مجموعهٔ

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«کتاب البیع»

شماره (٤٩)

«مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار، فإن علم أنّه أراد نصفه (مال نفسه) أو نصف الغير عمل به، وإلّا فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: بعتک نصف الدار إلّا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان: حمله على نصفه المملوک له، وحمله على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي»[1]. [١]

[١] لا يخفى أنّ ذكر هذه المسألة عقيب المسألة السابقة من جهة أنّه تارة يكون المراد من قول البائع: بعتک نصف الدار (في مفروض المسألة) معلوماً، أي أنّه أراد بيع النصف المفروز من حصّته المملوكة، وتارة يعلم أنّه يبيع النصف الآخر من حصّة الغير (فعلى الأوّل يكون مصداقاً لبيع ما يملكه، وعلى الثاني يكون مصداقاً لبيع مال الغير و ما لا يملكه) فعلى الأوّل تكون المعاملة صحيحة، وعلى الثاني يدور مدار ما يقال في الفضولي من البطلان والصحة) ولكنّه تارة يبيع النصف على نحو الإشاعة، فعلى هذا تعلّقت المعاملة بالربع من مال نفسه والربع من مال الغير، وبهذا الفرض تندرج المعاملة مصداقاً للمسألة السابقة (بيع مال نفسه مع مال غيره) ثمّ إنّ الشيخ﵀ بعد ذكر المسألة مع حصول العلم تعرّض إلى فرض ما إذا علم أنّه لم يقصد بقوله إلّا مفهوم هذا اللفظ (أي النصف) أي مجرداً عن النصف المختصّ به، أو المختصّ بغيره، وقال: «ففيه احتمالان، حمله على نصفه المملوک له وحمله على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي، ومنشأ الاحتمالين إمّا تعارض ظاهر

---

[1]. كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.

النصف ـ أعني الحصّة المشاعة في مجموع النصفين ـ مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرّف إلى نصفه المختصّ ، وإن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجيء...»[١].

أقول: أمّا التوجيه لاحتمال كون المبيع (أي النصف) هو النصف المختصّ به، فلأنّ المستفاد من ظاهر كلمة النصف (من دون أيّة قرينة) هو النصف المختصّ به، ومنشأ هذا الظهور في المقام، أي مقام التصرّف في الملك هو أنّ التصرّفات الواقعة من عموم الناس ظاهرة في أنّهم متصرّفون في أموالهم؛ لقيام السيرة القطعية العقلائية على ممنوعية التصرّف في أموال غيرهم، فلذلك يحكم في امثال المقام (حينما صدر عن العاقل فعل يترتّب عليه التصرّف بالنقل والانتقال) على التصرّفات المباحة للمتصرّف، هذا، مضافاً إلى «أنّ مقتضى ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه؛ لأنّ بيع مال الغير لابدّ فيه إمّا من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه؛ وإمّا من بنائه على تملكه للمال عدواناً، كما في بيع الغاصب والكلّ خلاف المفروض هنا».

توضيح ما أفاده‌ﷺ: إنّ ظهور الإنشاء من دون مؤونة زائدة وقرينة في تعلّقه بالمال المختصّ مما لا مناص فيه؛ حيث إنّ القول بتعلّقه على غير ماله محتاج ومتوقف على مؤونة زائدة، كاعتقاده بكون المال ماله أو بنى على ملكية مال الغير كالغاصب، أو نوى الغير فيما كانت له الوكالة

---

[١] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.

أو الولاية على مال الغير، مع أنّ المفروض عدم هذه الأُمور، فعلى هذا يقتضي الأصل تعلّق الإنشاء بمال نفسه، فاتضح من كلام الشيخ﵀ أنّ هنا ظهوران على أنّ المتعلّق هو النصف المختصّ به: ظهور كلمة النصف بانصرافه وظهور الإنشاء.

وقد وجّه الشيخ﵀ احتمال كون النصف هو النصف المشاع بينه وبين الأجنبي بقوله: «...تعارض ظاهر النصف أعني الحصّة المشاعة في مجموع النصفين...» بمعنى: أنّ النصف مطلق وغير مقيّد بمال حتى يحمل على النصف المختصّ، فلذلك يتضمّن ظهور اللفظ في بيع المال المشترك، ولذا يتحقّق التعارض بين الظهورين وينتهى بعده إلى الإجمال، فلا يمكن الأخذ بأحدهما، إلّا أنّ الإجمال لا يسري إلى ظهور الإنشاء بالنسبة إلى الربع المختصّ به؛ لعدم تحقّق التعارض في هذه الحصّة من المال بين الظهورين؛ لاشتراكهما على شمول الإنشاء لهذه الحصّة (أي الربع المختصّ به) نعم الاحتمال حاصل بالنسبة إلى الربع المشترك، فحينئذٍ تصل النوبة إلى اعمال قواعد التعارض فيه.

ثمّ أنّ الشيخ﵀ بعد أن قال بالتعارض بين الظهورين وحصول الإجمال تصدّى لبيان الفرق بين الإجمال الحاصل في المقام لإجمال الإنشاء والإجمال في متعلّق الإنشاء بقوله: «...ومما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين قول البائع: «بعت غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبد غيره؛ حيث ادّعى فخرالدين الإجماع على انصرافه إلى عبده، فقاس عليه ما نحن فيه؛ إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير،

فيبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع وانصراف لفظ المبيع في المقام التصرّف إلى مال المتصرّف سليمين عن المعارض، فيفسّر بهما إجمال لفظ المبيع...»[١].

والوجه للفرق واضح بعد كون الإجمال في المثال «بعت غانماً» راجعاً إلى المتعلّق، فيكون صغرى للقاعدة المختلفة فيها من أنّ الإجمال مضرّ بالظهور، أو كون الظهور رافع للإجمال، فعلى القول بكون الظهور قرينة صارفة يرفع الإجمال، عن اللفظ المشترك (واختصاص البيع بالمملوك) فيكون الإجمال المدّعى على وفق القاعدة، وأمّا إذا قلنا بأنّ للتصرّف ظهوراً وللإنشاء ظهور آخر مخالفاً للظهور الأوّل ولا تكون قرينية في البين للظهورين لا يمكن رفع الإجمال عن الظهور والقول بالأخذ بأحدهما معيّناً، وفي المقام كلمة «نصف» ظاهرة في الكسر المشاع، فهي معارضة مع الظهورين المذكورين.

«ثمّ إنّه لو كان البائع وكيلاً في بيع النصف أو وليّاً عن مالكه فهل هو كالأجنبي؟ وجهان مبنيّان على أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرّف، أو ظهور التمليك في الأصالة، الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ ظهور التمليك في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك إلّا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق»[٢]. [١]

---

[١] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

[٢] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

[١] ثمّ أنّ الشيخ﵀ بعد ذكر القول بظهور كلمة «النصف» في قول البائع المالک لنصف الدار: «بعتک نصف الدار» في النصف المختصّ به مستنداً لظهور انصرافه وأيضاً بظهور الإنشاء في البيع لنفسه واحتمال الأخذ بظهور كلمة النصف في المشاع وحصول الإجمال، تعرّض إلى مسألة أُخرى وهي: أنّه لو كان البائع وكيلاً أو وليّاً عن مالكه، فهل حكمه حكم الأجنبي حتى يكون ملحقة بالمسألة السابقة، أو أنّ الحكم فيه يفترق عن السابقة وأنّه لا يتعامل معاملة الأجنبي في الفرض المذكور، وقال: «وجهان مبنيان...» على القول بأنّ ظهور النصف في المشاع يعارضه القول بظهور التصرّف الواقع من المالک على اختصاصه بأملاكه، فعلى هذا تكون النتيجة في هذه المسألة كسابقتها تمانع الظهورين ووقوع المعاملة مجملة بالنسبة إلى ما زاد عن حقّ المالک، هذا وأمّا إذا قلنا بأنّ ظهور التمليک في الأصالة (أي أنّ البيع واقع لنفس البائع المملّک) واستظهرنا من قوله: «بعتک...» هو تمليک مال نفسه لاقتضاء إطلاق الصيغة فيكون الحكم في المقام يفترق مع المسألة السابقة لدلالة الإطلاق على الإشاعة.

ثمّ أنّه﵀ ذهب إلى أقوائية اللحوق بالمسألة السابقة، وعلّل مختاره: بأنّ ظهور النصف في المشاع وإن كان مقتضى الإطلاق وكذلک ظهور التمليک في الأصالة هو أيضاً من باب الإطلاق، وبما أنّ ظهور نصف في الإشاعة ظهور مقيّد، والمقيّد وارد على ظهور المطلق عدل عما أفاد.

فبالنتيجة: يبقى ظهور النصف في الإشاعة سليماً عن المعارض فيرتفع الإجمال ويحكم بأنّ البيع واقع على النصف المشاع (في المبيع) بمعنى: وقوعه في ربع في مال البائع المنشئ، وفي الربع الآخر من مال الموكّل أو المولّى عليه.

