر في اعتبار القصد في الذبح فلو ذبح الشاة جازما بكونها بقرة لم يذبح البقرة جزما ولم يقع ذبحه الا عن عمد واختيار وان كان قاصدا تشبيه الشبيه فلو كان ذلك مؤثرا في كون الذبح سهوا كانت الشاة صيدا والضرورة على خلافه بخلاف ما لو ذبحها جازما بكونها بقرا او عجلا مثلا فانها هنا بنية لعدم قصده الى الذبح اصلا ويشهد بذلك ما اجمعوا عليه من انه لو باع ما لزيد في ظنه جازما بكونه عمرا صح البيع وان لم يقصد لم يبع اصلا الى غير ذلك مما لا يحصى كثيرا وح فالمناط في الصحة حصول المطابقة للعنوان الشرعي في العبادات وغيرها واما اشتباهه في بعض اوصافه مثلا لو دفع زكوته الى فقير هو في ظن ابيه او وهبه مالا مستحقا جازما بان القابل غيره وانت لو كان عالما بانه هو القابل لم يدفع اليه جزما مع ان الدفع قطعا محصل للعنوان الشرعي الصحيح من الايجاب والقبول والتراضي والقبض والقربة وانما اخل الاشتباه في التعيين وهو امر اخر لا دليل على اشتراط انتفائه في الصحة بل اطلاق ادلة الفعل يقتضي عدم لزوم اشتباه في نفس

العنوان الشرعي فلم يجابا بفرد لعدل الخارجي كان باطلا كما دفع الوكوء الى فقير بنية غنيا او الخمر التي هاشمي بنية الوسط الى السيلة فبان مستند بوا وهذا هو محل قول القائل ما قصدتم بفعله وقع لم يقصده كما سبق وبهذا يظهر بطلان الاستدلال على قوله انما لكل امرء ما نوى ونحوه فان المراد انه موجب حصل المقصد الى العنوان الشرعي صحيح ته وعلى لم يحصل بطل وح تقوم بما قام بمثل الامر الذي هو هذا ثم بل امتثل الامر بالخارجي الذي جزم بكونه اريد عند الوجوب اشتباها فبان فيه الخارج ولا يكون صحيحا فمتردد واما ما يحكى عن المتكلمين من ان العبد اذا لم يات بالمامور به على وجه مخرج عن العهدة فان اريد انه اذا لم يات على وجه الاطاعة والشكر كان صحيحا وكذا لو اريد اذا لم يات به جامعا لشرائطه واجزائه المعتبرة فيه شرعا فالوايد منه اعتبار نية الوجه بالمعنى المتقدم فيه ما عرفت الثاني ان يقال لا يمتنع ان يكون الامر قد اعتبر في الاتيان بالمامور به ان لا يكون المامور به مشتبها في شيء من وجوه المامور او غير عالم ببعض وجوهه والاصل فيما شك في كونه شرطا وجوب الاحتياط حيث لا دليل كما قرر في محله وح فيجب الاعادة مع الجهل بالوجه او الاشتباه بل لا يكون مجال لوجوب العمل او استحبابه الا بيان به على وجهه الواقعي اجمالا للاحتمال شرطية العلم بوجهه الواقعي فتفصيل حال العمل والالتزام على ذلك الحكم بسقوط وجوب الواجب مع فرض تعذر تحصيل ذلك الشرط المحتمل الشرطية لان انتفاء شرائط الوجوب كالطهارة يوجب الجزم بانتفاء وجوب الواجب فاذا كان الشيء المحتمل شرطيته في الصحة مستلزما من ذلك عدم الجزم بالوجوب وجوب الواجب فلا فيتفي باصالة البراءة اللهم الا ان يقوم الدليل على اختصاص احتمال الشرطية بصورة التمكن من تحصيل بحيث يكون من قبيل الطهارة الخبيثة وهو كما ترى وعلى هذا يلزم ان يكون حمل الجازم بخلاف الواقع من جهة العمل اشتباها صحيحا لا يلزم الاعادة لاحتمال الشرطية ح والانصاف ان يقال ان الاصل المذكور