

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

كتاب

شرح

المكاسب

جلد ٢

تأليف :
العلامة الحجة الشيخ
مصطفى النورانى

هذا هو المجلد الثانى

من كتاب ايضاح المطالب فى

شرح المكاسب

ويتلوه الجزء الثالث انشاالله تعالى

(CAP)

2264
.1185
.838
1980z
juz' 2

هوية الكتاب

الكتاب : ايضاح المطالب فى شرح المكاسب (المجلدالثانى)
المولف : الاستاذالعلامة الشيخ مصطفى النورانى الاردبيلى
المطبعة والنشر : الدفترالمركزى لمكتب اهل البيت(ع)
العدد : ١٠٠٠ مجلد
تاريخ النشر : ١٤١١
الطبع : الثانى
عدد الصفحات: ٦ + ٦٥٨

حقوق الطبع محفوظة للناشر

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY DUPL>
32101 034353969

كلمة الشارح :



مقدمة

الحمدلله وكفى والصلوة والسلام على رسوله المصطفى وعلى آله الطيبين الطاهرين نحمده على نعمائه التى اسبغها علينا ظاهرة وباطنة لانه هو الذى يطعمنى ويسقينى واذا مرضت فهو يشفينى وهو علمنى وربانى واماتنى واحيانى و وفقنى وكلانى ومن توفيقه تعالى اتمام كتابنا هذا ايضاً بحمدالله يطبع باسلوب حرى، يمكن ألاستفادة من متن الكتاب مضافا الى الشرح وللسعى الوافر فى تصحيح هذا الكتاب صار بحمدالله مصوناً عن الغلط مع أننى لازكى نفسى التى لاتخلو عن السهو والنسيان لان السهو والنسيان معجون فى طبيعة الانسان و نرجو من الله ان ينفعنى وغيرى ويكون ذخرى ليوم لابيع فيه ولاخلة ونرجو التوفيق منه تعالى لاتمام المجلد الثالث وهو بحث الخيارات من الكتاب ثم ان المتن فى كل صفحة من الكتاب وقع فوق الخط والشرح تحته ويعلم بترتيب النمرات والاكثر فى الشرح من المطالب ما اخذناه عن الحواشى مضافاً الى ماسمعناه من الاساتذة وماسنح بخاطرى من التوضيح و التوشيح فيمتاز هذا المجلد من المجلد الاول فى الطبع بتميز المتن من الشرح حيث كان شرح المجلد الاول ممزوجاً بالمتن وفى هذا المجلد متميزان ولعل المجلد الاول يطبع كذلك فى الطبعة الثانية كما أن المجلد الثالث يطبع كالمجلد الثانى انشاالله .

طبع فى ٢ ذيقعدة الحرام ١٣٨٩ مصطفى النورانى الاردبيلى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين والصلوة والسلام على محمد واله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم الى يوم الدين **كتاب البيع** وهو فى الاصل[1] كما عن المصباح مبادلة مال[2] بمال والظاهر اختصاص[3] المعوض بالعين[4] فلا يعم ابدال المنافع

١ـ اى فى اصل اللغة او فى بعض كتب اللغويين حيث انه لا اختلاف فى اصل اللغة و انما الاختلاف ينشاء من اجتهادهم واخذهم التعريف من كلمات الفقهاء .

٢ـ فى اقرب الموارد المال ما ملكته من جميع الاشياء وعند اهل البادية النعم و هو يذكر ويؤنث وعند الفقهاء ما يجرى فيه البدل فيخرج الرماد والتراب والميتة ولا يخفى انه على هذا التعريف، والتعريف السابق يكون النسبة بين المال والملك هو العموم من وجه ، فقد يوجد الملك دون المال كحبة الحنطة و قد يوجد المال دون الملك كالمباحات الاصلية وقد يجتمعان وهو واضح نعم فى مجمع البحرين أن المال فى الاصل الملك من الذهب والفضة ثم اطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان فيكون المال اعم منه حينئذ.

٣ـ من العرف و اللغة بضميمة اصالة عدم النقل .

٤ـ للتبادر وصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة مضافاً الى ان المبيع هو اصل يقصد

بغيرها [١] و عليه [٢] استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع [٣] نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها بل يظهر ذلك من كثير من الاخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر [٤] و بيع سكنى الدار التى لايعلم صاحبها [٥] وكاخبار بيع الارض الخراجية وشرائها [٦]

و الظاهر انها مسامحة [٧] فى التعبير كما ان لفظ الاجارة يستعمل عرفاً

اليه والبايع يدفع له عوضاً عما ياخذه فكان فيه تعين طبيعى و اماالعين فقد تطلق و يرادبها ما يقابل المنفعة و الحق بل وجميع الاعراض المقولية لان المراد منها اذا وجد فى الخارج كان جسماً مشتملا على الابعاد الثلاثة من العرض و الطول والعمق و قد يزاد بانهاهى التى تتعلق البيع الشخصى عليها و الكلى المشاع كثلث الدار والكلى المعين كصاع من صبرة والكلى فى الذمة كبيع من من الحنطة فلايرد ان الملكية من الاعراض فلابدلها من معروض و لاوجود للكلى حتى يكون المعروض الملكية من الاعتباريات و لافرق بين الكلى و الشخصى .

١ـ اى بغير العين .

٢ـ اى على هذا الاختصاص .

٣ـ من جعلهم البيع مقابلا بالاجارة فى عنواناتهم .

٤ـ كما فى رواية السكونى عن على (ع) قال (ع) باع رسول الله (ص) خدمة المدبر .

٥ـ كخبر اسحق و فيها ابيع سكناها .

٦ ـ حيث مران الاشخاص لايملكها حقيقة بل يملكون منفعتها ثم ان البيع من الاضداد فى شموله للبيع و الشراء كالقرء الشامل على الطهر والحيض .

٧ ـ اى التعبيرات التى يعبر عن الاجارة بالبيع .

فی نقل بعض الاعیان کالثمرة علی الشجرة [١] و اما العوض فلا اشکال فی جواز کونها منفعة [٢] کمافی غیرموضع من عد و عن کرة ومع و صدولایبعد عدم الخلاف فیه [٣] نعم نسب الی بعض الاعیان (وهوالبهبهانی) الخلاف فیه ولعله لما اشتهر فی کلامهم من ان البیع نقل الاعیان و الظاهر ارادتهم بیان البیع نظیر قولهم ان الاجارة لنقل المنافع [٤] و اما عمل الحر [٥] فان قلنا انه قبل المعاوضة علیه من الاموال [٦]

---

١ ـ مع ان الاجارة نقل المنافع لا الاعیان لایقال انه لامانع من صدق الاجارة قبل وجود ثمرتها لان الثمرة تعد منفعة للشجرة عرفا کمافی اجارة الحمام المستلزم لاهراق الماء و کاجارة الشاة للبنها و اجارة المرضعة و غیرها لعدم کون متعلق الاجارة منفعة بالمعنی المقابل للعین بل المناط عده منفعة و ان کان عیناً فانه یقال الظاهر عدم صحة بعض ما ذکر حیث ان اجارة المرضعة لیست للبن بل للارضاع و کذا کون اجارة الشاة للبنها اول الکلام کالمقام و ان اتلاف الماء فی الحمام من لوازم الانتفاع فتحصل ان مفهوم المنفعة مباین لمفهوم العین و لاینطبق احدهما علی ما ینطبق علیه الاخر .

٢ ـ المنفعة ما یکون المال بسببه مالا کاستیفاء الرکوب من الدابة و غیرها

٣ ـ ای فی جواز کون العوض منفعة بل قال ان العوض ایضا لابد ان یکون من الاعیان لامن المنافع کالمعوض والناسب هو الشیخ جعفر الکبیر ره او صاحب مفتاح الکرامة و المنسوب الیه البهبهانی ره .

٤ ـ یعنی ان الفقهاء ارادوا بانه کما ان الاجارة لنقل المنافع کذلک البیع لنقل العین بمقتضی التقابل لان المنافع لیست باموال حقیقة و المال مأخوذ فی تعریف البیع.

٥ ـ هذا استدراک من قوله و اما العوض من جهة جعل عمله عوضاً فی المبیع

٦ ـ بان یصدق علیه المال من جهة وجوده فی الذمة فیدخل علیه اطلاق ذی المال و یخرج به عن زمرة الفقهاء و یدخل فی زمرة الاغنیاء و یجب علیه الحج و یضمن المتلف له و بذلک کله یکشف اناً عن کونه مالا .

فلااشكال[1] والا ففيه[2] اشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين فى البيع مالاقبل المعاوضة كمايدل عليه ماتقدم عن المصباح[3] واما الحقوق الاخر[4] فان لم يقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة و الولاية فلااشكال[5] وكذا لولم يقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار لان البيع تمليك الغير و لاينتقض

١- فى جعله ثمناً للمبيع لان مالية المال لايتوقف على الوجود بل المدار هو معاملة الناس و رغبتهم فيه .

٢- يعنى و ان لم نقل انه قبل المعاوضة عليه من الاموال من جهة عدم الضمان لمتلفه و عدم استطاعته و غير ذلك ففيه اشكال .

٣- اعلم ان المصنف احترز بقوله قبل المعاوضة عما لوكان عمله بعد المعاوضة كما اذا اجر الحر نفسه ببناية دار الغير اونجارة بابه اوخياطة ثوبه او غيرها فلااشكال فى جوازجعله ثمناً للمبيع لكونه مملوكا للمستاجر حينئذ كعمل العبد و الدابة.

٤ - يحتمل كون لفظ الاخر زايداً فى العبارة او قيداً توضيحيا لااحترازياً اذ لم تتقدم طائفة من الحقوق قبله الا ان نقول ان الحق شامل على العين و المنفعة كلاهما كما قد يطلق كثيراً لكونه اعم منهما لان الحق فى اللغة و العرف الامر الثابت فى قبال الباطل و فى الاصطلاح انه سلطنة ضعيفة و بعضهم انه نوع من الملكية التى هى نوع خاص من الاضافة بين المالك و المملوك ولذا عبر السيد ره عن الحق بانه خيار بملك فسخ العقد ثم ان المصنف قسم الحقوق على ثلاثة اقسام (الاول) مالا يقبل النقل و لاالاسقاط مطلقا كحق الحضانة و الولاية و الوصاية (الثانى) ما يقبله مطلقا و يجوز اسقاطه مع المعوض كحق الخيار والقصاص والتحجير والشرط والرهانة (الثالث) ما يقبل النقل مجاناً لابعوض كحق القسم للضرة مثلا و الفرق بينهما واضح حيث ان حق الخيار ينتقل الى الوارث ولكن لايصح نقله الى الغير بخلافه.

٥- يعنى من الطرفين البايع و المشترى فاذا فرض ان الحق لايقبل النقل الى الغير لايصح من المشترى ان يجعله ثمناً فى مقابل العين التى نقلها اليه

[١] ببيع الدين على من هو عليه لانه لامانع من كونه تمليكا فيسقط[٢] ولذا جعل الشهيد فى قواعده الابراء مرددا بين الاسقاط و التمليك [٣] و الحاصل انه يعقل ان يكون مالكا فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط ولايعقل ان يتسلط على نفسه [٤] و السران مثل هذا الحق سلطنة فعلية[٥] لايعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فانها نسبة بين المالك والمملوك[٦] ولايحتاج الى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه[٧] فافهم[٨] و اما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه فهى وان قبلت النقل وقوبلت بالمال فى الصلح الاان فى جواز وقوعها عوضا للبيع اشكالا

١ـ الناقض صاحب الجواهر حيث قال : فى رد كلام استاذه عند قوله بعد كونه حقاً انه لا يخلو من منع لما عرفته من الاطلاق المزبور المقتضى لكونه كالصلح الذى لا اشكال فى وقوعه على الحقوق فلا تبعد صحة وقوعها ثمناً للمبيع و غيره .

٢ ـ يعنى عن ذمته و لايحتاج الى وجود المملوك بخلاف حق الخيار و الشفعة وبعبارة اخرى أن السقوط هنا يتفرع على التمليك ولامانع من اجتماعهما.

٣ـ فلو كان تملك الانسان لما فى ذمته محالا لما جعله مردداً و هذا بخلاف حق الشفعة و الخيار وغيرهما من الحقوق التى تتقوم بالطرفين المسلط والمسلط عليه

٤ـ كما فى الحقوق لانه لو نقلت الحقوق ممن له الحق الى من عليه الحق يلزم منه اجتماع عنوانين متقابلين المسلط و المسلط عليه فى شخص واحد و هو محال

٥ـ قائمة بين من له الحق الى من عليه فلابد من تغايرهما .

٦ـ وعلقة بين الطرفين ملزومة للسلطنة الفعلية لانها من مقولة الاضافة المتكررة نظير الزوجية و الابوة و نحوهما .

٧ ـ لتحقق المغايرة حيث ان المالك نفسه و المملوك المال الذى فى ذمته و هما متغايران واتحاد المالك و من عليه الملك غير قادح لما عرفت من التغاير بخلاف الحق فانه لاينتقل لعدم ترتب الاثار الذى كانت تترتب عليه عند المنتقل منه .

٨ ـ لعله اشارة الى عدم الفرق بين الحق والملك فى تعقل النسبة كما فى جواهر الكلام

من اخذ المال فی عوضی المبایعة وعرفاً مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضین ولما یصح ان یکون اجرة فی الاجارة فی حصر الثمن فی المال ثم الظاهر انّ لفظ البیع لیس له حقیقة شرعیّة و لا متشرّعة بل هو باق علی معناه العرفی کما سنوضحه انشاالله الّا انّ الفقهاء قد اختلفوا فی تعریفه ففی ط و کره وغیرهما انتقال عین من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی وحیث انّ فی هذا التعریف مسامحة واضحة[1] عدل اخرون الی تعریفه بالایجاب والقبول الدالّین علی الانتقال وحیث انّ البیع من مقولة المعنی دون اللفظ مجرداً او بشرط قصد المعنی[2] والّا لم یعقل انشائه باللفظ[3] عدل مع صد الی تعریفه بنقل العین بالصیغة المخصوصة ویرد علیه مع ان النقل لیس مرادفاً للبیع[4] ولذا صرح فی التذکرة بان ایجاب البیع لایقع بلفظ نقلت وجعله من الکنایات وان المعاطاة عنده بیع مع خلوها عن الصیغة ان النقل بالصیغة ایضاً لایعقل انشائه بالصیغة[5] و لا یندفع هذا بان المراد انّ البیع نفس النقل الذی هو مدلول الصیغة فجعله مدلول الصیغة اشارة الی تعیین ذلک الفرد من النقل لا انه ماخوذ فی مفهومه حتی یکون مدلول بعت نقلت بالصیغة لانه ان اراد

---

١ ـ من جهة ان الانتقال اثر البیع لا البیع نفسه و من جهة ان البیع فعل والانتقال انفعال و من جهة ان البیع یقوم بالبایع لا بالعوضین .

٢ ـ کما هو ظاهر التعریف المذکور حیث ان وصف الایجاب و القبول بالدلالة یدل علی کونهما لفظیین مع ان البیع حقیقة هو النقل الخارجی و انه اذا قیل کتاب البیع ینصرف الذهن الی المعنی لا الی اللفظ.

٣ ـ لان الانشاء انما یتعلق بالامور الاعتباریة و اللفظ من الامور الحقیقیة مضافاً الی ان اللفظ من مبادی الانشاء فلا یعقل اتحاده مع المنشأ .

٤ ـ فانه یصح ان یقال بعتك هذا ولا یصح نقلتك هذا فلا یکونان مترادفین

٥ ـ لان الصیغة لیست جزئاً مقوماً للبیع.

بالصّيغة خصوص بعت لزم الدّور[١] لانّ المقصود معرفة مادّة بعت[٢] وان اريد بها ما يشمل ملّكت وجب الاقتصار على مجرد التّمليك والنّقل[٣] فالأولى تعريفه بانّه انشاء تمليك عين بمال ولا يلزم عليه شيء مما تقدم نعم يبقى عليه امور منها انّه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت والاّ لم يكن مرادفاً له ويردّه انّه الحقّ كما سيجيء[٤]

ومنها انه لا يشمل بيع الدّين على من هو عليه لأنّ الانسان لا يملك مالاً على نفسه وفيه مع ما عرفت وستعرف من تعقّل تملّك ما على نفسه ورجوعه الى سقوطه عنه نظير تملّك ما هو مساو لما فى ذمّته وسقوطه بالتّهاتر[٥] انّه لو لم يعقل التّمليك لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة وعرفا معنى غير المبادلة والنقل و التمليك وما يساويها من الألفاظ[٦] ولذا قال فخر الدّين ان معنى بعت فى لغة العرب ملّكت غيرى فاذا لم يعقل ملكيّة ما فى ذمة نفسه لم يعقل شيء ممّا يساويها فلا يعقل البيع .

١- اى الدور المصرح لكنه فيما اذا كان الغرض فى تعريف ماهيته

٢- كما اذا قال ان البيع هو نقل العين بلفظ بعت .

لا يقال: ان المراد من الصيغة لفظ بعت والمعرف هو معنى البيع فلا دور فيه لانا نقول انه لا اثر للفظ بعت فى حصول النقل بدون الانشاء ومعه يؤخذ المعرف فى المعرف

٣ - بقوله بالصيغة المخصوصة لانه ليس لمدلول ملكت خصوصية حتى يتقيد بها النقل.

٤- بعد نحو صفحة من الكتاب لكن يشكل بعدم الملك فى اعيان الزكوية والموقوفة فلا يمكن الايجاب فيها بلفظ ملكت.

٥ - كما فيما اذا كان فى ذمة عمرو من طعام لزيد فاشترى من زيد منا من طعام مساو لذلك الطعام فانه يسقط ما فى الذمة قهراً بدون الاسقاط فليكن الدين كذلك

٦ - ان قلت: ان مفهوم كل من المبادلة و النقل والتمليك مباين مع الاخر لان المبادلة اعتبار قائم بالبدلين و النقل اعتبار قائم فى المبيع و التمليك اعتبار راجع الى جعل اضافة الملكية بين المبيع و المشترى قلت اختلافهما فى المفهوم لا ينافى مع ←

ومنها انه يشمل التّمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الأجماع على انّها ليست ببيع وفيه ماسيجيء من كون المعاطاة بيعاً لانّ مرادالنّافين نفى صحّته و منها صدقه على الشّراء فانّ المشترى بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه انّ التّمليك فيه ضمنىّ[1] وانما حقيقة التّملّك بعوض ولذا لايجوز الشّراء بلفظ ملّكت تقدّم على الأيجاب اوتاخّر وبه يظهر اندفاع الأيراد بانتقاضه بمستاجر العين بعين حيث انّ الأستيجار يتضمّن تمليك العين بمال اعنى المنفعة.

ومنها انتقاض طرده بالصّلح على العين بمال وبالهبة المعوّضة وفيه انّ حقيقة الصّلح ولو تعلّق بالعين ليس هو التّمليك على وجه المقابلة والمعاوضة بل معناه الأصلى هو التّسالم ولذا لايتعدّى بنفسه الى المال[2] نعم هو متضمّن للتّمليك اذا تعلّق بعين لانه نفسه والذّى يدلّك على هذا انّ الصّلح قد يتعلّق بالمال عيناً اومنفعةً فيفيد التّمليك وقد يتعلّق بالأنتفاع فيفيد فايدة العارية و هو مجرّد التّسليط[3] وقد يتعلّق بالحقوق

اجتماعها فى عالم الاعتبار فانه اذا باع شخص فرسه بدرهم مثلا صح اعتبار البدلية بين الفرس والدرهم لقيام كل منهما مقام الاخر و النقل لانتقالها الى الاخر والملكية لحصول اثرها بعد البيع.

١ـ يعنى فى ضمن تملك البايع و يشكل ذلك فى السلف حيث يجوز ان يكون الايجاب من المسترى والقبول من البايع فيكون تمليك المشترى اصلياً و تمليك البايع ضمنياً و يدفع بان كون الايجاب عن المشترى لايوجب ان يكون هو اصلياً فى بيع الدراهم بل انما هو بعنوان العوضية عن الحنطة مثلا وان تقدم هو فى اللفظ وتاخر البايع لما تقدم من ان المبيع له تعين طبيعى .

٢ ـ فلايقال صالحتك الدار بل يقال عن الدار بخلاف البيع فانه يقال فيه ملكتك الدار.

٣ ـ الفرق بين الانتفاع والمنفعة هو ان الاول مالم يستفد منها اصلا بل تفوت تحت يده والثانى هو ما استفاده منها او كلها

فيفيد الأسقاط او الأنتقال وقد يتعلّق بتقرير امر بين المتصالحين كما فى قول احد الشّريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الرّبح لك والخسران عليك فيفيد مجرّد التّقرير فلو كانت حقيقة الصّلح هى عين كلّ من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظيّاً وهو واضح البطلان فلم يبق الآان يكون مفهومه معنى آخر وهو التّسالم فيفيد فى كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه فالصّلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمّن التّمليك لاانّ مفهوم الصّلح فى خصوص هذا المقام وحقيقته هو انشاء التّمليك ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم اقراراً له بخلاف طلب التّمليك واما الهبة المعوّضة والمراد بها هنا[1] ما اشترط فيها العوض[2] فليست انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة والآلم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون تملّك الآخر للآخر مع انّ ظاهرهم عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب بالهبة بل غاية الأمر ان المتّهب لو لم يؤد العوض كان للواهب الرّجوع فى هبته.

فالظّاهر انّ التّعويض المشترط فى الهبة كالتّعويض الغير المشترط فيها فى كونه تمليكاً مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً لاانّ حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة فى كلّ من العوضين كما يتّضح ذلك بملاحظة التّعويض الغير المشترط فى ضمن الهبة الأولى فقد تحقّق مما ذكرنا انّ حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا كان بيعاً ولا يصحّ صلحاً ولا هبةً معوضةً وانّ قصدهما اذ التّمليك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً ولا هبةً فلا يقعان به نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصّريحة توجّه تحقّقهما مع قصدهما فما قيل[3] من انّ البيع هو الأصل فى تمليك الأعيان بالعوض فيقدّم

---

١ ـ اى فى مورد نقض التعريف.

٢ ـ الذى يجوز فيه الرجوع بخلاف ما يكون فيه التعويض جزاء لعدم جواز الرجوع فيه

٣ ـ القائل هو صاحب الجواهر قال فى صورة ما اذا شك فى معاملة متضمنة لتمليك عين بعوض فى انها بيع او صلح او غيرهما مثل ما اذا تقبل احد الشريكين حصة من الزرع مثلا فهل يحكم بان الاصل هو البيع او غيره.

على الصلح والهبة المعوّضة محلّ تامّل [١] بل منع لما عرفت من انّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لاغير نعم لو اتى بلفظ التمليك بالعوض واحتمل ارادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظى [٢] حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع لكنّ الظاهر انّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدّم وسيجيء توضيحه فى مسئلة المعاطاة فى البيع انشاالله .

بقى القرض داخلاً فى ظاهر الحدّ ويمكن اخراجه بان مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة لامعاوضة للعين بهما ولذا لايجرى فيه ربا المعاوضة [٣] و لاالغرر المنفىّ فيها [٤] ولاذكر العوض و لاالعلم به [٥] فتامل [٦]

١ـ من جهة أن تمليك الاعيان مشترك معنوى بين البيع والصلح والهبة والخصوصية المميزة فى الاخرين هى القصد بهما وفى البيع عدم القصد باحدهما .

٢ـ يعنى اصالة الظهور و اصالة الحقيقة.

٣ـ يعنى لايعتبر فى القرض فى تحقق الربا ما يعتبر فى غيره من الشروط من اعتبار كون العوضين من جنس واحد واشتراط كونهما من المكيل والموزون بل يحرم الزيادة فى القرض مطلقا وان لم يكونا من جنس واحد او يكون من المعدود ايضا ويمكن ان يكون مراده ماقيل من انه لامانع من الزيادة فى القرض لان المنع مختص بالمكيل والموزون والربا فى القرض يجرى فى غيرهما.

٤ـ فيجوز الاقراض مع الجهل بالمقدار كمقدار صخرة ونحوها نظراً الى أن دليل الغرر مختص بالبيع فقط.

٥ـ اى بالعوض فيصح القرض ولو مع عدم العلم بكونه مثلياً او قيمياً فيكشف من ذلك انا عدم كون القرض من المعاوضات .

٦ـ لعله اشارة الى ان ماذكر لايخرجه عن المعاوضات ويمكن ان يكون اشارة الى الاشكال فى بعض ماذكر.

ثم ان ما ذكرنا تعريف للبيع الماخوذ فى صيغة بعت وغيره من المشتقات[١] ويظهر من بعض من قارب عصرنا[٢] استعماله فى معان اخر غير ماذكر (احدها) التمليك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشترى واليه نظر بعض مشايخنا حيث اخذ قيد التعقب بالقبول فى تعريف البيع المصطلح ولعله لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ بل وصحة السلب عن المجرد ولهذا لايقال باع فلان ماله الا بعد ان يكون قد اشتراه غيره ويستفاد من قول القائل بعت مالى انه اشتراه غيره لانه اوجب البيع فقط[٣] (الثانى) الاثر الحاصل من الايجاب والقبول و هو الانتقال[٤] كما يظهر من ط وغيره (الثالث) نفس العقد المركب من الايجاب والقبول واليه ينظر من عرف البيع بالعقد قال بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى فى عناوين ابواب المعاملات حتى الاجارة وشبهها[٥] التى ليست هى فى الاصل اسماً لاحد طرفى العقد[٦] اقول اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول فالظاهر انه ليس مقابلاً

---

١ ـ وذلك للفرق بين هذا وبين ماهو معنى البيع بمعناه الاسمى لان الاول هو البيع الانشائى و الثانى هو النقل الواقعى .

٢ ـ وهو صاحب المقابيس وقيل هو الشيخ جعفر الكبير قده فى شرح القواعد

٣ ـ يعنى من دون شراء خارجى ؛

٤ ـ اى الانتقال الشرعى لان الانتقال العرفى اثر الايجاب .

٥ ـ كالوكالة والوديعة والعارية والصدقة والسبق والرماية .

٦ـ يعنى انها ليست جزءا من اجزاء العقد لان الاجارة وشبهها ليست اسماً لاحد طرفى العقد وذلك ان الاجارة مثلا اسم للاجر المبذول عوضاً وليس مصدراً ولو كان مصدراً فهو مصدر لاجر يأجر من الثلاثى المجرد لا لاجر مزيداً والا كان مصدره الايجار وكان المناسب أن يقال كتاب الايجار لا الاجارة ومثلها الوكالة وغيرها فان المناسب ان يعبر عنه بالتوكيل وفى السبق والرماية المسابقة والمرامات فتحصل ان الاجارة وشبهها ليست اسماً لاحد طرفى العقد كالبيع فانه اسم له الذى هو الايجاب كما ان مثل الشركة والمساقات والمزارعة اسماء ←

للاوّل[١] وانّما هو فرد انصرف اليه اللّفظ فى مقام قيام القرينة على ارادة الأيجاب المثمر اذ لا ثمرة فى الأيجاب المجرّد فقول المخبر بعث انّما اراد الأيجاب المقيد فالقيد[٢] مستفاد من الخارج لا انّ البيع مستعمل فى الأيجاب المتعقّب للقبول وكذلك لفظ النّقل والأبدال و التّمليك وشبهها[٣] مع انّه لم يقل احدبان تعقّب القبول له دخل فى معناها .

نعم تحقّق القبول شرط للأنتقال فى الخارج لا فى نظر النّاقل اذا التّاثير لاينفكّ عن الأثر[٤] فالبيع ومايساويه معنى من قبيل الأيجاب والوجوب[٥] لا الكسر والأنكسار[٦] كما تخيّله بعض[٧] فتامّل ومنه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح

← لكليهما .

فحينئذ اذا اطلق الاجارة وشبهها على الايجاب والقبول معاً مع ما عرفت حالها يطلق البيع عليهما بطريق اولى كما لايخفى .

١ـ اى بالمعنى الاول الذى هو عبارة عن انشاء تمليك عين بمال والمراد من تعقبه للقبول كون الموجب فى مقام الاخبار عن البيع المؤثر لا المفيد بتعقب القبول

٢ـ اى تعقبه بالقبول .

٣ـ يعنى فى عدم اعتبار تحقق القبول فى تحقق مفاهيمها كالبيع .

٤ـ هذه علة للنفى يعنى ان تحقق القبول ليس شرطاً للانتقال فى نظر الناقل لانه هو الذى صدر منه النقل .

٥ـ اى من الامور الاعتبارية .

٦ـ حيث انهما من الامور الحقيقية اللازم وجودها فى الخارج كالاحراق القائم بالحطب الغير المتخلف اثرها عن المؤثر فلا يتحقق الكسر بدون الانكسار بخلاف الايجاب والوجوب لانهما من الامور الاعتبارية التى قد يتخلف كحصول وجوب الضرب فى نظر الامر بمجرد الامر وان لم يصر واجباً فى الخارج كما سيأتى من المصنف .

٧ـ هو صاحب المقابيس ووجه تخيله هو كون الايجاب سبب تام مع غفلته عن ان النقل ←

فضلاعن ان يجعل احد معانيها واما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال فلم يوجد فى اللغة ولافى العرف وانما وقع فى تعريف جماعة تبعاً للمبسوط وقد يوجه[١] بان المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول اعنى المبيعة[٢] وهو تكلف حسن واما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثانى ره بان اطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية[٣]

والظاهر ان المسبب هو الاثر الحاصل فى نظر الشارع[٤] لانه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من انه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقف على شىء كحصول وجوب الضرب فى نظر الآمر بمجرد الأمر وان لم يصر واجباً فى الخارج فى نظر غيره والى هذا[٥] نظر جميع ماورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع اووجب اولابيع بينهما اواقاله فى البيع ونحو ذلك[٦]

و الحاصل ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر[٧] مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب والقبول

فى الخارج من الافعال التسبيبية للبايع، منها صدور انشاء التمليك عنه الذى هو ليس نقلا خارجياً .

١ ـ الموجه هو السيد الطباطبائى فى المصابيح .

٢ ـ التى هى نسبة الوقوع الى المفعول بخلاف المصدر المبنى للفاعل فان النسبة الماخوذة فيه هى نسبة الصدور من الفاعل.

٣ ـ اى العلاقة السببيه والمسببية بمعنى انه اسم للاثر ويطلق على المقدم مجازاً

٤ ـ بناء على اطلاق البيع على مايكون جامعاً لشرائط الصحة والافيطلق على ماكان صحيحاً فى نظر العرف.

٥ ـ اى الى البيع بمعنى الاثر الشرعى الحاصل فى الخارج المسبب عن العقد نظر الخ.

٦ ـ لاالبيع بمعنى انشاء التمليك اوالبيع بمعنى الايجاب والقبول

٧ ـ اى حاصل المصدر الحدثى لاالانتقال الذى هو الانفعالى

فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّة[١] ولذا يقال انعقد البيع و لاينعقد البيع .

ثم ان الشهيد الثانى نصّ فى كتاب اليمين من لك على انّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقة فى الصّحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواصّ الحقيقة والمجاز كالتّبادر وصحّة السّلب قال ومن ثمّ حمل الأقرار به عليه حتّى لو ادّعى ارادة الفاسد لم يسمع اجماعاً[٢] ولو كان مشتركاً بين الصّحيح والفاسد لقبل تفسيره باحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه الى الصّحيح والفاسد اعمّ من الحقيقة انتهى وقال الشّهيد الأوّل فى قواعده الماهيّات الجعليّة كالصّلوة والصّوم و سائر العقود لايطلق على الفاسد الّا الحج لوجوب المضىّ فيه[٣] و ظاهره ارادة الاطلاق الحقيقى .

و بشكل ماذكراه بانّ وضعها للصّحيح يوجب عدم جواز التّمسّك باطلاق نحو أحلّ الله البيع[٤] واطلاقات ادلّة سائر العقود فى مقام الشّك فى اعتبار شىء فيها

---

١ ـ بل هو من باب اضافة السبب الى المسبب مع كونها لامية اى عقد للبيع لان المراد من العقد هنا حقيقة هو الربط الخاص الحاصل بين الطرفين مقابل عقد الصلح والهبة ونحوهما بخلاف العقد فى قوله سابقاً، « واما البيع بمعنى العقد» لان المراد منه الصيغة وسبب ذلك الربط فتكون اضافة العقد الى البيع هناك بيانية و هيهنا لامية.

٢ ـ وذلك علامة كون البيع حقيقة فى الصحيح لامن جهة ظهور حال المسلم بانه لايختار الفاسد كما توهم .

٣ ـ اى لوجوب اتمامه

٤ ـ لان التمسك بالاطلاق انما يقصد منه رفع احتمال تقييد المطلق بأمر زايد لااحتمال اعتبار ماله دخل فى ذاته وقوامه والشك فى اعتبار شىء فى صحة البيع ونحوه من قبيل الثانى الذى يوجب اجمال المطلق وسقوطه عن الحجية من هذه الجهة ولان الشك فى ذلك يوجب الشك فى صدق الموضوع .

مع انّ سيرة علماء الاسلام التّمسّك بها فى هذه المقامات [١] نعم يمكن ان يقال انّ البيع وشبهه فى العرف اذا استعمل فى الحاصل من المصدر الّذى يراد من قول القائل بعت عند الأنشاء لا يستعمل حقيقة الّا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو فى نظرهم [٢]

ثم اذا كان مؤثراً فى نظر الشّارع كان بيعاً عنده و الّا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الّذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف والشّرع حقيقة فى الصّحيح المفيد للأثر ومجاز فى غيره الّا انّ الأفادة وثبوت الفائدة مختلف فى نظر العرف والشّرع وامّا وجه تمسّك العلماء باطلاق ادلّة البيع ونحوه فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع وشبهه فى الخطابات الشّرعية على ما هو الصّحيح المؤثر عند العرف [٣] اوعلى المصدر

١ـ هذا اذا كان مراد الشهيدين من الصحيح، الصحيح الشرعى لا العرفى ويكون المراد من عقد البيع نفس البيع لتكون الاضافة بيانية .

٢ـ اى فى نظر اهل العرف وتوضيحه انه لا فرق فى معنى الصحيح عند الشرع والعرف لان الاختلاف (فى ان البيع وضع للصحيح او الاعم) لو كان فانما هو فى المصداق مثل اطلاق العرف البيع على بيع الغرر وبيع الخمر بخلاف الشرع ولكنه لا يضر فيه لتوافقهما فى المفهوم فاذا ورد لفظ البيع فى كلام الشارع حمل على ان الصحيح المؤثر فى نظر العرف هو الصحيح فى نظر الشارع والا كان عليه البيان وهذا هو المراد من التمسك بالاطلاق فليس الاطلاق الاصطلاحى ولذا قال نعم يمكن ان يقال انتهى .

٣ـ توضيحه ان لفظ البيع وان كان هو للمسبب اى الحاصل من المصدر الا ان الشارع لما لم يبين اسباب تلك المسببات فلا بد من القول بامضائه الاسباب العرفية للمعاملات للدلالة الاقتضائية وصوناً لكلام الشارع عن اللغوية فحينئذ يكون ما هو المؤثر عند العرف مؤثراً عند الشرع ايضاً وهذا هو الاطلاق المقامى وهذا وجه تمسك العلماء بها ايضاً.

الذّى يراد من لفظ بعت[١] فيستدلّ باطلاق الحكم[٢] بحلّه او بوجوب الوفاء على كونه[٣] مؤثرًا فى نظر الشّارع ايضاً فتامّل فانّ للكلام محلا آخر[٤].

الكلام فى المعاطات[٥] اعلم انّ المعاطات على مافسّره جماعة ان يعطى كلّ من اثنين عوضا عمّا ياخذه من الآخر وهو يتصوّر على وجهين[٦] (احدهما) ان يبيح كلّ منهما للآخر التّصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تمليكه (الثّانى) ان يتعاطيا على وجه التّمليك وربما يذكر[٧] و جهان آخران (احدهما) ان يقع النّقل[٨] من غير قصد البيع ولا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر اليه[٩] (والثّانى) ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع ويرد الاوّل بامتناع خلوّ الدّافع عن قصد عنوان من عناوين البيع او الأباحة او العارية

١ـ هذا صفة للمصدر الذى هو انشاء التمليك.