وكيف كان: إن قلنا في هذه المسألة (بما اختار في المسألة الأُولى) من وقوع الإجمال فلابدّ لكيفية المعالجة لرفعه عن الجملة التي أنشأها البائع.

فعن المحقّق النائينيﷺ: «الحمل على الإشاعة بين الحصّتين إنّما هو فيما إذا لم يكن معيّن في البين موجب لتعيّن إرادة إحدى الحصتين وإلّا فالمتعيّن هو الحمل على ما قام عليه المعيّن، ففي بيع نصف الدار الموجب لتعيّن حصّة البائع نفسه موجود، وهو صدور البيع عنه مع صلاحية حصّة نفسه لأن يكون مبيعاً، نظير البيع الكلّى في الذمّة، فإنّه لا يحتاج إلى اسناده إلى ذمّته، بل عدم إسناده إلى ذمّة غيره كافٍ في إسناده إلى نفسه. وكذا المقام، فإنّ صلاحية نفسه لأن يكون مبيعاً مع عدم إسناده إلى غيره كافٍ في صحة إسناده إليه، فالمعيّن في المقام هو ظهور الفعل والفاعل والمتعلّق جميعاً في كون المبيع حصّة نفسه الحاكم على ظهور النصف في الحصّة المشاعة بين الشريكين[1].

ثم قال: «وفي أنّ حمل النصف على النصف المختصّ به هل يختصّ بما إذا كان البائع أجنبياً عن حصّة شريكه بأن لم يكن له الولاية في

[1] . المكاسب والبيع ٢: ٣١٢.

التصرّف في حصّته، أو يعمّه وما إذا كان له ولاية التصرّف في حصّته بأن كان وليّاً على شريكه أو وكيلاً عنه في بيع حصّته، والتحقيق هو الأخير، وذلك لما عرفت آنفاً من أنّ الملاك في الحمل على النصف المختصّ به هو قابلية المبيع للانطباق على نصفه وعدم قصد بيع ملك غيره، ومع انتفاء الأمرين ينصرف إلى بيع ملك نفسه، ومن الواضح تحقّق هذا الملاك مع كونه سلطاناً في تصرّف حصّة الشريك أيضاً حيث إنّه لم يقصد إلّا مفهوم اللفظ، كما هو المفروض وكون المبيع قابلاً لأن ينطبق على حصّة نفسه، فيكون الوجه في الحمل على النصف المختصّ به في صورة سلطنته على بيع حصّة الشريك هو بعينه الوجه في الحمل على النصف المختصّ في صورة عدم سلطنته كما لا يخفى»[1].

وأوضح مراده شيخنا الأستاد مدّظلّه بذكر مقدّمات:

منها: ما استفيد عنه (في مباحث الأُصول) من حجّية الظهور وكاشفيته عن المراد الجدّي في مقام الاستعمال، والمراد من الظهور قالبية اللفظ للدلالة على المعنى الموضوع له اللفظ، وهذا القالب يعدّ عادة مبرزاً وكاشفاً عن المراد الجدّي، فبالنتيجة يحكم بكاشفية أصالة الظهور عن المراد وطريقيته له ففيما إذا حصل لنا العلم بوجود الظهور ولكن حقيقته مجهولة، يكون الظهور حجّة، هذا.

---

[1] . المكاسب والبيع ٢: ٣١٧.

وأمّا إذا كان المتصدّي للإنشاء قصد المفهوم ولم يقصد باللفظ حصّة معيّنة يشكل التمسّك بأصالة الظهور، بل لا مجال له؛ لعدم تعيين مراده وعدم تحقّق الظهور لكلامه.

وأمّا المقام (بعت نصف الدار) فبما أنّه يستحيل تعلّق البيع بمفهوم النصف؛ لأنّ المفهوم لا يتعلّق به البيع والشراء، بل الإنشاء يحكي عن الواقع وأنّ البائع أصدر الإنشاء عن إرادة جدّية ومراد واقعي يمكن استكشافه بالتمسّك بأصالة الظهور، فلم يبق وجه لاحتمال الإنشاء وتردّد تعلّقه بالحصّة المملوكة وغيرها وأنّ أصالة الظهور كاشفة عن قصده (بيع مملوكه).

منها: إنّ الإنشاء المقرون بالقرينة المعيّنة تارة يكون وزان القرينة وزان النصوصية في القرينية؛ وتارة هي ظاهرة فيها، فعلى الأوّل لا نقاش ولا شك في تقدّمها على ذي القرينة؛ لأنّه معلّقة عليها كما في قوله: «رأيت أسداً في الحمّام» فإنّها رافعة للشبهة عن مدلول الأسد.

وأمّا إذا كانت القرينة ظاهرة في القرينية، فحينئذٍ يشكل تقدّم أصالة الظهور في القرينة على ذي القرينة؛ لعدم النصوصية على تعيين المراد فيتعارض الظهوران، والمقام مقام إعمال قواعده.

ومنها: أنّ الثابت في باب الإطلاق والتقييد وكذا في باب التعارض: أنّ أصالة الظهور في القرينية رافعة ونافية لموضوع أصالة الظهور في ذي القرينة (وهو الشك) فلم يبق مجال للتعارض بعد زوال الموضوع في ذي القرينة والباقي هو ظهور القرينة منجّزاً، ففي المقام: أنّ كلمة النصف لها ظهور في الإشاعة، إلّا أنّ في قبال هذا الظهور ظهور

التصرّف ممّن له حقّ التصرّف في مملوكه وظهور الإنشاء في الاستقلال، وبعد القول بعدم إمكان تعارض الظهور الأوّل مع الظهورين لا يتمّ ما أفاده الشيخ﵀؛ لأنّ الحمل على الإشاعة منشأه عدم المعيّن، ومع القول بوجوده، أي المعيّن لم يبق وجه للحمل على الإشاعة، فيبطل مدّعى الشيخ﵀ وما التزم به، وإلى هذا أشار المحقّق النائيني﵀ في ذيل كلامه قائلاً: «إنّه ليس للفظ النصف ظهور في المشاع أو انصراف إليه حتى يعارض مع ظهور شيء آخر في النصف المختصّ، بل حمله على الإشاعة فيما يحمل عليها ناش عن عدم المعيّن، ومع وجود معيّن في البين (أيّ معيّن كان) ينعدم وجه الحمل على الإشاعة، وعلى هذا فلا ينتهي الأمر إلى معارضته بشيء أصلاً»[1].

ومحصّله: أنّ ظهور النصف في الإشاعة معلّق على عدم قيام القرينة، مع أنّ ظهور النصف في المختصّ به وظهور الإنشاء في الاستقلال (وفي مدلولهما) تنجيزي، فيستحيل معارضة الظهور التعليقي مع التنجيزي، هذا، ولا إشكال فيما أفاده من استحالة تعلّق المعاملة (أي البيع) بمفهوم النصف، بل المتعلّق بها ما يكون لفظ النصف حاكياً عنه، وكذا لا إشكال في ما نقّحه من تقديم الظهور في القرينة على أصالة الظهور في ذيها بما ذكره وبيّنه في المقدّمة الثانية، إلّا أنّ الكلام فيما ادّعاه من التفصيل بين ظهور النصف وظهور التصرّف، وأنّ الظهور

[1] . المكاسب والبيع ٢: ٣١٧.

الأوّل (في الإشاعة) معلّق على عدم ما يقابله من الظهور وكون الثاني منجّزاً في المختصّ به؛ حيث إنّه لا فرق بين الظهورين حتى يقال بأنّ ظهور التصرّف يعدّ نصّاً (فيصير ظهوره تنجيزياً) فكما يمكن أن يكون ظهور التصرّف في المملوك مانعاً عن الظهور الانصرافي أو الإطلاقي (في النصف المشاع) كذلك يمكن أن يكون ظهور النصف في المشاع مانعاً عن ظهوره في المملوك والمختصّ به، فيصير الظهوران متعارضان ويكون كلّ منهما قرينة صارفة عن حمل الآخر، أو يكون محتمل القرينية فيوجب الإجمال ويتمّ مدعى الشيخ﵀، ولعلّه لذلك عدل السيد الخوئي﵀ عما أفاد شيخه وسلك مسلكاً آخر لحلّ المشكلة قائلاً: «...إنّ لفظ النصف لم يوضع في اللغة للنصف المشاع، بل لمطلق النصف من الشيء ولا أنّه منصرف إلى النصف المشاع عند إطلاقه وعليه فلا وجه لدعوى اختصاصه بالنصف المشاع، فيكون الغرض منه في المقام هو الكلّي. وتوهّم أنّ البائع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه (كما في حاشية السيد) فاسد، فإنّ النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملك كلّي يحتمل أن يكون النصف الذي يختصّ بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع والشريك، و حينئذٍ فيكون ظهور كلامه في كون المراد من النصف نصف، نفسه فيكون مثل بيع الغانم فيرتفع الإجمال بواسطة ظهور الكلام في بيع نفسه المختصّ. وذلك فإنّه وإن صحّ بيع مال الغير فضولة، ولكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول ﴿**أَوفُواْ**

﴿بِٱلْعُقُودِ﴾ للبائع وإنّما يشمل المالك المجيز حين إجازته، وفي المقام بعد منع كون النصف ظاهراً في النصف المشاع لا وضعاً ولا انصرافاً، لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع، فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف المختصّ... وعلى هذا فيصحّ ما ذهب إليه المشهور من كون الكلام ظاهراً في النصف المختصّ دون المشاع أو حصّة الشريك»[١].