مسلم الا ان الاجماع منعقد على عدم اشتراط صحة شيء من العبادات وكاعتبارها بالعلم بشيء من الاشياء عدى ما تقدم من الجهل والنسيان والجهل البسيط والمركب غير ما تقدم في ذلك اصلا فضلا فالى وضوح استدلال البراءة على عدم التقييد على شرطية ما ذكر في شيء من اوامر العبادات مع كمال عموم البلوى بها وخلو النصوص جميعا عنها مع شدة عموضها على كثير من الخواص فضلا عن العوام ولو قلنا باصالة البراءة فيما شك في شرطيته فلا اشكال وقد يقال لو سلمنا بطلان هذين الوجهين معا فلنا ان نقول ان المتبادر من اوامر العبادات التي اعتبر الشارع القصد اليها اعتبار القصد اليها بجميع ما هي عليه من الاوصاف كما مر في القصد الى العنوان في الجملة مثلا لو قال صل ما فاتك الفجر مثلا وجب الفجر وجوبا كان المفهوم منه ان المطلوب بقاع ما فاتك الفجر على انها فاتك الفجر وعلى انها صلوة مثلا حتى مع قطع النظر عن شاركه غيرها في العنوان وكذا الكلام في باقي الاوصاف المفروضة ومنه قوله صل الفجر وجوبا ونحوه فيكون قوله ندبا او وجوبا حال من الفعل باعتبار ايقاعه لا باعتبار ايقاعه وفيه انه كما ان ادلة العناوين المطلوبية ليست بهذه الصورة من الطلب انما يفهم احراز الا يفهم منه هذا المعنى مثل قوله افعل وبينوا ان يفعل او يلزمك ان تفعل وان فعلت كذا كان لك كذا وهكذا وثانيا لو سلمنا انها بتلك الصورة فلا تم ظهورها فيما ذكرت وهو ظاهر نعم لو فرض الاجمال وقام الاحتمال يتم الدليل الثاني وقد مر جوابه والحاصل الالتزام على ما ذكرنا من سقوط اعتبار نية الوجه لا يفرق بين ان يجزم بوجوب ما فاته الفجر مثلا فصلاها بنية الوجوب ثم بتكشف له الاستحباب او يجزم باستحباب فريضة

الفجر مثلا فصلها بنية الندب ثم ينكشف له الوجوب وبين ان يجزم بخروج الوقت فيصلي الفرض بنية القضاء ثم ينكشف خلاف ذلك
او بالعكس ان يجزم بانه قد صلى الفرض ثم يعيدها الندب جاهلا او عامدا ثم ينكشف له انه لم يكن صلاها اولا ومثل ان يجزم بخروج وقت
ثم يتوضأ بنية التجديد ثم ينكشف له بطلان وضوئه السابق وبالعكس في انه لا يلزمه الاعادة وشيء من ذلك نعم لو ان الامتيمما
فوائت المأمور بها لفوات شرط لوقت الاعادة لذلك لا لفوات نية الوجه مثلا لو امر بضرب زيد فضربه عمرو اعلى انه زيد ثم ظهر له انه عمرو
زيد ولو امر بضرب زيد ثم عمرو فضرب عمرو اعلى انه عمرو ثم ضرب زيدا على انه عمرو لزمه اعادة ضرب عمرو خاصة لفوات الترتيب
المشترط لا لفوات لحاظ الوجه فلو عكس كما مر لم يلزمه الاعادة لان الداعي في الامتثال بالعمل ليس الا تعظيم المولى وشكره
فيحصل الامتثال عملا وتسقط الطلب وقوله في فوائت المأمور بها لو جزم بانه قد صلى الظهر فصلى العصر ثم انكشف
المختص به ولو صلاها في الوقت المشترك لم يكن ظهرا لان الظهر نية والعصر نية لا يقوم ان الاداء بالنية كمسئلة البسملة بخلاف ما لو
قصد ضرب عمرو فضرب زيدا في ان الضرب ضرب لزيد فان القصد لا يغير فلذلك لا يلزمه هنا الاعادة ولذا يقال هنا
اشبه ضرب زيدا قاصدا لعمرو وهنا اشبه صلى العصر قاصدا الى الظهر هذا ويمكن ان يحمل القول بالوجه بما ورد في