٢ـ اى حكم الشارع.

٣ـ اى البيع بمعنى المصدر عند العرف.

٤ ـ وهو ان كلام الشهيدين ناظر الى ماهو المتداول فيما بين المتشرعين كما دل عليه قوله حمل الاقرار به عليه.

٥ ـ لفظ المعاطات وان كان يدل على العطاء من الجانبين لكونه من المفاعلة لكنه سيجىء عدم لزوم العطاء من الطرفين معاً ثم انه لابد ان يشتمل على شرائط الايجاب و القبول ولم تتخلف عن البيع الا فى الصيغة.

٦ ـ بناء على ماهو المراد فى البيع والا فيمكن تصوير وجه آخر وهو ما اختلف فيه العوضان بأن كانت الاباحة فى جهة التمليك.

٧ ـ كما فى الجواهر وكشف اللثام.

٨ ـ يعنى النقل الحسى الذى هو عبارة اخرى عن المعاطات لا النقل التمليكى و فى عبارة الجواهر لفظ الفعل عوض النقل ولعله اراد منه التعاطى بينهما.

٩ ـ بالاعراض او التوكيل.

او الوديعة اوالقرض او غير ذلك من العنوانات الخاصّة (والثّانى) بما تقدّم فى تعريف البيع من انّ التّمليك بالعوض على وجه المبادلة هومفهوم البيع لاغير[١]

نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن الشّاة مدة وغير ذلك كون التّمليك المطلق[٢] اعمّ من البيع ثمّ انّ المعروف بين علمائنا فى حكمها انّها مفيدة لأباحة التّصرف و يحصل الملك بتلف احدى العينين وعن المفيد و بعض العامّة القول بكونها اللّازمة كالبيع وعن العلّامة ره فى النّهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً فى عدم افادتها لأباحة التّصرف ولابدّ اوّلا من ملاحظة انّ النّزاع فى المعاطات المقصود بها الأباحة[٣] اوفى المقصود بها التّمليك الظّاهر من الخاصّة و العامّة هوالمعنى الثّانى وحيث انّ الحكم بالأباحة بدون الملك قبل التّلف وحصوله بعده لايجامع ظاهراً قصد التّمليك من المتعاطيين نزّل المحقق الكركى الأباحة فى كلامهم على الملك الجايز المتزلزل وانه يلزم بذهاب احدى العينين وحقق ذلك فى شرحه على القواعد وتعليقه على الارشاد بمالامزيد عليه.

لكنّ بعض المعاصرين[٤] لمّا استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محلّ النّزاع هى المعاطات المقصود بها مجرّد الأباحة ورجّح بقاء الأباحة فى كلامهم على ظاهرها المقابل للملك ونزّل مورد حكم قدماء الأصحاب بالأباحة على هذا الوجه[٥] وطعن على من جعل محل النّزاع فى المعاطاة بقصد -

---

١ ـ فلايبقى الاالوجهين الاولين مع التوسعة فيهما بأنّ المقابلة قد تلحظ بين المالين وقد يختلف فهذه ستة اقسام وبضربها فى الوجهين الذين ذكرهما المصنف ترتقى الى اثنى عشر قسماً.

٢ ـ اى غير المشتمل على اعتبار كون احدهما عوضاً والاخر معوضاً.

٣ ـ اى فى افادتها الاباحة.

٤ ـ وهوصاحب الجواهر.

٥ ـ اى على صورة قصد المتعاطئين الاباحة.

التمليك قائلا انّ القول بالأباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممالاينسب الى اصاغر الطّلبة فضلاً عن اعاظم الأصحاب و كبرائهم والانصاف انّ ما ارتكبه المحقّق الثانى فى توجيه الأباحة بالملك المتزلزل بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل الشيخ فى ط وف والحلى فى ئر وابن زهرة فى الغنية والحلبى فى فى والعلامة فى كره وغيرها[1] بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم الملك كما ستعرف الّا انّ جعل محل النّزاع ما اذا قصد الأباحة دون التّمليك[2] ابعد منه[3] بل لا يكاد يوجد فى كلام احدمنهم مايقبل الحمل على هذا المعنى ولننقل اوّلا كلمات جماعة ممّن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بُعد تنزيل الأباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقّق الكركى و ابعديّة جعل محلّ الكلام فى كلمات قدمائنا الأعلام مالو قصد المتعاطيان مجرّد اباحة التّصرفات دون التّمليك .

فنقول وبالله التّوفيق قال فى الخلاف اذادفع قطعة[4] الى البقلىّ اوالشّارب فقال اعطنى بها بقلاً[5] اوماءً فاعطاه فانّه لايكون بيعاً وكذلك سايرالمحقّرات و انّما يكون اباحةً له فيتصرّف كلّ منهما فيما اخذه تصرّفاً مباحاً من دون ان يكون ملكه وفائدة ذلك انّ البقلىّ اذا اراد ان يسترجع البقل اواراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك لانّ الملك لم يحصل لهما وبه قال الشّافعى وقال ابوحنيفة يكون بيعاً صحيحاً وان لم يوجد الأيجاب والقبول وقال ذلك فى المحقّرات دون غيرها دليلنا انّ العقد حكم شرعىّ ولادلالة فى الشّرع على وجوده هنا فيجب ان لايثبت واماّ الأباحة بذلك فهو مجمع عليه لايختلف العلماء فيها انتهى

١ـ لان نفى البيعية فى كلامهم واثبات الاباحة لايلائم القول بالملك المتزلزل.

٢ـ كماقاله صاحب الجواهر .

٣ـ لان الشايع فى كلامهم ماقصد به الملك

٤ـ اى مقداراً من الشيىء .

٥ـ وهوما انبتته الارض من الخضر والبقلى

ولايخفى صراحة هذا الكلام فى عدم حصول الملك وفى انّ محلّ الخلاف بينه وبين ابى حنيفة مالو قصد البيع لا الاباحة المجرّدة كما يظهر ايضاً من بعض كتب الحنفيّة حيث انّه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال وينعقد بالايجاب والقبول و بالتّعاطى وايضاً فتمسّكه بانّ العقد حكم شرعىّ يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعيّة والّا لكان الاولى بل المتعيّن التعليل به ١ اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لامعنى للتمسّك بتوقيفيّة الأسباب الشّرعيّة كما لايخفى وقال فى ثمر بعد ذكر اعتبار الايجاب والقبول واعتبار تقدّم الأوّل على الثّانى مالفظه: فاذا دفع قطعة الى البقلى اوالى الشّارب فقال: اعطنى فانّه لايكون بيعاً و لاعقداً لأنّ الايجاب والقبول ماحصلا وكذلك سايرالمحقّرات وسايرالأشياء محقّراً كان اوغير محقّر من الثّياب والحيوان اوغير ذلك وانّما يكون اباحة له فيتصرّف كلّ منهما فيما اخذه تصرّفاً مباحاً من غير ان يكون ملكه او دخل فى ملكه ولكلّ منهما ان يرجع فيما بذله لانّ الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة ٢ لانّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التّصرف فيما صار الى كلّ واحد منهما و انما ذلك على جهة الأباحة انتهى فانّ تعليله عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدلّ على ان ليس المفروض مالولم يقصد التّمليك مع انّ ذكره ٣ فى حيّز شروط العقد يدلّ على ماذكرنا ٤ ولاينافى ذلك قوله: وليس هذا من العقود الفاسدة الخ كما لايخفى ٥

---

١ ـ اى بانتفاء قصد البيعية فى عدم كونه بيعاً .

٢ ـ حتى لايفيد الاباحة ايضاً.

٣ ـ اى ذكر ابن ادريس الايجاب والقبول.

٤ ـ اى ما ذكره من قصد الملك.

٥ ـ لان المراد أنه ليس من العقود الفاسدة التى لايترتب عليها الاثر اصلا بأن يكون فى حكم الغصب ويحرم التصرف فيه وذلك لعدم الملازمة بين عدم كونه عقداً فاسداً و بين كون مقصود المتعاطئين الاباحة ووجه توهم المنافات انه لو كان المفروض قصد هما للبيع كان من الفاسدة جزماً.

وقال في الغنية بعد ذكر الأيجاب والقبول في عداد شروط صحّة انعقاد البيع كالتّراضي ومعلوميّة العوضين وبعد بيان الأحتراز بكلّ من الشّروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه: واعتبرنا حصول الأيجاب والقبول تحرّزاً عن القول بانعقاده بالأستدعاء من المشترى والأيجاب من البايع بان يقول بعنيه بالف فيقول بعتك بالف فانّه لاينعقد بذلك بل لابدّ ان يقول المشترى بعد ذلك اشتريت او قبلت حتّى ينعقد و احترازاً ايضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو ان يدفع الى البقلى قطعة ويقول اعطنى بقلا فيعطيه فانّ ذلك ليس ببيع وانّما هو اباحة للتّصرف يدلّ على ما قلناه الأجماع المشار اليه وايضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به وليس على صحّته بما عداه دليل ولما ذكرنا[1] نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المنابذة[2] و الملامسة[3] وعن بيع الحصاة على التّأويل الآخر[4] ومعنى ذلك: ان يجعل اللّمس بشيء والنّبذ له والقاء الحصاة بيعاً موجباً انتهى فانّ دلالة هذا الكلام على انّ المفروض قصد المتعاطيين التّمليك من وجوه متعدّدة منها ظهور ادلّة الثلثة[5] في ذلك[6] ومنها احترازه عن المعاطاة والمعاملة

---

١ ـ من اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين .

٢ ـ و هى ان ينبذ ثوباً مثلا الى رجل و ينبذ الرجل ايضاً اليه ثوباً او غيره و يتم البيع بذلك من دون ايجاب و قبول فى البين او ينظر الى الثوب فقط من دون النبذ اصلا .

٣ـ وهى ان يتم البيع بلمس اليد عليه من دون الايجاب والقبول او معهما ولكن لاينشر الثوب بل يلمس باليد فقط .

٤ ـ و التأويل الاول ما تقدم فى كلامه قده لقوله « وللجهالة بالمبيع نهى النبى (ص) عن بيع الحصاة على احد التأويلين و هو ان ينعقد البيع على ما يقع عليه الحصاة .

٥ـ و هى الاجماع و عدم الدليل و عدم الايجاب و القبول .

٦ـ اى فى قصد المتعاطيين التمليك و وجه الظهور ان الاستدلال على عدم كون

بالأستدعاء بنحو واحد [١] وقال فى فى [٢] بعدذكر انه يشترط فى صحة البيع امور ثمانية مالفظه واشترط الأيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع الى ان قال فان اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم [٣] وان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع ويصح معه الرجوع انتهى وهو فى الظهور قريب من عبارة الغنية [٤]

وقال المحقق ره فى الشرايع: ولايكفى التقابض من غير لفظ وان حصل من الأمارات مادل على ارادة البيع انتهى وذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع [٥] بل للتنبيه على انه لاعبرة بقصد البيع من الفعل [٦]

وقال فى كره فى حكم الصيغة الاشهر عندنا انه لابد منها فلايكفى التعاطى فى الجليل والحقير، مثل اعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه مايرضيه او يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه وبه قال الشافعى مطلقا [٧] لأصالة بقاء الملك وقصور الأفعال عن

ذالك بيعا بهذه الادلة علة تامة كلها مع قطع النظر عن عدم قصد التمليك والافلو كان علة البطلان عدم قصد التمليك ايضاً لكان اللازم الاستدلال به لانتفاء القابلية مع عدم ذلك القصد رأساً و لايحتاج الى الادلة المذكورة .

١ـ و منها نفس تفريع خروجها عن عنوان البيع على انتفاء الصيغة

٢ـ اى فى الكافى .

٣ـ اى تسليم البايع

٤ ـ فى صورة قصد المتعاطيين التمليك لعدم اختصاص كلامه على فقد الايجاب و القبول .

٥ ـ يعنى حتى اذا قصد الاباحة ايضا كما قاله فى الجواهر .

٦ ـ حاصل معنى عبارة المحقق انه لايكفى التقابض فى اللزوم او فى النقل ولكن لاتنفى حصول الملك بها اذ لاملازمة بين انتفاء البيع وانتفاء الملك اوالاباحة .

٧ ـ اى فى الجليل و الحقير .

الدّلالة على المقاصد وعن بعض الحنفيّة وابن شريح في الجليل وقال احمد: ينعقد مطلقا ونحوه قال: مالك فانّه قال ينعقد بما يعتقده النّاس بيعاً انتهى ودلالته على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه[1] ادونها جعل مالك موافقاً لأحمد في الأنعقاد من جهة انّه قال ينعقد بما يعتقده النّاس بيعاً[2].

وقال الشّهيد في قواعده: بعد قوله قد يقوم السّبب الفعلي مقام السّبب القولي وذكر امثلة لذلك ما لفظه: واما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الأباحة لا الملك وان كان في الحقير عندنا. ودلالتها على قصد المتعاطيين للملك[3] مما لا يخفى هذا. كلّه مع انّ الواقع في ايدي النّاس: هي المعاطاة بقصد التّمليك وبعد فرض الفقهاء من العامّة والخاصّة الكلام في غير ما هو الشّايع بين النّاس، مع انّهم صرّحوا بارادة المعاملة المتعارفة بين النّاس.

ثم انّك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها كالخلاف وتذكره وعدّ مع ذلك، كلّه فقد قال المحقّق الثّاني في جامع المقاصد: انّهم ارادوا بالأباحة الملك المتزلزل فقال المعروف بين الأصحاب: انّ المعاطاة بيع وان لم يكن كالعقد في اللّزوم خلافاً لظاهر عبارة المفيد ولا يقول احد من الأصحاب بانّها بيع فاسد سوى المصنّف في النّهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخّرة عنها وقوله تعالى: أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ يتناولها لأنّها بيع بالأتفاق، حتّى من القائلين بفسادها لأنّهم يقولون هي بيع فاسد وقوله تعالى: إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْكُمْ فانّه عام

---

١ ـ منها قوله فلا يكفي التعاطي اى في تأثير الصيغة و معلوم أن تأثير ها لا يكون الا فيما قصد به التمليك و منها قوله : اعطني؛ الذى هو صريح في قصد التمليك

٢ ـ فانه موافق لقول احمد الذى قال انه ينعقد البيع بالمعاطات مطلقا في الجليل و الحقير :

٣ـ حيث انه قيد المعاطات بكونها في المبايعات و معلوم ان المبايعة لا يكون بدون قصد التمليك و كذا قوله عندنا فانه يفيد أنه عند غيرنا يفيد الملك

الآما اخرجه الدّليل وما يوجد في عبارة جمع من متاخّرى الأصحاب من انّها تفيد الأباحة وتلزم بذهاب احدى العينين يريدون به عدم اللّزوم في اوّل الأمر و بالذّهاب يتحقّق اللّزوم لأمتناع ارادة الأباحة المجرّدة من اصل الملك اذ المقصود للمتعاطيين انّما هو الملك فاذا لم يحصل كانت فاسدة ولم يجز التّصرف في العين و كافّة الأصحاب على خلافه .

وايضاً فانّ الأباحة المحضة لا تقتضي الملك اصلاً و راساً فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده وانّما الأفعال[1] لمّا لم يكن دلالتها على المراد في الصّراحة كالأقوال وانّما تدلّ بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التّرادّ مادام ممكناً فمع تلف احدى العينين يمتنع التّرادّ ويتحقّق اللّزوم لانّ احديهما في مقابل الآخر و يكفي تلف بعض احدى العينين لأمتناع التّرادّ في الباقي اذهو موجب لتبعّض الصّفقة والضّرر انتهى ونحوه المحكيّ عنه في تعليقه على (د) وزاد فيه انّ مقصود المتعاطيين اباحة مترتبة على ملك الرّقبة كساير البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ماقلنا والاّ لوجب ان لا تحصل اباحة بالكليّة بل يتعيّن الحكم بالفساد اذ المقصود[2] غير واقع ،

فلو وقع غيره[3] لوقع بغير قصد وهو باطل وعليه يتفرع النّماء وجواز وطي الجارية ومن منع[4] فقد اغرب انتهى والذّي يقوى في النّفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها وانّهم يحكمون بالأباحة المجرّدة عن الملك[5] في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التّمليك وانّ الأباحة لم تحصل بانشائها ابتداءً[6] بل انّما حصلت كما اعترف به في لك

١ـ هذا اثبات التزلزل وعدم اللزوم كما أن قوله: (الا ان تكون تجارة) اثبات البيعية.

٢ـ وهو الملك.

٣ـ اى الاباحة.

٤ـ من هذين التصرفين.

٥ـ اى الملك المتزلزل .

٦ـ كما عليه صاحب الجواهر.

من استلزام اعطاء كلّ منهما سلعته مسلّطا عليها الأذن فى التّصرّف فيه [١] بوجوه التّصرّفات فلايرد عليهم عداماذكره المحقّق المتقدّم فى عبارته المتقدمة [٢].

وحاصله انّ المقصود هو الملك فاذالم يحصل فلامنشألأباحة التّصرّف اذ الأباحة ان كانت من المالك فالمفروض انّه لم يصدر منه الاّ التّمليك وان كانت من الشّارع فليس عليها دليل ولم يشعر كلامهم بالأستناد الى نصّ فى ذلك مع انّ الغاء الشّارع للأثر المقصود [٣] وترتيب غيره [٤] بعيدٌ جداً مع انّ التّأمّل فى كلامهم يعطى ارادة الأباحة المالكيّة لا الشّرعيّة ويؤيّد ارادة الملك انّ ظاهر اطلاقهم اباحة التّصرّف شمولها للتّصرّفات التى لاتصحّ الاّ من المالك كالوطى والعتق والبيع لنفسه والتزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التّصرّفات، كما اذاوقعت هذه التّصرّفات من ذى الخيار اومن الواهب، الّذى يجوزله الرّجوع بعيد و سيجىء [٥] ما ذكره بعض الأساطين [٦]: من انّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة لكنّ الأنصاف انّ القول بالتزامهم لهذه الامور اهون [٧] من توجيه كلماتهم [٨] فان هذه الأمور، لااستبعاد فى التزامها اذا اقتضى الأصل عدم الملكيّة و لـم يساعد عليها [٩] دليل معتبر و اقتضى الدّليل [١٠] صحّة التّصرفات

١ـ هذامفعول للاستلزام.

٢ـ وهوقوله: اذالمقصودالخ.

٣ـ الذى هوالملك .

٤ ـ وهوالاباحة .

٥ ـ بعدنحوٍ صفحة

٦ ـ وهوكاشف الغطاء ره .

٧ ـ اى اسهل .

٨ ـ اى بالاباحة المجردة عن الملك .

٩ ـ اى على الملكية :

١٠ـ اى دليل الملك .

المذكورة[١] مع انّ المحكىّ عن حواشى الشّهيد على القواعد المنع عما يتوقّف على الملك كاخراجه[٢] فى خمس اوزكوة وكوطى الجارية[٣] وممّا يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الأباحة المجرّدة مع قصد المتعاطيين التّمليك انّه قد صرّح الشّيخ فى طَ والحلّىّ فى ئر كظاهر العلّامة فى عدّ بعدم حصول الملك باهداء الهديّة بدون الأيجاب والقبول ولو من الرّسول[٤]

نعم يفيد ذلك اباحة التّصرف لكنّ الشّيخ استثنى وطى الجارية[٥]

ثمّ انّ المعروف بين المتأخّرين انّ من قال بالأباحة المجرّدة فى المعاطات قال بانّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العبارات المتقدّمة ومعقد اجماع الغنية[٦] وما ابعد ما بينه[٧] وبين توجيه المحقّق الثّانى من ارادة نفى اللّزوم وكلاهما خلاف الظّاهر ويدفع الثّانى تصريح بعضهم بانّ شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار فكلّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات[٨] وتصريح غير واحد بانّ

١ـ من الوطى والعتق وغيرها .

٢ـ اى المأخوذ بالمعاطات .

٣ـ فمع التصريح بالمنع عن التصرف المتوقف على الملك كيف يمكن توجيه الاباحة بالملك المتزلزل .

٤ـ والهدية ايضاً يقصد بها التمليك للاباحة المجردة .

٥ ـ المهداة .

٦ـ والمراد هنا هو المعاطات التى تحصل بها الاباحة مع قصد المتعاطيين التمليك و الاقمع قصد الاباحة كما عليه صاحب الجواهر يخرج عن البيع قطعاً .

٧ ـ اى بين ما عليه المتاخرون .

٨ ـ يعنى ولو لم يكن هناك خيار يكون البيع لازماً فلا يلتئم كونه بيعاً مع كونه جائزاً .

الأيجاب والقبول من شرايط صحّة انعقاد البيع بالصّيغة[١] واما الأوّل[٢] فان قلنا بانّ البيع عند المتشرّعة حقيقة في الصّحيح ولو بناء على ماقدّمناه في آخر تعريف البيع من انّ البيع في العرف اسم للمؤثّر منه في النّقل فان كان في نظر الشّارع او المتشرّعة من حيث انّهم متشرّعة و متديّنون بالشّرع صحيحاً مؤثّراً في الأنتقال كان بيعاً حقيقياً والّا كان صورياً نظير بيع الهاذل في نظر العرف[٣] فيصحّ على ذلك نفع البيعيّة على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحّته الصّيغة او فسّره بالعقد لأنّهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثّر في النّقل في نظر الشّارع .

اذا عرفت ما ذكرنا فالأقوال في المعاطات على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّة اللّزوم مطلقا[٤] كما هو ظاهر عن المفيد[٥] ويكفي في وجود القائل به قول العلّامة ره في كره الأشهر[٦] عندنا انّه لابدّ من الصّيغة و اللّزوم بشرط كون الدّالّ على التّراضي اوالمعاملة لفظاً حكي عن بعض معاصري الشّهيد الثّاني[٧] و بعض متأخّري المحدّثين لكن في عدّ[٨] هذه الاقوال في المعاطاة

١ـ لااللزوم هذا ولكن الاولى زيادة قوله (بالصيغة) لانه مخل بما هو المقصود.

٢ـ وهو ان المعاطات ليست بيعاً .

٣ـ هذا جواب قوله: «فان قلنا» وجملة الشرط والجزاء معاً جواب اما وهذا الجواب دفع الاشكال عن التمسك بالاطلاقات .

٤ـ سواء كان الدال على التراضي لفظاً ام غيره .

٥ـ مال اليه المحقق الاردبيلي واختاره الكاشاني ره.

٦ـ التعبير بلفظ الاشهر يدل على وجود الخلاف فلو لم يكن هنا مخالف اصلا لكان التعبير بلفظ المشهور وبالجملة و ان كان لاتدل عبارة المفيد على اللزوم فقول العلامة بالاشهر يدل على وجود القائل به .

٧ـ قيل هو السيد حسن قده .

٨ـ قوله: لكن الخ ليس من العبارة بل حاشية منه ره.

تامّل[1] والملك الغير اللّازم ذهب اليه المحقّق الثّانی ونسبه الی کلّ من قال بالاباحة و فی النّسبة ما عرفت[2]

و عدم الملك مع اباحة جميع التّصرفات[3] حتّی المتوقّفة علی الملك[4] کما هو ظاهر عبائر کثير بل ذکر فی لك انّ کلّ من قال بالأباحة يسوّغ جميع التّصرّفات و اباحة مالا يتوقّف علی الملك و هو الظّاهر من الکلام المتقدّم عن حواشی الشّهيد علی عدّ و هو المناسب لما حکيناه عن الشّيخ فی اهداء الجارية من دون ايجاب و قبول والقول بعدم اباحة التّصرّف مطلقا[5] نسب الی ظاهر النّهاية[6] لکن ثبت رجوعه عنه فی غيرها و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطات بل لم نجد قائلا به الی زمان المحقّق الثّانی الذّی قال به ولم يقتصر علی ذلك حتّی نسبه الی الأصحاب.

نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التّحرير حيث قال فيه الأقوی انّ المعاطاة غير لازمة

---

١ ـ لعل وجهه ان القول يخرج المعاملة عن المعاطات سيما اذا کان معه الانشاء غاية الامر أنه لا يعتبر هنا لفظ مخصوص بل يکفی مطلق اللفظ.

٢ ـ يعنی بعد ما نقل عبارات الاصحاب.

٣ ـ للسيرة ولاستصحاب بقاء ملك المالك الاول وللاخبار التی اشتملت علی لفظ الايجاب والقبول وغيرها.

٤ ـ من الانتفاع وغيره وفی بعض الحواشی مثل لذلك مثل البيع والعتق ووطی الجارية و لا يخفی ما فيه لانه لا بد حينئذ من ان يکون العبارة هکذا (واباحة مالا يتوقف الاعلی الملك).

٥ ـ يعنی سواء توقف هذا التصرف علی الملك ام لا فيکون المعاطات حينئذ معاملة فاسدة من جهة أن ماقصده لم يقع وماوقع لم يقصد فيرجع الی عمومات حرمة التصرف فی مال الغير بدون اذنه ولقوله انما يحلل الکلام ويحرم الکلام.

٦ ـ قال السيد ره وهنا قول سابع وهو انها معاملة مستقلة مفيدة للملکية وليست بيعاً وان کانت فی مقامه حکی عن الشيخ جعفر الکبير ره.

بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة مادامت العين باقية فان تلفت لزمت انتهى[1] ولذا نسب ذلك اليه فى لك، لكن قوله بعد ذلك: ولا يحرم على كلّ منهما الأنتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر، فى انّ مراده مجرّد الأنتفاع اذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك[2]

و اما قوله: و الأقوى الى آخره فهو اشارة الى خلاف المفيد ، ه و العامّة القائلين باللّزوم و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و اطلاق الفسخ على الرّدّ بهذا الأعتبار[3] ايضاً و كذا اللّزوم و يؤيّد ما ذكر نابل[4] يدلّ عليه: انّ الظّاهر من عبارة التّحرير فى باب الهبة توقّفها على الأيجاب و القبول، ثمّ قال و هل يستغنى عن الأيجاب و القبول فى هديّة الأطعمة الأقرب عدمه نعم يباح التّصرّف بشاهد الحال انتهى و صرّح بذلك[5] ايضاً فى الهديّة فاذا لم يقل فى - الهبة[6] بصحّة المعاطاة فكيف يقول بها فى البيع[7] وذهب جماعة تبعاً للمحقّق الثّانى الى حصول الملك ولا يخلو عن قوّة للسّيرة المستمرّة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك فى التّصرّف فيه بالعتق و البيع والوطى و الأيصاء و توريثه وغير ذلك من

---

١ ـ فيدل على افادتها الملك الجايز .

٢ ـ لانه بعد القول بالملكية يتصرف فيه كل تصرف يتوقف على الملك لا الانتفاع المجرد هذا ولكن لا يخفى ان عبارة العلامة تدل على الملك الجايز فانه أثبت جواز الانتفاع به بخلاف البيع الفاسد.

٣ ـ اى بقصدهما .

٤ ـ من انه لمجرد الانتفاع لا الملك .

٥ ـ اى بعدم الاستغناء عن الايجاب والقبول .

٦ ـ التى هى عقد جائز .

٧ ـ الذى هو عقد لازم .

آثار الملك[1] ویدلّ علیه ایضاً عموم قوله تعالی وَاَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ حیث انّه یدلّ علی حلیة جمیع التّصرّفات المترتّبة علی البیع بل قد یقال بانّ الآیة دالّة عرفاً بالمطابقة علی صحّة البیع[2] لامجرّد الحکم التّکلیفی ولکنّه محلّ تامّل[3] واما منع صدق البیع علیه عرفاً فمکابرة[4] واما دعوی الأجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاة بیعاً کابن زهرة فی الغنیة فمرادهم بالبیع المعاملة اللّازمة[5] التّی هی احد العقود ولذا[6] صرّح فی الغنیة بکون الأیجاب والقبول من شرایط صحّة البیع[7] ودعوی انّ البیع الفاسد

١ـ لا یقال ان ذلک السیرة مبنیة علی عدم المبالات فانه یقال لیس کذلک لان الائمة و اصحابهم والعلماء کانوا یتصرفون فی العطایاء والهداياء تصرف الملاك ولم یعهد من احد منهم اجراء الصیغة فیها ولم یردع عنها الشارع ومع الشک فیه فالاصل عدمه ولم یثبت ایضاً الاجماع لیکون ردعاً مضافاً الی عدم العلم باستنادهم فیه الی قول المعصوم علیه السلام

٢ـ بتقریب ان المراد من الحل، الحل الوضعی بمعنی النفوذ والصحة وظاهر الایة وان کان حلیة نفس البیع الا انه یدل بالالتزام العرفی علی صحة المعاطات لان مدلولها المطابقی حلیة کل تصرف یترتب علی البیع کما ان المراد من الربا هو المعنی اللغوی و هو الفضل والزیادة بالمعنی الاسمی المصدری المنطبق علی المال لا المعناه الاصطلاحی وهو المعاملة المتعارفة بین الناس لعدم قابلیة تعلق الاکل به بذلك المعنی وکذلک المراد من البیع بقرینة المقابلة المقدار المساوی من المبیع للثمن.

٣ـ لان قوله تعالی (احل) فی مقابل حرم ومعلوم انه لامعنی فی حرمة الربا الا بالتکلیفیة فبقرینة المقابلة یکون احل ایضا کذلک لا الحرمة الوضعیة ویدل علیه تقدیر التصرفات لانه لامعنی لحلیة البیع کما لایخفی.

٤ـ لوجود آثار البیع فیه.

٥ـ لا الجایزة.

٦ـ ای ولاجل ان ابن زهرة فی مقام نفی صحة البیع لا اصل حقیقته ومفهومه.

٧ـ والا لکان اللازم جعلهما من شرائط حقیقته لا صحته والا لکان التمسک بالبطلان

عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها[1]

ومما ذكر[2] يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ[3].

واما قوله: النّاس مسلّطون على اموالهم فلا دلالة فيه على المدّعى لأنّ عمومه باعتبار انواع السّلطنة[4] فهو انّما يجدى فيما اذا شكّ في انّ هذا النّوع من السّلطنة ثابتة للمالك وماضية شرعاً في حقّه ام لا اما اذا قطعنا بانّ سلطنة خاصّة كتمليك ماله للغير نافذة في حقّه ماضية شرعاً لكن شكّ في انّ هذا التّمليك الخاصّ هل يحصل بمجرّد التّعاطى مع القصد ام لابدّ من القول الدّال عليه فلا يجوز الأستدلال على سببيّة المعاطاة في الشّريعة للتّمليك بعموم تسلّط النّاس على اموالهم.

اولى لا بالمانع فيعلم انه ايضا يرى صدق البيع عرفا بالمعاطات.

١ ـ يعنى في اواخر تعريف البيع من تصحيح التمسك بالاطلاق حتى بناء على الوضع للصحيح فالصحة وصف زائد على البيع وليس كلام ابن زهرة ناظراً الى ذلك.

٢ ـ من اطلاق الحل الملك عرفا.

٣ ـ لانه بعد عدم ارادة ظاهره وجعل الاكل كناية عن مطلق التصرف يدل على حلية التصرفات و منها التصرفات المتوقفة على الملك فلو جعل الاكل كناية عن الملك تدل الاية على المقصود بالاستقلال بلا حاجة الى المقدمات على سببية التجارة عن تراض.

٤ ـ من الاكل و الشرب و البيع و الاجارة و الهبة و منها النقل بالعوض الذى نحن بصدده.

٥ ـ و الحاصل أن الحديث ليس بصدد بيان امضاء المعاملات بل هو انما فى بيان ان المالك غير ممنوع من التصرفات فهذا الحديث نظير قوله تعالى «اقيموا الصلوة» الذى هو بصدد بيان اصل الوجوب لا الكيفية (فان قلت) كما ان الايتين كانتا بصدد بيان اسباب التصرفات من التجارات المتعارفة فذلك الحديث لان المراد من النوع فى الحديث ليس هو النوع المنطقى بل المراد منه هو الاعم منه و من الصنف فيدل

ومنه يظهر ايضاً عدم جواز التمسك به لما سيجىء من شروط الصيغة وكيف كان ففى الآيتين مع السيرة كفاية اللهم الآن يقال انهما لا تدلان على الملك[1] وانما تدلان على اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك[2] كالبيع والوطى والعتق والايصاء واباحة هذه التصرفات انما يستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة فى سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك[3] دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم حيث اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات وصرح فى لك بان من اجاز المعاطات سوغ جميع التصرفات غاية الامر انه لابد من التزامهم بان التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناما[4] فان الجمع بين اباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام

على كون المعاطات سبباً شرعياً فى الحلية والتمليك (قلنا) أنه لا عموم و ضعيا له حتى بالنسبة الى انواع السلطنة و انما هو اطلاق محتاج الى مقدمات الحكمة وهى تقتضى ان يكون الحديث ناظراً الى بيان حكم المالك من حيث سعة تصرفه وضيقه لا الى حيثية الاسباب فلا يمكن التملك باطلاقها عند الشك فى اى تصرف بل هو يرفع الشك عند الشك فى اصل تمكنه (ان قلت) لم ترك المصنف آية «اوفوا بالعقود» هنا (قلنا) هذه الاية لا تدل على الانشاء اللفظى بخلاف غيرها.

١ ـ يعنى من اول الأمر لأن الآية الاولى لا تدل الا على حلية البيع لا التصرفات نعم تدل على الصحة بالمطابقة بناء على كون الحل اعم من التكليفى والوضعى وعلى الالتزام بناء على الاختصاص بالتكليفى والاية الثانية و ان كانت تدل على حلية التصرفات بدون ضم مقدمة الا أن العرف يفهم منه صحة تجارة مخصوصة لاكل التجارة.

٢ ـ يعنى الملك آناً ما قبل التصرف.

٣ ـ اى بانفكاك هذه التصرفات عن الملك.

٤ ـ ولو لم يكن بنائهم على الملك من اول الامر.

بالملك من اوّل الأمر ليقال[١] انّ مرجع هذه الأباحة ايضاً الى التّمليك .

واما ثبوت السّيرة واستمرارها على التّوريث فهي كسايرسيراتهم النّاشئة عن المسامحة وقلّة المبالات في الدّين ممّا لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى.

ودعوى انّه لم يعلم من القائل بالأباحة جواز مثل هذه التّصرّفات المتوقّفة على الملك[٢] كما يظهر من المحكيّ عن حواشي الشّهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطات في الخمس والزّكوة وثمن الهدي وعدم جواز وطي الجارية المأخوذة بها وقد صرّح الشّيخ ره بالأخير في معاطاة الهدايا فيتوجّه التّمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك[٣] مدفوعة بانّه وان لم يثبت ذلك[٤] الّا انّه لم يثبت انّ كلّ من قال باباحة جميع هذه التّصرّفات قال بالملك من اوّل الأمر فيجوز للفقيه حينئذ التزام اباحة جميع التّصرّفات مع التزام حصول الملك عند التّصرّف المتوقّف على الملك لا من اوّل الأمر[٥] فالأولى حينئذ التّمسّك في المطلب بانّ المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحّته شرعاً[٦] هذا مع امكان اثبات صحّة المعاطات في الهبة والأجارة ببعض اطلاقاتهما و تتميمه في البيع بالأجماع المركّب[٧] .

١- يعني حتى يقال ان مرجع الخ.

٢- بدون ضميمة الاجماع ولا اجماع هنا لان القائلين بالاباحة لا يقولون بالملكية.

٣- هذه الدعوى من تتمات الاشكال على الايتين و لذا كان اللازم تقديمها على قوله و اما ثبوت السيرة.

٤- يعني جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك.

٥- فلا يكفي مجرد عدم المعلومية بل لابد من ثبوت الاجماع على الملازمة بين جواز التصرفات و الملك.

٦- بالمطابقة بناء على الوضعي لا التكليفي وهذا جزم من المصنف بعدما تردد اولا فيما سبق.

٧- بان يقال لما انه صح المعاطات في الهبة والاجارة فتصح في البيع ايضا لانه لم يفرق احد بين البيع وغيره ولكنه تكثير الدليل و الافاطلاقات البيع لا تنقص عن اطلاقاتهما .