وأورد عليه شيخنا الأُستاذ مدّظلّه: «بأنّ دعواه من عدم ظهور النصف في المشاع ينافي ما اعترفه به في مسألة الإقرار بأنّ نصف الدار لزيد أنّ الإقرار إخبار عن الواقع، فيكون إقراره بنصف الدار للغير إخباراً عن واقع نصف الدار لا من نصف المختصّ، فهو مشترك بين المقرّ وشريكه الآخر، فيكون ظهور اللفظ (أي النصف) في الكسر المشاع، ولذا استدلّ هو وغيره بقوله تعالى ﴿وَٱعلَمُوا أَنَّمَا غَنِمتُم مِّن شَيءٍ...﴾[٢] على أنّ تعلّق الخمس بالأموال يكون على نحو الشركة والإشاعة العينية وليس ذلك إلّا بظهور إطلاق كلمة الخمس في الآية على الإشاعة، وكذا الحال في إطلاق كلمة النصف»، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ دعوى ظهور التصرّف في خصوص الحصّة المملوكة مبني على الالتزام بأنّ كلمة النصف عنوان كلّي وهي تنطبق على حصّة النصف، وهي تارة تنطبق على الحصّة المفروزة وتارة على الحصّة

---

[١]. مصباح الفقاهة ٤: ٤٠٦ - ٤٠٧.
[٢]. الأنفال (٨): ٤١.

المشاعة، وأمّا بناءً على الالتزام بأنّ إطلاق الكسورات المشاعة كالخمس والربع والنصف ظاهر في الجزء على نحو الإشاعة، فلا تتمّ منه الدعوى بعدم ظهور النصف في المشاع، وهو ممن التزمه بذلك في باب الخمس؛ حيث استدلّ في كيفية تعلّق الخمس بالأموال بالآية الشريفة والروايات كقولهعليه السلام: «... ما أفاد الناس من قليل أو كثير ففيه الخمس»[1] بظهورها في الإشاعة والشركة الحقيقية، وأنّ الكسر المشاع جزء من المركّب المشتمل عليه، فعلى هذا يمكن القول بظهور النصف في الإشاعة في هذه المقامات ونفي الالتزام به في المقام، وكيف كان دعوى ظهور النصف في الإشاعة معارضة مع ظهور التصرّف فينتهي إلى الإجمال كما عن الشيخرحمه الله.

ويمكن دفع الإشكال عما أفاد السيد الخوئيرحمه الله من تصحيح مذهب المشهور من استظهار كون النصف في المملوك المختصّ به، دون حصّة الشريك أو المشاع.

ببيان الفارق (في كلامه) بين المقام وبين مسألة الإقرار «بأنّ نصف الدار مع كونها مشتركة بالإشاعة بين المقرّ و شخص آخر؛ حيث إنّ الإقرار إخبار عن الواقع، فيكون إقراره بنصف الدار للغير إخباراً عن واقع نصف الدار، لا في نصفه المختصّ، فهو مشترك بين المقرّ وشريكه الآخر فحيث إنّ الإقرار بالنسبة إلى الربع في حقّه وبالنسبة إلى الربع

[1] . وسائل الشيعة ٩: ٥٠٣، أبواب ما يجب فيه الخمس ب٨ ح٦.

الآخر في حقّ الغير، فيكون إقراره بالنسبة إلى ربع شريكه لغواً دون ربع نفسه، وهذا بخلاف البيع، فإنّک عرفت أنّ النصف كلّي يصدق على نصف نفسه ونصف غيره، فظهور البيع بمقتضى ﴿**أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ**﴾ يوجب كونه نصفه المختصّ دون المشاع، بل إرادة النصف للمشاع بحيث يكون معنى «بعت نصف الدار» بعت ربعاً من حصّتي وربعاً من حصّة شريكي ليكون المراد من النصف النصف المشترک بين البائع وشريكه لا نصفه المختصّ من خلاف الظهور بمكان كاد أن يلحق بالأغلاط من دون قرينة عليه فضلاً عن يكون هو الظاهر من اللفظ...»[١].

فكأنّه بهذا البيان أثبت مدّعاه (من تمامية الظهور في النصف المملوک) مضافاً إلى أنّ دعوى الظهور في النصف المشاع باطلة ملحقة بالأغلاط، لكن هذه الدعوى خلاف الظاهر.

وأورد عليه: بأنّا سلّمنا كون متعلّق الإقرار هو الواقع، والمراد من الواقع هو الكسر المشاع بمعنى: أنّه قاصد بإقراره إبراز ما هو واقع اللفظ (أي النصف) الدالّ على الكسر المشاع، إلّا أنّ هذا بعينه موجود في البيع أيضاً؛ حيث إنّ البائع بإنشائه قاصد لإبراز الواقع الذي تعلّق به الإنشاء، فلا فرق بين الإقرار والإنشاء وعدم تمامية التفصيل بينهما نعم، يمكن تسليم ما أفاده من التفصيل والفارق إن قلنا بعدم كون المتعلّق في الإنشاء هو الكسر المشاع، بل المتعلّق مفهوم «النصف» الذي هو الأمر الكلّي فلمكان الفرق بين المتعلّقين (في الإخبار والإنشاء) ومباينتهما

---

[١]. مصباح الفقاهة ٤: ٤٠٧.

فيتمّ التفصيل، إلّا أنّه قد مرّ بطلان كون المتعلّق (في الإنشاء) هو المفهوم، بل المتعلّق هو الواقع الخارجي، كما أنّ المتعلّق في الإقرار كذلك، فلا مجال للتفصيل.

أقول: سلّمنا ما أُفيد من وحدة المتعلّق في كليهما (في الإخبار والإنشاء) إلّا أنّ الذي يستفاد من كلامه صدراً وذيلاً: أنّ مقتضى الظهور على ما يفهمه العرف في المقام بمقتضى قرينية دليل الوفاء هو الحصّة المملوكة المختصّة به ولا سيّما بعد كون القول بالحمل على الحصّة المشاعة فيما نحن فيه على خلاف الظهور والمتفاهم العرفي ومرادنا من الظهور ظهور الفعل والفاعل...وبهذين الظهورين يتمّ الدعوى بظهور المتعلّق.

ويشهد لذلك ما أفاده المحقّق الإيرواني﵀ من التزامه بأنّ إنشاء بيع النصف محمول على النصف المملوك دون غيره على نحو الإشاعة؛ لحاجته إلى المؤونة الزائدة وقال: «إذا باع وهو مالك توجّه إليه خطاب ﴿**أَوفُواْ**﴾ وانتزع منه الوضع ووجب عليه الخروج عن العهدة؛ لأنّ العقد عقده بالإضافة الأوّلية، وإنّما يصير عقداً للغير بالقصد إلى نقل مال الغير وإزالة علقته والفرض أن ليس مثل القصد متحقّقاً أو لا يعلم به[١] فالحقّ ما ذهب إليه الشيخ﵀.

[١] . حاشية المكاسب (للإيرواني﵀) ١: ١٥٢.

وأمّا السيد المحقّق في الحاشية قال بالتفصيل في الحكم: «اعلم أنّ التكلّم في هذه المسألة في مقامين:

أحدهما: فيما إذا علم كون مراد البائع من النصف شيئاً معيّناً من نصفه المختصّ أو المشاع في الحصّتين ولم يعلم التعيين، فيكون الغرض تشخيص مراده.

الثاني: فيما إذا علم أنّه لم يقصد إلّا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو من الحصّتين بأن علم عدم التفاته إلى شيء وراء مفهوم اللفظ...» وهو حكم في المقام الأوّل بكون المبيع هو الحصّة المملوكة المختصّة به، وفي المقام الثاني إلى الإشاعة.

قال: «...فالتحقيق: هو ترجيح ظهور مقام البيع في ارادته حصّته المختصّة في مقابل الإشاعة بينه وبين الأجنبي...».

وعلّل مختاره بقوله: «وذلک لأقوائية هذا الظهور من ظهور النصف في الإشاعة، بل التحقيق: أنّه لا منافاة بينهما أصلاً؛ لأنّ الأوّل حاكم على الثاني؛ لأنّ ظهور النصف في الإشاعة إنّما يقتضي الإشاعة في الحصّتين مع عدم ظهور يقتضي الاختصاص في ظهور العام مقتض له، فالإشاعة في الإشاعة من جهة الإطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه، كما في سائر المطلقات إذا كان هنا قرينة على انصرافها إلى بعض الأفراد، فدعوى: أنّ مرجع الشک إلى أنّه هل قصد

الخصوصية أم لا؟ والأصل عدمه، مدفوعة بأنّ الظهور المفروض رافع للشك، فمعه لا وجه للرجوع إلى الأصل...»[١].