صوم يوم الشك من قوله انما صام يوم الشك من شعبان ولا يصوم من شهر رمضان وقوله عليه السلام امرنا بصوم وبنينا عن امرنا ان نصوم
على انه من شعبان وبنينا على ان نصومه على انه من شهر رمضان وقوله في الصحيح في الرجل يصوم الذي شك فيه من رمضان
فقال عليه قضاؤه وان كان كذلك فانها ظاهرة سيما الثاني في لزوم نية الندبية في صوم وجوب نية الوجوب بل بدل الثالث
على انه لو نوى الوجوب كان باطلا وعليه القضاء واذا ثبت وجوب نية الوجه هنا ثبت في غيره بعد الفصل ويشكل بانها ساقطة
في بيان حكم ويجوز صوم يوم الشك وان ما دل على شرعيته صوما انما دل على استحباب صوم شعبان نظرا الى استصحاب عدم
الهلال كان يوم الشك من رمضان على هذا القياس ولم يفد ها وجوب لحاظ الندب هنا شرعا من حيث كونه وجها في الامر
به فانها في مقام الرد على من اوجب صوم يوم الشك من العامة لا في مقام وجوب نية الوجه فيه اصالة والا لوجب التعرض له في غير
المقام مع ان الفروض كما مر غالبا منه رح فمعنى قوله ونبينا ان نصومه انا منهينا ان نشرع فيه بان مصوم على وجه الوجوب
نشرعا وادخالا والمذ بالنية منه رح فلو صامه صائم على هذا الوجه كان شرعا ولم يكن صومه شرعيا بل كان في حكم المعدوم منه
القضاء كما في الصحيح بل ربما تشعر بعض نصوص الباب بخلاف ذلك كقوله في الرجل يصوم يوم الشك هو يوم وقوله ولا قضاء عليه
ونحوه غيره فانه تشعر بانه لم يكن عليه قضاء لانه صام اليوم الذي من شهر رمضان وان كان صومه على خلاف الوجه الذي هو عليه
من الوجوب لانه انما صامه بنية الندب يمكن دفعه بان الوجوب بالنظر الى الشاك في الهلال فرضي صامه على فرض العلم بالهلال
لا فعلا وانما وجهه الفعلي الندب كما نوى كانه فرض شرعا منزلة شعبان الواقعي ان كان من رمضان في الواقع للاستصحاب فربما ان رمضان
يكون وجه الصوم نية الندب كالمسافر الذي يقدم قبل الزوال فانه انما ينوي من الليل الصوم ندبا بل نية في النهار وقبل الزوال
الى محل الرخصة هم على الندب بجواز الافطار لح وكيف كان فلو سلمنا دلالة النص في الشك على لزوم لحاظ الوجه فيه امكن
منع الاجماع على عدم الفصل بينه وبين غيره هذا وقد يؤيد القول بالوجوب بما اورده السيد الرضي على اجماع المرتضى في مسئلة
معذور بترك الجاهل بحكم القصر في السفر لو صلى تماما بان ذا اجمعنا على بطلان صلوة من لا يعلم احكام صلوة فقره على ذلك واجاب

بما لزم جمعوا على معنى وبينه بما بعد الا لان من صلى اربعا جاهلا فانه ينوى الفرض بالركعتين فى حق نيل الفرض بالاربع بل
وتنوى وجوبها لان انما فاته بسبب جهله بوجوب القصر بنية وجوبها استقلالا الذى هو معنى نية الفرض لا وجوبها ضمنا الاستقلال
وهو وجه من بنوا العباءة وذكر على السيد ان الاجماع على اعتبار العلم بنية صحة العبادة الا بحث يقوم الاجماع على اعتباره كما فى المسئلة
ويدخل فى ذلك ما لو حرم بوجوب ما فانه لم يوجد مثلا فصلاها او استحبابا صلوة الليل فصلاها ناويا فانه جاهل بحكمها الواقعى وان علم