هذا مع انّ ماذكر من انّ للفقيه[1] التزام حدوث الملك عند التّصرّف المتوقّف عليه لايليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه ولذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الأستبعاد انّ القول بالأباحة المجرّدة مع قصد المتعاطيين التّمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة منها انّ العقود ماقام مقامها لاتتبع القصود[2] ومنها ان يكون ارادة التصرف من المملكات فيملك العين او المنفعة بارادة التصرف بهما او معه دفعة[3] و ان لم يخطر ببال المالك الاوّل الأذن فى شيء من هذه التّصرفات لأنّه قاصد للنّقل من حين الدّفع لانّه لاسلطان له بعد ذلك بخلاف من قال اعتق عبدك عنى[4] وتصدق بمالى عنك .

و منها انّ الأخماس والزّكوات والأستطاعة والدّيون والنّفقات وحقّ المقاصّة والشّفعة[5] والمواريث و الرّبا[6] والوصايا يتعلّق بمافى اليدمع العلم ببقاء مقابله و عدم التّصرّف فيه[7] اوعدم العلم به فينفى[8] بالأصل فيكون متعلّقة بغير

١ـ يعنى و ان كان يجوز للفقيه الالتزام بذلك للايتين الا انه لايجوز لما ذكره بعض الاساطين فلايكون حينئذ تناقض فى كلامهم. .

٢ ـ بان يتخلف العقد عن القصد و بالعكس اى ما وقع يعنى الاباحة لم يقصد و ما قصد يعنى الملك لم يقع.

٣ـ على سبيل مانعة الخلو.

٤ـ فان القائل قاصد للتصرف الناقل الى ملكه ثم عتقه او الصدقة عنه لان الملك لازم اباحته للتصرفات المتوقفة على الملك .

٥ـ من الذى باع حقه من غير شريكه بالمعاطات .

٦ـ الذى اخذه فى المال الماخوذ بالمعاطات

٧ـ اى فى المقابل و هذا عطف على البقاء.

٨ ـ اى التصرف و يمكن ان يكون يبقى بدل ينفى فيكون المراد من فاعل يبقى و ضمير به هو المقابل لا التصرف.

الغرامة غاية الأمر كون المغروم له هو البايع على تقدير الصّدق والمالك على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثّمن فى التزام المشترى به على تقديرى صدق البايع و كذبه.

ثمّ انّه قد ظهر ممّا ذكرنا انّ كلّما يرجع المشترى به على البايع اذا رجع اليه [1] فلا يرجع البايع به على المشترى [2] اذا رجع عليه لأنّ المفروض قرار الضّمان على البايع واما مالا يرجع المشترى به على البايع كمساوى الثّمن من القيمة فيرجع البايع به على المشترى اذا غرمه للمالك والوجه فى ذلك حصول التّلف فى يده.

فان قلت [3] انّ كلّا من البايع والمشترى يتساويان فى حصول العين فى يدهما

البايع صادقاً ام كاذباً فلا وجه لرجوعه الى البايع هذا توضيح ما افاده المصنف لكن ههنا وجه للرجوع ايضاً و هو أن الموجب للضمان ليس الفساد فقط بل الموجب القبض و موجبه البايع الغار اذ لولم يغيره الغاصب لما وقع فى القبض الجارى على ذلك الشراء المستتبع للضمان لان شرائه كان عن اعتقاد كون البايع مالكاً.

١ـ يعنى اذا رجع المالك الى المشترى.

٢ـ توضيح كلامه انه كما يجوز رجوع المالك على المشترى بالعين ومنافعها المستوفات بل و غير المستوفات و الزيادات من اللبن و الصوف و الثمرة و نحوها يجوز ايضاله الرجوع على البايع بجميع ذلك فالمالك مخير فى الرجوع على أيهما شاء واذا رجع المالك الى البايع فى الغرامات التى لو رجع فيها الى المشترى كان هو يرجع فيها الى البايع لقاعدة الغرور فلا يرجع هو الى المشترى لان المفروض أن قرار الضمان على البايع الغار فلا وجه لرجوعه الى المشترى فيما اخذه المالك منه وفيما لا يرجع فيه المشترى الى البايع كمساوى الثمن اذا رجع المالك الى البايع فهو يرجع الى المشترى لان قرار الضمان فيه على المشترى لعدم جريان قاعدة الغرور فيه.

٣ـ حاصله أن المبيع كان تحت استيلاء البايع و منه انتقل الى المشترى فكما يجوز للمالك الرجوع الى المشترى فكك يجوز الرجوع للبايع لكونه ضامناً ايضاً فاذا رجع المالك اليه فلا وجه لرجوعه الى المشترى و مقتضى على اليد رجوعه الى

قابلیّته[١] و بعده ملک معدوم[٢] و مع عدم الدّخول فی الملک یکون ملک الآخر بغیر عوض و نفی الملک[٣] مخالف للسّیرة و بناء المتعاطیین و منها انّ التصرف[٤] ان جعلناه من النّواقل القهریّة فلا یتوقّف علی النّیّة فهو بعید[٥] و ان اوقفناه علیها کان الواطی للجاریة من غیرها واطیاً بالشّبهة[٦] و الجانی علیه[٧] والمتلف له جانیاً علی مال الغیر ومتلفا له .

ومنها انّ النّماء الحادث[٨] قبل التّصرّف ان جعلنا حدوثه مملّکا له دون العین فبعید[٩] او معها فکذلک[١٠] وکلاهما مناف لظاهر الأکثر[١١] وشمول الأذن له خفیّ[١٢]

١ـ وان حصلت الملکیة مع التلف فهو بعید حیث یلزم اتحاد رتبة المعلول والعلة مع ان زمان التلف انعدام الملکیة لازمان حدوثها .

٢ـ یعنی وان قلنا بحصول الملکیة بعد التلف فهو ملک معدوم لا یقبل التملک ولا یترتب علیه آثار الملکیة .

٣ـ ای ونفی ملک الاخر مخالف للسیرة الخ.

٤ـ ای تصرف المشتری.

٥ـ لما ذکرنا من حصول الملکیة بدون العلة.

٦ـ مع الجهل القصوری ومع الجهل للتقصیر یکون زانیاً.

٧ـ ای الجاریه وتذکیر الضمیر باعتبار المأخوذ بالمعاطات .

٨ـ یعنی المنفصل لا المتصل لان حکمه حکم العین.

٩ـ لما ذکرنا آنفاً .

١٠ـ ای وان قلنا بان حدوث النماء مملک للنماء ومع العین فکذلک.

١١ـ لان اکثر الفقهاء قالوا بعدم حصول الملکیة فی المأخوذ بالمعاطات من دون التصرف المتوقف علی الملک.

١٢ـ یعنی شمول الاذن للنماء فقط خفی لان المالک انما أذن فی نفس المأخوذ بالمعاطات لا فی متفرعاته الحاصلة بعد التعاطی.

و منها قصر التّمليك على التّصرّف مع الأستناد فيه الى انّ اذن المالك فيه اذن فى التّمليك فيرجع الى كون المتصرّف فى تمليكه نفسه موجباً قابلاً وذلك[1] جار فى القبض[2] بل هو اولى منه[3] لأقترانه بقصد التّمليك دونه انتهى والمقصود من ذلك كلّه استبعاد هذا القول[4] لا انّ الوجوه المذكورة تنهض فى مقابل الأصول[5] والعمومات[6] اذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء .

اما حكاية تبعيّة العقود و ما قام مقامها[7] للقصود ففيها اوّلا انّ المعاطاة ليست عند القائل بالأباحة المجرّدة من العقود و لامن القائم مقامها شرعاً[8] فانّ تبعيّة العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه انّما هو لأجل دليل صحّة ذلك العقد بمعنى ترتّب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصّحّة مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه امّا المعاملات الفعليّة التى لم يدلّ على صحتها دليل فلا يحكم بترتّب الأثر المقصود عليها كما نبّه عليه الشّهيد فى كلامه المتقدّم من انّ السّبب الفعلىّ

---

١ ـ اى الذى هو المناط فى حصول الملك .

٢ ـ اى قبض ما تعلق به المعاطات وذلك لان القبض مقدم على كل التصرفات .

٣ ـ اى من التصرفات .

٤ ـ اى القول بالاباحة مع جواز هذه التصرفات .

٥ ـ التى تأتى من الاستصحاب وغيره .

٦ ـ وهى ادلة توقف التصرفات على الملك وعموم على اليد وغير ذلك والحاصل ان اساس القول بالاباحة مبنى على عدم الدليل على الملك .

٧ ـ من الايقاعات وغيرها .

٨ ـ لعدم كون المعاطات من العقود اللفظية فلا مانع من ان يحكم الشارع بترتيب الاباحة كما يحكم بجواز الاكل من اموال الناس عند المخمصة والمجاعة وكما حكم بجواز اكل المارة .

لايقوم مقام السّبب القولى [١] فى المبايعات نعم اذادلّ الدّليل على ترتّب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصوداً و ثانياً [٢] انّ تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين كثير فانّهم اطبقوا على انّ عقد المعاوضة اذاكان فاسداً يؤثّر فى ضمان كلّ من العوضين القيمة لأفادة العقد الفاسد الضّمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع انّهما لم يقصدا الأضمان كلّ منهما بالآخر.

و توهّم انّ دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بانّه لم يذكر هذا الوجه الأبعضهم معطوفاً على الوجه الأوّل و هو اقدامهما على الضّمان فلاحظ المسالك و كذا الشّرط الفاسد لم يقصد المعاملة الأمقرونةً به [٣] غير مفسد عنداكثر القدماء [٤] وبيع مايملك ومالايملك [٥] صحيح عند الكلّ [٦] وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير [٧] وترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الأنقطاع يجعله دائماً [٨] على-

---

١ ـ يعنى أن هذه القاعدة انما تجرى فى العقد الصحيح والمعاطات ليست منه .

٢ ـ يعنى يجاب ثانياً بالنقض .

٣ ـ فماقصد لم يقع وماوقع لم يقصد .

٤ ـ مع ان ماقصد (وهو العقد المقيد بالشرط الفاسد) غير واقع وماوقع (وهو ذات العقد) لم يقصد.

٥ ـ مثل ما اذا باع مال نفسه مع مال غيره من شخص واحد فى صفقة واحدة.

٦ ـ مع انما هو المقصود للمتبايعين (وهو الاجتماع) لم يقع وماوقع فهو غير مقصود فتخلف الداعى هنا ايضا لكن يشكل بأن صحة ذلك الوجه وماقبله من جهة تعدد المطلوب فلا يلزم بطلان مالا يملك.

٧ ـ مع ان المقصود (وهو كونه للبايع الغاصب) لم يقع وماوقع (وهو وقوع البيع عن المالك) غير مقصود.

٨ ـ مع ان المقصود (وهو نكاح المتعة) لم يقع وماوقع (وهو نكاح الدائم) لم يقصد.

قول نسبه في المسالك وكشف اللثام الى المشهور .

نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه انّ التخلّف عن القصود يحتاج الى الدليل المخرج عن ادلّة صحّة العقود و فيما نحن فيه عدم الترتّب مطابق للأصل [١] و امّا ما ذكره من لزوم كون ارادة التصرّف مملّكا فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الأصل [٢] و دليل جواز التصرّف المطلق [٣] و ادلّة توقّف بعض التصرّفات [٤] على الملك فيكون كتصرّف ذى الخيار [٥] والواهب فيما انتقل عنهما بالوطى و البيع و العتق و شبهها [٦] و امّا ماذكره من تعلّق الأخماس و الزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض [٧] و دفعه [٨] بمخالفته للسيرة رجوع اليها [٩]

---

١ ـ لعدم الدليل على صحة المعاطات كما مر فصحة البيع فى هذه الموارد الخمسة المذكورة على خلاف القاعدة .

٢ ـ والمراد بالاصل هو الاستصحاب الذى يقتضى بقاء المأخود بالمعاطاة فى ملك مالكه الاول

٣ ـ وهو السيرة القطعية .

٤ ـ كالبيع والعتق والوطى.

٥ ـ كما ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه باحد التصرفات الموقوفة على الملك يكشف عن انفساخ العقد ورجوع المال الى مالكه فكذا المقام .

٦ ـ كالوقف مثلا ففى المقام ايضاً يكشف التصرفات عن ملكية المتصرف قبله انّما.

٧ ـ اذ ليس فيه مخالفة القاعدة لعدم دليل يدل على اعتبار الملك فى تعلقها بشىء ولا دليل ايضا يدل على عدم تعلقها بغير الملك.

٨ ـ اى دفع تعلق الامور المذكورة بغير الملك .

٩ ـ اى رجوع الى السيرة فى نفى التعلق فلا يلزم مخالفة قاعدة التى هى محط كلام الشيخ جعفر الكبير لا السيرة ويحتمل ان يكون المعنى ان الالتزام بعدم تعلقها به لا محذور فيه سوى الاستبعاد ودفعه بانه مخالف للسيرة حيث انها جارية على التعليق بانه على هذا تكون السيرة دليلا على التعلق رجوع الى السيرة التى تقدمت المناقشة فى حجيتها لامكان كونها ناشئة عن عدم المبالات.

مع انّ تعلّق الاستطاعة الموجبة للحجّ و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزّكوة لايتوقّفان على الملك[1] واماّ كون التّصرّف مملّكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه[2].

و اما كون التّلف مملّكاً للجانبين فان ثبت[3] باجماع اوسيرة كما هو الظّاهر كان كلّ من المالين مضموناً بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع لأنّ هذا[4] هو مقتضى الجمع بين هذا الأجماع و بين عموم «على اليد ما اخذت» و بين اصالة عدم الملك الاّ في الزّمان المتيقّن بوقوعه فيه توضيحه انّ الأجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله او قيمته حكم بكون التّالف من مال ذى اليد رعايةً لعموم «على اليد ما اخذت» فذلك الأجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرّواية الواردة في انّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه فاذا قدّر التّلف من مال ذى اليد فلابدّ من ان يقدّر في آخر ازمنة امكان تقديره رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكيّة قبله ،كما يقدّر ملكيّة المبيع للبايع و-

---

١ـ لاتفاق النص والفتوى على تحقق الاستطاعة ببذل الغير واعالته بدون الملك وكذا الغنى فان الظاهر صدقه عرفاً بوجدان مايحتاج اليه في سنته وان لم يكن مملوكاً له وما اشتهر في السنة الفقهاء من تحديدهم الفقر لمن لا يملك قوت سنة يراد به من لا يجد ذلك ولو بنحو الاباحة.

٢ـ من انه مقتضى الجمع بين الاصل وبين دليل جواز التصرف وأدلة التوقف.

٣ـ اى كون التلف مملكاً وعدم ضمان المثل او القيمة .

٤ـ اى ماذكروه وقام عليه الاجماع من ضرورة كل من المالين ملكا لمن في يده عوضاً عما كان له وتلف في يد صاحبه هو مقتضى الخ

٥ـ فلو لم نقل بتحقق المبادلة قبل التلف حتى يكون التالف من مال ذى اليد لزم التخصيص في قاعدة اليد الدالة على أن كل مال تلف في يد غير مالكه ضمنه صاحب اليد عليه بمثله او قيمته.

فسخ البيع من حين التلف استصحاباً لأثر العقد [١]

واما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر على القول بالأباحة انّ لكلّ منهما المطالبة [٢] مادام باقياً و اذا تلف فظاهر اطلاقهم التملّك [٣] بالتلف تلفه من مال المغصوب منه [٤] نعم لولا قام اجماع [٥] كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله، و اما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكيّ عن بعض انّ القائل بالأباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ بل حكمه حكم اصله [٦] و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرّد الأباحة ثمّ انك مما ذكرنا تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره مع انه لم يذكرها للأعتماد و الأنصاف انها استبعادات فى محلّها .

و بالجملة فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى و بالأتفاق المدعى فى الغنية و عدّهنا و فى لك فى مسئلة توقف الهبة

---

١ ـ الى ان قبل التلف و الحاصل ان مقتضى عموم على اليد ان كان هو الضمان ببدله الواقعى الا انه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل و القيمة دار الامر بين ان يكون المال قبل التلف ملكاً لذى اليد فيبقى عموم على اليد على حاله و بين ان يكون باقياً على ملك مالكه الاول فيكون الاجماع و السيرة مخصصين لعموم على اليد و قد ثبت فى محله ان التخصص مقدم على التخصيص عند الدوران و لذلك يحكم بحصول قبله آناما.

٢ ـ اما الاخذ المباح له فلانه بعد ان يكون له السلطنة على التصرفات يكون له المطالبة ايضا لانه من شئون السلطنة و اما المعطى المبيح فلانه مالك.

٣ ـ اى تملك المباح له بالمعاطات.

٤ ـ و هو المباح له.

٥ ـ على التلف من مال المباح له فى صورة التلف بيد الغاصب ايضا كان الخ .

٦ ـ بمعنى انه ليس فى حكم النماء ما يخالف الاصل فلازم كلام هذا البعض جواز الرجوع فى النماء مادام باقياً ، و ان كانت العين تالفة لانه كما ان الاصل ليس ملكا للاخذ فكذلك النماء .

علی الأیجاب و القبول مشکل و رفع الیدعن عموم ادلّة البیع و الهبة و نحوهما المعتضدة بالسّیرة القطعیّة المستمرّة[1] وبدعوی الأتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثّانی[2] بناءً علی تأویله لکلمات القائلین بالأباحة اشکل فالقول الثّانی[3] لایخلوعن قوّة[4] و علیه، فهل هی لازمة ابتداءً مطلقا[5] کما حکی عن ظاهر المفید ره او بشرط کون الدّال علی التّراضی لفظاً کما حکی عن بعض معاصر الشّهید الثّانی و قواه جماعة من متأخّری المحدّثین اوهی غیر لازمة مطلقا فیجوز لکلّ منهما الرّجوع فی ماله کما علیه اکثر القائلین بالملك بل کلّهم عدا من عرفت وجوه اوفقها بالقواعد هو الأوّل بناءً علی اصالة اللّزوم فی الملک[6] للشّك فی زواله بمجرّد رجوع مالکه الأصلی ودعوی انّ الثّابت هو الملك المشترك بین المتزلزل والمستقرّ[7] والمفروض انتفاء الفرد الأوّل[8] بعد الرّجوع والفرد الثّانی[9] کان مشکوك الحدوث من اول الأمر فلاینفع الأستصحاب[10] بل ربمایزاد استصحاب بقاء علقة المالك الأوّل[11] مدفوعة مضافاً

١ـ بین المسلمین .

٢ـ علی ارادة الفقهاء الملك الجایز من المعاطات .

٣ـ وهوافادة المعاطات الملك.

٤ـ لمامرمن ان قصد التملیك یوجب ترتب آثار الملکیة .

٥ـ ای سواء کان هنالفظام لا.

٦ـ وهواستصحاب بقاءالعقد.

٧ـ الذی هومن قبیل استصحاب الکلی فی القسم الثانی.

٨ـ ای القصیر بالرجوع وهوالملك المتزلزل.

٩ـ وهوالملك اللازم.

١٠ـ للزوم جریان استصحاب عدم حدوثه مع ان الفردان اللذان یتردد الامر بینهما احدهما معلوم العدم وجدانا والاخر تعبداً وبالجملة انه فاقد الرکنین.

١١ـ ای یزاد اشکال آخر .

الى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك فى الأستصحاب[١] فتأمل[٢] بان انقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته و انما هو باعتبار حكم الشارع عليه فى بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلى[٣]

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة فى المسبب[٤] ويدل عليه مع انه يكفى فى الأستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك[٥] ومع ان المحسوس بالوجدان ان

---

١ ـ فاذا تعارضا فاستصحاب بقاء العلقة حاكم على استصحاب بقاء الملك لان منشأ الشك فى اللزوم والجواز ارتفاع علقة المالك و بقائها فاذا استصحب العلقة يرتفع الشك فى المسبب لان الاصل الحاكم فى مرتبة السبب يمنع من جريان استصحاب الملكية كاستصحاب النور الضعيف او الحمرة الضعيفة و هذا هو استصحاب القسم الثالث من الكلى و توضيحه ان هذا الاشكال يتم لو كان مجرى الاستصحاب الفرد واما لو كان الكلى الموجود فى احد الفردين فلا يرد الاشكال لاجتماع ركنى الاستصحاب و هو العلم بحدوث الكلى وهذا نظير الشك فى بقاء النجاسة بعد الغسل مرة اذا كانت مرددة بين نجاسة البول والدم وهو استصحاب القسم الثانى من الكلى .

٢ ـ ليس اشارة الى كون الشك هنا فى المقتضى الذى لا يقول به المصنف لان الشك فى المقتضى ما يكون الحكم مغياً بغاية والمقام له استعداد فى عمود الزمان بل هو اشارة الى ان هذا الاصل مثبت لان الاستصحاب لا يثبت اللزوم بل الثابت به هو جعل ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك اللهم الا ان يقال انه يثبت به نتيجة اللزوم فجواب المصنف ليس الا عن الاشكال الاول .

٣ ـ كما فى الهبة وغيرها .

٤ ـ كالبيع والهبة .

٥ ـ لانه يلزم حينئذ ان تكون الملكية فى مدة الخيار فى خيار الحيوان والمجلس مثلا

انشاء الملك فى الهبة اللّازمة وغيرها على نهج واحد[1] انّ اللّزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاماّ ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين[2] بجعل المالك اوبحكم الشّارع فان كان الاوّل كان اللّازم التّفصيل بين اقسام التّمليك المختلفة بحسب قصد الرّجوع[3] وقصد عدمه اوعدم قصده وهو بديهىّ البطلان اذلا تأثير لقصد المالك فى الرّجوع وعدمه[4] وان كان الثّانى لزم امضاء الشّارع العقد على غير ماقصده المنشئ[5] وهو باطل فى العقود لما تقدّم انّ العقود المصحّحة عند الشّارع تتبع القصود وان امكن القول بالتّخلّف[6] هنا فى مسئلة المعاطاة بناءً على ماذكرناسابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك من منع وجوب امضاء المعاملات الفعليّة على طبق قصود المتعاطيين لكنّ الكلام فى قاعدة اللّزوم فى الملك تشمل العقود ايضاً[7]

غيرها فى المدة ويكون من انقلاب ملكية الى اخرى فلا يكون الاستصحاب حينئذ كلياً بل هو شخصى واختلاف حقيقة السبب لا يوجب اختلاف المسبب .

١ ـ لانه لم يعلم كون اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك حتى يمنع جريان الاستصحاب .

٢ ـ اى اللزوم والجواز .

٣ ـ متعلق بالتفصيل.

٤ ـ و كذا الوهب الواهب عيناً لذى رحم وعينا اخرى لاجنبى غافلا من اللزوم والجواز كانت الاولى لازمة و الثانية جايزة ولو قصد فى الثانية اللزوم لم تصح لازمة بل اما ان تصح جايزة او تبطل لـو كان اللـزوم مقصوداً بنحو وحـدة المطلوب وكذا لو قصد الجواز فى الثانية فانها لا تصح جايزة بل اما ان تصح لازمة او تبطل .

٥ ـ بـان يجعل الشارع الملكية اللازمة مع قصد المالك الملكية الجايزة و بالعكس مثل الهبة لذى رحم.

٦ ـ اى تخلف امضاء الشارع عن قصد المتعاملين

٧ ـ يعنى كما فى غير العقود و ليس مثل تبعية القصد و بذلك الجريان تثبت وحدة حقيقة الملك هناك و بالملازمة تثبت وحدتها فى المقام .

وبالجملة فلا اشكال في اصالة اللزوم في كلّ عقد شكّ في لزومه شرعاً و كذا[١] لو شكّ في انّ الواقع في الخارج هو العقد اللّازم او الجايز كالصّلح من دون عوض والهبة[٢] نعم لو تداعيا[٣] احتمل التّحالف[٤] في الجملة[٥] ويدلّ على اللّزوم مضافاً الى ماذكر عموم قولهم[٦] النّاس مسلّطون على اموالهم، فانّ مقتضى السّلطنة انلايخرج عن ملكيّته[٧] بغير اختياره فجواز تملكه[٨] عنه بالرّجوع فيه من دون رضاه منافٍ للسّلطنة

١ـ يعنى كذا يجرى استصحاب الملكية على النحو المتقدم.

٢ ـ لعدم الفرق بين هذه الجملة المعطوفة و بين جملة المعطوفة عليها الاكون الشبهة في الاولى حكمية و في الثانية موضوعية .

٣ـ اى لو تنازعا في ان الواقع في الخارج هل هو الصلح بلاعوض ام هو الهبة الغير المعوضة فيكون مرجع دعوى مدعى الصلح اللزوم و مدعى الهبة الجواز اذا كان النزاع في تعيين العقد الواقع.

٤ـ اذلا اصل في المقام حتى يعين احد الامرين.

٥ـ المراد من القيد هو ان الحلف لمجرد تعيين السبب والافلو كان النظر الى ثبوت الملكية وعدمه بعد الفسخ قدم قول من يدعى الثبوت واللزوم لكونه موافقاً للاصل او المراد انهما قد لايكونان من المتداعيين بل يكونان من المدعى والمنكر كما قد يكون مدعى الجواز مدعيا و مدعى اللزوم منكراً للاختلاف في ذلك فقد يقال ان المراد من المتداعيين ما لواقام كل منهما بينة و قيل هو ادعاء كل منهما على الاخر ما ينفيه الاخر بدون الاتفاق على امر واحد.

٦ـ يعنى الفقهاء بناء على أنها قاعدة ولكنها رواية نقلها في البحار ؛ ج ١ ص١٥٤.

٧ ـ اى المباح له .

٨ ـ اى في ملكه بالفسخ الذى به ينحل العقد ويرجع كل ملك الى مالكه.

المطلقة [١] فاندفع ماربما یتوهّم انّ من غایة مدلول الرّوایة سلطنة الشّخص علی ملکه و لانسلّم ملکیّة [٢] له [٣] بعد رجوع المالك الأصلی [٤] ولماذکرنا تمسّك المحقّق ره فی بیع علی لزوم القرض بعدالقبض بانّ فائدة الملك السّلطنة [٥] ونحوه العلّامة ره فی موضع آخر ومنه یظهر جواز التّمسّك بقوله (ع) لایحلّ مال امرء الّا عن طیب نفسه حیث دلّ علی انحصار سبب حلّ مال الغیر [٦] اوجزء سببه [٧] فی رضا المالك فلایحلّ بغیر رضاه [٨] و توهّم تعلّق الحلّ بمال الغیر و کونه مال الغیر بعد الرّجوع اوّل الکلام [٩] مدفوع بمانقدم [١٠]

١ـ الفعلیة التامة بعدالقول بافادة المعاطاة الملکیة وبالجملة انه بعدالشك فی تاثیر هذا الفسخ یتمسك باطلاق دلیل السلطنة الذی یشمل باطلاقه الاحوالی والازمانی لمابعد الفسخ وجمیع انواع السلطنة ولغویة الفسخ ودفع مزاحمة الاجانب و دفع ایدی الاغیار ومن جملتهم المالك السابق.

٢ـ ای الماخوذ بالمعاطات.

٣ـ ای المباح له بالمعاطات .

٤ـ لاحتمال خروجه عن ملکه بتملك المبیح و حینئذ لایمکن تطبیق الروایة لعدم احراز موضوعها .

٥- یعنی فائدة ملك المقترض السلطنة علی العین المانعة من رجوع المقرض بدون اذن المقترض.

٦ـ کمافی موارد الاباحة.

٧ـ کمافی موارد التملیك حیث ان الرضاء جزء السبب والجزء الاخر العقد قولا کان اوفعلا .

٨ـ یعنی فلایؤثر فسخ المالك الاول بغیر رضا المالك الثانی لان معنی الحل فی اللغة الاطلاق والارسال فلااقل ان طیب النفس جزء سبب للحل.

٩ـ حاصله منع الصغری وهو کونه مال الغیر.

١٠ـ فی تقریب حدیث السلطنة.

من ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك[1] ايضا فلا يحل التصرف فيه ولا تملكه الا بطيب نفس المالك[2]

ويمكن الاستدلال ايضاً بقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون[3] تجارة عن تراض[4] ولا ريب ان الرجوع ليست تجارة ولا عن تراض فلا يجوز اكل المال والتوهم المتقدم في السابق[5] غير جار هنا[6] لان حصر مجوز اكل المال في التجارة انما يراد به اكله على ان يكون ملكا للاكل لا لغيره[7] ويمكن التمسك ايضا بالجملة المستثنى منها حيث ان اكل المال ونقله عن مالكه بغير رضى المالك اكل و تصرف بالباطل عرفا.

---

١ ـ اى تملك المالك الاول .

٢ ـ اى المالك الثانى وهذا تقريب ثان للاستدلال وحاصله ان عموم لا يحل وان كان يعم الاكل واللبس وغيرهما من الحرمة الوضعية الا ان عمومه يشمل التملك الذى هو الحكم التكليفى و معلوم انه ليس المراد من حرمة التملك الافساد وعدم تأثيره فى حصول الملك فيتم الاستدلال.

٣ ـ يعنى لا يجوز لاحد ان يتملك فى اموال الناس الا بالتجارة عن تراض.

٤ ـ خصوصاً على كون الاستثناء متصلا حيث يفيد الحصر حينئذ وان كان يمكن الاستدلال بناء على الانقطاع ايضا.

٥ ـ وهو ان التمسك من قبيل التمسك فى الشبهة المصداقية او ان المراد ما هو المتقدم فى حديث السلطنة آنفاً من ان كونه مال الغير اول الكلام.

٦ ـ يعنى مع دفعه و يمكن ان يكون غير جار كما فى بعض النسخ .

٧ ـ قال السيد ره ان هذا تعليل لاصل المطلب وكانه جواب ودفع دخل وهو ان حلية مال الغير غير منحصر فى التجارة لجواز الاكل بعنوان الاباحة وحاصل الجواب ان المراد حصر جواز الاكل بعنوان الملكية للاكل فى التجارة لا مطلقا هذا كله فى التمسك بالمستثنى و سياتى التمسك بالجملة المستثنى منها .

نعم بعد اذن المالك الحقيقی وهو الشارع و حكمه١ التسلط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك يخرج عن البطلان ولذا كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها اكلا بالباطل لولا اذن المالك الحقيقی و كذا الاخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار وغير ذلك من الاسباب القهرية ٢ هذا كله مضافاً الى ما دل على لزوم خصوص البيع٣ مثل قوله (ص) البيعان بالخيار مالم يفترقا٤ وقد يستدل ايضاً بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على ان العقد هو مطلق العهد٥ كما فی صحيحة عبدالله بن سنان او العهد المشدد٦ كما عن بعض اهل اللغة و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة .

١ـ عطف على الاذن فيكون اذن الشارع تقييداً للاطلاق المقامی وردعا عن بناء العرف على كونه باطلا لان البطلان العرفی انما كان موضوعاً للحكم بلحاظ كونه باطلا عند الشارع انه موضوع له فی نفسه مطلقاً .

٢ـ فی العقود الجايزة بالذات او بالعارض وبالجملة ان ثبوت حق المارة و الشفعة ليس تخصيصا للاية حتى يقال ان المنع عن الاكل بالباطل غير قابل للتخصيص (٣) لان البيع يصدق على المعاطات ايضا .

٤ـ فبعد حصول الافتراق يلزم مطلقا من تمام الحيثيات لاجعل اللزوم من حيث المجلس فقط .

٥ـ تقريب الاستدلال ان الوفاء فی اللغة هو التمام و من ثم يقال الدراهم الوافی اى التام و هو يحصل بتسليم العوضين واطلاق الاامة للازمنة التی من جملتها زمان ما بعد الفسخ يقتضی عدم تاثير الفسخ و الا لما وجب تسليم العوضين بعد الفسخ و بتقريب آخر و هو ان المراد من الوفاء الادلة و عدم العدول و عنه و الفسخ عدول

٦ـ اى الوثيق القائم بمالين كما فی الرواية فكانه شدت ملكية احد العوضين لاحد المتبايعين بملكية الاخر للاخر .

وكذلك قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم فان الشرط لغة مطلق الالتزام ١ فيشمل ما كان بغير اللفظ والحاصل ان الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع مما لاينكر الا ان الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صريحاً بعض الاساطين في شرح القواعد ويعضده الشهرة المحققة ٢ بل لم يوجد به قائل الى زمان بعض متاخري المتاخرين ٣ فان العبارة المحكية عن المفيد ره في المقنعة لاتدل على هذا القول كما عن لف الاعتراف به ٤ انه قال ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه جميعاً و تراضيا بالبيع وتقابضا وافترقا بالابدان انتهى .

ويقوى ٥ ارادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين وتاثيره في اللزوم ٦ وكانه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد والشيخ ره انه لابد في البيع عندهما من لفظ مخصوص وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً وهو نص في عدم اللزوم ولايقدح كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لانقول به ٧ وعن مع صد يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع.

---

١ ـ حتى الالتزام الابتدائي الشامل للعقد .

٢ ـ بين الاصحاب على عدم اللزوم.

٣ ـ كالمحقق الاردبيلي والكاشاني.

٤ ـ اى بعدم الدلالة.

٥ ـ اى يقوى عدم دلالة عبارة المفيد على اللزوم

٦ ـ لا بيان حكم المعاطات لان التراضي و العلم بالعوضين من شرائط الصحة و الافتراق بالابدان من شرائط اللزوم فلا تدل عبارته على صحة المعاطات فضلا عن لزومها فالمراد العقد القولي لا الاعم من الفعلي فلا يشمل المعاطات و لذا يتعرض للايجاب والقبول.

٧ ـ يعني بعدم الملكية بل نقول بالملك و عدم اللزوم

نعم قول العلامة ره في التذكرة ان الاشهر عندنا انه لابد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسئلة ولو كان المخالف شاذا العبر بالمشهور وكذلك نسبته في لف الى الاكثر وفي التحرير ان الاقوى ان المعاطاة، غير لازمة ثم لو فرضنا الاتفاق[1] من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكة وانما يفيد الاباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا[2] اذ القول باللزوم فرع الملكية ولم يقل بها الا بعض من تاخر عن المحقق الثاني تبعا له وهذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور لان قول الاكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع[3] نعم يمكن ان يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور ان اصحابنا بين قائل بالملك الجايز وبين قائل بعدم الملك راسا فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل[4] وكيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق المتاخرين[5] مشكل لما[6] ذكرنا وان كان هذا لايقدح في الاجماع على طريق القدماء[7] كما بين في - الاصول وبالجملة[8] فما ذكره في لك من قوله بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق اللفظ

---

١ - بعد التنزل عن الاجماع.

٢- عن الدليل المعتبر او عن قول المعصوم

٣- فنفي الصفة نفي الموصوف لعدم ذهابهم الى الملك حتى يقولوا باللزوم ثم ان المصنف بعد الاعراض عن الاجماع البسيط استدل بالاجماع المركب بقوله نعم يمكن الى آخره.

٤ - لعله اشارة الى ان احداث القول الثالث لامانع منه اذا كان هذا الاتفاق تقييديا.

٥- الذي هو طريق الحدس الحاصل من اتفاق الاتباع والوصول به الى قول المتبوع.

٦ - من القول بعدم اللزوم.

٧- القائلين بقاعدة اللطف وبلزوم وجود الامام بين المجمعين.

٨ - يعني جملة ماذكروه الاول اوفق بالقواعد الى هنا من الاستدلال على اللزوم بالوجوه الثمانية والاشكال عليه واستظهار الاجماع على عدم اللزوم.

فى اللزوم مااحسنه ومامتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه فى غاية الحسن و- المتانة والاجماع وان لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع الاان المظنون قوياً تحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على انشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلاام وجد ولكن لم ينشأ التمليك به بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض[1] وقد[2] يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار[3] بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين اهل السوق والتجار[4] بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى .

نعم ربما يكتفون بالمصافقة [5] فيقول البايع بارك الله لك او ما ادى هذا المعنى بالفارسية نعم يكتفون بالتعاطى فى المحقرات و لايلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين نعم الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الانشاء القولى [6] غير بعيد للسيرة و لغير واحد من الاخبار كما سيجىء انشاء الله تعالى فى شروط الصيغة بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطات تارة على عدم افادة المعاطات اباحة التصرف [7] و اخرى على عدم افادتها اللزوم جمعاً بينه و بين مادل على صحة مطلق البيع كما صنعه فى - الرياض وهو قوله ﷺ انما يحلل الكلام ويحرم الكلام وتوضيح المرادمنه يتوقف

١ـ وذلك لاصالة بقاء ملك كل واحد لعوضه عند الشك.

٢ـ اى يظهر عدم اللزوم مع عدم انشاء التمليك باللفظ واعتبار اللفظ فى ترتب الاثر.

٣ـ كالنصوص الواردة فى بيع المصحف والمزارعة والنكاح وغيرها.

٤ـ يستفاد ذلك من اخبار اعتبار الماضوية وغيرها.

٥ـ وهو ضرب اليد على يد آخر فى البيع.

٦ـ وان لم يكن باللفظ المتين.

٧ـ بناء على الوجه الاول من الوجوه الاربعة.

على بيان تمام الخبر وهو مارواه ثقة الاسلام فى باب بيع ماليس عنده [١] والشيخ فى باب النقد و النسية عن ابن ابى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالدبن الحجاج او ابن نحيج [٢] قال قلت لابيعبدالله (ع) الرجل يجيئنى و يقول اشترلى هذا الثوب و اربحك كذا و كذا فقال اليس انشاء اخذ وانشاء ترك قلت بلى قال لابأس انما يحلل الكلام و يحرم الكلام وقدورد بمضمون هذا الخبر روايات اخر مجردة عن قوله (ع) انمايحلل انتهى كلها تدل على انه لاباس بهذه المواعدة والمقاولة مالم يوجب بيع المتاع [٣] قبل ان يشتريه [٤] من صاحبه [٥] ونقول ان هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر [٦] الرواية تحتمل وجوهاً .

الاول ان يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بمعنى ان تحريم شيء وتحليله لايكون الا بالنطق بهما [٧] فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لابالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال .

الثانى ان يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه [٨] كمافى قولك هذا الكلام صحيح او فاسد؟ لامجرد اللفظ اعنى الصوت و يكون المراد ان المطلب الواحد يختلف

---

١ ـ يعنى فعلاوان كان المال له اوالمراد عدم كون المبيع ماله.

٢ ـ وفى نسخة بختج والصحيح نجيح .

٣ ـ اى للغير.

٤ ـ لنفسه .

٥ ـ اوالمعنى مالم يوجب بيع المتاع لنفسه قبل ان يشتريه لغيره.

٦ ـ صدر الرواية فى بابين باب بيع ماليس عنده وباب المزارعة .

٧ ـ بان كان الكلام موضوعاً للتحليل والتحريم ولا يكون للمعانى تأثير اصلا اذا جردت عن اللفظ وان اقترنت بالفعل الدال عليه.

٨ ـ يعنى أن المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ و المحل والخصوصية .

الحكم الشرعي حلاوحرمة باختلاف المضامين المؤدات بالكلام مثلا المقصود الواحد وهو التسليط على البضع مدة معينة يتاتى بقولها ملكتك بضعي اوسلطتك عليه اواجرتك نفسي اواحللتها لك وبقولها متعت نفسي بكذافما عدا الاخير موجب لتحريمه والاخير محلل وعلى هذا المعنى ورد قوله(ع) انما يحرم الكلام في عدة من روايات المزارعة [1] منها ما في يب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن ابى الربيع الشامي عن ابيعبدالله(ع) انه سئل عن الرجل يزرع ارض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثاللبقر فقال لاينبغي له ان يسمي بذراولا بقراً ولكن يقول لصاحب الارض ازرع في ارضك ولك منهاكذا وكذا نصف اوثلث اوما كان من شرط ولايسمي بذراً ولابقراً فانما يحرم الكلام .

الثالث ان يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد ويكون تحريمه وتحليله اعتباروجوده وعدمه فيكون وجوده محللا وعدمه محرما [2] اوبالعكس [3] و باعتبار محله وغيرمحله فيحل في محله ويحرم في غيره [4] و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة

الرابع ان يرادمن الكلام المحلل خصوص المقاولة والمواعدة [5] ومن الكلام

---

١ ـ فان مضمون قوله: للبقر ثلث وللبذر ثلث غير مضمون قول المزارع لصاحب الارض لك ثلث ولي ثلثان فان الاول محرم والثاني محلل.

٢ ـ كعقد النكاح .

٣ ـ كالطلاق والظهار وغيرها.

٤ ـ مثل ان عقد النكاح يحل اذا كان في غير الاحرام ويحرم اذا كان في حاله .

٥ ـ بان تكون اللام في المقاولة والمعاهدة للعهد حينئذ يكون الفرق بين هذا الوجه اخص من الثاني هو العموم والخصوص المطلق لان هذا الوجه اخص من الثاني.

المحرّم ايجاب البيع و ايقاعه[1] ثمّ انّ الظاهر عدم ارادة المعنى الاول لانه مع لزوم تخصيص الأكثر، حيث انّ ظاهره حصر اسباب التّحليل والتحريم فى الشّريعة فى اللّفظ[2] يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور فى الخبر جواباً عن السّؤال مع كونه كالتّعليل له لأنّ ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات اخر تخصيص الجواز بما اذا لم يوجب البيع على الرّجل قبل شراء المتاع من مالكه ولا دخل لأشتراط النطق فى التّحليل والتّحريم فى هذا الحكم اصلا فكيف يعلّل به[3] وكذا المعنى الثانى اذ ليس هنا مطلب واحد حتّى يكون تاديته بمضمون محلّلا وبآخر محرّماً فتعيّن المعنى الثالث[5] وهو انّ الكلام الدّالّ على الالتزام بالبيع لا يحرّم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التّى يريدها الرّجل لانه بيع ما ليس عنده ولا يحلل الا عدمه اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل الا التواعد بالمبايعة وهو غير مؤثر فحاصل الرّواية[6] انّ سبب التّحليل والتحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدماً ووجوداً او المعنى الرّابع وهو انّ المقاولة والمراضاة مع المشترى الثّانى قبل اشتراء العين محلّل للمعاملة وايجاب البيع معه محرّم لهما و على كلا المعنيين[7] يسقط الخبر عن الدلالة

---

١ ـ لانه قبل الشراء من مالكه لا يجوز له ان يشتريه من الدلال قبل ان يشترى الدلال من المالك .

٢ ـ مع عدم انحصارهما به ضرورة أن غليان العصير خمراً محرم وتخليلها محلل و اكل المارة والاكل من بيوت الاصدقاء محلل مع عدم وجود الكلام فيها.

٣ ـ اى السئوال .

٤ ـ يعنى بالجواب ولا يدل حينئذ على افادة المعاطات الاباحة والتمليك بل يدل على فسادها .

٥ ـ اى اول المعنيين منهما.

٦ ـ يعنى بناء على المعنى الاول من الوجه الثالث.

٧ ـ اى المعنيين الاخرين .

على اعتبار الكلام فى التحليل كما هو المقصود فى مسئلة المعاطات .

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر بعدما عرفت من ان المراد بالكلام هو ايجاب البيع بان يقال ان حصر المحلل والمحرم فى الكلام لا يتأتى الا مع انحصار ايجاب البيع فى الكلام[1] اذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم فى الكلام[2] الا ان يقال ان وجه انحصار ايجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية هو عدم امكان المعاطاة فى خصوص المورد اذ المفروض ان المبيع عند مالكه الاول[3] فتامل[4]

وكيف كان فلا يخلو الرواية عن اشعار او ظهور[5] كما يشعر به[6] قوله (ع) فى رواية اخرى واردة فى هذا الحكم[7] ايضاً وهى رواية يحيى بن الحجاج عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل

١ـ بان لا ينعقد البيع الا بالصيغة اللفظية.

٢ـ حيث انه حينئذ يتحقق بيع ما ليس عنده بغير الكلام وهو المعاطات والمفروض انه حصر المحرم فى الايجاب اللفظى.

٣ـ فلا يمكن بيعه بالمعاطات من المشترى الثانى ومن ثم حصر المحرم الذى هو بيع ما ليس عنده فى الكلام.

٤ـ لعله اشارة الى عدم كون العين عند المالك الاول بل يمكن كونها عند المشترى الاول فيدفعه الى الثانى معاطاتا ثم يشتريها من مالكها الاول او الى كفاية المعاطات بالاعطاء من احد المتعاملين والاخذ من الاخر.

٥ـ يعنى فى اعتبار الكلام او اللفظ فى تحقق البيع بناء على الوجه الرابع ايضا كالوجه الاول بل وكذلك الوجه الثالث بل هيهنا وجه خامس ذكره صاحب الجواهر والخراسانى والاصفهانى والايروانى و حاصله ان المراد بالكلام الالتزام البيعى والمراد بالمحللية و المحرمية محللية الايجاب للمبيع على المشترى والثمن على البايع ومحرميته المبيع على البايع والثمن على المشترى و هذا الاحتمال ظاهر الخبر.

٦ـ اى على الاحتمال الرابع.

٧ـ يعنى بيع ما ليس عنده.

قال لى اشترلى هذا الثوب او هذه الدابة وبعنيها ارابحك فيها كذا و كذا قال لاباس بذلك اشترها و لا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها اوتشريها [١] فان الظاهر ان المراد من مواجبة البيع ليس مجرد اعطاء العين للمشترى و يشعر به [٢] ايضاً رواية العلاء الواردة فى نسبة الربح الى اصل المال [٣] قال قلت لابيعبدالله (ع) الرجل يريدان يبيع بيعاً فيقول ابيعك (بده ودوازده) او (دهويازده) فقال لاباس انما هذه المراوضة [٤] فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة فان ظاهره على مافهمه بعض الشراح انه لايكره ذلك فى المقاولة التى قبل العقد وانما يكره حين العقد و فى صحيحة ابن سنان لاباس بان تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه [٥] ثم تشترى له نحو الذى طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد .

و ينبغى التنبيه على امور الاول [٦] الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على

---

١ ـ الترديد بين الاستيجاب والاشتراء يمكن ان يكون الاول اشارة الى استيجاب المشترى من البايع بان يقول المشترى بعنيه فيقول البايع بعتكه اياك والثانى اشارة الى الايجاب من البايع بقوله بعت والقبول من المشترى بقوله قبلت فيكون اشارة الى جواز قسمى المبايعة شرعاً.

٢ ـ اى باعتبار اللفظ فى المعاملة بان يقول اشتريت هذه السلعة بمأة و بعتكها بمأة و ربح كل عشرة درهم الذى قال المشهور بكراهته.

٣ ـ اى نسبة الربح الى اصل المال.

٤ ـ اى المواصفة او المقاولة او المداراة او الاستقرار وحاصله ان هذا ليس بيعاً حتى يكون مكروهاً وانما البيع مايكون بعد ذلك بعد جمع البيع وجعله جملة واحدة.

٥ ـ و هو المكالمة قبل البيع.

٦ ـ اعلم ان مقصود المصنف من هذا التنبيه امران احدهما بيان جميع شروط البيع العقدى فى المعاطات مطلقا او عدمه او التفصيل و ثانيهما لحوق ←

القول بافادتها الملك بيع[1] بل الظاهر من كلام المحقق الثانى[2] فى مع صدانه ممالا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة فى يه و دل على ذلك تمسكهم بقوله تعالى احل الله البيع و اما على القول بافادتها للاباحة فالظاهر انه بيع عرفى لم يؤثر شرعاً الا الاباحة[3] فنفى البيع عنها فى كلامهم و معاقد اجماعهم هو البيع المفيد شرعاً ملزوم زيادة على الملك[4] هذا على ما اخترناه سابقاً من ان مقصود المتعاطيين فى المعاطاة التملك و البيع و اما على ما احتمله بعضهم[5] بل استظهره من ان محل الكلام هو ما اذا قصدا مجرد الاباحة فلا اشكال فى عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا[6] و على هذا فلابد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الادلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص او عموم و حيث ان المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم الناس مسلطون على اموالهم[7] كان مقتضى القاعدة هو نفى شرطية غير ما

احكام البيع لها لكن هذا بناء على كونها بيعاً لا على عدم كون المعاطات معاملة مستقلة كما سينقله هنا و فى الامر السابع عن الشهيد ولذلك اتى بلفظ الظاهر.

١ ـ بتلف احد العينين.

٢ ـ حاصله انه مشتملة للعمومات الدالة على صحة البيع و لزومه و عدم امضاء الشارع لها لا يخرجها عن كونها بيعاً كما ان حكم الشارع بتوقف الملك على القبض فى بيع الصرف و السلم لا يخرجهما عن حقيقة البيع مع ان مقصود كل من المتعاطيين تمليك ماله لصاحبه بازاء ما ياخذه.

٣ ـ لا الملك.

٤ ـ لانه ليس بيع اصلا.

٥ ـ يعنى صاحب الجواهر.

٦ ـ اذ لا يبقى لذلك القول معنى الا القول بان الشارع اجرى على الاباحة التى قصدها المتعاطيان حكم البيع وذلك لا يلزم تسميتها بيعاً.

٧ ـ بناء على صلاحية قاعدة السلطنة لتشريح الاسباب التى تقدم الاشكال فيه.

ثبت شرطيته[1] كما انه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس[2]

و الحاصل ان المرجع على هذا عند الشك فى شروطها هى ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت فى البيع ام لا واما على المختار من ان الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا[3] ام لا كذلك ام يبتنى على القول بافادتها للملك و القول بعدم افادتها الاباحة وجوه[4] يشهد للاول كونها بيعاً عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه فى البيع[5] ويويده ان محل النزاع بين العامة و الخاصة فى المعاطاة هو ان الصيغة معتبرة فى البيع كساير الشرايط ام لا كما يفصح عنه عنوان المسئلة فى كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان وان فرض مشاركاً له فى الحكم ولذا ادعى فى الحدائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة اذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة وانها تفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار اليه من العوض و مقابل المشهور فى كلامه قول العلامة ره فى النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف فى اشتراط صحة المعاطاة باستجماع

١ـ فينفى ما شك فى ثبوته من التقييد باصالة الاطلاق الحاصل فى حديث السلطنة.

٢ـ لان السيرة مهملة لا اطلاق فيها فلا بد من الرجوع فيما شك فيه الى الاصل العملى ومقتضاه عدم سببية العارى عن الشرط المشكوك للاثر الذى يراد ترتيبه عليه وذلك لان السيرة دليل لبى لا بد فيه من الاقتصار على القدر المعلوم وهو ما كان واجداً لجميع شرائط البيع عدا الصيغة.

٣ـ اى سواء قلنا بافادة المعاطات الملك او قلنا بافادتها الاباحة.

٤ـ الوجوه ثلاثة ومرجعها الى ان ادلة اعتبار الشروط فى البيع هل لها اطلاق يشمل البيع العرفى والشرعى اللازم والجايز اولا اطلاق لها من الجهتين اولها الاطلاق من الجهة الثانية دون الاولى فالاول للاول والثانى للثانى والثالث للثالث.

٥ ـ لعدم ثبوت الانصراف الى البيع اللازم مع صدق البيع عليها عرفاً.

شرايط البيع .

ويشهد للثانى[1] ان البيع فى النص والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم وثبت له الخيار فى قولهم البيعان بالخيار مالم يفترقا ونحوه[2] اما على القول بالاباحة فواضح لان المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً فى نظر الشارع والمتشرعة اذ لا نقل فيه عند الشارع فاذا ثبت اطلاق الشارع عليه فى مقام فنحمله على الجرى على ماهو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل فى نظرهم وقد تقدم سابقاً فى تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً بيان ذلك[3] واما على القول بالملك فلان المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار وقولهم ان الاصل فى البيع اللزوم والخيار انما ثبت لدليل وان البيع بقول مطلق من العقود اللازمة وقولهم البيع هو العقد الدال على كذا ونحو ذلك.

وبالجملة فلا يبقى للمتامل شك فى ان اطلاق البيع فى النص والفتوى يراد به ما لايجوز فسخه الا بفسخ عقده بخيار او بتقايل ووجه الثالث[4] مانقدم للثانى على القول بالاباحة من سلب البيع عنه وللاول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ وان لم يكن لازماً ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص فيحمل على البيع العرفى وان لم يفد عند الشارع الا الاباحة وبين ماثبت بالاجماع على اعتباره فى البيع بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين الى العقد اللازم والاحتمال الاول[5] لايخلو عن قوة لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من مع صد.

و اما على القول بالاباحة فلانها لم يثبت الا فى المعاملة الفاقدة للصيغة

١- وهو عدم اشتراط شروط البيع فى المعاطات.

٢- مثل مالو قالوا ان الاصل فى بيع اللزوم.

٣- اى بيان أن المراد هو البيع الصحيح اللازم عند العرف والشرع.

٤- اى التفصيل.

٥- اى اشتراط شروط البيع مطلقا فى المعاطات.

فقط فلاتشمل الفاقدة للشرط الاخر ايضاً [١] ثم انه حكى عن الشهيد ره فى حواشيه على القواعد انه بعد ما منع من اخراج الماخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكوة ثمن الهدى الا بعد تلف العين يعنى العين الاخرى [٢] ذكر انه يجوز ان يكون الثمن والمثمن فى المعاطات مجهولين لانها ليست عقدا و كذا جهالة الاجل و انه لو اشترى امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها [٣] قبل تلف الثمن [٤] انتهى و حكى عنه فى باب الصرف ايضا انه لايعتبر التقابض فى المجلس فى معاطات النقدين [٥] اقول حكمه قدس سره بعدم جواز اخراج الماخوذ بالمعاطات فى الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح الماخوذ بها صريح فى عدم افادتها للملك الا ان حكمه ره بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللا بان المعاطاة ليست عقداً يحتمل ان يكون باعتبار عدم الملك حيث ان المفيد للملك منحصر فى العقد [٦] و ان يكون باعتبار عدم اللزوم [٧] حيث ان الشروط المذكورة شرايط للبيع العقدى اللازم و الاقوى اعتبارها و ان قلنا بالاباحة لانها بيع عرفى و ان لم يفد شرعاً الا الاباحة ومورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لاخصوص العقدى بل تقييدها بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب [٨] و لما عرفت من ان الاصل فى المعاطات بعد القول بعدم الملك الفساد و عدم تاثيره شيئاً خرج ما هو محل

---

١ ـ غير الصيغة وحينئذ لاتخرج هذه المعاملة عن كونها معاملة.

٢ـ لانه لاتبرء ذمته باداء ما لم يكن ملكاً له .

٣ ـ لعدم الصيغة الخاصة المحللة للوطى.

٤ـ اى الثمن فى المعاطات.

٥ـ مع كون الاعطاء من الجانبين و الافلا يتحقق التقابض المشروط ايضا.

٦ـ وليس فى المعاطات عقد حتى يفيد الملك.

٧ـ بناء على افادتها الملك الجايز .

٨ـ لان الغالب هو الغير العقدى.

الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة و بقى الباقى .

و بما ذكرنا [١] يظهر وجه تحريم الربافيه ايضاً و ان خصصنا الحكم [٢] بالبيع [٣] بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يربيها مفيدة للملك لانها معاوضة عرفية وان لم يفد الملك بل معاوضة شرعية اعترف بها الشهيد ره فى موضع من الحواشى حيث قال ان المعاطاة معاوضة [٤] مستقلة جايزة اولازمة انتهى .

و لو قلنا بان المقصود للمتعاطيين الاباحة لا الملك فلا يبعد ايضا جريان الربوالكونها معاوضة عرفاً [٥] فتامل [٦] و اما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور لانها اباحة عندهم فلا معنى للخيار [٧] و ان قلنا بافادة

١ـ من ان المعاطات بيع عرفاً و ان لم تفد شرعاً الا الاباحة.

٢ـ اى حكم حرمة الربا .

٣ـ فضلا عن تعميمه لمطلق المعاوضة الشاملة للاباحة المعوضة كما هو المشهور.

٤ـ غير المعاوضات المعهودة.

٥ ـ لعموم الادلة فى الرباحيث ان المراد منها الزيادة لا الربوى .

٦ـ لعله اشارة الى ان تعميم الربا لمطلق المعاوضات انما تجرى فى المفيدة للملك لا الاباحة لان اطلاق المعاوضة عليها عند العرف لما هو المركوز فى اذهانهم واذا اطلعوا بعدم افادتها الملك لم يطلقوا اسم المعاوضة عليها حينئذ .

٧ ـ لعدم الفائدة فيه لان الخيار فى الضرر بعدم امكان الاسترداد وهو لا يتصور فى الجايز حيث ان الضرر يأتى من ناحية اللزوم ولا لزوم هنا هذا ولكن يشكل بانه لا وجه فى امتناع ثبوت الخيار مع الجواز اذ المصنف نفسه قد التزم بثبوته بناء على الملك مع انها جايزة ايضاً مضافاً الى امكان ترتب الفائدة عليه بعد اللزوم بطرو احد الملزمات من التلف والموت و غيرهما مع انه يكفى فى رفع لغويته جواز اسقاطه بالاسقاط او بالمصالحة فالاولى فى تصحيح العبارة تبديل قوله جايزة بلفظ اباحة كما نقل ذلك عن بعض النسخ المصححة فيكون ←

الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا[1] بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة الا ان اثره يظهر بعد اللزوم و على هذا فيصح اسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم و يحتمل ان يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا يجرى لاختصاص ادلتها[2] بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها[3] كخيار الغبن والعيب[4] بالنسبة الى الرد دون الارش[5] فيجرى[6] لعموم ادلتها .

واما حكم الخيار بعد اللزوم فسياتى بعد ذكر الملزمات الامر الثانى ان

المعنى حينئذ انها لما كانت مفيدة للاباحة عند المشهور فلا معنى للخيار لان الخيار ملك فسخ العقد ولا معنى للفسخ حينئذ لاختصاصه بالاعتباريات الوضعية التى تكون موضوعا للاحكام التكليفية ثم ان تقييده بجريان الخيار قبل اللزوم من جهة تعرضه الخيار بعد اللزوم يذكر فى الامر السابع.

١ ـ اى سواء كان الخيار مخصوصا بالبيع كخيارى المجلس والحيوان اوغيره ثم انه بعد تبديل الاجازة بالاباحة كما ذكرنا لاحاجة فى تصحيح العبارة الى جعل وان وصلية وفاء فيمكن ابتدائية او كونها واوا كما تكلف به بعض المحشيين.

٢ ـ اى الخيارات .

٣ ـ اى غير الخيارات التى تثبت بدليل خاص.

٤ ـ لان ادلتها لا تختص بالمعاملات التى تكون لازمة من غير ناحية الخيار هذا و لكن يشكل بانهما ثابتان بدليل نفى الضرر و هو لا يجرى فيما كان البيع فى نفسه جايزاً

٥ ـ لان الارش ثبت بالدليل الخاص لا بالادلة العامة فيكون حكمه حكم سائر الخيارات فى الاختصاص بما وضع على اللزوم ويمكن ان يكون وجه التقييد للاشارة الى ثبوت الارش مع الغبن والعيب لعدم مانعية عدم لزوم المعاطات عن ثبوت الارش.

٦ ـ اى كل واحد من خيارى العيب و الغبن.

المتيقّن من مورد المعاطات هو حصول التعاطي فعلاً من الطّرفين فالملك او الأباحة في كلّ منهما بالأعطاء[١] فلو حصل الأعطاء من جانب واحد لم يحصل[٢] ما يوجب اباحة الآخر او ملكيّته فلا يتحقّق المعاوضة ولا الأباحة راساً لأنّ كلاً منهما ملك او مباح في مقابل ملكيّة الآخر او اباحته[٣] الّا انّ الظاهر من جماعة من متأخّري المتأخّرين تبعاً للشّهيد في الدّروس جعله من المعاطات ولا ريب انّه لا يصدق معنى المعاطاة[٤] لكنّ هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه[٥] بناء على عموم الحكم لكلّ بيع فعليّ فيكون اقباض احد العوضين من مالكه تمليكاً له بعوض او مبيحاً له[٦] واخذ الآخر له تملكاً له بالعوض او اباحةً له بازائه فلو كان المعطى[٧] هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراء واخذه بيعاً للمثمن به فيحصل الأيجاب والقبول الفعليّين بفعل واحد[٨] في زمان واحد.

ثمّ صحّة هذا على القول بكون المعاطات بيعاً ملكاً واضحة اذ يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطات من الطّرفين[٩] واما على القول بالأباحة فيشكل بانّه بعد

---

١ ـ اي باعطاء احدهما مثمنه واعطاء الاخر ثمنه.

٢ ـ اي في مقابل ملكية مال الاخر للاخر او اباحته والاباحة مصدر المبنى للمفعول.

٣ ـ لما ذكرنا آنفاً.

٤ ـ يعني الاعطاء من طرف واحد لان هيئة المفاعلة تدل على الاشتراك في المبدء و استعمالها في غيره كما في مثل طالعت الكتاب و شايعت زيداً و كاتبته و غيرها لا تدل على الحقيقة.

٥ ـ اي على الاعطاء من طرف واحد.

٦ ـ اي بالاقباض.

٧ ـ ككبرى.

٨ ـ اي بالاعطاء لانه لا اعطاء الا اذا كان مع الاخذ.

٩ ـ والدال عليه هناك هو صدق البيع عليه عرفاً وهو جار هنا ايضاً.

عدم حصول الملك بها الادليل على تأثيرها فى الأباحة[١] اللّهم الآن يدّعى قيام السّيرة عليها كقيامها على المعاطات الحقيقية و ربما يدّعى انعقاد المعاطات بمجرّد ايصال الثّمن واخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلا فضلا عن التّعاطى[٢] كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس فى المكان المعدله اذا علم من حال السّقاء الرّضا بذلك وكذا غير الماء من المحقّرات كالخضريات ونحوها ومن هذا القبيل دخول الحمّام ووضع الأجرة فى كوز صاحب الحمّام مع غيبته فالمعيار فى المعاطات وصول العوضين او احدهما مع الرّضا بالتّصرف و يظهر ذلك من المحقّق الأردبيلى ره ايضاً فى مسئلة المعاطات وسيأتى توضيح ذلك فى مقامه انشاء الله[٣].

ثمّ انّه لو قلنا بانّ اللّفظ الغير المعتبر فى العقد[٤] كالفعل فى انعقاد المعاطات امكن خلوّ المعاطات من الأعطاء و الأيصال راساً فيتقاولان[٥] على مبادلة شيىء[٦] بشيء من غير ايصال ولا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناء على الملك واما على القول بالأباحة فالأشكال المتقدّم[٧] هنا[٨] آكد[٩].

١ـ لان مقتضى الادلة التى لايمكن الاستدلال بها التمليك والمفروض عدم حصوله لها .

٢ـ للصدق العرفى أيضاً باى مبرز كان قولا او فعلا من الطرفين او من طرف واحدا ولم يكن الاعطاء أصلا فى البين.

٣ـ هذا ولكن اخذ الماء ووضع الفلس وكذا غيره فى محل اعطاء ثمنها.

٤ـ من جهة كونه فاقداً لبعض الشرائط .

٥ ـ يعنى بالقول الذى هو غير لفظ بعت وقبلت .

٦ـ اى بقصد انشاء المعاملة المقصودة .

٧ـ فى الاعطاء من طرف واحد .

٨ ـ اى فى عدم الاعطاء والايصال من الطرفين .

٩ـ هذا الامر فى الشبهة المفهومية سعة وضيقاً .

الثالث تميز البايع من المشترى فى المعاطات الفعلية[١] مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح فان صاحب الثمن هو المشترى ما لم يصرّح بالخلاف[٢].

واما مع كون العوضين من غيرها[٣] فالثمن ماقصد اقيامه مقام الثمن فى العوضية فاذا اعطى الحنطة فى مقابل اللحم قاصدا انّ هذا المقدار من الحنطة يسوّى درهماً هو ثمن اللحم فيصدق عرفا انّه اشترى اللحم بالحنطة واذا انعكس انعكس[٤] الصدق فيكون المدفوع بنيّة البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه هو المشترى ولو لم يلاحظ الآ كون احدهما بدلاً عن الآخر[٥] من دون نيّة قيام احدهما مقام الثمن فى العوضية اولوحظ القيمة فى كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدلّ على كون احدهما بالخصوص بايعاً ففى كونه بيعاً وشراءً بالنسبة الى كلّ منهما بناء على ان البيع لغة كما عرفت[٦] مبادلة مال بمال والاشتراء ترك شيء والاخذ بغيره كما عن بعض اهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم انّه باعه بحنطة وانّه اشترى الحنطة فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة.

نعم لايترتّب عليهما احكام البايع ولا المشترى لأنصرافهما فى ادلّة تلك

---

١ ـ لا اللفظية لان قائل بعت فيها البائع وقائل اشتريت هو المشترى.

٢ ـ فاذا صرح خلاف ذلك بان اشترى من الصراف دنانير مثلا بالمتاع يكون صاحب الدراهم حينئذ بايعاً وصاحب المتاع مشترياً اويكون كل واحد من البايع والمشترى فى بيع الصرف مشترياً.

٣ ـ اى من غير النقود بان كانت المعاملة بين العروض.

٤ ـ فيكون صاحب اللحم مشترياً وصاحب الحنطة بايعا.

٥ ـ وكان كلاهما نقداً معاً اوعرضا كذلك.

٦ ـ فى تعريف المصباح.

الاحكام الى من اختص بصفة البيع او الشراء فلا يعمّ من كان فى معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين او كونه بيعاً بالنّسبة الى من يعطى اوّلا الصدق الموجب عليه وشراء بالنّسبة الى الاخذ لكونه قابلاً عرفاً او كونها معاطاة مصالحة لأنّها بمعنى التّسالم على شىء ولذا حملوا الرّواية الواردة فى قول احد الشّريكين لصاحبه لك ماعندك ولى ما عندى على الصّلح او كونها معاوضة مستقلّة[1] لايدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لايخلو ثانيها عن قوّة لصدق تعريف البايع لغة و عرفاً على الدّافع اوّلا دون الآخر و صدق المشترى على الآخذ اوّلا دون الآخر[2] فتدبّر[3] الرّابع انّ اصل المعاطاة وهى اعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه[4]

---

١ ـ لاية تجارة عن تراض منكم .

٢ـ ولان المبيع هو المعوض .

٣ـ اى تدبر ضعف وجوه الثلاثة (اما) ضعف الوجه الاول فلان فى المعاملة الواحدة لايمكن ان يكون كل واحد منهما بايعا ومشتريا لما عرفت من ان البيع تمليك العين (واما) ضعف وجه الثالث فلان كونه صلحاً موقوف على ان يكون قصدهما من الاعطاء والاخذ هو التسالم لا البيع (واما) ضعف وجه الرابع فلعدم العلم بشموله تحت الايه وسائر الادلة مع انه اذا كان قصدهما التبديل يكون بيعا لاغير فيبقى الوجه الثانى فى القوة هذا ويشكل الوجه الثانى ايضاً بانه يمكن ان يقصد المعطى اولا قبول الايجاب المتاخر لجواز تقديم القبول على الايجاب.

٤ـ ان قلت الوجوه المتصورة هنا ازيد من ذلك بل قد يبلغ العشر لان المبادلة اما ان يكون بين المالين او بين الفعلين او بين مال وفعل فما كان بين المالين اما ان يكون فى ملكيتها او فى اباحتها او بالاختلاف وكذا ما كان بين الفعلين اما ان يكون بين تمليكين او بين اباحتين او بين تمليك واباحة وما كان بين مال وفعل صوره اربع لان الفعل اما ان يكون اباحة أو تمليكاً والمال اما ان يجعل عوضاً فى كونه ملكا او مباحاً.

قلنا: ان غرض المصنف من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصورة التى فيها اشكال و ذلك منحصرة فى الاربع الذى تعرض بها المصنف .

احدهما ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر فى اخذه قابلاً و متملّكاً بازاء مايدفعه[١] فلايكون فى دفعه العوض انشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملّكه فيكون الأيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها فدفع العين الثانى خارج عن حقيقة المعاطات فلومات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطات وبهذا الوجه صحّحنا سابقاً عدم توقّف المعاطات على قبض كلا العوضين فيكون اطلاق المعاطات عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لامن حيث كونها متقومة بالعطاء من الطّرفين ومثله فى هذا الأطلاق لفظ المصالحة والمساقات و المزارعة والمواجرة وغيرها[٢] وبهذا الأطلاق يستعمل المعاطات فى الرّهن والقرض و الهبة وربّما يستعمل فى المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء[٣] وفى صحّته تأمّل[٤]

ثانيها ان يقصد كلّ منهما تمليك الآخر ماله بازاء تمليك ماله اياه فيكون تمليك بازاء تمليك فالمقابلة بين التّمليكين لا الملكين[٥] والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطّرفين فلومات الثّانى قبل الدّفع لم يتحقّق المعاطات[٦] وهذا بعيد عن معنى

١- بان يقصد احد هما تبديل ماله بمال الاخر الذى هو بيع حقيقة ويقصد الاخر تملك ما اعطاه البايع مطابقة الذى لازمه تمليك ماله للبايع غاية الامر الاول بالاصالة والثانى بالتبعية وهذا هو المبادلة بين المالين.

٢- فان المبدء انما يقوم فى كلها باحد المتعاقدين .

٣- كما مر فى ذيل التنبيه الثانى من تعارف اخذ المال مع غيبة السقاء ودخول الحمام مع غيبة صاحبه .

٤- من جهة عدم الدليل على صدق البيع بذلك بل وعدم انشآء تمليك اصلا اذلم يصدر منهما الا التباني فقط .

٥- كما فى الوجه الاول.

٦- لانه كالموت بين الايجاب والقبول وذلك لكون انشاء القبول بالتمليك الثانى .

البيع[١] وقريب الى الهبة المعوّضة[٢] لكون كلّ من المالين خالياً عن العوض[٣] لكن اجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل اذ لو لم يملكه الثّانى هنا لم يتحقّق التّمليك من الأوّل لأنّه انّما ملكه بازاء تمليكه فما لم يتحقّق تمليك الثّانى لم يتحقّق تملّكه[٤] الآن يكون تمليك الآخر له ملحوظا عند تمليك الأوّل على نحو الدّاعى لا العوض فلا يقدح تخلّفه[٥] فالأولى ان يقال انّها مصالحة[٦] و تسالم على امر معيّن او معاوضة مستقلة[٧].

ثالثها ان يقصد الأوّل اباحة ماله بعوض[٨] فيقبل الآخر باخذه اياه[٩] فيكون الصّادر من الأوّل الأباحة بالعوض و من الثّانى بقبوله لها التّمليك[١٠] كما لو صرّح بقوله ابحت لك كذا بدرهم.

١ـ لان المبيع فى البيع من الاعيان و التمليك هنا من الافعال و بعبارة اخرى ان البيع هو البدلية بين المالين لا بين التمليكين.

٢ـ حيث ان العوض فى الهبة يكون ملحوظا على وجه الداعى و الشرطية لا المقابلة.

٣ ـ لان العوض الشرط و هو تمليك الاخر لا المال.

٤ ـ حاصله ان التمليك هنا فى مقابل تمليك الاخر مع البدل واما حقيقة الهبة معوضة كانت او غيرها فهى عبارة عن العطية بلا بدل فقوامها بالمجانية مع ان الايجاب و القبول لا بد فى الهبة و ليسا هنا اصلا.

٥ـ اى تخلف الشرط فيصير من قبيل الهبة المعوضة.

٦ـ اى المعاملة بين التمليكين.

٧ ـ لا بيعا لان البيع هو التبديل بين المالين لا التمليكين.

٨ـ فيكون العوض ملكاً للمبيح فى قبال اباحته لا فى قبال العين المباحة كما فى الوجه الاول.

٩ ـ فتقع المعاوضة بين الاباحة و التمليك.

١٠ـ اى تمليك العوض فى مقابل الاباحة تملكا ضمنياً.