فعلى هذا لا يرد عليه ما أورده بعض بعدم الوجه لترجيح أحد الظهورين على الآخر وأنّ كلامه مجرد دعوى بلا دليل؛ لأنّ السيدﷺ التزم بالترجيح بالظهور المقامي، وصرّح بذلك في صدر استدلاله «فالتحقيق هو ترجيح ظهور مقام البيع...» نعم يرد عليه: أنّ ظهور النصف في الإشاعة هو الظهور اللفظي، أو على الأقل هو الظهور الانصرافي، والظهور المدّعى في كلام السيدﷺ هو ظهور التصرّف وهو الظهور المقامي، فإذن لا وجه لتقديمه على الأوّل؛ لأنّ الأوّل لو لم يكن أقوى يكونان متساويين، فالترجيح ممّا لا وجه له.

وأمّا ما استدلّ به ثانياً بجعل المقام من صغريات الإطلاق والتقييد بتوضيح: «أنّ الإشاعة في الإشاعة من جهة الإطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه، كما في سائر المطلقات إذا كان هنا قرينة على انصرافها إلى بعض الأفراد...»، فالإشكال فيه: أنّا سلّمنا تقديم المقيّد على المطلق فيما إذا كان دلالته على مدلوله بالنصوصية (بمعنى أنّ في المقام يدلّ على الحصّة المملوكة بالنصّ) أو كانت الدلالة في المقيّد أظهر من المطلق في الإشاعة، إلّا أنّ هذه القاعدة لتقديم المقيّد على المطلق) تختص بالإنشاءات والمبرزات اللفظية، مع أنّ ما بأيدينا

---

[١] . حاشية المكاسب (للسيد اليزديﷺ) ١: ١٩٠.

في المقام لفظ النصف الدالّ على النصف المشاع بالدلالة الإطلاقية اللفظية (وصرّح بذلک السيدﷺ) وفعل المتصرّف الظاهر في الاختصاص بالحصّة المملوكة، وهذا الظهور ليس بظهور وضعي لفظي حتى يتمّ القول بإعمال قواعد المطلق والمقيّد من تقديم النصّ أو الأظهر المقيّد.

هذا وما أفاده في صدر كلامه «من حكومة الظهور في النصف المختصّ (أي المقيّد) على الظهور في النصف المشاع (أي المطلق) يمكن أن يعلّل بأنّ جريان أصالة الظهور في المطلق تعليقي من أوّل الأمر وأنّها موقوفة على عدم قيام القرينة المانعة عنها، مع أنّ جريان أصالة الظهور في المقيّد يتنجّز في غير المعلّق على شيء».

فقد أُورد عليه بفقد الملاک المذكور (أي التعليق والتنجيز) في المقام حيث إنّ ظهور النصف العقلي في الإشاعة معلّق على عدم قيام القرينة الدالّة على عدم الإشاعة، فكذلک ظهور التصرّف الفعلي في الحصّة المختصّة معلّق على عدم قيام قرينة دالّة على الإشاعة، فهما متساويان من هذه الجهة.

وعلى الجملة: لا وجه لقياس المقام بباب المطلق والمقيّد؛ لعدم الجامع بينهما، فما في ما نحن فيه هو التزاحم الواقع بين ظهور النصف في الإشاعة وظهور الفعل في الحصّة المملوكة، ولا يعالج هذا بما قرّبه السيدﷺ.

وأمّا المقام الثاني ـ حسب ما قسّمه السيدﷺ ـ وهو الكلام «فيما إذا علم أنّه لم يقصد إلّا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو من الحصّتين بأن علم عدم التفاته إلى شيء وراء مفهوم اللفظ... فالحقّ هو الحكم بالإشاعة، وذلك لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف في الإشاعة؛ لأنّ المفروض هو العلم بأنّه لم يقصد إلّا مفهوم النصف وأنّه لم يلتفت إلى كونه من ماله المختصّ، أو المشترك بينه وبين غيره والظهورات إنّما يرجع إليها لتعيين المراد الواقعي المجهول لدينا، ومع العلم بعدم كون مراده نصفه المختصّ لا ظهور يرجع إليه ويكون معارضاً»[١].

والإشكال فيه ظاهر بعد ما تقدّم من عدم تمامية إرادة مفهوم النصف وبما أنّ البيع قد تعلّق بالنصف المضاف إلى الدار وهي عين خارجية يكون تصرّفه كاشفاً (بالظهور الفعلي) عن إرادة خصوص الحصّة المملوكة، كما أنّ ظهور كلمة النصف يكشف عن الإشاعة ويتعارضان، فالإشكال باق.

وأمّا المحقّق الأصفهانيﷺ له كلام طويل دقيق في المقام، وحاصله: إنّ الموضوع له لمفهوم كلمة «النصف» وأضرابها من الثلث والربع عنواناً كلياً له مصداقان: أحدهما: النصف المفروز والمضاف إلى المالك. والآخر: النصف المشاع والمضاف إلى الفضولي، وهذا لا

[١] . حاشية المكاسب (للسيد اليزديﷺ) ١: ١٩١.

ينافي انصراف كلمة «النصف» بذاتها إلى النصف المشاع دون إحدى الحصّتين، فإنّ خصوصية الإفراز والإشاعة وإن كانا قيدين عقليين زائدين على أصل الموضوع له، إلّا أنّ العرف لا يرى الإشاعة قيداً، بمعنى: أنّ العرف لا يرى إطلاق النصف وانصرافه إلى الإشاعة قيداً زائداً محمولاً على حقيقة النصف وإن كان العقل يعتبرها (أي كلمة النصف) عنواناً عامّاً له مصداقان. ويمكن تنظير المقام بباب الأوامر، فإنّ الأمر بعد كونه موضوعاً للطلب الجامع بين الوجوبي والندبي والعقل يعتبر كلا الخصوصيتين زائدتين على أصل الطلب، إلّا أنّ إطلاقه عرفاً منصرف إلى الطلب الوجوبي؛ حيث إنّ العرف لا يرى خصوصية الوجوب خصوصية زائدة على أصل الطلب، فكذلك الحال في المقام، فإنّ النصف موضوع لعنوان كلّي، إلّا أنّ إطلاقه منصرف إلى خصوص المشاع عرفاً.

فالنتيجة: أنّ إطلاق النصف ينصرف إلى الحصّة المشاعة من دون حاجة إلى قرينة زائدة، ثمّ إنّ في قبال هذا الظهور ظهوران: الظهور المقامي والظهور الكلامي، أي ظهور مقام التصرّف في الصحيح.

ولا يكون التصرّف صحيحاً إلّا إذا كان المبيع نصفه المشاع (أي المملوك) لفرض كونه فضولياً بالإضافة إلى خصوص حصّة شريكه أو المشاع بين حصّته وحصّة شريكه. والوجه في حمل فعله على الصحيح لا يكون إلّا بيع نصفه المختصّ به، فيكون البائع مريداً إجمالاً لما هو الصحيح بحسب مقام التصرّف؛ إذ المفروض تعليق قصده على ما يقتضيه اللفظ ولو بضميمة مقام التصرّف.

مضافاً إلى ظهور مقام التصرّف في تصرّفه في ماله بدعوى: أنّه الغالب من التصرّفات الصادرة من المتصرّفين، ومقتضاه في الفرض صحة البيع في حصّة نفسه فقط.

على أنّ ظهور مقام التصرّف يقتضي تصرّفه فيما له السلطة عليه لا في خصوص ماله، فكثرة صدور التصرّف من الأولياء و الوكلاء وحيث إنّ المفروض كونه فضولياً بالإضافة إلى حصّة شريكة، فمقتضاه صحة تصرّفه في خصوص حصّة نفسه[١].

فالمتحصّل مما أفاد: أنّه قائل (في المقام) بظهور التمليک في النصف المختصّ مستنداً بالظهور المقامي وأصالة صحة التصرّف الصادر من البائع وأنّهما تقيدان أنّ متعلّق البيع هو النصف المختصّ دون حصّة شريكة والحصّة المشاعة.

وأورد عليه: بأنّ جريان أصالة الصحة (المستندة إلى السيرة العقلائية) تختص بما إذا تردّد عمل الغير بين الصحيح والباطل وفي المقام ليس كذلک، حيث إنّ العمل الصادر من البائع أمره دائر بين الصحيح الفعلي والصحيح الشأني، بتوضيح: أنّ دعوى القول بظهور الإنشاء (بعتک نصف الدار) على النصف المشاع لا يستلزم بطلان العقد ولغوية الإنشاء؛ لأنّه بناءً عليه يرتفع الخلاف (أي بعد القول بأنّ حمل الإنشاء على النصف المشاع باطلاً) ويدور الأمر بين الظهور في الصحيح والباطل فيحمل على الصحيح، بل الظهور في النصف له شأنية

---

[١] . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني ﷺ) ٢: ٣٤١ - ٣٤٤.