بكونه مامورا به لكون وجوبا باطلا لاعلى ما حكم السيد ان وحكما عليه الاجماع الغير الثابت من نظائرها وهذا التقرير انما يتم بناء
على عدم وجوب التعلم وعلى ان الوجوب المتعلق باجزاء الصلوة ونحوها من المركبات الاوامر طبيعة متعلق بالمجموع من حيث
المجموعية على ان يكون كل منها شرطا فى صحة الاخر لا بكل واحد منها اصالة على نحو الجمعية لكن على ان يكون السابق شرطا فى صحة
اللاحق من غير عكس كما لا يخفى الثانى الشرط عرفت فى مقدمة الواجب هو على هذا البحر جاهل بشئ من وجوه العمل وكما يشئ من احكامه فانه الاخر جهله
بعدد ركعات ما اراد على العمل الواجب الذى هو الركعتان الملتان اخرهما التشهد بناء على عدم وجوب السلام فان بطلان الزيادة
وكونه جاهلا بحكمه لا يؤثر فى كونه جاهلا بحكم ما قبله الا ان يقال يؤثر الجهل بوصف كون الاخر هو وجه من الوجود ويكون
ليس بشرط فى صحة ما بعده فانه مبنى على القول بان الزيادة فى العبادة نسخ وليس بحث والجواب بعد تسليم القبول انما
يتسل فيما ليس ما يعفل فيه مدخل بحيث يطمئن بكون الماخذ فيه الملقى من المعصوم انما العلم اراد اما اجمعا بانها المتكلمين
لا الفقها او الاصحاب ثالثا ان الفائل باعتبار الوجه انما يقول به بالنظر الى وجد الطلب النفسى الغيرى ذكا يلزم فى صحة كون
المقدمة مقدمة الاتيان بها بقصد وانما امتثال الامر المقدمى اجماعا بالضرورة ان مناط حصول الامتثال انما هو ملاحظة الامر النفسى
لا الغيرى ولذا قلنا لا يجزئ عن الصلوة بالوضوء قبل الوقت وبعد الوقت وان لزم بقوة الوجوب الغيرى بناء على اعتبار قيد الوجه
لكونه قد نوى وجها لم يبق على الاستحباب اللهم الا ان يدعى ان الشرط فى صحة الصلوة ليس مطلق الطهارة من الحدث بل احدها
بعد الوقت فلم يلزم التفويت والتعدية والفائدة على فرض الامر بل اجمعوا على صحة صلوة الظهر من لا يعلم كونها شرطا فى صلوة القصر
وهذا ظاهر وح فى كلام السيدين فلا يكون شاهدا على المطلب بناء على كون الطلب النفسى انما تعلق بالمجموع من حيث المجموع من
غير ان يتعلق بكل جزء على حدته النفسية وانما تعلق بكل جزء طلب غيرى اى من حيث كون المجموع الحاصل لا بد ان يوجد فالامر
يوجب القصر انما يقصد بالركعتين المقدمة الى حصول المجموع الذى قصده اعنى الاربع فالمطلوب النفسى المجموع
الركعتين فالالزام على هذا الحكم بيطلان صلوته وان لم نقل بوجوب التسليم نظرا الى انتفاء القصد الى امتثال الامر النفسى
المتعلق وانما بالركعتين فقط عرفت انه انما يعتمد الى العنوان الشرعى الذى هو متعلق الامر النفسى لا بقصد فى حصول الامتثال
وان الذى لا يعرفه انما هو الاشتباه فى وصف ذلك الامر من كونه وجوبيا او استحبابيا مثلا لا الاشتباه فى متعلقه كما
هنا بكون الاتمام هنا مرتبا بعد الجاهل الغير المطابق للواقع من حيث العنوان لا من حيث الوجه وبينهما بين فان الاول
يبطله الاجماع بخلاف الثانى وانما تنزل الاجماع المحكى على هذا المعنى اعنى صورة المخالفة للواقع من حيث العنوان كان مجملا
لاريب فيه وح فيمكن ان يكون المراد من جواب السيد بالاجماع على الاعتداد الاعراب ببطلانها من حيث هى فقط وانها فى