رابعها ان يقصد كلّ منهما الأباحة بازاء اباحة آخر فيكون اباحة بازاء اباحة او اباحة لداعي اباحة على ماتقدّم نظيره فى الوجه الثانى من امكان تصوّره على نحو الدّعى وعلى نحو العوضيّة[1] وكيف كان فالأشكال فى حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما و منشأ الأشكال اوّلاً الأشكال فى صحّة اباحة جميع التّصرّفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف بان يقول ابحت لك كلّ تصرّف من دون ان يملّكه العين[2] وثانياً الأشكال[3] فى صحّة الأباحة بالعوض الرّاجعة الى عقد مركّب من اباحة وتمليك فنقول امّا اباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على الملك فالظّاهر انّها لاتجوز اذ التّصرف الموقوف على الملك لايسوغ لغير المالك[4]. بمجرّد اذن المالك فانّ اذن المالك ليس مشرّعاً وانّما يمضى[5] فيما يجوز شرعاً فاذا كان بيع الأنسان مال غيره لنفسه بان يملّك الثّمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول[6] كما صرّح به العلّامة فى القواعد فكيف يجوز للمالك ان يأذن فيه[7] نعم يصحّ

١ـ يعنى تكون الاباحة مقابلة المال لا بالتمليك الذى هو فعل آخر.

٢ ـ و ذلك لانه لا يجوز للمالك التصرف باباحة امواله الى شخص الا انه ليس له اباحة مالم يسوغه الشارع هذا الملك لغيره وعموم الناس مسلطون ناظر الى الاموال لا الى الاحكام وهذا الاشكال وارد بكلا القسمين الاخيرين.

٣ـ حاصله خروج هذه المعاملة عن المعاملات المعهودة شرعاً.

٤ـ لماذكرنا.

٥ـ يعنى اذن المالك.

٦ـ لزوم تبديل المالين والمالكين جمياً وهذا هو المركب من العقدين وهما البيع والهبة لان الهبة عبارة عن تبديل المالكين والبيع هو تبديل المالين لا المالكين.

٧ـ يعنى بان يأذن المالك للغير فى بيع ماله لنفسه وذلك لانه لا بيع الا فى الملك و الغير ليس بمالك مع عدم وكالة فى البيع من المالك ولادل عليه دليل.

ذلك باحدوجهين كلاهما فى المقام مفقود.

احدهما ان يقصد المبيح بقوله ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك ان ينشأ توكيلا له فى بيع ماله[١] ثم نقل الثمن الى نفسه[٢] بالهبة او فى نقله اوّلا الى نفسه ثم بيعه[٣] او تمليكا له[٤] بنفس هذه الأباحة فيكون انشاء تمليك له ويكون بيع المخاطب[٥] بمنزلة قبوله كما صرّح فى التذكرة بان قول الرّجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لتمليكه واعتاق المولى عنه جواب لذلك الأستدعاء فيحصل النّقل والانتقال بهذا الأستدعاء والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق آناً ماّ فيكون هذا بيعاً ضمنيّاً، لايحتاج الى الشّروط المقرّرة لعقد البيع[٦] ولاشكّ انّ المقصود فيما نحن فيه ليس الأذن فى نقل المال الى نفسه اوّلاً ولا فى نقل الثّمن اليه ثانياً[٧] ولا قصد التّمليك بالأباحة المذكورة[٨]

١ـ يعنى فى بيع مال المبيح للمباح له.

٢ـ اى المباح له وحاصله توكيل المبيح المباح له فى البيع.

٣ـ فيكون ايجاب البيع من المباح له قبولا للوكالة ونقلا للعين من المالك الى نفسه بيعاً اوهبة وقبولا منه له.

٤ـ عطف على قوله يقصد يعنى اويقصد المبيح تمليك ماله للمباح له.

٥ـ اى المباح له.

٦ ـ من الايجاب والقبول وغيرهما نعم فرق بينهما بان قول القائل اعتق عبدك عنى قبول مقدم وعتق المالك ايجاب للتمليك وشروع المباح له فى البيع قبول لذلك الايجاب فبالشروع يملك وبتمامه ينتقل العين منه الى المشترى فيملك الثمن ثم استشكل المصنف على نفسه الراجع الى الوجه الاول المشتمل على توكيله فى البيع للمالك ثم نقل الثمن الى نفسه بقوله ولاشك الخ.

٧ـ شروع فى بيان فقدان الوجه الاول المشتمل على توكيله فى البيع للمالك ثم نقل الثمن

٨ـ هذا نفى الوجه الاخير وهو كون الاباحة ايجاباً وصدور البيع من المباح له قبولا.

ولاقصد المخاطب التملّك عندالبيع حتّى يتحقّق تمليك ضمنىّ مقصود للمتكلّم و- المخاطب كما كان مقصوداولو اجمالافى مسئلة اعتق عبدك عنّى[١] ولذاعدّالعامّة و- الخاصّة من الأصوليّين دلالة هذاالكلام على التّمليك من دلالة الاقتضاء التى عرّفوها بانّها دلالة مقصودة للمتكلّم يتوقّف صحّة الكلام عقلاً اوشرعاً عليه فمثّلوا للعقلى بقوله- تعالى واسئل القرية[٢] وللشرعى بهذاالمثال[٣] ومن المعلوم بحكم الفرض انّ المقصود فيمانحن فيه ليس الامجرد الاباحة[٤].

الثانى ان يدلّ دليل شرعىّ على حصول الملكيّة[٥] للمباح له بمجرّد الأباحة فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له[٦] عندارادة البيع[٧] آناً ما قبيع البيع فى ملكه اويدلّ دليل شرعىّ على انتقال الثّمن عن المبيح بلافصل بعدالبيع ويكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص آناً ما لايقبل غير العتق[٨] فانه حينئذيقال بالملك المقدر آناً ما للجمع بين الأدلّة وهذاالوجه مفقود فيما نحن فيه[٩] اذالمفروض انه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الأباحة العامّة واثبات صحته بعموم مثل النّاس مسلّطون على اموالهم يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاها لقواعد اخر مثل توقّف انتقال الثّمن الى الشّخص على كون المثمن مالاً له وتوقّف صحّة العتق على الملك وصحّة الوطى على التّحليل بصيغة خاصّة

١ـ هذا نفى للوجه الثانى يعنى جعله وكيلا فى نقل العين الى نفسه ثم بيعه .

٢ـ فانه لابدمن تقدير الاهل .

٣ـ اى اعتق عبدك عنى .

٤ـ ولا يحصل بها الملك .

٥ـ اى ملكه الثمن .

٦ـ اى للمباح له .

٧ـ اى ارادة المباح له .

٨ـ اى وجه الجمع .

٩ ـ لمامر .

لابمجرد الاذن فی مطلق التصرف[١] .

و لأجل ماذکرنا صرّح المشهور بل قیل لم یوجد خلاف فی انّه لو دفع الی غیره مالا وقال اشتر به لنفسك طعاماً من غیر قصد الاذن فی اقتراض المال قبل الشّراء او اقتراض الطّعام او استیفاء الدّین منه بعد الشّراء[٢] لم یصحّ کما صرّح به فی مواضع من القواعد وعلّله فی بعضها بانّه لا یعقل شراء شیء لنفسه بمال الغیر وهو کذلك فانّ مقتضی مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض فی ملك من خرج المعوض عن ملکه والا لم یکن عوضاً وبدلاً[٣] ولما ذکرنا حکم الشّیخ وغیره بانّ الهبة الخالیة عن الصّیغة تفید اباحة التّصرف لکن لا یجوز وطی الجاریة[٤] مع انّ الاباحة المتحقّقة من الواهب یعمّ جمیع التّصرفات وعرفت ایضاً انّ الشّهید فی الحواشی لم یجوّز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الخمس والزّکوة وثمن الهدی ولا وطی الجاریة مع انّ مقصود المتعاطیین الأباحة المطلقة[٥] .

ودعوی انّ الملك التّقدیری هنا ایضاً لا یتوقّف علی دلالة دلیل خاصّ بل یکفی الدّلالة بمجرّد الجمع بین عموم النّاس مسلّطون علی اموالهم الدّالّ علی جواز هذه الاباحة المطلقة وبین ادلّة توقّف مثل العتق والبیع علی الملك نظیر الجمع بین الأدلّة فی الملك

---

١ ـ ومعلوم انه بعد التزاحم تکون هذه القواعد حاکمة علی دلیل السلطنة لعدم کون السلطنة مشرعاً مع ان دلیل السلطنة لا یثبت الملکیة بل تثبت صحة التصرف فقط.

٢ ـ بان یشتری الطعام فی الذمة ثم یؤدی دینه من هذا المال الذی دفعه الغیر الیه لیکون المراد من الاستیفاء الوفاء .

٣ـ کما تدل علیه دخول الباء للعوضیة إن قلت یطلق علی بیع الغاصب لنفسه البیع مع ان المعوض للغیر قلت نعم ولکن هذا من جهة ادعائه الملکیة فیه و الافلا یصدق فیه ایضا .

٤ـ لتوقفه علی الملك .

٥ـ ای ما یکون فی ضمن التملیك.

التقديري مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه امضاء الشارع لأباحة المالك كل تصرف جايز شرعاً فالأباحة وان كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الأباحة المطلقة الا ما هو جايز بذاته في الشريعة ومن المعلوم ان بيع الأنسان مال غيره لنفسه غير جايز بمقتضى العقل والنقل الدال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض فلا يشمله العموم في الناس مسلطون على اموالهم حتى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آناً ما[1].

وبالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير اوعتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلطون على اموالهم الدال على امضاء الأباحة المطلقة من المالك على اطلاقها[2] نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد اذا نذر عتق عبد غيره له اولنفسه[3] فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر[4] نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث امكن تخصيص كل منهما بالأجل الآخر امكن الجمع بينهما[5]

١ـ لا يخفى ان هذه الدعوى عين ماذكره بقوله واثبات صحته بعموم الناس مسلطون، فيكون تكرار الماسبق ولعل واوو دعوى اشتباه من النساخ والصحيح فدعوى .

٢ـ لانه رافع للجواز الماخوذ موضوعاً لعموم السلطنة .

٣ـ لان دليل النذر مخصوص بغير المحرمات الشرعية فدليل عدم جواز عتق عبد الغير اقتضى سلب القدرة عليه وهي شرط في صحة النذر لان الممتنع لا يكون موضوعاً لاضافة الملكية التي يتضمنها النذر فيكون المراد من الحكومة ما يعم الورود ايضا .

٤ـ لانه بعد تقييد دليل اوفوا بالنذر ربما دل على رجحان المتعلق كانت ادلة المحرمات واردة عليه .

٥ـ اى بين دليل صحة الشراء وبين قاعدة توقف المعاوضة على دخول العوض في ملك مالك المعوض.

بالقول بحصول الملك القهرىّ آناًماً فتامّل[١].

واما حصول الملك فى الآن المتعقّب بالبيع والعتق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب اواعتقه فليس ملكاً تقديريّاً نظير الملك التّقديرى فى الدّية بالنّسبة الى الميّت[٢] اوشراء العبد المعتق عليه بل هو ملك حقيقىّ حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع[٣] عن الرّجوع قبله فى الآن المتّصل بناء على الأكتفاء بمثل هذا فى الرّجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه[٤] وبالجملة فما نحن فيه لا ينطبق على التّمليك الضّمنى المذكور[٥] اوّلاً فى اعتق عبدك عنّى لتوقّفه على القصد ولا على الملك المذكور ثانياً فى شراء من ينعتق عليه لتوقفه على التّنافى بين دليل التسلّط ودليل توقّف العتق على الملك وعدم حكومة الثّانى على الأوّل[٦] و لا على التّمليك الضّمنى المذكور ثالثاً فى بيع الواهب

---

١ ـ اما اشارة الى عدم وجود الدليل الخاص على صحة هذه الاباحة المطلقة حتى يتعارضان اواشارة الى ان مقتضى القاعدة على فرض التعارض التخصيص لا الجمع المذكور.

٢ ـ يعنى فى تقدير دية النفس كونها ملكا للميت حال حيوته ويكون القتل للملكية ملحوظاً بنحو الشرط المقارن لا بنحو الشرط المتأخر فتكون الدية كسائر امواله فيرثها ورثته و تنفذ منها وصاياه وتوفى منها ديونه لان الميت تملكها بعد الموت لانه حينئذ لا تجرى عليها الاحكام المذكورة بل يتعين صرفها فى وجوه القرب كما يصرف لذلك دية الجناية على الاعضاء بعد الموت لانه يملكها بعد الموت لا بالملكية التقديرية وكيف كان فهو ايضا من جهة الجمع بين ما دل على توقف الارث على الملك و بين ما دل على ان دية الميت للوارث.

٣ ـ بان يقال أن مناط الفسخ والامضاء هو الرضاء الباطنى المستكشف بالتصرف فلكون التصرف واقعاً فى ملكه كفاية نية الفسخ.

٤ لانه لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكى تكشف عن الملكية آناما ملكية تحقيقية قبل تحقق ذلك التصرف.

٥ ـ يعنى فى الوجه الاول والملكية فيه مجعولة ابتداء من المتعاقدين.

١ ـ يعنى لتوقف انطباق ما نحن فيه على الملك التقديرى على التنافى المذكور.

وذى الخيار لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً[1] بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق الآ حكم ببطلان الأذن فى بيع ماله لغيره سواءٌ صرّح بذلك كما لو قال بع مالى لنفسك او اشتر بمالى لنفسك ام أدخله فى عموم قوله: ابحث لك كلّ تصرّف فاذا باع المباح له على هذا الوجه[2] وقع البيع للمالك امّا لازماً بناء على انّ قصد البايع البيع لنفسه غير مؤثّر او موقوفاً على الأجازة بناءً على انّ المالك لم ينو تملّك الثّمن[3].

هذا ولكنّ الذّى يظهر من جماعة منهم قطب الدّين والشّهيد ره فى باب بيع الغاصب انّ تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثّمن و الأذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وانّه يملك المثمن بدفعه اليه[4] فليس للمالك اجازة هذا الشّراء و يظهر ايضاً من محكىّ لف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة انّ له وطى الجارية مع علم البايع بغصبيّة الثّمن فراجع ومقتضى ذلك ان يكون تسليط الشّخص لغيره على ماله وان لم يكن على وجه الملكيّة يوجب جواز

١ـ وهو ارادة حصول الملك قبل التصرف بالبيع المستكشف به الموجودة فى بيع الواهب وذى الخيار المفقودة فيما نحن فيه اذ المفروض عدم قصد المالك التمليك وعدم قصد مباح له التملك عند التصرف فى البيع ونحوه.

٢ـ يعنى بوجه الاباحة فى مقابل التمليك اوالاباحة فى مقابل الاباحة.

٣ـ توضيحه ان نية البايع البيع لنفسه ان كانت مقومة ومؤثرة بطل العقد ولو مع الاجازة لما سبق من امتناع المعاوضة و انكانت غير مؤثرة و لامقومة صح بلا اجازة بناء على الاكتفاء بالاباحة الصادرة من المالك قبل البيع او بشرط الاجازة بناء على عدم الاكتفاء بها لاختصاصها بالبيع للمباح له وهو لا يمكن وقوعه ولا تشمل البيع للمالك

٤ـ ضمير انه راجع الى الغاصب وضمير يدفعه الى المشترى من باب اضافة المصدر الى فاعله ومفعوله الذى هو الثمن محذوف ويمكن ان يرجع الى الثمن والفاعل الذى هو المشترى يكون محذوفاً.

التّصرفات المتوقّفة على الملك فتامّل[١] وسيأتى توضيحه فى مسئلة الفضولى انشاء الله.

و امّا الكلام فى صحّة الأباحة بالعوض[٢] سواء صحّحنا اباحة التّصرفات المتوقّفة على الملك ام خصّصنا الأباحة بغيرها فمحصّله: انّ هذا النّحو من الأباحة المعوّضة ليست، معاوضة ماليّة[٣] ليدخل كلّ من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح[٤] الّا ان المباح له يستحقّ التّصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً[٥] مع التّامّل فى صدق التّجارة عليها فضلاً عن البيع[٦] الّا ان يكون نوعاً من الصّلح لمناسبته له لغةً لأنّه فى معنى التّسالم على امر[٧] بناءً على أنّه لايشترط فيه لفظ الصّلح[٨] كما يستفاد

١ـ لعله اشارة الى ان نظر الفقهاء فى كون الغاصب مالكا للثمن مع علم المشترى من جهة انه قد سلطه عليه مجانا ليكون الشراء واقعاً فى ملكه لا فى ملك غيره اوالى منع هذه النسبه الى الفقهاء.

٢ـ يعنى فى مقابلة الاباحة مع الملك اى بجعل الاباحة مشروطة بالتمليك الاخر له ماله او بتعليقه عليه او بضمان المثل اوالمسمى اوالقيمة.

٣ـ لاختصاصها بالاموال و الاباحة ليست منها بل والتمليك ايضا لان الاباحة والتمليك يقصدان غرضا باعتبار موضوعهما وليسا من محط الاغراض العقلائية.

٤ـ اما المباح فلبقائه على ملك المبيح اذلم يصدر منه الا الاباحة وليست موجبة للخروج عن الملك واما العوض فلان المقصود من عوضيته للاباحة هو كونه ملكاً للمبيح.

٥ـ لانها عبارة عن انشاء تمليك عين بمال والمقام هو تبديل الاباحة بالمال فلايصح للاصل ولان مثل اوفوا بالعقود مختص بالعقود المتعارفة.

٦ـ لان التجارة وان كانت هى مطلق التكسب الا انه لابدان يكون التكسب من الطرفين والمباح له هنا لم يكتسب ملكا ومطلق استيفاء المنافع ليس تكسبا.

٧ـ فتعمه حينئذ ادلته و يحكم باللزوم.

٨ـ بل قلنا بكفاية كل لفظ اوفعل يدل عليه.

من بعض الأخبار الدالّة على صحّته بقول المتصالحين: لك ماعندك ولى ما عندى و نحوه ماورد فى مصالحة الزّوجين و لو كانت معاملة مستقلّة [١] كفى فيها عموم النّاس مسلّطون على اموالهم و المؤمنون عند شروطهم و على تقدير الصّحة ففى لزومها مطلقا [٢] لعموم المؤمنون عند شروطهم او من طرف المباح له حيث انّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث انّ ماله باق على ملكه فهو مسلّط عليه او جوازها مطلقا وجوه اقويها اوّلها [٣] ثمّ اوسطها [٤] و اما حكم الأباحة بالأباحة فالأشكال فيه ايضاً يظهر ممّا ذكرنا فى سابقه [٥] و الأقوى فيها ايضاً الصّحة و اللّزوم للعموم او الجواز من الطّرفين لأصالة التّسلّط.

الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود [٦] و عدمه [٧] اعلم انه ذكر المحقّق الثّانى ره فى جامع المقاصد على ما حكى عنه انّ فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطات فى الأجارة و كذا فى الهبة و ذلك لأنّه اذا امره بعمل على عوض معيّن فعمله استحقّ الأجرة و لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل و لم يستحقّ اجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك

١ـ لكفاية آية التجارة وان لم يكن فيها لفظ مخصوص .

٢ ـ سواء كان من طرف المبيح اومن طرف المباح له لاصالة اللزوم بعد صحة هذه المعاملة .

٣ـ لعموم المؤمنون عند شروطهم .

٤ـ لان المباح له قد اخرج ماله عن ملكه دون المبيح فان ماله باق على ملكه و مسلط عليه .

٥ ـ فى قوله خروجها عن المعاوضات المعهودة .

٦ـ بناء على كون المعاطات على طبق القاعدة يشملها العمومات الخاصة والعامة

٧ ـ وذلك بناء على ان صحة المعاطات فى البيع كانت تعبداً شرعياً من الاجماع والسيرة .

وكذا لو وهب بغير عقد فانّ ظاهرهم جواز الأتلاف و لو كانت هبةً فاسدةً لم يجز بل منع من مطلق التصّرف وهو ملحظ وجيه انتهى.

وفيه انّ معنى جريان المعاطاة فى الأجارة على مذهب المحقّق الثانى الحكم بملك المامور الأجر المعيّن على الآمر و ملك الآمر العمل المعيّن على المأمور به ولم نجد من صرّح به فى المعاطاة[1] واما قوله لو كانت اجارةً فاسدةً لم يجز له العمل فموضع نظر لأنّ فسادا لمعاملة لايوجب منعه عن العمل سيّما اذا لم يكن العمل تصرّفاً فى عين من اموال المستاجر[2] وقوله لم يستحقّ اجرةً مع علمه بالفساد ممنوع لانّ الظاهر ثبوت اجرة المثل لأنّه لم يقصد التبرّع[3] و انّما قصد عوضاً لم يسلم له واما مسئلة الهبة[4] فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لايدلّ على جريان المعاطاة فيها الاّ اذا قلنا فى المعاطات بالأباحة فانّ جماعة كالشيخ والحلّى والعلامة صرّحوا بانّ اعطاء الهدية من دون الصّيغة يفيد الأباحة دون الملك لكنّ المحقّق الثانى ره ممن لايرى بكون المعاطات عند القائلين بها مفيدةً للأباحة المجرّدة و توقّف الملك فى الهبة

١ـ اى بالملك بل نظرهم الى انه من باب استيفاء العمل بالامر المعاملى الموجب لضمان المثل او القيمة لو لم يعين له اجرة والا فالمسمى لا من باب الاجارة .

٢ـ كما اذا امره بكنس المسجد او المدرسة بالاجرة .

٣ـ لقاعدة احترام عمل المسلم وان كان عالماً بالفساد فان علمه به انما يوجب علمه بعدم استحقاق الاجرة المسماة لانه يوجب بذله لعمله مجاناً ولعل مراد جامع المقاصد استحقاق الاجرة المسماة مطلقا وليس هذا من التصرف فى مال الغير بغير اذنه لوجود العقد وان كان فاسداً .

٤ـ حاصله ان جريان المعاطات فى الهبة متوقف على القول بافادة المعاطات الاباحة حيث ان جواز الاتلاف يكفى فيه الاباحة مع ان المحقق قائل بافادتها الملك واتفق الفقهاء على ان الهبة لاتفيد الملك الا بالايجاب و القبول اللفظيين .

على الأيجاب و القبول كادان يكون متفقاً عليه[١] كما يظهر من المسالك[٢]

و ممّا ذكرنا[٣] يظهر المنع فى قوله بل مطلق التّصرّف هذا ولكنّ الأظهر بناء على جريان المعاطات فى البيع[٤] جريانها فى غيره من الأجارة و الهبة لكون الفعل مفيداً اللتّمليك فيهما[٥] وظاهر المحكىّ عن التّذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال فى باب الرّهن انّ الخلاف فى الأكتفاء فيه بالمعاطاة والأستيجاب و الأيجاب عليه المذكور فى البيع آت هنا انتهى لكن استشكله فى محكىّ مع صدّ بانّ البيع ثبت فيه حكم المعاطات بالأجماع بخلاف ماهنا ولعل وجه الاشكال عدم تأتّى المعاطاة بالأجماع فى الرّهن على النّحو الذّى اجروها فى البيع لأنّها هناك اما مفيدة للأباحة او الملكية الجايزة على الخلاف والأوّل غير متصوّر هنا[٦]

و امّا الجواز فكذلك لأنّه ينافى الوثوق الذّى به قوام مفهوم الرّهن خصوصا بملاحظة انّه لايتصوّر هنا ما يوجب رجوعها الى اللّزوم ليحصل به الوثيقة فى بعض الأحيان و ان جعلناها مفيدة للّزوم كان مخالفاً لما اطبقوا عليه من توقّف

١ـ هذا اشكال آخر على المحقق الثانى غير الاشكال الاول فانه كان اشكالا على استدلاله على مدعاه وهذا اشكال على نفس المدعى .

٢ـ قال فيها فى كتاب الهبة وظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقا الى العقد القولى فى الجملة فعلى هذا مايقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على ايجابها وقبولها لايفيد الملك بل مجرد الاباحة هذا ولكنه بعد هذا الكلام مال الى جريان المعاطات فى الهدية وانها تفيد الملك المتزلزل فراجع .

٣ـ اى فى منع عدم جواز الاتلاف لو كانت هبة فاسدة فان الفساد الذى هو عدم ترتب الملك لايقتضى المنع من سائر التصرفات .

٤ـ يعنى على نحو توجب الملك .

٥ـ فيشمله عموم الصحة .

٦ـ لعدم اجماع آخر غير اجماع البيع حتى يفيد الاباحة التعبدية .

العقود اللّازمة على اللّفظ و كأنّ هذا هو الّذى دعا المحقّق الثّانى الى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الأجارة و الهبة و القرض و الاستشكال فى الرّهن نعم من لايبالى مخالفة ماهو المشهور بل المتفّق عليه بينهم من توقّف العقود اللّازمة على اللّفظ او حمل تلك العقود على اللّازمة من الطّرفين فلا يشمل الرّهن ولذا جوّز بعضهم الأيجاب بلفظ الأمر كخذه والجملة الخبريّة امكن ان يقول بافادة المعاطات فى الرّهن اللّزوم لأطلاق بعض ادلّة الرّهن و لم يقم هنا اجماع على عدم اللّزوم كما قام فى المعاوضات ولأجل ما ذكرنا فى الرّهن يمنع من جريان المعاطات فى الوقف بان يكتفى فيه بالأقباض لأنّ القول فيه باللّزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقّف اللّزوم على اللّفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشّارع فتأمّل [1] نعم احتمل الأكتفاء بغير اللّفظ فى باب وقف المساجد من الذّكرى تبعاً للشّيخ ره ثمّ انّ الملزم للمعاطات فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع [2] كما سنبّه به بعد هذا الأمر .

السّادس فى ملزمات المعاطات على كلّ من القول بالملك و القول بالأباحة اعلم انّ الأصل على القول بالملك اللّزوم [3] لما عرفت من الوجوه الثّمانية المتقدّمة [4]

١ـ لعله اشارة الى ان عدم معروفية الجواز فيه غير مانع والا فيأتى هذا فى البيع ايضا لكونه كالوقف مبنياً على اللزوم مضافاً الى ان القبض عند بعضهم شرط فى اللزوم .

٢ـ يعنى هو الملزم فى المعاطات التى تكون فى البيع لاطرادوجه اللزوم فى المعاطات على نحو غيره .

٣ـ عند الشك فى ارتفاع الملكية وبقائها .

٤ـ فى ملزمات المعاطات الدالة على لزوم جميع العقود التى منها المعاطات ان قلت ان الاصل انما ينفع مع قطع النظر عن الاجماع على الجواز واشتراط اللزوم بالصيغة المفروض فى المقام وجود الاجماع قلنا مضافاً الى عدم ثبوت الاجماع التعبدى ان المصنف فى صدد بيان ملزمات المعاطات بعد ثبوت الاجماع على جوازها لكن ليس مفاد الاجماع ✓

واما على القول بالأباحة فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلّط النّاس على اموالهم و اصالة سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطات وهى حاكمة على اصالة بقاء الأباحة الثّابتة قبل رجوع المالك[1] لوسلّم جريانها[2].

اذا عرفت هذا فاعلم انّ تلف العوضين ملزم اجماعاً على الظّاهر المصرّح به فى بعض العبايرا مّا على القول بالأباحة فواضح[3] لانّ تلفه من مال مالكه و لم يحصل من يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه وتوهّم جريان قاعدة الضّمان باليد هنا مندفع بما سيجيء.

واما على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللّزوم والمتيقّن من مخالفتها

هو الجواز فى زمان دون زمان حتى يقال انه بعد ثبوت الجواز من اول الامر لامعنى للرجوع الى العمومات وانما المرجع هو استصحاب حكم المخصص بل معقد الاجماع مر حصة خاصة من الجواز وهى حل العقد بتراد العينين.

١ـ لانها اصل سببى واستصحاب الاباحة اصل مسببى.

٢ـ وجه عدم الجريان احتمال ان يكون موضوع الاباحة الشرعية هو تمليك المالك حدوثاً وبقاء فاذا رجع فى تمليكه لم يبق موضوع للاباحة الشرعية اولاحتمال كون الشك فى موردها من قبيل الشك فى المقتضى.

٣ـ توضيحه أن الرجوع بناء عليه هذا القول ان كان بالعين فهو ممتنع لانها تالفة وان كان ببدلها فهو يتوقف على ضمانها ولا دليل على الضمان الا دليل اليد وهو مخدوش كما يأتى فيكون المرجع اصل البراءة فقط لا يقال انما اختاره هنا ينافى ماذكره فى الامر الرابع من اللزوم فلا بدان يتمسك هنا ايضا بقوله المؤمنون عند شروطهم على اللزوم كما تمسك به هناك فانه يقال فرق بين هذا الامر وبين الامر الرابع حيث ان مورد البحث فى المقام انما هو المعاطات المقصود بها الملك وحينئذ فلا وجه للتمسك بالحديث المزبور لان ما التزم به المتعاطيان الذى هو الملك لم يتحقق فى الخارج وما حصل فى الخارج الذى هو الاباحة الشرعية لم يقصداه واما مورد البحث فى الامر الرابع فهو المعاطات المقصود بها الاباحة المعوضة وحينئذ فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط ويكون ذلك حاكماً على دليل السلطنة.

جواز تراد العينين وحيث ارتفع مورد التراد امتنع ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف لان ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين[1] فلا مانع من بقائه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه فان الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع[2] الثابت فى الهبة هذا مع ان الشك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرجوع فى العين او تراد العينين يمنع من استصحابه فان المتيقن تعلقه بالتراد اذ لا دليل فى مقابلة اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقائهما ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها على القول بالملك[3].

واما على القول بالاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك اصالة عدم اللزوم لاصالة[4] بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها و-

---

١ـ توضيحه انه فرق بين جواز المعاطات وجواز البيع الخيارى لان متعلق الجواز فى المعاطات هو العين بحيث لكل من المتعاطيين ان يسترد ما اعطاه لصاحبه كالهبة وفى البيع الخيارى هو نفس العقد فلذلك عرفوه بملك فسخ العقد وحينئذ فلا موضوع لجواز التراد فى المعاطات بعد تلف العينين بخلاف البيع الخيارى فانه باق بعد تلف العينين ايضا وبعبارة اخرى ان الجواز فى العقد الخيارى بمعنى الانحلال بالفسخ وهو قائم بالعقد والجواز هنا بمعنى التملك بالاخذ والرجوع لا بعنوان الفسخ.

٢ـ يعنى ولو مع تلف الاخرى.

٣ـ لان جواز المعاطات انما يبقى مع امكان تراد العينين وقد تلفت احديهما فلا بد من القول باللزوم ايضا.

٤ـ ان قلت حق المقام ان يتمسك بدليل سلطنة الناس لا باصالة السلطنة لان دليل السلطنة دليل اجتهادى ودليل اصالة السلطنة فقاهتى ومادام الاول موجودا لا يتمسك ←

فيه انهّا معارضة باصالة براءة ذمته[1] عن مثل التّالف عنده او قيمته و التّمسّك بعموم على اليدهنا فى غير محلّه بعد القطع بانّ هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان[2] بل ولا بعده [3] اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرّجوع انّما الكلام فى الضّمان اذا اراد الرّجوع وليس هذا من مقتضى اليد [4] قطعاً هذا ولكن يمكن ان يقال انّ اصالة بقاء السّلطنة حاكمة على اصالة عدم الضّمان بالمثل او القيمة مع انّ ضمان التّالف [5] ببدله معلوم الّا انّ الكلام فى انّ البدل هو البدل الحقيقى

بالثانى قلنا: اذا شك فى زوال ملكه عن العين فلا بدان يتمسك بالاصل الذى هو استصحاب الملكية المسلط عليها لا بقاعدتها لانه مع الشك فى الملك لا مجال للتمسك بالقاعدة كما لا يخفى .

١ ـ للتلازم بين جواز الرجوع واشتغال الذمة ببدل التالف فيعارض الاصل المثبت للملازم الاول الاصل النافى للملازم الثانى.

٢ ـ لعدم كونها يد عادية .

٣ ـ يعنى لا يجوز لصاحب العين التالفة المطالبة بالبدل فى ظرف عدم رجوع صاحب العين الموجودة لعدم إشتغال ذمته به ووجه الاجماع كما ذكره المصنف فى رد بعض الاساطين مضافاً الى ان مفادها حينئذ يكون جزء ويكون جزئه الاخر رجوع المالك مع ان مفادها علة تامة للضمان لا هو رجوع المالك.

٤ ـ اذ لو كان من مقتضاها لترتب فى الصورة السابقة بل هو من مقتضى الرجوع او هى معه جمعا بين عموم على اليد والاجماع المتقدم.

٥ ـ هذا تقوية لما استوجهه بعض مشايخه من الحكم بالجواز مع ضمان البدل اذا رجع بان الشك فى الضمان ناش ومسبب عن الشك فى بقاء السلطنة فلا يعارضها اصالة البراءة هذا ولكن قد يشكل بأن الضمان ليس من آثار السلطنة شرعاً بل ثبوت السلطنة والضمان متلازمان فى عرض واحد ويدفع بانه يمكن ان يكون المراد من الحكومة حكومة الاستصحاب كلية على اصالة البراءة .

اعنى المثل او القيمة[1] او البدل الجعلى اعنى العين الموجودة فلا اصل هذا مضافاً الى ماقد يقال من انّ عموم النّاس مسلّطون على اموالهم يدلّ على السّلطنة على المال الموجود باخذه وعلى المال التّالف باخذ بدله الحقيقى وهو المثل او القيمة[2] فتدبّر ولو كان احد العوضين ديناً[3] فى ذمّة احد المتعاطيين فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه والظّاهر انّه فى حكم التّلف لانّ السّاقط لايعود ويحتمل العود وهو ضعيف[4] والظّاهر انّ الحكم كذلك[5] على القول بالأباحة فافهم[6].

و لو نقل العينان او احديهما بعقد لازم فهو كالتّلف على القول بالملك

---

١ ـ يعنى على البدل الحقيقى .

٢ـ حاصله ان العلم الاجمالى بالضمان على احد الوجهين يمنع من جريان اصل البرائة فتبقى اصالة بقاء السلطنة بلامعارض لانه لااصل يعين احدهما للعلم الاجمالى بين الاصلين؛ اصالة عدم الضمان بالمسمى واصالة عدم الضمان بالمثل والقيمة فلااصل لمن تلف عنده الرجوع الى المسمى او المثل اوالقيمة بحيث يمكن له الرجوع والعموم مالم يحرز موضوعه لايجوز التمسك به وموضوعه وهو ملكية العين الموجودة مشكوك واصالة بقاء الملكية معارض بما تقدم من اصالة عدم الضمان بالمثل او القيمة والامر بالتدبر اشارة الى هذا .

٣ـ يعنى لو باع احد المتعاطيين من ماله من الآخر بالعوض الذى فى ذمته للاخر او اشترى ما فى ذمته .

٤ـ لان الرجوع يتوقف على وجود السبب الموجب للعود وهو مفقود .

٥ـ لان الاباحة و ان لم تستوجب السقوط الا أن الظاهر ان مراد القائلين بها اباحة التصرفات الخارجية والاعتبارية وهذا المعنى من الاباحة لايتعلق بما فى الذمة فيتعين القول بالملك فيجرى ما تقدم .

٦ـ اشارة الى ان حاله حال تلف احدى العينين على القول بالاباحة فيمكن الحكم بالجواز لقاعدة السلطنة بالنسبة الى العوض الموجود

لامتناع التّرادّ وكذا على القول بالأباحة اذا قلنا بإباحة التّصرفات النّاقلة ولو عادت العين بفسخ[١] ففي جواز التّرادّ على القول بالملك لأمكانه فيستصحب[٢] وعدمه لأنّ المتيقّن من التّرادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان اجود هما ذلك اذ لم يثبت في مقابلة اصالة اللّزوم جواز التّرادّ بقول مطلق[٣] بل المتيقّن منه غير ذلك[٤] فالموضوع غير محرز[٥] في الأستصحاب وكذا على القول بالأباحة لانّ التّصرّف النّاقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف فيرجع بالفسخ الى ملك الثّاني[٦] فلا دليل على زواله[٧] بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك[٨] لعدم تحقّق جواز التّرادّ في السّابق هنا

١ـ اى بالتفاسخ او بالاقالة لاما اذا عادت العين بسبب مملك جديد من اشتراء او ارث او غيرهما فلا يعود الحق حينئذ بخلاف الاقالة والفسخ فان العين حينئذ تملك بالسبب السابق بعد ازالة الفسخ للسبب الحادث فيجيء توهم عود الحق بعود العين .