الصحة؛ لإمكان تصحيحه بالإجازة اللاحقة، فبما أنّ الأمر لا يدور بين الصحة والبطلان، بل هو دائر بين الصحة الفعلية والصحة الشأنية لا مجال لجريان أصالة الصحة والاستناد إليها للرجوع إلى القول بظهور التمليك في النصف المختصّ به نعم، لا إشكال في الاستناد إلى الظهور المقامي كما ذهب إليه سائر الأعلام، إلّا أنّه يعارض الظهور في النصف المشاع ولا يرتفع الإجمال ويبقى كلام الشيخ﵀.

هذا وأيضاً ما أفاده تقوية للظهور المقامي من أغلبية التصرّفات الصادرة في الحصص المملوكة لا يتمّ؛ حيث إنّ الأغلبية لا تقيد أكثر من الظنّ وهو لا يغني من الحقّ شيئاً.

وكيف كان والذي يسهّل الخطب (في مثل المقام) قيام السيرة العقلائية على إسناد الإنشاء إلى ما يمكن إضافته إليه، وهو ماله المملوك فكما أنّ البائع إذا باع الكلّي، أو باع بالسلف مقداراً من الحنطة أو الشعير يحمل على ذمّته مع وجود القابلية للإضافة إلى ذمّة غيره، فكذلك المقام في الإسناد إلى ما يمكن الإضافة إليه من دون حاجة إلى مؤونة زائدة، وهذا مما لا إشكال فيه بالنسبة إلى الشريك الأجنبي.

وأمّا بالنسبة إلى ما لو كان البائع وكيلاً أو وليّاً بالنسبة إلى النصف الآخر، فقد مرّ أنّ الشيخ﵀ التزم هنا بما التزم في المسألة السابقة (وهو الشريك الأجنبي) من بقاء التعارض بين الظهورين.

وذهب الآخوند﵀ إلى أنّ النصف هو النصف المختصّ قائلاً: «أنّه يتعيّن في إرادة نصفه المختصّ به بلا مزاحمة؛ لظهور النصف في المشترك؛ لما عرفت من أنّ ظهوره فيه إنّما كان بالإطلاق ومقدّمات الحكمة ولا يكاد يتمّ معه مع أنّه﵀ بنى على تقديم ظهور الفعل في الاختصاص على ظهور متعلّقه في العموم في باب الاستصحاب في مقام بيان معنى (لا تنقض اليقين) في أخبار الباب»[١].

وحاصله: أنّه قوّى ظهور النصف بفعله بالنصف المختصّ.

ثمّ أورد على الشيخ﵀: بأنّ الظهور في الإشاعة تقديماً لظهور المتعلّق على ظهور الفعل خلاف ما التزمه في باب الاستصحاب وعند الشكّ في المقتضي من تقديم ظهور الفعل؛ حيث اختار اختصاص الاستصحاب في الشكّ في الرافع وإن كان الدليل وهو «لا تنقض اليقين بالشك» مشتملاً على الفعل (وهو النقض) والمتعلّق وهو شامل لليقين والشك بنحو الإطلاق، ولكنّ الفعل يقتضي اختصاص الحكم (الاستصحاب) بالشكّ في الرافع وأنّ «لا تنقض» يجري فيما لو كان المقتضي موجوداً بالفعل وشكّ في قيام الرافع؛ لعدم صحة إطلاق النقض إلّا عند إرادة نقض الشيء الثابت، ولهذا يقيّد إطلاق الشك في المتعلّق وانحصاره بخصوص الشك في الرافع دون الشك في المقتضي وهذه هو معنى قوله: من تقديم ظهور الفعل على ظهور المقتضي، مع

[١] . حاشية المكاسب (للآخوند﵀): ٨٧.

أنّ الشيخ﵀ خالف مختاره (في الاستصحاب) في هذا المقام وقدّم ظهور المقتضي على الفعل.

ويمكن الذبّ عما أفاده نقداً على الشيخ﵀ : بأنّ ظهور الفعل في باب الاستصحاب «لا تنقض» ظهور وضعي، مع أنّ ظهور المتعلّق (الشك) بالإطلاق،وفي المقام يكون الظهوران إطلاقيين أي إطلاق الإنشاء وإطلاق الإشاعة، فهنا لا بأس بالقول بتقديم إطلاق المتعلّق على الفعل حسب القاعدة، وأمّا في باب الاستصحاب فبما أنّ ظهور «لا تنقض» وضعي ويقابله الظهور الإطلاقي، فالوضعي مقدّم.

وقد مرّ أنّ السيد﵀ اختار القول بالإشاعة؛ معلّلاً: بأنّ في الفرض المذكور (يبيع مع كونه وكيلاً أو ولياً) «لا يكون مقام التصرّف مقتضياً للحمل على النصف المختصّ؛ لأنّ مناطه أنّ المتصرّف يتصرّف في ما له أن يتصرّف فيه، والمفروض أنّ له التصرّف في كلا النصفين، فلا وجه لحمله على خصوص نصفه المختصّ به، والمعارض الثاني (ظهور الإنشاء) ليس صالحاً وقابلاً للمعارضة؛ لأنّ المفروض أنّ ظهور تلك التمليك في الأصالة من باب الإطلاق، فهو محكوم بالنسبة إلى ظهور النصف في الإشاعة...»[١].

أقول: إن تمّت السيرة العقلائية وقلنا بشمولها للمقام فهنا يحكم بانصراف ظهور التصرّف إلى الحصّة المختصّة، إلّا أنّ إحراز هذه السيرة

[١] . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي﵀) ١: ١٩٢.

بالنسبة إلى المقام مشكل، فيكون النتيجة إجمال الإنشاء، والمرجع هو الأصل.

عود إلى بدء فيما أفاد الشيخ﵀ في المسألة الأخيرة، وهي: أنّه «لو كان البائع وكيلاً...» من ذهابه إلى إلحاق المقام بالمسألة الأُولى وهي «ما إذا كان أجنبياً» بدعوى: تعارض الظهورين هنا أيضاً حينما قال﵀: «... لأنّ ظهور التمليک في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلک...».

ثم رجّح القول بتقديم القول بالحصّة المشاعة وقال: «إلّا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق». وتوضيحه: أنّ ظهور المتعلّق (أي النصف) في الإشاعة ولو كان إطلاقياً كظهور التمليک في الأصالة، إلّا أنّ المتعلّق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيّد بالإضافة إلى المطلق فبالنتيجة في صورة الوكالة أو الولاية يحمل على النصف المشاع.

ثمّ تصدّى لبيان الشهيد الثاني﵀ وتوجيهه قال: «وما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ وإن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيّد، إلّا أنّه مختصّ بالفضولي؛ لأنّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل والولي، فالأقوى فيهما الاشتراک في البيع...»[1].

[1] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

وحاصله ـ على ما بيّنه السيدﷺ في الحاشية ـ «إنّ المعارض لظهور النصف في الإشاعة ليس منحصراً في الأمرين (وهما انصراف المبيع إلى مال البيع في مقام التصرّف أو ظهور التمليك في الأصالة) بل هنا ظهور آخر معارض له أيضاً، بل وارد عليه وهو ظهور إرادة المدلول، فإنّ اللازم من الحمل على الإشاعة والحكم بالفضولية بالنسبة إلى الربع في الفرض الأوّل عدم قصد المدلول...».

وأجاب الشيخﷺ عنه: «...إلّا أنّه مختصّ بالفضولي...» ولا يشمل الوكيل والولي؛ لأنّ القصد الحقيقي منهما موجود فلا يقاسان بالفضولي ولذلک قال الشيخ: «فالأقوى فيهما الاشتراک في البيع تحكيماً لظاهر النصف إلّا أن يمنع ظهور النصف إلّا في النصف المشاع في المجموع...»[1].

فالشيخ وإن قوّى ظهور النصف في الإشاعة في مال الموكّل، إلّا أنّه عدل و قال : لو قلنا بأنّ الإشاعة ليست هي الإشاعة بين الحصتين، بل أنّه مشاع في الكلّ، فيكون حاصله على قول السيدﷺ: «...إنّ حمل النصف على ظاهره في الإشاعة لا ينافي حمله على نصفه المختصّ؛ إذ مقتضاه ليس إلّا إرادة النصف المشاع في الدار من حيث إنّه عين خارجي، وأمّا الإشاعة من حيث ملاحظة حقّي المالكين فلا يظهر منه، فلا ينافيه حمله على خصوص حصّة البائع؛ لأنّه أيضاً نصف مشاع.

[1] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.

والحاصل: أنّ النصف ظاهر في الإشاعة في الدار لا في الإشاعة في الحصّتين...»[١].

وعلى هذا عدل الشيخ عن القول بظهور «النصف» في الإشاعة بمعنى لحاظ المبيع في حقّي المالكين «وإرادة الإشاعة في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومة، بل معلومة العدم بالفرض، ومن المعلوم أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ ...».