حكم العدم من حيث انهم اجمعوا على عدم وجوب الاعادة عليه حتى المتعمد فيخرج عن باب ما يسقط عنه الشئ لا يبقى على
ما بقى بل الاجزاء الظاهر فى صحتها حقيقة ضرورة استحالتها عقلا عند السيد وان اشتبه فى ذلك بعض من تقول هذا

وفداغرب

وقد اغرب شيخنا المرتضى رحمه في رسالته اذ استشهد بكلام السيد بن علي انه يضر في الامتثال العلم بتشخص العمل الذي يقع به الامتثال حيث يمكن مع احتماله لوجوه ثلثة اعتبار نية الوجه شرعا لا عقلا وبطلان العبادة من الجاهل اذا لم يطابق الواقع واعتبار التشخص ثم اعلم ان هذا النزاع انما يتم مع الجهل بوجه العبادة بسيطا او مركبا كما اذا نوى كون ما قله الفجر وجوبا وصلوة الصبح استحبابا فانه يلزم الاعادة بناء على اعتبار نية الوجه ولو نوى الجاهل بسيطا ما يفيده الدليل لوجب فهو ناو للوجه فلا يلزم الاعادة اما العالم بالوجه فلا يتم النزاع فيه شيئا لان نية القربة بسبب الامر يحرز بها نية الوجه الذي علمه من وجوب او ندب فالزام بنيتها حينئذ الزام بتحصيل الحاصل ودعوى انه قد يرى القربة بامتثال امر يعلم انتفاءه لتريثا بدعه فان العمل ان اريد ان لم يكن فهو باطل وعلى القولين على ان الانصاف انه غير ممكن عقلا لان العلم بانتفاء الغاية يمنع من ايقاع العمل لها ولو اعتبر الوجوب وصفا في العمل لاغايته لم نسلم العلم بانتفاء المنع يمنع من توجه القصد اليه فانه يمتنع ايقاع عمل متصف بوصف معلوم على نية اتصافه على غير ذلك الوصف الا ترى انه يمتنع ان يحمر زيد بالامر محتدا وليس الابيض فاويا الا حمر وانما يمكن حينئذ الصوم المحض وحينئذ فهو ناو للوجه لا محالة اذ لا يمكن الانفكاك مع العلم فان مجرد خطور الخلاف غير ضائر بالضرورة وانما الممكن من التشريع المحرم انما هو اظهار ان غير المشروع مشروع واعزاء الغير مشروعيته ولا اظن هذا كغسل الرجلين من الوضوء بالغسل او ايقاع غير المجزي مجزيا لانه بمنزلة المجزي كغسل المقلد بزعم ان التثليث يجزي البتة بغير معقول كما حققته غير واحد من المحققين وضحناه مرارا كثيرة في حواشينا على الرسائل وغيرها وان الكلام في الغاية فقد يراد بها ملاحظة كون الوضوء واقعا او صحيحا بناء على اتحاد معنى الاستباحة والرفع او تلازمهما وانه من شأنه ان يصح لدى الدخول في المشروط به وان لم يعزم على فعل مشروط به بل وان عزم على عدم فعله فيرجع في المحقق الى ملاحظة وجه من وجوه المامور به وصفة من صفاته فان قلنا بوجوب ملاحظة الوجه وجب في الاقل على ان هذا المعنى في المحقق وجه غيري في المامور به لا نفسي فالقائل بوجوب نية الوجه انما يلتزم بلحاظ صفاته النفسية لا غير اتفاقا كما مر وفي هذا نظر فان كون الشئ سببا في شئ او شرطا به من صفاته النفسية والاتفاق انما هو على عدم وجوب نية امتثال الطلب الغيري بما هو مقدمة في غيره حيث لا دليل لكونه امرا مغايرا مغايرا غيريا دون كما حققناه فيما سبق وهو شئ اخر وان اريد بها ان يفعل الوضوء او الغسل قاصدا ان من حكمهما ارتفاع الحدث بهما او استباحة الصلوة فلا يخفى ان رفع الحدث او استباحة الصلوة وان