ثمّ قال: «ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة ... أنّه لو أصدق المرأة عيناً فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً...».

ثمّ أنّ الشيخ بعد عدوله واختيار القول بالنصف المختصّ به وأنّه لا ينافي ظهور النصف في الإشاعة بالنسبة إلى مجموع الدار فيكون من باب التمليك كلّي ما كان مالكاً لمصداقه فيجب عليه دفعه، حمل ما اختاره الأعلام في مسألة هبة نصف الصداق تنظيراً للمقام: «بأنّ مقتضى حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي أنّهم حملوا هبة الزوجة للنصف على نصفها المختصّ بها، أي النصف المستقرّ لها بمجرد العقد، لا على المشترك بينه وبين النصف الآخر المتزلزل الذي لا

[١] . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي﵀) ١: ١٩٣.

يستقرّ إلّا بالدخول، وإلّا كان مقتضى القاعدة أن يحكموا باستحقاق الزوج نصف النصف الباقي وقيمة الربع الذي أتلفته عليه بالهبة...»[١].

توضيح ذلك: إنّ المرأة عندما وهبت نصف العين التي كانت مهرها تكون حينئذٍ مالكة بالنسبة إلى ربع النصف الموجود عندها وربع النصف من القيمة الموهوب بنحو الإشاعة، فعندما طلّقها الزوج قبل الدخول يستحق من الصداق نصفه، فتعلّق حقّه (أي الزوج) بالنصف الباقي مشاعاً على نحو يكون له ربع من هذا النصف الموجود عند المرأة وربع من النصف الموهوب، فعلى المرأة دفع ربعها بنحو البدل وللزوج المطلِّق الربع الآخر، فلا مجال لاعتبار قيمة نصف الموهوب.

وبعبارة واضحة: أنّ الزوجة لمّا وهبت قبل الدخول نصف صداقها حمل على النصف المختصّ بها لا نصف النصف (وهو الربع) بحسب الآية الشريفة: ﴿**وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ**﴾[٢] وإن ظاهر الآية مشتملة على النصف وهو ظاهر في النصف المشاع مع كون المفروض في المسألة أنّ الزوجة قد وهبت نصف العين المشاع والباقي أيضاً يكون نصفاً مشاعاً فيصدق ﴿**فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ**﴾ وبعد الطلاق يستحقه المطلق وليس ذلك إلّا

[١]. كتاب المكاسب ٣: ٥٩٣.
[٢]. البقرة (٢): ٢٣٧.

من جهة صدق النصف على الباقي فيدخل في قوله تعالى: ﴿ **فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ**﴾.

ثم ذكر الشيخ نظيراً آخراً قال: «... ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية».

توضيحه: فإنّ المقترض لو أرجع العين المفترضة إلى المقرض لبرأت ذمّته عن الدين من دون الاحتياج للإبراء إلى دفع قيمة العين مع كونها قيمية.

ثم عدل عن هذا التوجه والتمثيل بقوله: «ولكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه وإنّما علّلوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام»[1].

توضيحه: إنّ ما أفاده الفقهاء في استحقاق الزوج للنصف الباقي على نحو الإشاعة لا يخلو عن المنافاة للحكم المذكور في البيع، حيث إنّ المعروف منهم هو القول بالنصف المختصّ لا على النصف المشاع. ثم قوّى ظهور المنافاة للبيع ما ذكر عنهم في باب الصلح «... من أنّه إذا أقرّ من بيده المال لأحد المدّعيين للمال بسبب موجب للشركة ـ كالإرث ـ فصالحه المقرّ له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلّا نفذ في الربع، فإنّ مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالحة بنصف المقرّ له لأنّه إن أوقع

[1] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٤.

مع غير المقرّ أو معه وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصّته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه...».

توضيح كلامه: لو ادّعى اثنان سبباً موجباً للشركة وأقرّ ذو اليد لأحدهما بنصف المال، مع أنّه لم يعترف للآخر، ثمّ صالح المقرّ له مع المقرّ في النصف المعترف له، ذهب الفقهاء (على قول الشيخ﵀) صحة الصلح ونفوذه في ربع الدار. وأمّا بالنسبة إلى الربع الآخر فصحة الصلح موقوفة على إجازة المدّعي الآخر، وبهذا يظهر المنافاة للمقام ودعوى الإشاعة) حيث إنّ النصف الواقع مورد الصلح يصدق على حصّة كلّ من المدعيين بمقتضى المصالحة حمل النصف على النصف الذي ملكه المقرّ له باعتراف ذو اليد، ولذلك يكون الصلح نافذاً في نصفه المختصّ به.

وإلى هذا القول أشار الشيخ﵀ بقوله : «ولذا (أي لأجل اختصاص المصالح بنصف المقرّ له) اختار سيد مشايخنا اختصاصه (أي النصف) بالمقرّ له»[١].

ثمّ نقل تفصيل «المسالک»[٢] في المسألة: «بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقرّ به ذو اليد فاختار مذهب المشهور في الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة

[١]. المناهل: ٣٥٨.
[٢]. مسالک الأفهام ٤: ٢٧٢.

وحكم بالاختصاص في الأوّلين؛ لاختصاص النصف وضعاً في الأوّل وانصرافاً في الثاني إلى النصف المختصّ ...».

بتوضيح: أنّ الشهيد رحمه الله حكم في الفرض الأخير بالإشاعة وعلّل بأنّ اعتراف المقرّ له يقتضي ذلك بوجود المدّعي الآخر، مع أنّه حكم بالنصف المختصّ؛ لأنّ النصف وضعاً ظاهر في ما يختصّ به وإطلاقاً (حيث اقتضى إطلاق النصف في المقام).

ثم ذكر اعتراض المحقّق الأردبيلي رحمه الله[1] بالتفصيل، ثمّ قال رحمه الله: «وعلى كلّ حال فلا إشكال في أنّ لفظ النصف المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرّداً عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه، ولهذا أفتوا ظاهراً على أنّه لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلّ منهما على نصف العين: بأنّ ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذّبه الشريك الآخر دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده: لأنّ المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرّفه في النصف؛ لأنّه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء، فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزّع على الاستحقاق...»[2].

---

[1] . مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٤٩.
[2] . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٥ ـ ٥٢٦.

وحاصل ما أفاده: أنّه يحمل على الإشاعة بين الحصّتين، إلّا مع القرينة على إرادة المقرّ بحصّته أو حصّة غيره، ولهذا أفتوا فيما إذا كانت العين بيد الشريكين وكانت يداهما عليها بالمناصفة على حدّ سواء واعترف أحدهما لثالث بثلث العين مع إنكار الآخر، يدفع المقرّ له نصف ما في يده (أي الربع)؛ لأنّ المنكر ظالم للسدس بتصرّفه في النصف، مع أنّ المقرّ يعتقد أنّ المقرّ له يستحق الثلث (فالسدس الفاضل) وأنّه بمنزلة التالف فيوزّع على الاستحقاق (أي الربع مما بيد المقر والربع بيد المنكر).

ثم طرح دعوى وأجاب: أمّا الدعوى: فإنّ مقتضى الإشاعة (أي إشاعة حقّ المقرّ وما بيد المنكر) لابدّ من تقسيمها عليهما، فيعطي المقرّ للمقرّ له سدساً من النصف ويبقى السدس الآخر للمقرّ له في يد المنكر.

وأجاب: «بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره ودار غيره، بل هو مقدار حصّته المشاعة كحصّة المقرّ وحصّة المقرّ له بزعم المقرّ، إلّا أنّه لمّا لم يجبر المكذّب على دفع شيء مما في يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلّا على احتمال ضعيف، وهو تعلّق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك... ولعلّه لذا ذكر الأكثر، بل نسبه في «الإيضاح»[1] إلى الأصحاب في مسألة الإقرار

[1]. إيضاح الفوائد ٢: ٤٦٨.

بالنسب: أنّ أحد الأخوين...» أي ولاجل ما ذكره المدّعي من أنّه لو أقرّ شخص بأنّ نصف الدار المشتركة لزيد فأنكر الشريك، أعطى ثلث ما في يده لا نصف سهمه وهو الربع، ثم ضعّف هذا الاحتمال: «من جهة أنّ الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقرّ مع المقرّ له...»[١].

«وأمّا مسألة الإقرار بالنسب...»[٢]. [١]

[١] ينقل الشيخ رحمه الله هنا قول المشهور: بإعطاء ثلث ما في يد المقرّ لا الربع، واستند فتواهم إلى بعض الروايات الضعيفة.

ثم ينقل التصريح عن جماعة المتأخّرين مخالفتهم مستنداً إلى القاعدة، وللكلام في جميع ما ذكره الشيخ رحمه الله أخيراً مجال موكول إلى محلّه.