لم يكن من غرض ايقاع الصلوة بعده فهو غريب لتلازم اللحاظين وانما ان لم يكونا متحدين ذاتا الا ترى ان من قصد بايقاع الضرب المؤلم على انه مؤلم او الذبح المزهق كذلك فقد قصد بايقاعهما الايلام والازهاق وانه لا يعقل الانفكاك فان اعتبر نية الوجه اعتبر ذلك والا فلا وان اريد بها قصد ايقاع ما يترتب على ارتفاع الحدث او الاستباحة من الصلوة ونحوها بمعنى انه يشترط في صحة الوضوء او الغسل العزم حال فعله على فعل المشروط به بعد نفسه وان عدل بعد ذلك فمرجع خارج عن محل بحث الوجه دعوى ودليلا كما قد يشير اليه اخيرا بقوله بان الظاهر من قوله تعالى اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا الزوم قصد الغاية وانه في معنى اغسلوا لايقاع الصلوة وانت في العرف كقول القائل اذا لقيت الاسد فخذ سلاحك فان المراد خذ سلاحك عند لقائه فاصدار ضرعنك بسبب ذبح فيكون محصله انه يجب بنية امتثال الامر الغيري بها المقام ونحوه مما نفى به طلب المقدمة لظاهر العرف فمن

الامر بالمقدمة ظاهر بل صريح في ارادة الاتيان بها بقصد توليد ذيها وبدعوة ان بنية التقرب في الامتثال للامر
النفسي اعني به الامر النفسي المتعلق بها لو كانت ايقاعها كذلك مقدمة في صحة عبادة اخرى كالوضوء
بالنسبة الى الصلاة فالطلب المتعلق بايقاع تلك العبادة اعني الوضوء بقصد ان يترتب عليه فعل الصلاة غير الطلب
الاول فان الاول نفسي محض عبادي والثاني غيري محض توصلي فاملئ متعلق بامتثال الاول وقد عرفت انه يجب
وجوب بنية امتثال الامر المتعلق وانكان ظاهر بل صريحا في ايجاب قصد التوصل ضرورة ان مقدمية المقدمة
لا تنفك عنها وان تعلق لا بنية المقدمية بل وان تعلق بنية الضد كما لو سلك طريق الذهاب الى مكة بنية الهرب
منها اشتباها او لدلالة بلوغ الرجوع بقصد بالمقدمة التوصل وقد ظهر بهذا ان الحكم انما اشتبه عليه الحال لظنه
اتحاد الامر في المقام او اتحاد حكمها في وجوب بنية الامتثال قال السيد ره وشرطه في الماء ما قدمنا
من كونه طهورا مباحا مطلقا لم يسلب الظهورية منه للحدث اعم الذي سالب من الخبث اقتا اشتراط طهارته
ما يتوضأ به بل ما يتيمم به في رفع الحدث بل ما يشترط به التيمم من الطهارة الحدثية ولو تيمما بدل وضوء او غسل مندوبا
كان كغسل الجمعة فاجاء لا يجب به مع ان الاصل اقتضيه لو فرض الشك كان الاطلاقات الواردة انما
انما سيقت لاصل التشريع

تمت بيمناه ليلة الاربعاء

الحمد لله الذي وفقنا باتمام وشرفنا بطبع هذه النسخة الشريفة الاخيرة المسماة بالايضاح
المتعلقة بهج المتعلمون ببعض جواهر الكلام للحبر السيد السند العلامة الرباني آية الله في الارضين الشيخ محمد طه
النجفي ادام الله ظله على مفرق حضرة سيد الانام صلى الله عليه وآله وسلم بجوار الثقلين وجوار الدعاء على مفرقه الكرام وجعلنا به
من المهتمين بامر الدين والاتمام انه تعالى للفضل الانعام فشكر لله على ما يد وحمد لله على
كل نعمة لا نطيق عدها وانا الاقل الحاج الشيخ احمد الشهير بالشيخ اصلح الله حاله

وفوق قلبه بحمد الله وكان ذلك في شهر

محرم الحرام سنة ١٣٢٤