«مسألة: لو باع ما يقبل التملّک وما لا يقبله ـ كالخمر والخنزير ـ صفقة بثمن واحد صحّ في المملوک عندنا، كما في «جامع المقاصد»[٣] واجماعاً كما عن «الغنية»[٤]...»[٥]. [١]

[١] فيبحث عن حكم هذه المسألة تارة بحسب القواعد العامّة، وتارة بحسب الأدلّة الخاصّة.

---

١. كتاب المكاسب ٣: ٥٢٦ ـ ٥٢٧.
٢. كتاب المكاسب ٣: ٥٢٨.
٣. جامع المقاصد ٤: ٤٣٢.
٤. الغنية: ٢٠٩.
٥. كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

أمّا الكلام فيه بحسب القواعد العامّة، والظاهر تمامية المقتضي وعدم المانع فيما اختاره الشيخ﵀ بعد نقل كلام المحّقق الثاني والإجماع عن «الغنية»، بدعوى: أنّ البيع وإن كان بيعاً واحداً إنشاءاً، لكنّه منحل إلى بيوع متعدّدة (لكونه متعدّد لبّاً وواقعاً) فيبطل بالنسبة إلى ما لا يملك ويصحّ فيما يملك بمقتضى عمومات ﴿**أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ**﴾ و﴿**تِجٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُم**﴾.

وأُورد على هذا البيان: بعدم المجال للحكم بالانحلال والتعدّد؛ لأنّ المتحقّق ليس إلا بيعاً واحداً وإن تضمّن أمرين مختلفين بعد كون الملاك في الوحدة والتعدّد ما هو الظاهر من الإنشاء، وليس في المقام إلّا بيع و إنشاء واحد، فإن أُحرز أنّ البائع بإنشائه قاصد لبيع المتاع (في المقام) على نحو وحدة المطلوب تكون المعاملة باطلة نعم، إن أحرزنا بإنشائه أنّه قاصد لإيقاع ذات البيع واعتبر ضمّ أحدهما إلى الآخر، لا بأس بالحكم بالصحة في خصوص ما يملكه، وسنعود إلى هذا عند نقل كلام الشيخ﵀ في المقام.

وأمّا الكلام بحسب الأدلّة الخاصّة: «...ويدلّ عليه إطلاق مكاتبة الصفّار المتقدّمة (كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري﵇ في رجل باع قطاع أرضين... فهل يصلح للمشتري ذلك وإنّما له بعض هذه القرية وقد أقرّ له بكلّها، فوقّع﵇: «**لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد**

وجب الشراء من البائع على ما يملك»[1]. بدعوى: أنّها وإن وردت في ما يملك وما لا يملك من القرية ولا تعرّض فيها إلى بيع ما يقبل التمليك وما لا يقبله، إلّا أنّ جواب الإمام عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك...» يشمل المقام أيضاً؛ لظهورها في عدم بطلان المعاملة الواقعة بين ما يصحّ بيعه وما لا يصحّ، وانحلّ البيع إلى بيوع متعدّدة كانت بعضها باطلة وبعضها صحيحة ولا يسري بطلان البعض إلى الآخر، فكان هنا بيعان: أحدهما صحيح والآخر باطل.

وبعبارة واضحة: إنّ الصحيحة إرشاد إلى قاعدة ثابتة غير تعبدّية وهي انحلالية البيوع المركّبة من الصحيح والفاسد، فتصح الصفقة في الحصّة وتبطل بالنسبة إلى الحصّة الأُخرى غير المملوكة.

وأُشكل عليه: بأنّ موضوع الصحيحة هو الجمع بين ما يملك وما لا يملك، فادعاء أنّ الصحيحة إرشاد إلى القاعدة المذكورة ممنوع وادعاء بلا دليل ولا سيّما أنّ المستدلّ لم يستدلّ بالإطلاق، فعدم لحاظ الإطلاق (في الصحيحة) الشامل للموردين كافٍ لبطلان دعوى شمول الصحيحة للمقام، هذا مضافاً إلى أنّ التوجيه المذكور (في كلام السيد الخوئي رحمه الله)[2] استدلال بالقاعدة دون النصّ فتمامية الاستدلال يدور مدار القول بدلالة القاعدة على الصحة.

---

[1]. وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٩، أبواب عقد البيع ب٢ ح ١.
[2]. مصباح الفقاهة ٥: ٥.

وفي المقام توجيه آخر للاستدلال بالصحيحة، وهو: أنّ عدم استفصال الإمام عليه السلام يقتضي إطلاق الحكم مع احتمال أن يكون بعض أراضي القرية موقوفة، فهذا دليل تعميم الحكم للمقام.

وأُورد على هذا الوجه أيضاً: بأنّ عنوان المبحوث عنه في المقام «ما يملك وما لا يملك» على أقسام، حيث إنّ البائع تارة يجمع بين المملوك العرفي وغير المملوك فهو قد جمع بين المال وغير المال، وتارة يجمع بين ما هو مال عرفاً وشرعاً وبين ما هو مال عرفاً وما ليس بمال شرعاً كالخمر والخلّ، وتارة يجمع بين مملوكه ومال الوقف، فالصحيحة على فرض ثبوت ترك الاستفصال فهي تدلّ على الصحة في خصوص الأخيرة، فيكون الدليل أخصّ من المدّعى.

ولكنّ الإشكال في الإيراد باستفادة الإطلاق عن الصحيحة ممنوعة (كما في كلام الشيخ رحمه الله) لمنع دعوى الانصراف إلى خصوص «ما يملك وما لا يملك» وإطلاقها يشمل بيع «ما يملك وما لا يملك» بصيغة المجهول، هذا مضافاً إلى أنّ الإمام عليه السلام في مقام الجواب عن الكلّي لا في خصوص المورد حتى ادعى اختصاصها بمورد الجمع بين المملوك ومال الوقف، فهي بإطلاقها شاملة لجميع الموارد المذكورة.

بقي الكلام في الموانع المحتملة للاستدلال بالأدلّة العامّة والخاصّة.

أمّا المانع الأوّل المذكور في كلام الشيخ رحمه الله: «...إنّ التراضي والتعاقد إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء

في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلّا في ضمن المركّب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراض...»[١].

توضيح ذلك: إنّ قصد البائع قد تعلّق بالمجموع، فدعوى تعلّق البيع «بما يملك» مع أنّه مقصود في ضمن المجموع غير تامّة، وهذا يستلزم أنّ المقصود (المجموع) لم يقع والواقع (بيع ما يملك) غير مقصود وهذا ينافي قاعدة «تبعية العقود للقصود».

والجواب: قد حقّق في تقريب الاستدلال بالأدلّة العامّة: أنّ البيع والعقد ينحلّ إلى بيوع متعدّدة وأنّ المتعلّق له كان بنحو تعدّد المطلوب ولا وحدة المطلوب حتى يستلزم البطلان، فحيث قلنا بوقوع العقد على «ما يملك» شرط انضمام شيء آخر غير قابل للملكية لا مانع من القول بالصحة في المملوك دون ما لا يملك، فهذا معناه تخلّف الشرط دون تخلّف القصد حتى يوجب انخرام القاعدة (تبعية العقود للقصود).

وبهذا البيان يظهر الجواب عن مانع آخر (ذكره بعض العلماء) من أنّ المعاملة الواحدة غير قابلة للتبعّض، فلابدّ إمّا من القول بالصحة فهو غير ممكن، وإمّا القول بالبطلان فهو المطلوب، والجواب ظاهر بعد ما قدّ أنّ البيع الواقع لبّاً متعدّد وإن كان واحد بحسب الصورة، بمعنى أنّ المتعدّد قد أبرز بمبرز واحد، وهذا لا يوجب انقلاب البيوع الواقعية المتعدّدة إلى الواحد نعم، اشتراط انضمام كلّ منهما إلى الآخر يوجب

---

[١]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

ويستلزم تخلّف الشرط وهو موجب لتحقّق الخيار دون البطلان من رأس.

وأمّا المانع الآخر: وهو جهالة الثمن ومقداره الواقع في قبال «ما يملك» فهذه الجهالة توجب عدم اشتمال العقد على شرط الصحة، وهو أن لا يكون الثمن أو المثمن مجهولاً، وإلّا كان العقد باطلاً.

والجواب: أنّ الجهالة بما هي لا تكون مانعة عن صحة المعاملة؛ لعدم الدليل نعم، إذا كانت مستلزمة للغرر المنهيّ (نهى النبيﷺ عن بيع الغرر) تعدّ من موجبات البطلان، وفي المقام لا يكون البيع غررياً؛ لأنّ المشتري نفسه قد أقدم على هذه المعاملة وعلم بعدم إمضاء الشارع لذلك العقد، فالجهالة الحاصلة ناشئة من عدم إمضاء الشارع، فهي لا دليل على مانعيتها، (لأنّ المتيقّن من الجهالة المانع المستلزمة للغرر جهلهما بالثمن أو المثمن حين التسليم و التسلّم) مضافاً إلى أنّ الجهالة مرتفعة بعد تقسيط الثمن، فلا غرر.

بقي الكلام في الإجماع المدّعى على أنّ الجهالة في العوضين تؤدّي إلى البطلان، ولكن بما أنّه دليل لبّيّ يقتصر على المتيقّن منه، وهي الجهالة عند البيع، لا الجهالة الناشئة من عدم إمضاء الشارع، ومع أنّ الخمر والخنزير من الأموال العرفية وإن ألغى الشارع ماليتهما ولم يمض المعاملة عليهما، إلّا أنّ شمول الإجماع بالنسبة إليها مشكل جدّاً بل واضح المنع، كما ادّعاه البعض.

بقي الكلام فيما أشار إليه الشيخ رحمه الله: «حكموا بفساد العقد بفساد شرطه وقد نبّه عليه في «جامع المقاصد»[١] في باب فساد الشرط، وذكر: أنّ في الفرق بين فساد الشرط والجزء...»[٢].

الكلام في توضيح هذا المانع هو أنّ المشهور قائل بمفسدية الشروط الفاسدة للعقد، فعلى هذا لا يمكن الجمع بين مفسدية الشرط وصحة العقد؛ لأنّا وإن قلنا بتعدّد المطلوب، إلّا أنّ مثل هذا الشرط يستلزم تمليك المشتري الخمر مع الخلّ أو الشاة مع الخنزير، وهو غيرمشروع فيكون هذا الشرط الفاسد مفسداً للعقد.

نعم لو قلنا بمسلك المتأخّرين، أي عدم مفسدية الشرط الفاسد في البيع وعدم كونه موجباً للبطلان، بل غاية ما يوجبه ثبوت الخيار للمشروط له على المشروط عليه فلا مانع، ولكنّ المحقّق النائيني رحمه الله (بما لخّصه في المصباح) خالف وتبع كلام «جامع المقاصد»:

«قال بعدم جواز قياس فساد الجزء بفساد الشرط وقال: ولو قلنا بأنّ فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به، إلّا أنّه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه؛ لأنّ الشرط لا يقع بإزاء شيء من الثمن، بل يوجب زيادة قيمة المشروط، فإذا قيّد به وكان فساده موجباً لعدم إمكان تحقّقه فالعقد المقيّد لم يتحقّق، وأمّا الجزء الفاسد فحيث إنّ الثمن يوزّع عليه وعلى الجزء الآخر، ففساده لا يقتضي إلّا ردّ الثمن الذي وقع بإزائه، أي

---

[١]. جامع المقاصد ٤: ٤٣٢.
[٢]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣١ - ٥٣٢.

يفسد العقد بالنسبة إليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيّد بما لا يمكن تحصيله أو تحقّقه».

وأورد عليه تلميذه المحقّق رحمه الله بقوله: «ولكنّه من عجائب الكلام كيف فبعد ما انحلّ ذلك إلى بيوع متعدّدة، فلا يوجب الاجتماع إلّا في اشتراط كلّ منهما بالآخر، فيكون من صغريات الشرط الفاسد، ولكنّ الذي يهوّن الخطب: أنّ الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط كما سيأتي في محلّه»[١].

وكيف كان يحكم هنا بالفرق بين فساد الشرط والجزء بالنصّ والإجماع، كما صرح به الشيخ رحمه الله.

وفي المسألة قول آخر تعرّض إليه الشيخ رحمه الله بقوله: «نعم ربما يقيّد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكره في «المسالك»[٢] ـ وفاقاً للمحكي في «التذكرة»[٣] عن الشافعي[٤] ـ: من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع، قال في «التذكرة» بعد ذلك: وليس عندى بعيداً من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرّية الآخر أو كونه مما لا ينتقل إليه...»[٥].

---

[١]. مصباح الفقاهة ٥: ٨.
[٢]. مسالك الأفهام ٣: ١٦٣.
[٣]. تذكرة الفقهاء ١: ٥٦٥.
[٤]. المجموع ٩: ٤٦٩ - ٤٧٣.
[٥]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.

وحاصله: التفصيل في الحكم بالصحة فيما يملك، والبطلان فيما لا يملك بين علم المشتري بعدم المملوكية للجزء من المبيع وجهله، ففي فرض الجهل يحكم بالصحة في المملوك والبطلان في غيره، فالحكم بالصحة مقيّد بصورة جهل المشتري؛ لأنّ بعد فرض اشتراط العلم بمقدار الثمن وأنّه من شرائط العوضين وكان المشتري عالماً بعدم مملوكية البعض يستلزم وينجرّ إلى الجهل بمقدار الثمن الواقع بإزاء المبيع المملوك، ففي هذا الفرض (كونه عالماً) يكون قد قصد الممتنع الشرعي.

ثمّ تصدّى لدفعه: «بأنّ اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً وإن علم الناقل بعدم امضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة، فبيع الغرر المتعلّق لنهي الشارع وحكمه عليه بالفساد هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان؛ لأنّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرّح به الشهيد في المحكي الحواشي المنسوبة إليه[1] حيث قال: إنّ هذا الحكم مقيّد بجهل المشترى بعين المبيع وإلّا لكان البذل بازاء المملوك...»[2].

---

[1]. حكى عنه في مفتاح الكرامة ٤: ٢٠٩ - ٢١٠.
[2]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢ - ٥٣٣.

وحاصل كلامه: أنّ عدم إمضاء الشارع وزوال الصحة الشرعية غير مناف لتحقّق قصد المنشئ، فإنّ البائع قاصد إلى البيع وإن علم بحرمة البعض.

ثم أورد على هذا القول من البطلان في فرض العلم وعدم البطلان مع الجهل: «بأنّه مخالف لظاهر المشهور؛ حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع؛ لأنّه سلّطه عليه مجّاناً، فإنّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك إمّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك ـ كما عرفت من الحواشي ـ وإمّا لبقاء ذلك القسط له مجّاناً ـ كما قد يلوح من «جامع المقاصد»[1] و«المسالك»[2]...»[3].

وحاصله: إنّ الفرق في الحكم بين فرض العلم والجهل مخالف للمشهور نعم، يناسب حكمه مع ما هو رأي المشهور في بيع مال الغير من العالم؛ حيث إنّهم حكموا بعدم جواز رجوع المشتري العالم بالثمن على البائع؛ لأنّه سلّطه عليه مجّاناً، ومقتضى هذا الحكم هو الحكم بعدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك إمّا لوقوع المجموع قبال المملوك وإمّا لبقاء ذلك القسط له مجّاناً.

---

[1]. جامع المقاصد ٤: ٨٢ ـ ٨٣.
[2]. مسالك الأفهام ٣: ١٨٤.
[3]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.

ثم رجع وقال: «إلّا أنّك قد عرفت أنّ الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد»[١].

حيث حقّق في مسألة تعاقب الأيدي والتصرّف في الثمن وما أُفيد هناك:

من أنّ المشتري العالم بالغصبية إنّما سلّط البائع الغاصب على الثمن ويتحقّق مفهوم المعاوضة.

قد دفعه الشيخ: إنّ هذا ينافي مفهوم الضمان بعد كونه بمعنى كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً، فلا يتحقّق الضمان الحقيقي مع علم البائع والمشتري بكون المبيع ملكاً للغير لا للمانع الغاصب.

«ثمّ إنّ طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدّم في بيع ماله مع مال الغير من أنّ العبرة بتقويم كل منهما منفرداً ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين...»[٢]. [١]

[١] قد مرّ هناك ذكر الطرق: منها: ما قاله الشيخ رحمه الله هنا، وأيضا ما ذكر تقوّم كلّ واحد منهما ثم الجمع بين القيمتين بالنسبة إلى مجموع القيمتين لا قيمة المجموع يزيد الثمن بهذه النسبة.

وأيضاً ما ذكره السيد: أن يقوّم كلّ واحد منهما بالنسبة إلى الآخر مع كونه منضمّاً إليه[٣].

---

[١]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.

[٢]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.

[٣]. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله) ١: ١٩٧.

«ولكنّ الكلام هنا في طريقة معرفة غير المملوك وقد ذكروا أنّ الحرّ يفرض عبداً بصفاته ويقوّم والخمر والخنزير يقوّمان بقيمتهما عند من يراهما مالاً ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطّلعين على ذلك؛ لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفّار. ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتهما إذا باع الخنزير بعنوان أنّه شاة والخمر بعنوان أنها خلّ، فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويهما قيمة الخلّ والشاة كالحرّ»[١]. [١]

[١] بيان ما أفاده: أنّ المشتري تارة لا يعلم بأنّ المنضمّ إليه خنزير أو خمر ويشتريه واشتراه بعنوان أنّه شاة أو خلّ، وتارة عالماً بذلك، ففي الأُولى بتطبيق القاعدة المذكورة من تقويم قيمتهما عند المستحلّ ثمّ انتقاض قيمة الخمر و... من ثمن المسمّى، وفي الثانية: يقوّمان بعنوان أنّهما خلّ أو شاة ثمّ انتفاض الثمن بحسب القاعدة.

[١]. كتاب المكاسب ٣: ٥٣٤.