٢ـ يعنى استصحاباً تعليقيا ولا يضر به الفترة في زمان خروج العين عن الملك ولا يعارضه استصحاب التنجيزى و هو استصحاب عدم استحقاق الفعلى في زمان الخروج فيستصحب الى ما بعد العود لحكومة الاستصحاب الاول على الثانى

٣ـ يعنى التراد قبل خروج العين .

٤ـ لان الموضوع قبل النقل هو جواز رد مال الغير اليه و استرداد مال نفسه الى نفسه و هو مقطوع الزوال بعد العود.

٥ـ انا .

٦ـ الذى هو المباح له المتصرف فيه بالنقل لانه ثان بالنسبة الى المبيح .

٧ـ يعنى يكون المرجع حينئذ اصالة اللزوم ؟

٨ـ حاصله ان الامر فى الاباحة اسهل من القول بالملك لعدم التعارض فى الاباحة الذى كان فى الملك لان جواز التراد لم يكن محققاً فى الملك بل المحقق هو اصالة بقاء سلطنة المالك الاول لكن ذلك السلطنة منتفية بالنسبة الى الاباحة لصيرورة العين ملكاً للمباح له ثم للمنقول اليه و مقتضى اصالة اللزوم لزومه؟

حتى يستصحب بل المحقق اصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل [١] فاذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الأول وان كان مباحاً لغيره [٢] مالم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول او عايداً اليه بفسخ وكذا [٣] لو قلنا بان البيع لايتوقف على سبق الملك بل يكفى فيه اباحة التصرف والأتلاف ويملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الأمر الرابع.

لكن الوجهين [٤] ضعيفان بل الأقوى رجوعه بالفسخ الى البايع ولو كان الناقل عقداً جايزاً لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه الى عينه فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب وكذا على القول بالأباحة لكون المعاوضة كاشفة [٥] عن سبق الملك.

نعم لو كان غير معاوضة كالهبة وقلنا بان التصرف فى مثله لايكشف عن سبق الملك اذلا عوض فيه حتى لايعقل كون العوض مالا لواحد وانتقال المعوض الى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك الى المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى او عودها الى مالكها بهذا

---

١ ـ حاصله كون العقد علة لحصول الملك للبايع و خروجه عن ملكه فتكون ملكية المباح له بالعقد فاذا ارتفع العقد يرتفع معلوله فيدخل فى ملك المبيح بالفسخ فيفرض العقد كان لم يكن فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد وهذا هو الفارق بين التصرف الناقل الذى اختاره اولا و العقد الناقل الذى اختاره اخيراً.

٢ـ اى لغير المالك الاول الذى هو المباح له.

٣ـ يعنى يبقى المال على ملك المبيح أيضا.

٤ـ اى الوجهان الذين ذكره آنفاً.

٥ـ يعنى فلا معنى للسلطنة على الغير اوماله.

النحو من العود اذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف ولو باع العين ثالث فضولا[1] فاجاز المالك الأوّل على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيعه و سائر تصرّفاته الناقلة.

ولو اجاز المالك الثانى نفذ بغير اشكال وينعكس الحكم اشكالاً[2] و وضوحاً على القول بالاباحة ولكل منهما رده[3] قبل اجازة الآخر ولو رجع الأوّل فاجاز الثانى[4] فان جعلنا الأجازة كاشفة لغى الرّجوع[5] ويحتمل عدمه[6] لأنه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ ويلغو الأجازة وان جعلناها ناقلة لغت الأجازة قطعاً ولو امتزجت العينان او احديهما سقط الرّجوع على القول بالملك لأمتناع التّرادّ[7] ويحتمل الشّركة وهو ضعيف[8].

١ـ و قلنا بان المعاطات تفيد الملكية حينئذ.

٢ـ فينفذ من الاول بلا اشكال لانه مالك ومجرد اباحة العين لغيره لا يمنع عن تصرفاته المالكية وليس كالنقل الى غيره حتى يتوقف على الرجوع اولا ثم التصرف المتوقف على الملك ومحل اشكال من الثانى لما مر من الاشكال فى كفاية الاباحة فى جواز التصرفات المتوقفة على الملك التى منها الاجازة وبالجملة الرد من الراد مثل الاجازة من المجيز حتى فى الاشكال و الوضوح.

٣ـ لان من له الاجازة له الرد فيكون رده رجوعاً فى المعاطات فترجع العين اليه و حينئذ لا تصح اجازة الاخر لانها من غير المالك.

٤ـ اى لو رجع المالك الاصلى او المبيح عن المعاطات فاجاز الثانى عقد الفضولى.

٥ـ لانه رجوع بعد التصرف الملزم حيث ان الاجازة تكشف عن انتقال المال من مالكه الاول الى غيره.

٦ـ اى عدم كونه كاشفة لان الاجازة انما تكون كاشفة اذا كانت صحيحة و بعد رجوع الاول لا محل لها لتكون كاشفة او ناقلة.

٧ـ لان الماخوذ بالمعاطات كان معيناً و بالامتزاج صار مشاعاً فلا يمكن رد العين.

٨ـ لان المغايرة موجبة للشك فى جواز الترادّ الموجب للرجوع الى اصالة اللزوم

اما على القول بالأباحة فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقاً له بالأتلاف جرى عليه حكم التلف و لو تصرّف فى العين تصرّفاً مغيراً للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا لزوم[1] على القول بالأباحة و على القول بالملك ففى اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد ومنشأ الأشكال ان الموضوع فى الأستصحاب عرفى او حقيقى[2].

ثم انك قد عرفت مما ذكرنا[3] انه ليس جواز الرجوع فى مسئلة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالأسقاط ابتداء او فى ضمن المعاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة وعلى القول بالأباحة نظير

لعدم تميز العين عن غيره، ووجه القول بالشركة هو انه كما لا يخرج العين بالتغير عن ملك صاحبها كذلك لا يخرج بالامتزاج كما فى رجوع صاحب المال على المفلس وفى خيار الغبن والعيب والهبة وغيرها ثم المزج تارة يكون بمال احد المتعاطيين واخرى بمال ثالث وعلى كل تقدير تارة يمتزج بنفسه واخرى بفعل واحد منهم وعلى كل تقدير تارة يوجب الامتزاج بزيادة القيمة واخرى بنقصانها وثالثة يلحق له بالاتلاف كما اذا مزجا بغير الجنس كما اذا خلط مقداراً من ماء الورد بالزيت كما مثل بذلك المصنف فى خيار الغبن ولكل من ذلك المذكورات حكم مع القول بافادة المعاطات الملك والقول بالاباحة والتفصيل فى محله.

١ـ لاصالة بقاء الملك كما فى لك و جزم بعضهم باللزوم لأمتناع التراد.

٢ـ فعلى الاول يجرى الاستصحاب للتسامح فى الموضوع وعدم التغير وعلى الثانى لا يجرى.

٣ـ يعنى قوله ره: «ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى.»

الرّجوع فی اباحة الطّعام بحیث یناط الحکم فیه بالرّضا الباطنی بحیث لو علم کراهة المالك باطناً لم یجزله التّصرّف فلو مات احد المالیکن لم یجز لوارثه الرّجوع علی القول بالملك للأصل[1] لأنّ من له و الیه الرّجوع هو المالك الأصلی و لا یجری الأستصحاب[2] ولو جنّ احدهما فالظّاهر قیام ولیّه مقامه فی الرّجوع علی القولین.

السّابع[3] انّ الشّهید الثّانی ذکر فی لك وجهین فی صیرورة المعاطات بیعاً بعد التّلف[4] اومعاوضة مستقلّة قال یحتمل الأوّل لأنّ المعاوضات محصورة و لیست احدیها وکونها معاوضة برأسها یحتاج الی دلیل ویحتمل الثّانی لأطباقهم علی انّها لیست بیعاً حال وقوعها فکیف یصیر بیعاً بعد التّلف وتظهر الفائدة فی ترتّب

١ـ یعنی اصاله عدم ارثه وعدم سقوطه لانه من الاحکام .

٢ـ اذ لا یقین بالحدوث بالاضافة الی الوارث وانما کان الحدوث بالاضافة الی المیت فالمرجع بالاضافة الی الوارث اصالة اللزوم .

٣ـ اعلم ان فی هذا التنبیه یبحث فی جریان الخیارات فی المعاطات وعدم جریانها فیها حیث ان المصنف قد تکلم فی الامر الاول منها اجمالا ووعدان یبحث فیه ایضا فهنا موعده ولیعلم ان البحث لیس فی المعاطات المقصود بها الاباحة لانها اباحة محضة کالضیافة وغیرها لا یجری الخیارات فیها ولا علی القول بافادتها الملك اللازم اذ هی حینئذ بیع یترتب آثاره بل الکلام فی المعاطات المقصود بها الملك وافادت الملك الجایز او الاباحة وکیف کان فهنا اقوال ثلاثه ترتب احکام البیع علیها مطلقا وعدم ترتبها مطلقا والتفصیل بین الملك وبین القول بالاباحة .

٤ـ بان یکون التلف جزء منه نظیر القبض فی المجلس فی الصرف والسلم او یصیر معاوضة قهریة شرعیة بالتلف ویشکل بعدم قابلیة التلف للعوضیة بل الوجه ان یکون بیعاً قبل التلف لیکون التالف تالفاً من ملك من تلف فی یده فیکون التلف شرطاً للحکم قبله لا انه شرط لنفس البیع بل مقتضی العموم الحکم بتحقق البیع من اول الامر فالتلف نظیر الاجازة علی الکشف المشهوری لا کالاجازة علی النقل .

الاحكام المختصّة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التّالف الثّمن [١] اوبعضه و على تقدير ثبوته فهل الثّلثة من حين المعاطات اومن حين اللّزوم كلّ محتمل [٢] ويشكل الأوّل بقولهم انّها ليست بيعاً والثّانى بأنّ التّصرّف ليس معاوضة بنفسها اللّهم الاّ انّ يجعل المعاطاة جزء السّبب والتّلف تمامه والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انّها ليست لازمة [٣] و انّما يتمّ على قول المفيد ومن تبعه و اما خيار العيب والغبن فيثبتان على التّقديرين [٤] كما انّ خيار المجلس منتف [٥] انتهى والظّاهر انّ هذا تفريع على القول بالأباحة فى المعاطاة.

واما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فيلغى [٦] الكلام فى كونها معاوضةً مستقلّةً او بيعاً متزلزلاً قبل اللّزوم حتّى يتّبعه حكمها بعد اللّزوم اذ الظّاهر انّه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال فى ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقّق الثّانى فاذا لزم صار بيعاً لازماً فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الذّى

١ـ واما لو كان التالف الحيوان انفسخت المعاملة لان التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له .

٢ـ امامنشاء الاول فهو احتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفى والشرعى واما الثانى فهو احتمال كونه الفعلى الشرعى .

٣ ـ لان اثر الخيار جواز العقد و المعاطات اذا كانت جايزة بالذات يكون جعل الخيار حينئذ لغواً .

٤ـ اى على اللزوم اوالجواز ويحتمل ان يكون المراد صيرورة المعاطات بيعاً او معاوضة مستقلة و ذلك لعموم دليلهما لهما معاً و لان ذلك هو الارتكاز العر فى فكان الصحة والسلامة شرط ضمنى فى المعاملة .

٥ـ لعدم الدليل الشرعى هنا حيث انه تعبد محض؟

٦ ـ الظاهر انه فينبغى بدل فيلغى وان يكون بدل اذا فى اذ الظاهر كما يعلم من ملاحظة الكلمات .

مبناه على اللزوم [١] لولا الخيار وقد تقدم ان الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار [٢] وكيف كان فالاقوى انها على القول بالأباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه الا بعد تلف احدى العينين او ما في حكمه وبعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحاً من اول الأمر والمحكي عن حواشي الشهيد ان المعاطاة معاوضة مستقلة جايزة او لازمة و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه من الأباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحاً [٣] عوضاً عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فلابد ان يقول بالأباحة اللازمة فافهم [٤] .

الثامن لا اشكال في تحقق المعاطات المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة بما اذا تحقق انشاء التمليك او الأباحة بالفعل و هو قبض العينين اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرايط اللزوم [٥] فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء

---

١ ـ يعني اللزوم من اول الامر .

٢ ـ يعني فلا يثبت فيه الخيار المذكور لكون الجواز فيه حكمياً لا حقياً من قبيل الخيار .

٣ ـ توضيحه ان قوله جايزة او لازمة ليس للترديد لانه لا اشكال عنده في جوازها قبل الملزمات وفي لزومها بعدها بل هو للتقسيم بلحاظ الزمان يعني جايزة قبل الملزمات ولازمة بعدها .

٤ ـ لعله اشارة الى ان كلام الشهيد ايضا يدل على كونها اباحة لازمة فلا يرد الاشكال عليه او الى لزوم الاباحة من الاول لا حدوث الملك .

٥ ـ من العربية و الموضوعية و غيرهما بناء على توقف العقود على الانشاء اللفظي وعدم كفاية الرضاء الباطني لكن العقد الخالي عن هذه الشرائط عندهم ملحق بالبيع الفاسد وقد قالوا ان المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه شيء من آثار الملكية بل يحرم التصرف فيه و يجب رده فوراً الى مالكه و يضمن العين ومنافعها المستوفاة ولذلك ←

زايداً على الأنشاء اللفظي كما قوّيناه سابقاً بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا اشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً وان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الأنشاء القولي الى حكم المعاطاة مطلقا او بشرط تحقق قبض العين معه به مطلقا.

نعم اذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالأنشاء القولي السابق كالعدم لاعبرة به ولابوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الأنشاء بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الأنشاء القولي السابق نظير القبض في العقد الجامع للشرايط ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الأول تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين قال المحقق في صيغ عقوده: انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه وعلم التراضي منهما كان معاطاة انتهى وفي ضة في مقام عدم كفاية الأشارة مع القدرة على النطق انها تفيد المعاطاة مع الأفهام الصريح انتهى و ظاهر الكلامين صورة وقوع الأنشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهر تصريح جماعة منهم المحقق والعلامة بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه هو الوجه الأخير [1] لان مرادهم بالعقد الفاسد اما

← كان المناسب ابدال شرائط اللزوم بشرائط الصحة لان العقد الفاقد لشرائط اللزوم يترتب عليه اثر العقد الجائز من كون النماء للمشتري لا للبايع كخلوه عن القبض في باب الوقف والهبة بذي رحم لكن المصنف جمع القول بالفساد وبينما يظهر من المحقق والشهيد الثانيين من انه لو اخلا بالشروط المعتبرة في الصيغة يكون معاطاة لو علم التراضي منهما وبذلك يعلم ان قوله اذا حصل القول الغير الجامع لشروط اللزوم ليس المقصود منه خلو القول عن شرائط اللزوم عند كل احد حتى يكون قوله فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زايد على الانشاء اللفظي خلفاً كما اورده المحقق الخراساني ره بل مقصوده خلوه عن شرائط اللزوم عند المشهور فالترديد لا يكون خلفاً.

١ـ هو خبر لقوله وظاهر.

خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد اختلال شروط الصّيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصّيغة و قبل شروط العوضين والمتعاقدين ، امّا يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر :

و كيف كان فالصّورة الأولى داخلة قطعاً و لايخفى انّ الحكم فيها بالضّمان مناف لجريان حكم المعاطاة .

و ربما يجمع[1] بين هذا الكلام و ما تقدّم من المحقّق و الشّهيد الثانيين فيقال انّ موضوع المسئلة فى عدم جواز التّصرف بالعقد الفاسد ما اذا علم عدم الرّضا الأبزعم صحّة المعاملة فاذا انتفت الصّحة انتفى الأذن لترتّبه على زعم الصّحة فكان التّصرف تصرّفاً بغير اذن واكلاً للمال بالباطل لأنحصار وجه الحلّ فى كون المعاملة بيعاً او تجارةً عن تراض او هبة او نحوها من وجوه الرّضا باكل المال من غير عوض والأوّلان قدانتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقى للقطع من جهة زعمهما صحّة المعاملة[2] بعدم الرّضا بالتّصرف مع عدم بذل شيء فى المقابل فالرّضاء المقدّم كالعدم[3] فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرّ رضاهما

١ـ الجامع هوصاحب مفتاح الكرامة فى بحث المقبوض بالعقد الفاسد ومحصل الجمع انما ذكروه فى حكم المقبوض بالعقد الفاسد مختص بصورة تحقق الاذن بالتصرف عليكل من تقديرى صحة المعاملة وفسادها امالكون انشاء الاذن الحاصل مقارناً لانشاء التمليك على نحو تعددا المطلوب او لحدوث الرضا بالتصرف بعد علمهما بالفساد فيكون جواز التصرف مستنداً الى الرضا الحادث المستمر الى حين القبض والتصرف .

٢ـ هذامتعلق بالقطع.

٣ـ هذاتفريع على ترتبه عليز عم صحة المعاملة يعنى لما كان الرضاالموجود حال العقد مترتباً عليزعم الصحة كان وجوده مع فرض عدم الصحة بمنزلة العدم .

فلا كلام فى صحّة المعاملة و رجعت الى المعاطاة كما اذاعلم الرّضا من اوّل الأمر باباحتهما التّصرف بايّ وجه اتّفق سواء صحّت المعاملة او فسدت فانّ ذلك ليس من البيع الفاسد فى شيء .

اقول المفروض[1] انّ الصيغة الفاقدة لبعض الشّرايط لا يتضمّن الّا انشاءً واحداً هو التّمليك ومن المعلوم انّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل فى ضمن التّمليك بعد فرض انتفاء التّمليك والموجود بعده ان كان انشاء آخر فى ضمن التّقابض خرج عن محلّ الكلام لانّ المعاطاة حينئذ انّما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشّرايط مع انّك عرفت انّ ظاهر كلام الشّهيد والمحقّق الثّانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الأشارة المفهمة بقصد البيع وبنفس الصّيغة الخالية عن الشّرايط لا بالتّقابض الحاصل بعدهما ومنه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير مبنيّ على صحّة العقد.

ثمّ انّ ما ذكره من التّراضى الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما اذا علما بالفساد دون غيره من الصّور مع انّ كلام الجميع مطلق يرد عليه انّ هذا التّراضى ان كان تراضياً آخرَ حادثاً بعد العقد فان كان لا على وجه المعاطاة بل كلٌّ منهما رضىً بتصرّف الآخر فى ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرّفه فى ماله فهذا ليس من المعاطات بل هى اباحة مجّانيّة من الطّرفين، تبقى مادام

١ـ ذكر المصنف فيما ذكره هذا الجامع اشكالات واجوبة ثلاثة الاول بقوله اولا المفروض وهو جواب عن قول الجامع فان تراضيا وحاصل ماذكره المصنف هو ان الاذن بالتصرف انما نشأت فى ضمن انشاء التمليك فاذا فرض انتفاء الثانى وفساده تعين انتفاء الاول ايضا لانتفاء المقيد بانتفاء قيده وثانياً بقوله مع انك عرفت وثالثاً بقوله ومنه يعلم والثانى بقوله مع اختصاصه وهو جواب عن قول الجامع بعد العلم بالفساد و الثالث بقوله يرد عليه انتهى وحاصله انه لو فرضنا حصول تراضى جديد بعد العقد والعلم بالفساد نقول انه لا مدخل له بالمعاطات بل هو كالاذن فى التصرف بشاهد الحال.

العلم بالرّضا ولا يكفي فيه عدم العلم به وبالرّجوع لأنّه كالأذن الحاصل من شاهد الحال و لا يترتّب عليه اثر المعاطات من اللّزوم بتلف احدى العينين او جواز التّصرف الى حين العلم بالرّجوع و ان كان على وجه المعاطات فهذا ليس الّا التّراضي السّابق على ملكيّة كلّ منهما لمال الآخر وليس تراضياً جديداً بناءً على انّ المقصود بالمعاطات التّمليك كما عرفته من كلام المشهور خصوصاً المحقّق الثّاني فلا يجوز له ان يريد بقوله المتقدّم عن صيغ العقود انّ الصّيغة الفاقدة للشّرايط مع التّراضي يدخل في المعاطات التّراضي الجديد [1] الحاصل بعد العقد لا [2] على وجه المعاوضة .

و تفصيل الكلام [3] انّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشّرايط اما ان يقع تقابضهما بغير رضا من كلّ منهما في تصرّف الآخر بل حصل قهراً عليهما او على احدهما واجباراً على العمل بمقتضى العقد فلا اشكال في حرمة التّصرف في المقبوض على هذا الوجه وكذا ان وقع على وجه الرّضا النّاشي عن بناء كلّ منهما على ملكيّة الآخر اعتقاداً او تشريعاً كما في كلّ قبض وقع على هذا الوجه لأنّ حيثيّة كون القابض مالكاً مستحقّاً لما يقبضه جهة تقييديّة ماخوذة في الرّضا ينتفي بانتفائها في الواقع كما في نظائره وهذان الوجهان مما لا اشكال فيه في حرمة التّصرف في العوضين [4] كما انّه لا اشكال في الجواز اذا اعرضنا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء

١ـ مفعول لقوله لا يجوز له ان يريد كما ان قوله فلا يجوز تفريع على قوله خصوصاً المحقق الثاني.

٢ـ الظاهر زيادة حرف النفي لان المفروض ان المعاطات على وجه المعاوضة كما تقدم .

٣ـ يعني تفصيل الكلام في تحقيق اصل المطلب المنعقد هذا التنبيه له لا تفصيل الكلام في قول الجامع بين كلمات القوم الذي هو صاحب مفتاح الكرامة .

٤ـ لانتفاء طيب النفس المشروط في جواز التصرف.

التملیک لیکون معاطاة صحیحة عقیب عقد فاسدواما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه علی استحقاقه بالعقد السابق و لاقصد لانشاء التملیک بل وقع مقارنا لاعتقاد الملکیة الحاصلة بحیث[1] لولاها کان الرضا ایضاً موجوداً و کان المقصود الاصلی[2] من المعاملة التصرف و اوقعا العقد الفاسد وسیلة له و یکشف عنه انه لوسئل کل منهما من رضاه بتصرف صاحبه علی تقدیر عدم التملیک اوبعد تنبیهه علی عدم حصول الملک کان راضیاً فادخال هذا فی المعاطاة یتوقف علی امرین.

الاول کفایة هذا الرضاء المرکوز فی النفس بل الرضاء الشأنی لان الموجود بالفعل هو رضاه من حیث کونه مالکا فی نظره و قد صرح بعض من قارب عصرنا بکفایة ذلک ولایبعد رجوع الکلام المتقدم ذکره [3] الی هذا و لعله لصدق طیب النفس علی هذا الامر المرکوز فی النفس .

الثانی انه لا یشترط فی المباحات انشاء الاباحة او التملیک بالقبض بل و لا بمطلق الفعل بل یکفی وصول کل من العوضین الی المالک الاخر والرضا بالتصرف قبله او بعده علی الوجه المذکور وفیه اشکال من ان ظاهر محل النزاع بین العامة والخاصة هو العقد الفعلی کما ینبأ عنه قول العلامة ره فی رد کفایة المعاطاة[4] فی البیع ان الافعال قاصرة عن افادة المقاصد و کذا استدلال المحقق الثانی

١ـ الجار متعلق بوقع.

٢ـ عطف علی قوله لولاها .

٣ـ یعنی به کلام الجامع الذی هو صاحب مفتاح الکرامة من قوله کما اذا علم الرضا من اول الامر باباحتهما .

٤ـ وذلک لان عموم السیرة انما یجدی فی الحکم بصحة المعاطات بمعنی افادتها للاباحة دون الملک لان السیرة لاتساعد علی اکثر من القول بالاباحة فعلی القول بالملک لاتساعد علی اثباته السیرة بخلافه علی القول بالاباحة .

على عدم لزومها بان الافعال ليست كالاقوال فى صراحة الدلالة.

و كذا ما تقدم من الشهيد ره فى قواعده من ان الفعل فى المعاطات لايقوم مقام القول و انما يفيد الاباحة الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى ان محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم ان البيع ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى و من ان الظاهر ان عنوان التعاطى فى كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و ان عمدة الدليل على ذلك هى السيرة ولذا تعدوا الى ما اذا لم يحصل الاقبض احد العوضين و السيرة موجودة فى المقام فان بناء الناس على اخذ الماء والبقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها مع عدم حضورهم ووضعهم الفلوس فى الموضع المعد له وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس فى كوز الحمامى والمعيار فى المعاطات وصول المالين او احدهما مع التراضى بالتصرف و هذا ليس ببعيد على القول بالاباحة.

مقدمة فى خصوص الفاظ عقد البيع قد عرفت ان اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع العقود مما نقل عليه الاجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة مع الاشارة اليه فى بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة اما مع العجز عنه كالاخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لااشكال ولاخلاف فى عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه وكذا مع القدرة على التوكيل لالاصالة عدم وجوبه[1] كما قيل لان الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الاصل[2] بل لفحوى ماورد[3] من عدم اعتبار

١ـ لان اصالة البرائة لاتجرى فى الاحكام الوضعية.

٢ـ اى اصالة عدم ترتب الاثر بدونه لانها امور حادثة مسبوقة بالعدم.

٣ ـ اى بالاولوية حيث ان اهتمام الشارع فى الفروج اشد منه فى الاموال فاذا صح الطلاق باشارة مع القدرة على التوكيل صح بيعه بطريق اولى فيكون اشارة الاخرس بمنزلة بيعه اللفظى فى الصحة واللزوم ولايكون معاطاة بناء على ان المعاطاة لاتفيد اللزوم.

اللّفظ فى طلاق الأخرس فانّ حمله على صورة عجزه عن التّوكيل حمل المطلق على الفرد النّادر مع انّ الظّاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب ثمّ لو قلنا بانّ الأصل[1] فى المعاطات اللّزوم بعد القول بافادتها للملكيّة فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللّفظ والظّاهر ايضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الأشارة لفحوى ماورد من النّصّ على جوازها فى الطّلاق مع انّ الظّاهر عدم الخلاف فيه واما مع القدرة على الأشارة فقد رجّح بعضٌ الأشارة ولعلّه لأنّها اصرح فى الأنشاء من الكتابة وفى بعض روايات الطّلاق مايدلّ على العكس[2] واليه ذهب الحلّى ره هناك .

ثمّ الكلام فى الخصوصيّات المعتبرة فى اللّفظ تارة يقع فى موادّ الألفاظ من حيث افادة المعنى بالصّراحة والظّهور والحقيقة والمجاز والكناية ومن حيث اللّغة المستعملة فى معنى المعاملة واخرى فى هيئة كلّ من الأيجاب والقبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعليّة وكونه بالماضى وثالثة فى هيئة تركيب الأيجاب والقبول من حيث التّرتيب والموالات

امّا الكلام من حيث المادّة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات[3] قال فى-

---

١ـ توضيحه انه لوقلنا بشمول العمومات للمعاملات الفعلية فمقتضى ذلك كفايه الاشارة ولومع القدرة على النطق واما مع العجز عنه ولومع امكان التوكيل فلامانع من شمولها عليه .

٢ـ يعنى على ترجيح الكتابة على الاشارة ولعله من جهة ان الكتابة واجدة لصيغة انت طالق بخلاف الاشارة .

٣ـ يعنى بالمجازات التى منها الكناية لانه لايقع العقد بانشاء اللازم له لينتقل منه الى الملزوم لان الكناية عبارة عن استعمال اللفظ الدال على اللازم وارادة معناه لينتقل الذهن منه الى الملزوم سواء كان المجاز عين هذه اوغيرها نعم اذا كانت القرينة لفظية فلا مانع من وقوع العقد بها ووجه عدم جواز الانشاء بالكنايات هوانها من قبيل الدواعى والاغراض مع انه لااثر لها فى العقود وفيه انها ليس من قبيل الدواعى بل هى من قبيل انشاء المدح والذم كما فى مثال (فلان كثير الرماد) وغيره .

التذكرة الرابع من شروط الصيغة التصريح فلايقع بالكناية بيع البتة مثل قوله: ادخلته فى ملكك او جعلته لك او خذه منّى بكذا او سلطتك عليه بكذا عملاً باصالة بقاء الملك ولأنّ المخاطب لايدرى بم خوطب انتهى وزاد فى غاية المراد على الأمثلة مثل قولك اعطيتكه بكذا او تسلّط عليه بكذا وربّما يبدّل[1] هذا باشتراط الحقيقة فى الصيغة فلاينعقد بالمجازات حتّى صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد[2] و المراد بالصّريح كما يظهر من جماعة من الخاصّة و العامّة فى باب الطّلاق وغيره ماكان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغةً اوشرعاً ومن الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد ارادة نفسه بالقرائن و هى على قسمين عندهم جليّة وخفيّة.

و الذّى يظهر من النّصوص المتفرّقة فى ابواب العقود اللّازمة و الفتاوى المتعرّضة لصيغها فى البيع بقول مطلق و فى بعض انواعه و فى غير البيع من العقود اللّازمة هو الاكتفاء بكلّ لفظ[3] له ظهور عرفىّ معتدّ به فى المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعت وملّكت وبين قوله نقلت الى ملكك اوجعلته ملكاً لك بكذا.

وهذا هو الذّى قوّاه جماعة من متأخّرى المتأخّرين وحكى عن جماعة ممن تقدّمهم كالمحقّق على ماحكى عن تلميذه كاشف الرّموز انّه حكى عن شيخه المحقّق انّ عقد البيع لايلزم منه لفظ مخصوص وانّه اختاره ايضاً و حكى عن الشّهيد ره

١ـ يعنى يبدل عن اعتبار عدم الكناية عدم المجازية فحينئذ لايكون الكناية من اقسام المجاز ومراده من قوله فيفيد ارادة نفسه بالقرائن الخارجية لامن اللفظ يعنى يكون ارادة اللازم للانتقال الى ارادة الملزوم.

٢ـ والفرق بينهما أن الاول هو من المجازات المشهورة و الثانى من غير المشهورة.

٣ـ لان آلات الايقاع لادخالة لها و اسباب المعاملات ليست توقيفية و موضوع الحكم هو المسببات.

فى حواشيه انه جوز البيع بكل لفظ دلّ عليه مثل اسلمت اليك وعاوضتك وحكاه فى لك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلامة فى برحيث قال ان الايجاب اللّفظ الدال على النقل مثل بعتك او ملّكتك او مايقوم مقامهما ونحوه المحكى عن التبصرة والأرشاد وشرحه لفخر الاسلام فاذا كان الأيجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لاينعقد بمثل نقلته الى ملكك او جعلته ملكاً لك بكذا بل ربما يدعى انه ظاهر كلّ من اطلق اعتبار الايجاب والقبول فيه من دون ذكر لفظ خاصّ كالشيخ و اتباعه فتامل وقد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالاً بلفظ السّلم وصرح جماعة ايضاً فى بيع التّولية[1] بانعقاده بقوله ولّيتك العقد اوولّيتك السلعة و التّشريك فى المبيع بلفظ شركّتك .

و عن لك فى مسئلة تقبل احد الشّريكين[2] فى النّخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثّمرة انّ ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التّقبّل مع انّه لايخرج عن البيع اوالصّلح اومعاملة ثالثة لازمة عند جماعة هذا ما حضرنى من كلماتهم فى البيع و امّا فى غيره فظاهر جماعة فى القرض عدم اختصاصه بلفظ خاصّ فجوّزوه بقوله تصرّف فيه اوانتفع به وعليك رد عوضه او خذه بمثله اواسلفتك و غير ذلك مماعدّوامثله فى البيع من الكنايات مع انّ القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الأجارة و حكى عن جماعة فى الرهن ان ايجابه يؤدى بكل لفظ يدلّ عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك وعن سّ تجويزه بقوله خذه اوامسكه بمالك و حكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضّمان الذّى هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال و تقلدته و شبه ذلك و قد ذكر المحقق و جماعة ممن تاخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معللين بتحقق القصدوتردد جماعة فى انعقاد الأجارة بلفظ بيع المنفعة وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكلّ لفظ تدلّ على تسليم

١ـ قدمر معناه .

٢ ـ قدمر ان التقبيل هو الاجارة او الجعالة اوغيرهما .

الارض للمزارعة وعن مجمع البرهان كما فى غيره انه لاخلاف فى جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضياً وعن المشهور جوازها بلفظ ازرع وقد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت وتصدقت مع القرينة الدالة على ارادة الوقف مثل ان لايباع ولايورث مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على انهما من الكنايات وجوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع انه ليس صريحاً فيه ومع هذه الكلمات كيف يجوز ان يسند الى العلماء او اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع له وانه لايجوز بالالفاظ المجازية خصوصاً مع تعميمها للقريبة والبعيدة كما تقدم عن بعض المحققين.

ولعله لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية فى العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فى اكثرها بالالفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثانى على ما حكى عنه فى باب السلم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة وهو جمع حسن والاحسن منه ان يراد باعتبار الحقايق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعاً له بنفسه او مستعملا فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر ليرجع الافادة بالاخرة الى الوضع اذ لايعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع او افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ وهذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال او سبق مقال خارج عن العقد فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال فى انشاء المقاصد ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطات ولو مع سبق مقال او اقتران حال تدل على ارادة البيع جزماً ومما ذكر نا يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على القرينة الحالية المعينة وكذا المشترك المعنوى.

ويمكن ان ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة بقوله قده لان المخاطب لايدرى بم خوطب اذ ليس المراد ان المخاطب لايفهم منها

المطلب ولو بالقرآئن الخارجيّة بل المراد انّ الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشىء[١] ما لم يقصد الملزوم[٢] لأنّ اللازم الأعمّ كما هو الغالب بل المطّرد فى الكنايات لا تدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاصّ فالخطاب فى نفسه محتمل لا يدرى المخاطب بم خوطب وانّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم والمفروض على ما تقرّر فى مسئلة المعاطات[٣] انّ النيّة بنفسها او مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثّر فى النقل والانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظىّ يقع التفاهم به لكنّ هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكروه من امثلة الكناية[٤].

ثمّ انّه ربما يدّعى انّ العقود المؤثّرة فى النقل و الانتقال اسباب شرعيّة توقيفيّة كما حكى عن الايضاح من انّ كلّ عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن وهو كلام لا محصّل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلاً عن الرّوايات المتكثرة الآتية بعضها واما ما ذكره الفخر قدّس سره فلعلّ المراد فيه من الخصوصيّة الماخوذة فى الصيغة شرعاً هى اشتمالها على العنوان المعبّر عن تلك المعاملة به فى كلام الشارع فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرّجل والمرأة معبّراً عنها فى كلام الشارع بالنكاح او الزوجيّة او المتعة فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين فلا يجوز بلفظ الهبة او البيع او الاجارة ونحو ذلك وهكذا الكلام فى العقود المنشئة للمقاصد الأخر كالبيع والاجارة ونحوهما فخصوصيّة

---

١ ـ اى عنوان المعاملة .

٢ ـ يعنى ما لم يقصد المنشىء من اللازم الفرد الملازم للملزوم .

٣ ـ يعنى فى الوجه الاول من معانى قوله (ع) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام.

٤ ـ لان مثل ادخلته فى ملكك بعوض و ان كان من الكنايات الا ان ذكر العوض الظاهر فى ارادة المقابلة بين العينين قرينة لفظية على ارادة البيع وكذا قوله فى ملكك فانه قرينة لفظية .

اللفظ[١] من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع اوما يرادفها لغةً اوعرفاً لانها بهذه العنوانات موارد للاحكام الشرعية التي لاتحصى وعلى هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بأنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع اذ لو وقع بانشاء غيرها فان كانت لامع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المراة الاهبة نفسها اواجارة نفسها مدة الاستمتاع لم يترتب عليه الاثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة اوالمنقطعة وان كانت بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال فما ذكره الفخر- ره مؤ يدلما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و اليه يشير ايضاً ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه .

و ما عن لك من انه يجب الاقتصار على العقود اللازمة على الالفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغةً ومراده بالمنقولة شرعاً هي المأثورة في كلام الشارع و عن كنز العرفان في باب النكاح انه حكم شرعي حادث فلابد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظي المتلقى من النص ثم ذكر لايجاب النكاح الفاظا ثلاثة و عللها بورودها في القرآن و لايخفى ان تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود و انها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعاً المعهود لغة من - الألفاظ المتقدمة في ابواب العقود المذكورة من غيره و ان الاجارة بلفظ العارية غير جايزة وبلفظ بيع المنفعة او السكنى مثلاً لايبعد جوازه و هكذا اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الأيجاب والقبول[١] منها لفظ بعت في الايجاب ولاخلاف فيه فتوىً ونصا وهو وان كان من الأضداد[٢] بالنسبة الى البيع و الشراء لكن كثرة

---

١ - اى لفظ الصغة وضمير اشتمالها راجع الى الصغة.

٢- يعنى يطلق على البيع والشراء معاً كما يطلق القرء على الحيض والطهر وقد

استعماله فى وقوع البيع به تعيّنه ومنها لفظ شريت لوضعه له كما يظهر من المحكىّ عن بعض اهل اللّغة بل قيل لم يستعمل فى القرآن الكريم الّا فى البيع وعن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع وباعه كاشتراه فهما ضدّ وعنه ايضاً كلّ من ترك شيئا بغيره فقد اشتراه و ربما يستشكل فيه بقلّة استعماله عرفاً فى البيع وكونه محتاجاً الى القرينة المعيّنة وعدم نقل الأيجاب به فى الأخبار وكلام القدماء ولا يخلو عن وجه.

ومنها لفظ ملّكت بالتّشديد والأكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الأرشاد الأتّفاق حيث قال انّه لا يقع البيع بغير اللّفظ المتّفق عليه كبعت وملّكت و يدلّ عليه ماسبق فى تعريف البيع من انّ التّمليك بالعوض المنحلّ الى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً ولغةً كما صرّح به فخر الدّين حيث قال: انّ معنى بعت فى لغة العرب ملّكت غيرى و ما قيل من انّ التّمليك يستعمل فى الهبة بحيث لا يتبادر عند الأطلاق غيرها فيه انّ الهبة انما يفهم من تجريد اللّفظ عن العوض لا من مادّة التّمليك فهى مشتركة معنى بين ما يتضمّن المقابلة وبين المجرّد عنها فان اتّصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التّركيبى البيع وان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجانيّة و قد عرفت سابقاً انّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقى فلو اراد منه الهبة المعوضة او قصد المصالحة بنى صحّة العقد به على صحّة عقد بلفظ غيره مع النّيّة ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدّين فى شرح الأرشاد انّ معنى بعت فى لغة العرب ملّكت غيرى واما الأيجاب باشتريت ففى مفتاح الكرامة انّه قد يقال بصحّته كما هو الموجود فى بعض نسخ التّذكرة و المنقول عنها فى نسختين من تعليق الأرشاد.

اقول وقد يستظهر ذلك من عبارة كلّ من عطف على بعت وملكت شبههما اوما يقوم مقامهما اذ ارادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جدّاً و حمله على ارادة ما يقوم مقامهما فى اللّغات الآخر للعاجز عن العربيّة ابعد فيتعيّن ارادة ما

يقال ان البيع مشترك معنوى بينهما كما يأتى فى لفظ الشراء.

يرادفهما لغةً اوعرفاً فيشمل شريت و اشتريت لكنّ الأشكال المتقدّم فى شريت اولى بالجريان هنالانّ شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع بل لم يستعمل فيه الاّ فيه بخلاف اشتريت و دفع الأشكال فى تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدّال على كونه ايجاباً اما بناءً على لزوم تقديم الأيجاب على القبول واما لغلبة ذلك غير صحيح لأنّ الأعتماد على القرينة الغير اللّفظية فى تعيين المرادمن الفاظ العقود قد عرفت مافيه الاّ ان يدّعى انّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصّراحة مختصّ بصراحة اللّفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميزه عمّا عداه من العقود و اما تميز ايجاب عقد معين عن قبوله الراجع الى تميز البايع عن المشترى فلايعتبر فيه الصّراحة بل يكفى استفادة المراد ولو بقرينة المقام اوغلبته ونحوها و فيه اشكال .

و اما القبول فلا ينبغى الأشكال فى وقوعه بلفظ قبلت و رضيت واشتريت و شريت ، ابتعت وتملّكت وملكت مخفّفاً واما بعت فلم ينقل الاّ من الجامع مع انّ المحكىّ عن جماعة من اهل اللّغة اشتراكه بين البيع والشّراء و لعلّ الاشكال فيه كاشكال اشريت فى الأيجاب و اعلم انّ المحكىّ عن نهاية الأحكام ولك انّ الأصل فى القبول قبلت وغيره بدل لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لايمكن به الأبتداء و الأبتداء بنحو اشتريت و ابتعت ممكن وسيأتى توضيح ذلك فى اشتراط تقديم الايجاب ثمّ انّ فى انعقاد القبول بلفظ الأمضاء والأجازة و الأنفاذ وشبهها وجهين .

فرع لواوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الأيجاب والقبول ثمّ اختلفا فى تعيين الموجب و القابل اما بناء على جواز تقديم القبول واما من جهة اختلافهما فى المتقدّم فلا يبعد الحكم بالتّحالف ثم عدم ترتّب الآثار المختصّة بكلّ من البيع والأشتراء على واحد منهما مسئلة : المحكىّ عن جماعة منهم السّيد عميد الدّين و الفاضل المقداد و المحقّق و الشّهيد الثانيان اعتبار العربيّة فى العقد للتأسّى كما فى جامع المقاصد و لانّ عدم صحّته بالعربىّ الغير الماضى يستلزم

عدم صحته بغير عربى[١] بطريق اولى وفى الوجهين مالا يخفى واضعف منهمامنع صدق العقدعلى غير العربى مع التمكن من العربى فالاقوى صحته بغير العربى و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربى الاقوى ذلك بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل و كذا اللحن فى الاعراب و حكى عن فخر الدين الفرق بين مالو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك فصحح الاول دون الثانى الامع العجز عن التعلم و التوكيل و لعله لعدم معنى صحيح فى الاول الا البيع بخلاف التجويز فان له معنى آخر فاستعماله فى التزويج غير جايز و منه يظهر ان اللغات المحرفة لاباس بها اذا لم يتغير بها المعنى ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب و القبول كالثمن والمثمن ام يكفى عربية الصيغة الدالة على انشاء الايجاب والقبول حتى لو قال بعتك اين كتاب رابده درهم كفى .

والاقوى هو الاول لان غير العربى كالمعدوم فكانه لم يذكر فى الكلام نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لايجب فى القبول واكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثانى لكن الشهيد ره فى غاية المراد فى مسئلة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ بان يكون فارقا بين معنى بعت وابيع و انا بايع او يكفى مجرد علمه بان هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع الظاهر هو الاول لان عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب فلا يقال انه تكلم و ادى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا ميز بين معنى بعت وابيع و اوجدت البيع و غيرها بل على هذا لايكفى معرفة ان بعت مرادف لقوله فروختم حتى يعرف ان الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم

١ـ اذ التأسى انما يقتضى الصحة فى مورده فلا يصلح لتقييد الصحة والنفوذ الشامل لغير العربى والاولوية ممنوعة كما يظهر من ادلة الماضوية .

فيميز بين بعتك و بعت بالضم و بعت بفتح التاء فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان في تعينه نظر و لذا نص بعض على عدمه.

مسئلة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية[1] بل في كره الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيعك او اشتر مني و لعله لصراحته في الانشاء اذ المستقبل اشبه بالوعد و الأمر استدعاء لا ايجاب مع ان قصد الأنشاء في المستقبل خلاف المتعارف وعن القاضي في الكامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لأطلاق البيع و التجارة و عموم العقود و مادل في بيع الآبق و اللبن في الضرع من الأيجاب بلفظ المضارع و فحوى مادل عليه في النكاح و لايخلو هذا من قوة[2] لو فرض صراحة المضارع في الأنشاء على وجه لايحتاج الى قرينة المقام[3] فتأمل[4].

مسئلة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الأيجاب على القبول[5] و به صرح في ف و الوسيلة وثر وكره كما عن الأيضاح ومع صدوله الاصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كاطلاق البيع والتجارة في الكتاب و السنة وزاد بعضهم ان القبول فرع الأيجاب فلا يتقدم عليه و انه تابع له فلا يصح تقدمه عليه و حكى

١ـ من جهة صراحة الفعل الماضي في انشاء العناوين لانه وضع للتحقق والثبوت بخلاف الفعل المضارع لتلبس الفاعل بالمبدء وهذا ملازم للتحقق لانه صريح فيه كما لماضي.

٢ـ لان هيئة فعل المضارع ايضاً موضوعة للحكاية عن تحقق صدور الحدث عن الفاعل في الاستقبال.

٣ـ التي كانت في اخبار بيع الابق واللبن في اخبار النكاح.

٤ـ لعله اشارة الى ان وجود القرينة يجوزه ولولم يكن صريحاً كما في الماضي.

٥ـ وقيل لايعتبر وقيل بالتفصيل بين العقود اللازمة وغيرها فيلزم من الثاني دون الاول.

فی غایة المرادعن ف الأجماع علیه ولیس فی ف فی هذه المسئلة الّا انّ البیع مع تقدیم الایجاب متفق علیه[1] فیؤخذ به فراجع خلافاً للشّیخ فی ط فی باب النّکاح و انّ وافق الخلاف فی البیع الّاانّه عدل عنه فی باب النّکاح بل ظاهر کلامه عدم الخلاف فی صحّته بین الأمامیّة حیث انّه بعد ماذکر انّ تقدیم القبول بلفظ الأمر فی النّکاح بان یقول الرّجل زوّجنی فلانة جایز بلاخلاف قال امّا البیع فانّه اذا قال بعنیها فقال بعتکها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفین و قال قول منهم لایصحّ حتّی یسبق الأیجاب انتهی و کیف کان فنسبة القول الأوّل الی ط مستند الی کلامه فی باب البیع و امّا فی باب النّکاح فکلامه صریح فی جواز التّقدیم کالمحقّق ره فی یع و العلّامة فی یر والشّهیدین فی بعض کتبهما و جماعة ممن تأخّر عنهما للعمومات السّلیمة عمّا یصلح لتخصیصها و فحوی جوازه فی النّکاح الثّابت بالأخبار مثل خبر ابان بن تغلب الوارد فی کیفیّة الصّیغة المشتمل علی صحّة تقدیم القبول بقوله للمرأة اتزوجك متعةً علی کتاب الله و سنة رسول الله (ص) الی ان قال فاذا قالت نعم فهی امرأتك وانت اولی النّاس بها و روایة سهل السّاعدی المشهور فی کتب الفریقین کما قیل المشتملة علی تقدیم القبول من الزّوج بلفظ زوّجنیها.

و التّحقیق انّ القبول[2] امّا ان یکون بلفظ قبلت و رضیت و امّا ان یکون بطریق الأمر و الأستیجاب نحو بعنی فیقول المخاطب بعتك و امّا ان یکون بلفظ

١ـ هذا لیس باجماع بل یدل علی انه القدر المتیقن وغیره مشکوك فیه کما لایخفی .

٢ـ محصله انه لابد فی القبول من امور ثلاثة الاول الرضا بالایجاب الثانی انشاء القبول علی سبیل الانفعال والتاثیر من الایجاب بحیث تکون المطاوعه ماخوذة فی مفهومه تقدم علی الایجاب اوتاخر لکن هذا فی المعاملات المشتملة علی التملیك من الجانبین لا فی المعاملات المجانیة من القرض و الرهن و الهبة الغیر المعوضة الثالث الانشاء للنقل والانتقال الفعلی الحاصل فی ظرف الانشاء .

اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت فان كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت فى صدر المسئلة بل المحكى عن الميسية و لك و مجمع الفايدة انه لاخلاف فى عدم جواز تقديم لفظ قبلت و هو المحكى عن نهاية الأحكام و كشف اللثام فى باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخرى المتأخرين ايضا بل المحكى هناك عن ظاهر كره الأجماع عليه و يدل عليه مضافا الى ماذكر والى كونه خلاف المتعارف من العقد ان القبول الذى هو احد ركنى عقد المعاوضة فرع الأيجاب فلا يعقل تقدمه عليه و ليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد مجرد الرضا بالأيجاب حتى يقال ان الرضا بشىء لايستلزم تحققه قبله فقد يرضى الأنسان بالأمر المستقبل بل المراد منه الرضا بالأيجاب على وجه يتضمن انشاء نقل ماله فى الحال الى الموجب على وجه العوضية لأن المشترى ناقل كالبايع و هذا لاتتحقق الا مع تأخر الرضا عن الايجاب اذمع تقدمه لايتحقق النقل فى الحال فان من رضى بمعاوضة يتشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله الى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التى انشاها الموجب سابقا فانه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله الى غيره على وجه العوضية و من هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين فى رد الدليل المذكور و هو كون القبول فرع الأيجاب وتابعا له و هو ان تبعية القبول للأيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ ولا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه وانما هو على سبيل الفرض والتنزيل بان يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقى اليه من الموجب و الموجب متناولا كما يقول السائل فى مقام الأنشاء اناراض بما تعطينى وقابل لما تمنحنى فهو متناول قدم انشاءه او اخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت ان لم ينعقد اجماع على خلافه انتهى و وجه الفساد ما عرفت سابقا من ان الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بازاء مال صاحبه ليس فيه انشاء نقل من القابل فى الحال بل هو رضاء منه بالأنتقال فى الأستقبال وليس المراد ان اصل

الرّضا بشيء تابع لتحققه فى الخارج اولا قبل الرّضا به[١] حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال بل المراد الرّضا الذى يعدّ ركناً فى العقد.

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر[٢] كما لو قال بعنى هذا بدرهم فقال بعتك لانّ غاية الامر دلالة طلب المعاوضة على الرّضا بها لكن لم يتحقّق بمجرد الرّضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فى الحال للدرّهم الى البايع كما لايخفى و اما ما يظهر من ط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الاكثر على خلافه و اما فحوى جوازه فى النّكاح ففيها بعد الاغماض عن حكم الأصل بناء على منع دلالة رواية سهل[٣] على كون لفظ الأمر هو القبول لأحتمال تحقّق القبول بعد ايجاب النّبىّ (ص) و يؤيّده انّه لولاه يلزم الفصل الطّويل بين الأيجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية ابان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرئة نعم فى الأيجاب .

ثم اعلم ان فى صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الاصحاب فقال فى المبسوط ان قال بعنيها بالف فقال بعتك صح.

والأقوى عندى انّه لايصحّ حتّى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت واختار ذلك فى ف وصرّح به فى الغنية فقال و اعتبرنا حصول الايجاب من البايع والقبول من المشترى حذراً عن القول بانعقاده بالأستدعاء من المشترى وهو ان يقول بعنيه بالف فيقول: بعتك فانّه لاينعقد حتّى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت او قبلت وصرّح

١ـ اى ليس المراد بان اصل الرضاء بشيء تابع لتحققه فى الخارج او للرضاء الحاصل من الموجب فالمراد من اصل الرضاء الرضاء الاولى الحاصل من الموجب .

٢ـ لعدم القصد الى النقل الفعلى مع التقدم وانه طلب للحاصل مع التاخر .

٣ـ لاحتمال كون قول الرجل طلب التزويج فى المستقبل واظهار الرغبة والافالتعليق بقوله ان لم يكن لك بها حاجة يكفى فى البطلان .

به ايضاً في تر والوسيلة و عن جامع المقاصد انّ ظاهرهم انّ هذا الحكم اتّفاقيّ و حكى الأجماع عن ظاهر الغنية ايضاً اوصريحها و عن لك المشهور بل قيل انّ هذا الحكم ظاهر كلّ من اشترط الأيجاب و القبول ومع ذلك كلّه فقد صرّح الشّيخ في ط في باب النّكاح بجواز التّقديم بلفظ الأمر بالبيع و نسبته الينامشعر بقرينة السّياق الى عدم الخلاف فيه بيننا فقال اذا تعاقدافان تقدّم الأيجاب على القبول فقال زوّجتك فقال قبلت التّزويج صحّ وكذا اذاتقدّم الأيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف و اما ان تأخّر الأيجاب وسبق القبول فان كان في النّكاح فقال الزّوج زوّجنيها فقال: زوّجتكها صحّ و ان لم يعد الزّوج القبول بلاخلاف لخبر السّاعدى قال الرّجل زوّجنيها يا رسول الله ﷺ فقال زوّجتكها بمامعك من القرآن فتقدّم القبول و تاخّر الأيجاب و ان كان هذا في البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لايصحّ حتّى يسبق الأيجاب انتهى وحكى جواز التّقديم بهذا اللّفظ عن القاضي في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كلّ من جوّز تقديم القبول على الأيجاب بقول مطلق و تمسّك له في النّكاح برواية سهل السّاعدي المعبّر فيها عن القبول بطلب التّزويج الآانّ المحقّق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الأستيجاب والأيجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الأيجاب و ذكر العلّامة قدّس سره الاستيجاب والأيجاب و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الأيجاب والقبول كالمعاطاة وجزم بعدم كفايته مع انّه تردّد في اعتبار تقديم القبول.

وكيفكان فقد عرفت انّ الأ قوى المنع في البيع لما عرفت بل لو قلنا بكفاية التّقديم بلفظ قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضويّة فيما دل على القبول.

ثمّ انّ هذا كلّه بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللّفظ في اللّزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصّيغة في الملك واما على ما اخترناه وقوّيناه سابقا في مسئلة المعاطاة من انّ البيع العرفيّ موجب للملك وانّ الأصل في الملك اللّزوم فاللّازم الحكم باللّزوم في كلّ مورد لم يقم اجماع على عدم اللّزوم وهو ما اذا خلت

المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا او كان اللفظ المنشىء به المعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها اللزوم واما فى غير ذلك فالاصل اللزوم وقد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع قد صرح فى المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا وحكى عن الكامل ايضاً فتامل وان كان التقديم بلفظ اشتريت وابتعت او تملكت او ملكت هذا بكذا فالاقوى جوازه لانه انشاء ملكية للمبيع بازاء ماله عوضاً ففى الحقيقة انشاء المعاوضة كالبايع الاان البايع ينشأ ملكية ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه والمشترى ينشأ ملكية مال صاحبه لنفسه بازاء ماله ففى الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه ويدخل مال صاحبه فى ملكه الاان الادخال فى الايجاب مفهوم من ذكر العوض وفى القبول مفهوم من نفس الفعل والاخراج بالعكس و حينئذ فليس فى حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الايجاب وانشاء انتقال مال البايع الى نفسه اذا وقع عقيب نقله اليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول اطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود فى الايجاب المتاخر لان المشترى انما ينقل ماله الى البايع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً والبايع انما ينشأ انتقال الثمن اليه كذلك لا بمدلول الصيغة .

وقد صرح فى يه ولك على ما حكى بان اشتريت ليس قبولا حقيقة وانما هو بدل وان الاصل فى القبول قبلت لان القبول فى الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به ولفظ اشتريت يجوز الابتداء به ومرادهما انه بنفسه لا يكون قبولا فلا ينافى ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تمليك البايع كما ان رضيت بالبيع ليس فيه انشاء لنقل ماله الى البايع الا اذا وقع متأخراً ولذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت واشتريت بالنسبة الى افادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم والتاخر متعاكسان .

فان قلت ان الاجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تاخير قوله اشتريت حتى يقع قبولا لان انشاء مالكيته لمال الغير اذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الاثر فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالاثر عقيب انشاء التاثير من البايع بخلاف ما لو تقدم فان مجرد انشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم

القبول كما لو نوى تملك المباحات او اللقطة فانه لا قبول فيه راساً .

قلت المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب واما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة وقبول الاثر فلا فقد تبين من جميع ذلك ان انشاء القبول لابد ان يكون جامعاً لتضمن انشاء النقل والرضا بانشاء البايع تقدم او تاخر ولا يعتبر انشاء انفعال نقل البايع .

فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشتريت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر اطلاق الشيخ فى ف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والايجاب وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل اشتريت وكذا السيد فى الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب والقبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب والايجاب وكذا ظاهر اطلاق الحلبى فى الكافى حيث لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد .

والحاصل ان المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلى وابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن ف على تقديم الايجاب مع انه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والايجاب بان ماعداه مجمع على صحته وليس على صحته دليل ولعمرى ان مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول وقد نبهنا على امثال ذلك فى موارده‍ا .

نعم يشكل الامر بان المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه فى المسئلة الاتية وهو الوصل بين الايجاب والقبول فالحكم لا يخلو عن شوب الاشكال ثم ان ماذكرنا[1] جار فى كل قبول يودى بانشاء مستقل كالاجارة التى يؤدى قبولها بلفظ تملكت منك منفعة كذا او ملكت والنكاح الذى يؤدى قبوله بلفظ نكحت وتزوجت واما مالا انشاء فى قبوله الا قبلت او ما يتضمنه كارتهنت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه اذ لا التزام فى قبوله لشىء كما كان فى قبول البيع التزام

١ـ اى جواز تقديم القبول وعدم الفصل الطويل وغيره .

بنقل ماله الى البايع بل لاينشئى به معنى غير الرّضا بفعل الموجب .

وقد تقدّم انّ الرّضا يجوز تعلّقه بامر مترقّب كما يجوز تعلّقه بامر محقّق فيجوز ان يقول رضيت برهنك هذا عندى فيقول رهنت والتحقيق عدم الجواز لانّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن ولايخفى انّه لايصدق الأرتهان على قبول الشّخص الّا بعد تحقّق الرّهن لانّ الايجاب انشاء للفعل والقبول انشاء للانفعال وكذا القول فى الهبة والقرض فانّه لايحصل من انشاء القبول فيهما التزام بشيء و انّما يحصل به الرّضا بفعل الموجب ونحوها قبول المصالحة المتضمّنة للاسقاط او التّمليك بغير عوض و امّا المصالحة المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الألتزام بها جايزا من الطّرفين وكان نسبتها اليهما على وجه سواء و ليس الألتزام الحاصل من احدهما امراً مغايراً للألتزام الحاصل من الآخر كان البادى منهما موجباً لصدق الموجب عليه لغةً وعرفاً .

ثمّ لمّا انعقد الأجماع على توقّف العقد على القبول لزم ان يكون الألتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول اذ لو قال ايضاً صالحتك كان ايجاباً آخر فيلزم تركيب العقد من ايجابين وتحقّق من جميع ذلك انّ تقديم القبول فى الصّلح ايضاً غير جايز اذ لاقبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت و قد عرفت انّ قبلت و رضيت مع التّقديم لايدلّ على انشاء لنقل العوض فى الحال فتلخّص ممّا ذكرنا انّ القبول فى العقود على اقسام ، لانّه امّا ان يكون التزاماً بشيء من القابل كنقل مال عنه او زوجيّة و امّا ان لايكون فيه سوى الرّضا بالايجاب والأوّل على قسمين لانّ الألتزام الحاصل من القابل امّا ان يكون نظير الألتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة او متغايراً كالأشتراء .

والثّانى ايضاً على قسمين لأنّه امّا ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالأرتهان والأتّهاب و الأقتراض وامّا ان لايثبت فيه اعتبار ازيد من الرّضا بالايجاب كالوكالة والعارية و شبههما فتقديم القبول على الايجاب لايكون الّا فى القسم الثّانى من كلّ من القسمين ثمّ انّ مغايرة الألتزام فى قبول البيع للألتزام ايجابه اعتبار عرفىّ فكلّ من التزم

بنقل ماله على وجه العوضيّة لمال آخر يسمّى مشتريا و كلّ من نقل ماله علم، ان يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بايعاً وبعبارة اخرى كلّ من ملّك ماله غيره بعوض فهو البايع فكلّ من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشترى و الاّ فكلّ منهما فى الحقيقة يملّك ماله غيره بازاء مال غيره و يملّك مال غيره بازاء ماله .

و من جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه و قبوله ذكره الشّيخ فى ط فى باب الخلع ثمّ العلاّمة و الشّهيدان و المحقّق الثّانى و الشّيخ المقداد قال الشّهيد فى عدّ الموالاة معتبرة فى العقد و نحوه و هى مأخوذة من اعتبار الأتصال بين المستثنى و المستثنى منه و قال بعض العامّة لايضرّ قول الزّوج بعد الأيجاب اَلْحَمْدُ لِلّٰهِ وَالصَّلٰوةُ عَلىٰ رَسُولِ اللّٰهِ قبلت نكاحها و منها الفورية فى استتابة المرتد فيعتبر فى الحال و قيل الى ثلثة ايام و منه السّكوت فى اثناء الأذان فان كان كثيراً ابطله و منه السّكوت الطّويل فى اثناء القرائة او قرائة غيرها وكذا التّشهّد و منه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الرّكوع فان تعمّدوا او نسوا حتّى ركع فلا جمعة و اعتبر بعض العامّة تحريمهم معه قبل الفاتحة ومنه الموالات فى التّعريف بحيث لاينسى انّه تكرار والموالات فى سنة التّعريف فلو رجع فى اثناء المدّة استونفت ليتوالى انتهى .

اقول : حاصله: انّ الامر المتدرّج شيئاً فشيئاً اذا كان له صورة اتّصاليّة فى العرف فلابدّ فى ترتّب الحكم المعلّق عليه فى الشّرع من اعتبار صورته الأتّصاليّة فالعقد المركّب من الأيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيئته الأتصاليّة ولذا لايصدق المعاقدة اذا كان الفصل مفرطا فى الطّول كسنة او ازيد وانضباط ذلك انّما يكون بالعرف فهو فى كلّ امر بحسبه فيجوز الفصل بين كلّ من الايجاب و القبول بمالايجوز بين كلمات كلّ واحد منهما ويجوز بين الكلمات بمالايجوز بين الحروف كمافى الأذان والقرائة وماذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم فى المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود وباطلاق كلمات الأصحاب فى اعتبار العقد فى اللّزوم

بل الملك امالو كان منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد واما جعل الماخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فلانه منشأ الانتقال الى هذه القاعدة فان اكثر الكليات انما يلتفت اليها من التامل في مورد خاص و قد صرح في القواعد مكررا بكون الاصل في هذه القاعدة كذا ويحتمل بعيداً[1] ان يكون الوجه فيه ان الاستثناء اشد ربطاً بالمستثنى منه من ساير اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حد الكذب الى الصدق فصدقه يتوقف عليه فلذا كان طول الفصل هناك اقبح فصار اصلا في اعتبار الموالات بين اجزاء الكلام ثم تعدى منه الى ساير الامور المرتبطة بالكلام لفظا او معنى او من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقداً او قرائة او اذاناً ونحو ذلك ثم في تطبيق بعضها على ماذكره خفاء كمسئلة توبة المرتد فان غاية مايمكن ان يقال في توجيهه ان المطلوب في الاسلام الاستمرار فاذا انقطع فلابد من اعادته في اقرب الاوقات.

واما مسئلة الجمعة فلان هيئة الاجتماع في جميع احوال الصلوة من القيام و الركوع والسجود مطلوبة فيقدح الاخلال بها و للتامل في هذه الفروع وفي صحة تفريعها على الاصل المذكور مجال.

ثم ان المعيار في الموالات موكول الى العرف كما في الصلوة والقرائة والاذان ونحوها ويظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسئلة تقديم القبول جواز الفصل بين الايجاب والقبول بكلام طويل اجنبي بناء على ما فهمه الجماعة من ان القبول فيها قول ذلك الصحابي زوجنيها والايجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكها بما معك من القرآن ولعل هذا[2] موهن آخر للرواية فافهم[3]

١ـ قيل وجه البعد ان ثبوت اعتبار الاتصال فيما كان الربط فيه اشد لايلازم ثبوته فيما كان الربط فيه اخف.

٢ـ اى لزوم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول في الرواية.

٣ـ لعله اشارة الى ان اعتبار الموالات انما هي في خصوص العقد لا في مطلق الاسباب كالتجارة والبيع لانه عموم نفوذهما ويمكن ان يكون النكاح كذلك.

ومن جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز[١] فى العقد بان لايكون معلقاً على شيء بادات الشرط[٢] بان يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فى صورة وجود ذلك الشيء لافى غيرها وممن صرح بذلك الشيخ والحلى والعلامة وجميع من تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثانى وغيرهم قدس الله ارواحهم وعن فخر الدين فى شرح الارشاد فى باب الوكالة ان تعليق الوكالة على الشرط لايصح عند الامامية وكذا غيره من العقود لازمة كانت اوجايزة وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه وظاهر لك فى مسئلة اشتراط التنجيز فى الوقف الاتفاق عليه والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد وان لم يتعرض الاكثر فى هذا المقام ويدل عليه فحوى فتاويهم ومعاقد الاجماعات فى اشتراط التنجيز فى الوكالة مع كونه من العقود الجايزة التى يكفى فيها كلما دل على الاذن حتى ان العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة ان يقول الموكل انت وكيلى فى يوم الجمعة ان تبيع عبدى و على صحة قوله انت وكيلى ولاتبع عبدى الافى يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً وفرق

١ـ يعنى لايكون المنشأ معلقاً بان انشاء البيع على تقدير كون اليوم جمعة لاان يكون الانشاء معلقا كان يكون انشائه شيئاً واخباره به معلقاً على شيء فان مرجعه الى التناقض والدليل عليه عدم صدق عناوين العقود والايقاعات عليه او الاجماع والافليس هنا دليل عقلى اونقلى ولذا جاز التعليق فى بعض العقود كالوصية والتدبير والنذر واخويه نعم قد يقال ان الحروف والهيئآت معان جزئية والجزئى غير قابل للتقييد لكن فيه انه يمكن كما ثبت فى الاصول ان القيد فى مثل ان جائك زيد فاضربه للهيئة لامحالة لا للمادة ثم ان التعليق الممنوع هو التعليق على امر استقبالى مجهول التحقق واما التعليق بامر استقبالى معلوم التحقق فلايضر نعم التعليق على امر حالى مجهول التحقق والتعليق على امر استقبالى معلوم التحقق مختلف فيهما كما سيأتى التفصيل من المصنف.

٢ـ تقييده بالاداة لاخراج صورة مالم تكن بالاداة كما اذا قال بعتك يوم الجمعة و سيذكره المصنف ايضا.

بينهما جماعة بعد الاعتراف بانّ هذا فى معنى التعليق بانّ العقود لما كانت متلقّاة من الشّارع انيطت بهذه الضّوابط وبطلت فيما خرج عنها وان افادت فائدتها فاذا كان الأمر كذلك عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع وبالجملة فلا شبهة فى اتفاقهم على الحكم .

واما الكلام فى وجه الاشتراط فالذى صرّح به العلّامة فى التذكرة انّه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشّرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق قال الخامس من الشّروط الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ وان كان الشّرط المشيّة للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدّته وهو احد قولى الشّافعى واظهرهما عندهم الصّحة لانّ هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لانّه لو لم يشأ لم يشترانتهى كلامه وتبعه على ذلك الشّهيد ره فى قواعده قال لانّ الانتقال بحكم الرّضا ولا رضا الّا مع الجزم والجزم ينافى التعليق انتهى ومقتضى ذلك: انّ المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول كما صرّح به المحقّق فى باب الطّلاق وذكر المحقّق والشّهيد الثّانيان فى الجامع ولك فى مسئلة انّ كان لى فقد بعته انّ التعليق انّما ينافى الانشاء فى العقود والايقاعات حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول ، لكنّ الشّهيد فى قواعده ذكر فى الكلام المتقدّم انّ الجزم ينافى التعليق لأنّه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف ، لانّ الاعتبار بجنس الشّرط دون انواعه فاعتبر المعنى العامّ دون خصوصيّات الأفراد ثمّ قال فان قلت فعليه هذا يبطل قوله فى صورة انكار التّوكيل ان كان لى فقد بعته منك بكذا قلت هذا تعليق على واقع لا متوقّع الحصول فهو علّة للوقوع او مصاحب له لا معلّق عليه الوقوع وكذا نقول لو قال فى صورة انكار وكالة التّزويج و انكار التّزويج حيث تدّعيه المرئة ان كانت زوجتى فهى طالق انتهى كلامه ره وعلّل العلّامة فى القواعد صحّة ان كان لى فقد بعته بانّه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضرّ جعله شرطاً وكذا كلّ شرط علم وجوده فانّه لا يوجب شكّاً فى البيع ولا وقوفه انتهى .

وتفصيل الكلام انّ المعلّق عليه امّا ان يكون معلوم التحقّق واما ان يكون محتمل

التحقق وعلى الوجهين فاما ان يكون تحققه المعلوم او المحتمل فى الحال او المستقبل و على التقادير فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححاً للعقد ككون الشىء مما يصح تملكه شرعاً او مما يصح اخراجه عن الملك كغير ام الولد وغير الموقوف ونحوه وكون المشترى ممن يصح تملكه شرعاً، كان لا يكون عبداً وممن يجوز العقد معه بان يكون بالغاً واما ان لا يكون كذلك .

ثم التعليق: اما مصرح به واما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة وقوله فى القرض والهبة خذ هذا بعوضه اوخذه بلا عوض يوم الجمعة فان التمليك معلق على تحقق الجمعة فى الحال او فى الاستقبال، ولهذا احتمل العلامة فى يةَ وولده فى الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بان العقد وان كان منجزاً فى الصورة الا انه معلق والتقدير ان مات مورثى فقد بعتك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر انه غير قادح وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيدين و المحقق الثانى والصيمرى .

وحكى ايضاً عن ط والايضاح فى مسئلة ما لو قال ان كان لى فقد بعته بل لم يوجد فى ذلك خلاف صريح ولذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً وما كان معلوم الحصول فى المستقبل وهو المعبر عنه بالصفة فالظاهر انه داخل فى معقد اتفاقهم على عدم الجواز وان كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجرى فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه بل يظهر من عبارة ط فى باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فانه قال اذا قال الواقف اذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف، لانه مثل البيع و الهبة و عندنا مثل العتق ايضاً انتهى فان ذيله يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية نعم مماثلته للعتق مختص بهم وما كان منها مشكوك الحصول و ليس صحة العقد معلقة عليه فى الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم وما كان صحة العقد معلقة عليه ، كالامثلة المتقدمة فظاهر اطلاق كلامهم يشمله الا ان الشيخ فى ط حكى فى مسئلة ان كان لى فقد بعته قولاً من بعض الناس بالصحة

وان الشرط لايضره مستدلا بانه لم يشترط الا مايقتضيه اطلاق العقد لانه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل اذا كان اذن له فى الشراء فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن او تسليم المثمن او ما اشبه ذلك انتهى .

و هذا الكلام وان حكاه عن بعض الناس الا ان الظاهر ارتضائه له وحاصله انه كما لايضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لايضر تعليق العقد بما هو معلق عليه فى الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالزام ببعض غاياته فكما لايضر الالزام بما يقتضى العقد التزامه كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه ومقيدا به و هذا الوجه وان لم ينهض لدفع محذور التعليق فى انشاء العقد لان المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الاثر الشرعى على العقد دون انشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفة المتكلم فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء و المعلق على شىء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء بل و لامنجزا بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له كاف فى عدم الظن بتحقق الاجماع عليه مع ان ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على ان محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم.

و يؤيد ذلك ان الشهيد فى قواعده جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البايع بعتك ان قبلت و يظهر منه ذلك ايضا فى آخر القواعد ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسئلة هو الاجماع و ربما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق وبطلانه واضح لان المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه و ان كان الكلام فى انه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله هذا لك ان جاء زيد غداً و خذ المال قرضاً او قراضاً اذا اخذته من فلان و نحو ذلك فلا ريب فى انه امر متصور واقع فى العرف و الشرع كثيراً فى الاوامر و المعاملات من العقود

والايقاعات ويتلوه هذا الوجه فى الضعف ماقيل من ان ظاهر مادل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك.

و فيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة و اللزوم فى مثل قوله تعالى اوفوا بالعقود لان دليل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم كاف فى اثبات ذلك ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد اوفوا بالعقود الامفاد اوفوا بالعهد فى ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه فى تحقق المعلق لايوجب عدم الوفاء بالعهد [1] و الحاصل انه ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البديهيات التى لايعقل خلافها وان اريد به الاثر الشرعى وهو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك الغير المعلق وان كان معلقا فاثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير [2] جداً مع ان ماذكره لايجرى فى مثل قوله بعتك ان شئت وان قبلت فقال قبلت فانه لايلزم هنا تخلف اثر العقد عنه [3] مع ان هذا لايجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال فان العقد حينئذ يكون مراعى لاموقوفاً مع ان ماذكره لايجرى فى غيره من العقود التى قد يتاخر مقتضاها عنها كما لايخفى وليس الكلام فى خصوص البيع وليس على هذا الشرط فى كل عقد دليل عليحدة ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك فى ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن وليس الا العقد العارى عن التعليق اذ فيه ان اطلاق الادلة مثل حلية البيع وتسلط الناس

١ـ قيل للعهد وحاصل الفرق بين اوفوا واحل الله البيع ، هو ان الوفاء بالعقد وترتيب الاثر وحصول القبض بخلاف حلية البيع فان معناه نفوذا نشاء النقل وان لم يتحقق القبض .

٢ـ كما فى موارد اعتبار القبض كالهبة وبيع الصرف وبيع السلم .

٣ـ لان العقد انما يتم بالقبول .

على اموالهم وحل التجارة عن تراض ووجوب الوفاء بالعقود وادلة ساير العقود كاف فى التوقيف .

وبالجملة فاثبات هذا الشرط فى العقود مع عموم ادلتها ووقوع كثير منها فى العرف على وجه التعليق بغير الأجماع محققاً اومنقولاً مشكل ثم ان القادح هو تعليق الانشاء .

واما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد وان كان المنشئ متردداً فى ترتب الأثر عليه شرعاً اوعرفاً كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم ان المال له اوان المبيع مما يتمول او ان المشترى راض حين الأيجاب ام لا اوغير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفاً اوشرعاً بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه[1] اذا تحقق القصد الى التمليك العرفى وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة مالم يكن سبباً[2] لأرتفاع القصد .

نعم ربما يشكل الأمر فى فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية اوالشك فيها فى انشاء الطلاق فانه لا يتحقق القصد اليه منجزاً من دون العلم بالزوجية وكذا الرقية فى العتق وحينئذ فاذا مست الحاجة الى شىء من ذلك للأحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الأنشاء على ماهو شرط فيه فلا بد من ابرازه بصورة التنجز وان كان فى الواقع معلقاً اويوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الأذن الا ان ظاهر الشهيد فى القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امراة يشك فى انها محرمة عليه فظهر حلها وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد قال وكذا الأيقاعات كما لو خالع امرأة اوطلقها وهو شاك فى زوجيتها اوولى نائب الأمام عليه السلام قاضياً لا يعلم اهليته وان ظهر اهلاً ثم قال ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حيوته فبان ميتاً لأن الجزم هنا حاصل[3] لكن

١ـ اى الاثر الشرعى لا العرفى لانه يمتنع القصد اليه مع العلم بعدم ترتبه .

٢ـ بان يكون المقصود من المعاملة التسبب الى الاثر الشرعى .

٣ـ لامكان القصد الى البيع ولو لم يكن مالكاً كما فى بيع الفضولى .

خصوصيّة البايع غير معلومة وان قيل بالبطلان امكن لعدم القصد الى نقل ملكه وكذا لو زوّج امة ابيه فظهر ميّتا انتهى والظّاهر الفرق بين مثال الطّلاق وطرفيه بامكان الجزم فيهما دون مثال الطّلاق فافهم وقال فى موضع آخر ولو طلّق بحضور خنثيين فظهرا رجلين امكن الصّحة وكذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلاً ويشكلان فى العالم بالحكم لعدم قصدهما الى طلاق صحيح انتهى ومن جملة شروط العقد التّطابق بين الايجاب والقبول [1] فلو اختلفا فى المضمون بان اوجب البايع البيع على وجه خاصّ من حيث خصوص المشترى او المثمن او الثّمن او توابع العقد من الشّروط فقبل المشترى على وجه آخر لم ينعقد .

ووجه هذا الأشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرّضا بالأيجاب فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا فقال اشتريته لنفسى لم ينعقد ولو قال بعت هذا من موكلك فقال الموكّل الغير المخاطب قبلت صحّ وكذا لو قال بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل ولو قال : بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثّمن او نصفه لم ينعقد و كذا لو قال بعتك العبد بمأة درهم فقال اشتريته بعشرة دينار ولو قال للاثنين بعتكما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثّمن لم يقع ولو قال كلّ منهما ذلك لا يبعد الجواز ونحوه لو قال البايع بعتك العبد بمأة فقال المشترى اشتريت كلّ نصف منه بخمسين وفيه اشكال ومن جملة الشّروط فى العقد ان يقع كلّ من ايجابه وقبوله فى حال يجوز لكلّ واحد منهما الأنشاء فلو كان المشترى فى حال ايجاب البائع غير قابل

١ـ لان العقد عبارة عن امر وجدانى فلو لم يرتبط كلام احدهما بكلام الاخر لغى نعم لو لم تكن خصوصيته التى اختلفا فيهما ركناً فى المعاملة لا يوجب اختلافاً فى العقد مثل كون المخاطب هو المشترى او كونه وكيلا منه فلا بأس بعدم التطابق لما عرفت من ان البيع تبديل احد طرفى الاضافة بمثله مع بقاء طرف الاخر بحاله فالمعاوضة تقع بين المالين ولا خصوصية لمالكيهما واعتبار تارة يكون من ناحية المبيع واخرى من ناحية البايع .

للقبول اوخرج البايع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والاغماء بل النوم[1] فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حينئذ .

واما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط حقيقة لا ركن فان حقيقة الوصية الايصاء ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه ولورد جاز له القبول[2] بعد ذلك وان كان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه ايضاً عن مفهوم التعاهد و التقاعد لان المعتبر فيه عرفاً رضا كل منهما لما ينشأه الاخر حين انشاه كمن يعرض له الحجر بفلس اوسفه اورق لو فرض اومرض موت والاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق وكذا لو كان المشترى فى زمان الايجاب غير راض اوكان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير فصحة كل من الايجاب والقبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلم من اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقدة فاذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما اوقام و لم يكن قيامه معتبراً لم يتحقق معنى المعاقدة ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الايجاب و قبل القبول اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكره على خلاف القاعدة لاجل الاجماع .

فرع لو اختلف[3] المتعاقدان اجتهاداً اوتقليدا فى شروط الصيغة فهل يجوز

١ـ والصمم والغفلة والجهل باللغة وغيرها .

٢ـ لعدم كونه حقيقة المعاقدة والا فمع كون المورث معاقداً كيف يجوز القبول من الوارث بناء على كون رده ايضا موجب لبطلان العقد.

٣ـ كما لو اعتقد المشترى فساد العقد الفارسى والبايع صحته وكذلك فى غير الفارسى وحينئذ تارة يكون الاختلاف من كلا الجانبين بان انشأ البايع بغير الماضى مع كونه معتبرة لدى المشترى فقبل المشترى بالفارسية مع اعتبار العربية عند البايع واخرى يكون من احدهما فقط وهو واضح.

ان يكتفي كل منهما[١] بما يقتضيه مذهبه ام لا[٢] وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و[٣] جواز العقد بالفارسي اردئها اخيرها[٤] والاولان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية[٥] للمجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس وايجاب

١ـ بان يعمل كل واحد منهما بما يقتضيه مذهب الاخر لا مذهب نفسه و يكتفي بصدور الايجاب بالعربية من البايع وان كان قبول المشتري بالفارسية وكذا العكس وقيل لا يكتفي بذلك لما حقق في الاصول من ان الاحكام الظاهرية احكام لمن ينكشف خلافها عنده فالا جزاء لا وجه له.

٢ـ يعني ام لا يكتفي به بل لا بد من العمل بالمتفق عليه.

٣ـ الواو للمعية والمراد التمثيل للوجه الثالث.

٤ ـ لان مجرد عدم القائل لا يكفي فيه بل لا بد من كونه مخالفاً للاجماع مع انه لا اعتبار بهذا الاتفاق لتخطئة كل من المفتين صاحبه في الفتوى مضافاً الى انه يلزم بطلان صلوة من قلد المجتهدين القائلين احدهما في التسبيحات بالمرة والاخر بثلاث مرات فكما لا يضر تبعيض التقليد هناك فكذلك هيهنا.

٥ـ يعني ان العقد الفارسي مثلا في حق من اعتقد من الادلة صحته يكون صحيحاً مؤثراً في النقل واقعاً فتحل الزوجة التي عقدها بالفارسي ولا يجوز لغيره ان يتزوج لهذه المرئة مادامت في حبالة هذا الزوج ككفاية التيمم مع وجدان الماء بعد الصلوة هذا وجه الاجزاء و اما وجه عدم الاجزاء فهو من جهة ان الشارع ارادمنه الواقع فان اصابه اخذ والافهو معذور لقبح التكليف بما لا يطاق وليس مراد المصنف ان الواقع تابع لاجتهاد المجتهد وان مؤدى اجتهاده احكام واقعية حتى يرد عليه لزوم التصويب كما زعمه السيد الطباطبائي بل مراده ان المستفاد من ادلة اعتبار الموالات والاصول هو لزوم ترتيب آثار الواقع عليه عند الشك.

العاجز عن العربيّة وكصلوة المتيمّم بالنّسبة الى واجد الماء ام هى احكام عذريّة لا يعذر فيها الاّ من اجتهد او قلّد فيها و المسئلة محرّرة فى الأصول هذا كلّه اذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً الى فعل الآخر [١] كالصّراحة و العربيّة و الماضويّة و التّرتيب .

واما الموالات و التّنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحّة الانشاء الى آخر العقد فالظّاهر انّ اختلافها يوجب فساد المجموع لأنّ بالاخلال بالموالات او التّنجيز او البقاء على صفات صحّة الأنشاء يفسد عبارة من يراها شروطا [٢] فانّ الموجب اذا علّق مثلا او لم يبق على صفة صحّة الأنشاء الى زمان القبول باعتقاد مشروعيّة ذلك لم يجز من القابل ببطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول وكذا القابل اذا لم يقبل الاّ بعد فوات الموالات بزعم صحّة ذلك فانّه يجب على الموجب اعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالات فتامّل [٣] .

مسئلة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه [٤] و كان مضمونا عليه اما عدم الملك فلانّه مقتضى فرض الفساد و اما الضّمان بمعنى كون تلفه عليه وهو احد امور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف و ادّعى الشّيخ فى

١ـ يعنى يكون الخلل فى احد الجزئين .

٢ـ لان انتفاء شرط التنجيز فى الايجاب يوجب انتفائه فى القبول ايضا والالم يكن القبول مطابقاً للايجاب .

٣ـ لعله اشارة الى ان الموالات فعل القابل فالتراخى لا يكون الا منه لا من الموجب فاذا اعتقد القابل عدم فوات الموالات كفى فى الصحة لان الموالات شرط فى صحة القبول لا فى الايجاب .

٤ ـ لان القبض الواقع بعد العقد الفاسد انما تقع وفاء لا اغماضاً عن العقد فلا يصغى الى ما مر فى المعاطات عن بعضهم من حصول الملك به زاعماً كونه معاطاتا اوراجعاً اليها فلا يملك وان بنى على العقد وتاثيره فى ملكيته .

باب الرّهن و فی موضع من البیع الأجماع علیه صریحاً و تبعه فی ذلك فقیه عصره فی شرح القواعد و فی ان البیع الفاسد یجری عند المحصّلین مجری الغصب فی الضّمان وفی موضع آخر نسبه الی اصحابنا و یدلّ علیه النّبوی المشهور علی الید ما اخذت [١] حتّی تؤدّی والخدشة فی دلالته بانّ کلمة علی ظاهرة فی الحکم التّکلیفی فلا یدلّ علی الضّمان ضعیفة جدّاً [٢]، فانّ هذا الظّهور انّما هو اذا اسند الظّرف الی فعل من افعال المکلّفین [٣]، لا الی مال من الأموال [٤] کما یقال: علیه دین فانّ لفظة علی حینئذ لمجرّد الأستقرار فی العهدة عیناً کان او دیناً و من هنا [٥] کان المتّجه صحّة الأستدلال به علی ضمان الصّغیر [٦]، بل المجنون اذا لم

١ـ لان الظرف فی المقام ظرف مستقر لوقوعه جزاء فاستقرار الاموال وثبوتها علی الید ظاهر فی الحکم الوضعی کما اذا قیل علیه دین او عین فالمعنی یستقر علیه الدین والضمان وهو امر ثابت الی ان یتحقق الاداء لکونه مغیی به ثم ان تقیید النبوی بالشهرة اشارة الی ضعفه لکون راویه سمرة بن جندب ضارب ناقة النبی (ص) الذی قال فی حقه ابو حنیفة انی اعمل کل صحابی الاثلاثة وعده منهم وحکایته مع الانصاری مشهورة فی حدیث نفی الضرر و قال ابن ابی الحدید انه من شرطة جیش ابن زیاد وکان یحث النّاس علی قتل الحسین علیه السلام .

٢ـ لاقتضائه ان یجعل الظرف لغواً ویقدر لفظ یجب ونحوه مع انه لاشاهد علیه والاصل عدم التقدیر.

٣ـ فی قوله تعالی من استطاع الیه سبیلا .

٤ـ لان المال یمتنع ان یکون موضوعاً للاحکام التکلیفیة فانها لیست مملوکة لله تعالی .

٥ـ ای من جهة ظهور الروایة فی الحکم الوضعی .

٦ـ لکونه حکماً وضعیاً فلو کان مفادها الحکم التکلیفی کان یمتنع شمولها للطفل لحدیث رفع القلم عنه وعلة شموله هو دلالة الروایة بالضمان علی من اخذ اختیاراً الذی

یکن یدهما ضعیفة[1] لعدم التمیز والشعور ویدل علی الحکم المذکور ایضاً (له) فی الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری انه یاخذ الجاریة صاحبها و یاخذ الرجل ولده بالقیمة فان ضمان الولد بالقیمة مع کونه نماء لم یستوفه المشتری یستلزم[2] ضمان الاصل بطریق اولی فلیس استیلادها من قبیل اتلاف النماء بل من قبیل احداث انمائها غیر قابل للملك فهو کالتالف لا کالمتلف فافهم[3].

ثم ان هذه المسئلة من جزئیات القاعدة المعروفة کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و مالا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده و هذه القاعدة اصلا و عکساً وان لم اجدها بهذه العبارة فی کلام من تقدم علی العلامة الا انها یظهر من کلمات الشیخ ره فی ط فانه علل الضمان فی غیر واحد من العقود الفاسدة بانه

یشمل الصبی وهذا واضح علی قول من یری الاستقلال فی الاحکام الوضعیة کالتکلیفیة و اما بناء علی قول من یری انه منتزع عن الحکم التکلیفی کالمصنف فیکون الامر مشکلا علیه .

١ـ والالم یصدق علیهما الید فلا تکون موضوعاً للحدیث .

٢ـ عرفاً لان الضمان بالاستیفاء یختص بما هو مملوك للمضمون والمقام لیس کذلك فلا یکون الضمان الا لید لا للاستیفاء کما لا یخفی فاذا کان النماء مضموناً علیه یکون العین مضمونة بطریق اولی لانه تابع لها هنا وان کان قد یکون مستقلا کما اذا سکن فی دار غیره بالاجارة الفاسدة فان ضمان المنافع حینئذ لیس تابعاً للعین بل انما یضمنها من باب قوله علیه السلام من اتلف مال الغیر الخ لکن علة عدم الاستیفاء هو کونه حراً .

٣ـ لعله اشارة الی انه یمکن دعوی صدق الاتلاف عرفاً فی مورد الروایة ایضا او الی ان احداث نمائها نوع من الاتلاف او الی ان الاستیلاد اشغال لها بالولد فهو استیفاء لنمائها او الی ان تقدیر القیمة للولد اشارة الی استیفاء الرجل منفعة الامة من الخدمة واللبن .

دخل على ان يكون المال مضموناعليه و حاصله ان قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي[١] او جعلى [٢] موجب للضمان و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التى تضمن بصحيحها و ذكر ايضاً فى مسئلة عدم الضمان فى الرهن الفاسد انصحيحه لايوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده و هذا يدل على العكس المذكور و لم اجد من تامل فيها عدا الشهيد فى لك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق اجرة المثل ام لا.

و كيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا ثم بيان المدرك فيها فنقول و من الله الاستعانة ان المراد بالعقد اعم من الجائز و اللازم بل مما كان فيه شائبة الايقاع او كان اقرب اليه فيشمل الجعالة والخلع والمراد بالضمان فى الجملتين[٣] هو كون درك المضمون عليه[٤] بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه واما مجرد كون تلفه فى ملكه [٥] بحيث يتلف مملوكاله كما يتوهم [٦] فليس هذا معنى للضمان اصلا فلا يقال ان

١ـ اى المثل اوالقيمة .

٢ـ اى المسمى والاول منصرف الضمان عند الاطلاق والثانى هو مقتضى العقود الصحيحة واقتضاء الباء السببية فى قوله بصحيحه بالمسمى بخلاف الظرفية .

٣ـ اى فى الاصل والعكس.

٤ـ لقرينة السياق المقتضية لكون المراد فى الصحيح والفاسد معنى واحداً فمعنى يضمن هو يغرم لان معناه الاصلى كون الشيء فى ضمن شيء .

٥ ـ كما احتمله العلامة فى الاوانى المكسورة واختاره صاحب المقابيس ومطلق الضمانات ولو فى غير باب الاتلاف كباب الغصب ونحوه.

٦ـ هو الشيخ على ره فى حاشية الروضة ولصاحب الرياض فى النقد و النسية كلام يشبهه .

الأنسان ضامن لأمواله[١] ثم تدارکه من ماله تارة یکون باداء عوضه الجعلی الذی تراضی هو و المالك، علی کونه عوضاً و امضاه الشّارع کما فی المضمون بسبب العقد الصّحیح[٢] و اخری باداء عوضه الواقعی و هو المثل اوالقیمة و ان لم یتراضیا علیه و ثالثة باداء اقلّ الأمرین من العوض الواقعی و الجعلیّ کما ذکره بعضهم فی بعض المقامات[٣] مثل تلف الموهوب بشرط التّعویض قبل دفع العوض فاذا ثبت هذافالمراد بالضّمان بقول مطلق هو لزوم تدارکه بعوضه الواقعی لأنّ هذاهو التّدارك حقیقة و لذالو اشترط ضمان العاریة لزم غرامة مثلها او قیمتها ولم یرد فی اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غیرها عدالفظ الضمان بقول مطلق .

واماتّدارکه بغیره فلابدّمن ثبوته من طریق آخر مثل تواطئهماعلیه بعقد صحیح یمضیه الشّارع فاحتمال ان یکون المرادبالضّمان فی قولهم یضمن بفاسده هووجوب اداء العوض المسمّی نظیر الضّمان فی العقد الصّحیح ضعیف فی الغایة لالأن ضمانه بالمسمّی یخرجه من فرض الفساد اذیکفی فی تحقّق فرض الفساد بقاء کلّ من العوضین

١ـ فان قلت انه اذاتلف العین المرهونة یکون ضمانها علی الراهن مع انهامانه وکذا ما اذا تلف المالك مانذرالتصدق به وکذلك العین الزکویة اذاتعلق بها حق الزکوة قلت نعم ولکن هذه الاموال کلها موضوع لحق الغیر بخلاف المقام .

٢ـ مثل مالو باع زید فرسه علی عمرو بدینار بیعاً صحیحاً فان الخسارة الواردة علی زید بخروج الفرس عن ملکه وعلی عمرو بخروج الدینار متدارکة بالعوض خسارة زید بالدینار وخسارة عمرو بالفرس .

٣ـ لان المتهب کان له التخییر مع بقاء العین بین ردها ودفع المسمی فاذا تلفت فان الاقل هو المسمی فقدرضی به الواهب وانکان قیمة العین فحیث ان المتهب کان مخیراً فله رد الهبة برد قیمة العین هذا ما فی لك ولکن قال بعضهم بالمسمی وبعضهم غیر ذلك .

على ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة نظير المعاطاة على القول بالأباحة بل لأجل ما عرفت من معنى الضّمان و انّ التّدارك بالمسمّى فى الصّحيح لأمضاء الشّارع مـاتواطئا على عوضيّته لا لأنّ معنى الضّمان [1] فى الصّحيح مغـايـر لمعناه الفاسد حتّى يـوجب ذلك تفكيكاً فى العبـارة فـافهم [2] ثمّ العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع [3] ليكون افراده مثل البيع والصّلح والأجارة ونحوها لجواز كون نوع لايقتضى بنوعه الضّمان وانّما المقتضى له بعض اصنافه فالفرد الفاسد من ذلك الصّنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصّنف مثلاً: الصّلح بنفسه، لايوجب الضّمان لأنّه قد لايفيد الأفائدة الهبة، الغير المعوّضة اوالأبراء فالموجب للضّمان هو المشتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضّمان ايضاً و لايلتفت الى انّ نوع الصّلح الصّحيح من حيث هو لايوجب ضماناً فلايضمن بفاسده و كذا الكلام فى الهبة المعوّضة [4] و كذا عارية الذّهب و الفضّة .

نعم ذكروا [5] فى وجه عدم ضمان الصّيد الذّى استعاره المحرم انّ صحيح العارية

١ـ يعنى أن المراد من الضمان فى العبارة القدر المشترك وهو مطلق الغرامة و تعيين المسمى فى الصحيح والواقعى فى الفاسد انما هو فى الخارج .

٢ـ لعله اشارة الى ان الجمع بين الفساد و تعيين المسمى فى المعاطات ليس لفسادها بل هو لصحتها و تعين المسمى حينئذ يكون للعوضية فقياس العقد الفاسد على المعاطات قياس مع الفارق.

٣ـ لانه حينئذ يلزم عدم اطراد عكس القضية فان الصلح الجامع بين الصلح المعاوضى وغيره بما هو جامع بين الصنفين لايقتضى صحيحه الضمان فيدخل فى عكس القضية وهو مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ومقتضى ذلك ان الصلح الفاسد لايقتضى الضمان مع انه قد يقتضيه مثل ما اذا كان الصلح المعاوضى.

٤ـ اى لاينظر الى نوع الهبة من انه لايوجب الضمان بل الى صنفه .

٥ـ استدراك عما ربما يفهم منه النوع فوجهه بانه صنف ايضا :

لایوجب الضّمان فینبغی ان لایضمن بفاسدها و لعلّ المراد عاریة غیر الذّهب و الفضّة و غیر المشروط ضمانها ثمّ المتبادر من اقتضاء الصّحیح للضمان اقتضائه لهبنفسه فلو اقتضاه الشّرط المتحقّق فی ضمن العقد الصّحیح ففی الضّمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فیه الضمان تمسّکا بهذه القاعدة اشکال[1] کما لو استاجر اجارة فاسدة و اشترط فیها ضمان العین و قلنا بصحّة هذا الشّرط فهل یضمن بهذا الفاسد لانّ صحیحه یضمن به ولولاجل الشّرط ام لا وکذا الکلام فی الفرد الفاسد من العاریة المضمونة .

و یظهر من الرّیاض اختیار الضّمان بفاسدها مطلقا[2] تبعاً لظاهر لك ویمکن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبیل بناءً علی انّها هبة مشروطة لامعاوضة و ربما یحتمل فی العبارة ان یکون معناه انّ کل شخص من العقود یضمن به لو کان صحیحاً یضمن به مع الفساد و رتب علیه عدم الضّمان فیما لو استاجر بشرط ان لااجرة کما اختاره الشّهیدین او باع بلاثمن کما هو احد وجهی العلّامة فی عد ویضعّف بانّ الموضوع هو العقد الذّی و جدله بالفعل صحیح و فاسد لامایفرض تارةً صحیحاً و اخری فاسداً فالمتعیّن بمقتضی هذه القاعدة الضّمان فی مسئلة البیع لان البیع الصّحیح یضمن به.

نعم ما ذکره بعضهم من التّعلیل لهذه القاعدة بانّه اقدم علی العین مضمونة علیه لایجری فی هذا الفرع لکنّ الکلام فی معنی القاعدة لافی مدرکها :

---

١ ـ لان المراد من صنف العقد هوحصصه فلایصدق العقد علی العقد المشترط فیه الضمان لانه لایقال انه عقد بل یقال انه عقد و شرط فماعن بعض من ان الوجه للشرط و الفاقد صنفان ضعیف فی الغایة .

٢ ـ سواءکان بالشرط کعاریة الذهب والفضة اوغیره .

ثم ان لفظة الباء فى بصحيحه و بفاسده اما بمعنى فى [١] بان يراد كلما تحقق الضمان فى صحيحه تحقق فى فاسده واما لمطلق السببية [٢] الشامل للناقصة لا العلة التامة فان العقد الصحيح قدلايوجب الضمان الا بعد القبض كما فى السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث ان المبيع قبل القبض مضمون على البايع بمعنى ان دركه عليه و يتداركه برد الثمن فتامل [٣] و كذا الاجارة و النكاح و الخلع [٤] فان المال فى ذلك كله مضمون على من انتقل عنه الى ان يتسلمه من انتقل اليه واما العقد الفاسد فلا يكون علة تامة ابداً بل يفتقر فى ثبوت الضمان الى القبض فقبله لاضمان فجعل الفاسد سبباً اما لانه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان و اما لانه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض [٥] و لذا علل الضمان الشيخ و غيره بدخوله على ان يكون العين مضمونة عليه ولاريب ان دخوله على الضمان انما هو بانشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه و الغرض من ذلك كله دفع ما يتوهم ان سبب الضمان فى الفاسد هو القبض لاالعقد الفاسد

١ـ كقوله تعالى لقد نصركم الله ببدر وانكم ظلمتم انفسكم باتخاذكم العجل، كلا اخذنا بذنبه ، وغيرهامن الايات.

٢ـ فح يختلف معناها فى الصحيح والفاسد فان فى قولهم بصحيحه مسبب عن العقد وفى الفاسد عن القبض بخلافه فى الظرفية .

٣ـ لعله اشارة الى ان الضمان انما يكون بانفساخ البيع لامع صحته فمع عدم التلف والانفساخ يكون البيع موجباً لضمان المشترى بالمسمى وان لم يقبض المبيع .

٤ـ فلوفرضنا كون الخلع فاسداً لايكون المهر للزوج مجاناً كما أنه لو فرض ان عوض الخلع كان مال غير الزوجة فلايمكن ان تكون الزوجة مطلقة بلاعوض بل اما ان يفسد الخلع واما ان يجب عليها المثل اوالقيمة .

٥ـ ولو كان بضميمة القبض يعنى واما لان العقد مقتضى للحكم بالضمان والقبض على وجه الضمان شرط له فيكون حينئذ من افراد مطلق السببية.

فکیف یقاس الفاسد علی الصّحیح فی سببیّة الضّمان و یقال کلّما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و قد ظهر من ذلك ایضاً فساد توهّم انّ ظاهر القاعدة عدم توقّف الضّمان فی الفاسد الی القبض فلابدّ من تخصیص القاعدة باجماع ونحوه.

ثمّ انّ المدرك لهذه الکلّیّة علی ماذکره فی لکّ فی مسئلة الرّهن المشروط بکون المرهون مبیعاً بعد انقضاء الأجل هو اقدام الآخذ علی الضّمان ثمّ اضاف الی ذلك قوله (ص) علی الیدما اخذت حتّی تؤدّی والظّاهر انّه تبع فی استدلاله بالأقدام الشّیخ فی طَ حیث علّل الضّمان فی موارد کثیرة من البیع و الأجارة الفاسدین بدخوله علی ان یکون المال مضموناً علیه بالمسمّی فاذا لم یسلم له المسمّی رجع الی المثل او القیمة و هذا الوجه لایخلو عن تامّل لأنّهما انّما اقدما و تراضیا و تواطئا بالعقد الفاسد علی ضمان خاصّ لا الضّمان بالمثل والقیمة و المفروض عدم امضاء الشّارع لذلك الضّمان الخاصّ ومطلق الضّمان لایبقی بعد انتفاء الخصوصیّة حتّی یتقوّم بخصوصیّة اخری فالضّمان بالمثل او القیمة ان ثبت فبحکم شرعیّ تابع لدلیله و لیس ممّا اقدم علیه المتعاقدان هذا کلّه مع انّ مورد هذا التّعلیل اعمّ من وجه من المطلب اذ قد یکون الأقدام موجوداً و لاضمان کما قبل القبض و قد لایکون اقدام فی العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان کما اذا شرط فی عقد البیع ضمان المبیع علی البایع اذا تلف فی ید المشتری و کما اذا قال بعتك بلا ثمن أو آجرتك بلا اجرة.

نعم قوّی الشّهیدان فی الأخیر عدم الضّمان و استشکل العلاّمة فی مثال البیع فی باب السّلم و بالجملة فدلیل الأقدام مع انّه مطلب یحتاج الی دلیل لم نحصّله منقوض طرداً وعکساً و اما خبر الید فدلالته و ان کانت ظاهرة و سنده منجبراً الاّ انّ مورده مختصّ بالأعیان[1] فلایشمل المنافع والأعمال المضمونة فی الأجارة الفاسدة اللّهم الاّ ان یستدلّ علی الضّمان فیها بمسادل علی احترام مال المسلم[2] و انّه لا

١ـ لعدم شمول الموصول للمنافع لانه لا یصدق الاخذ بالنسبة الیها.

٢ـ لکن هذا یشکل ایضا بدعوی انصراف دلیل المسلم عن اعماله.

يحلّ الاّ عن طيب نفسه و انّ حرمة ماله كحرمة دمه و انّه لايصلح ذهاب حقّ احد مضافاً الى ادلّة نفى الضّرر فكلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بامره وتحصيلاً لغرضه فلابدّ من اداء عوضه لقاعدتى الأحترام و نفى الضّرار .

ثمّ انّه لا يبعد ان يكون مراد الشّيخ و من تبعه من الأستدلال على الضّمان بالأقدام و الدّخول عليه بيان انّ العين والمنفعة اللّذين تسلّمهما الشّخص لم يتسلّمهما مجّاناً و تبرّعاً حتّى لايقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما فى العمل المتبرّع به و العين المدفوعة مجّاناً او امانةً، فليس دليل الأقدام دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الأموال واحترام الأعمال نعم فى لكّ ذكر كلاًّ من الأقدام و اليد دليلاً مستقلاًّ فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النّقض والأعتراض .

و يبقى الكلام حينئذ فى بعض الأعمال المضمونة الّتى لايرجع نفعها الى الضّامن[1] و لم يقع بامره كالسّبق فى المسابقة الفاسدة حيث حكم الشّيخ والمحقّق و غيرهما بعدم استحقاق السّابق اجرة المثل خلافاً لآخرين و وجهه انّ عمل العامل لم يعدّ نفعه الى الآخر و لم يقع بامره ايضاً فاحترام الأموال الّتى منها الأعمال لايقضى بضمان الشّخص له و وجوب عوضه عليه لأنّه ليس كالمستوفى له و لذا كانت شرعيّته على خلاف القاعدة حيث انّه بذل مال فى مقابل عمل لاينفع الباذل و تمام الكلام فى بابه ثمّ انّه لافرق فيما ذكرنا من الضّمان فى الفاسد بين جهل الدّافع بالفساد وبين علمه[2] مع جهل القابض و توهّم انّ الدّافع فى هذه الصّورة

١ـ اعلم انه يشترط فى ضمان الاعمال امور ثلاثة الاول ان لا يكون سبب الفساد اجارة مالا يرجع نفعه الى المستأجر كما لو استأجر شخصاً ليصلى ماوجب على نفسه و فى حكمه باب السبق والرماية الثانى ان لايكون العامل مبتدء بالعمل بلام امر ولا اجازة ولا اذن فانه لا يضمن عمله من عمل و لو لم يقصد العامل التبرع الثالث ان لا يكون العامل متبرعاً وقد اشار المصنف اليها اجمالا واما اشتراط كونه من جهة انه لو لم يكن امره لم يصدق الاضرار.

٢ـ الصور المتصورة هنا اربع علمهما بالفساد وجهلهما به وعلم الدافع فقط مع جهل

هو الذّى سلّطه عليه والمفروض انّ القابض جاهل مدفوعٌ باطلاق النّص[1] والفتوى و ليس الجاهل مغروراً لانّه أقدم على الضّمان قاصداً و تسليط الدّافع العالم لايجعلها امانة مالكيّة لأنّه دفعه على انّه ملك المدفوع اليه لا انّه امانة عنده او عارية ولذا لايجوز له التّصرف فيه والأنتفاع به وسيأتى تتمّة ذلك فى مسئلة بيع الغاصب مع علم المشترى هذا كلّه فى اصل الكلّية المذكورة.

و اما عكسها و هو انّ مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده فمعناه انّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لايفيد ضماناً كما فى عقد الرّهن والوكالة و المضاربة والعارية الغير المضمونة بل المضمونة بناء على انّ المراد بافادة الصّحيح للضّمان افادته بنفسه لابامر خارج عنه كالشّرط الواقع فى متنه و غير ذلك من العقود اللّازمة و الجايزة ثمّ انّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستاجرة فاسداً لانّ صحيح الأجارة غير مفيد لضمانها كما صرّح به فى عدّو يرّو حكى عن كرة و اطلاق الباقى الّا انّ صريح الرّياض الحكم بالضّمان و حكى فيها عن بعض نسبته الى المفهوم من كلمات الأصحاب والظّاهر انّ المحكىّ عنه هو المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة و ما ابعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد حيث قال فى باب الغصب انّ الذّى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة والذّى ينساق اليه النّظر هو الضّمان لأنّ التّصرف فيه حرام

---

[1] القابض وعكس الثالث الاشكال فى الضمان فى الصورتين وهما علمهما وعلم الدافع فقط مع جهل القابض فانه ح تسليط مجانى واما نقما لكية لاشرعية حتى يوجب الضمان مع ان القابض مغرور فلا يضمن بقاعدة الغرور وعلة الحصر فى الاربع حاصلة من ضرب المشترى والبايع فى العلم بالفساد والجهل به لانهما اما ان يكونا عالمين به او جاهلين او البايع يكون عالما دون المشترى او بالعكس لكن المشهور هو القول بالضمان فى الصور الاربع كلها لقوله (ص) على اليد:

١ـ هو دليل على اليد:

لأنّه غصب فيضمنه ثمّ قال الاّ انّ كون الأجارة الفاسدة لايضمن بها كما لايضمن بصحيحها مناف لذلك فيقال انّه دخل على عدمه الضّمان بهذا الأستيلاء وان لم يكن مستحقّاً و الأصل برائة الذّمة من الضّمان فلا يكون العين بذلك مضمونة و لولا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرّهن لأنّ استيلائه بغير حقّ و هو باطل انتهى.

ولعلّ الحكم بالضّمان فى المسئلة اما لخروجها[1] عن قاعدة مالا يضمن لانّ المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد فى الأجارة المنفعة فالعين يرجع فى حكمها الى القواعد وحيث كانت فى صحيح الاجارة امانة ماذوناً فيها شرعاً ومن طرف المالك لم يكن فيه ضمان واما فى فاسدها فدفع الموجر للعين انّما هو للبناء على استحقاق المستاجر لها لحقّ الأنتفاع فيه و المفروض عدم الأستحقاق فيده عليه يدعدوان موجبة للضّمان و اما لأنّ قاعدة مالا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد و الأقوى عدم الضّمان[2] فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة[3] بالعين المستاجرة و لامتخصّصة[4].

ثمّ انّه يشكل اطّراد القاعدة فى موارد منها الصّيد الذّى استعاره المحرم من المحلّ بناء على فساد العارية[5] فانّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع انّ

١ـ يعنى موضوعاً فتكون القاعدة متخصصة بالمسئلة او حكماً لتكون القاعدة مخصصة بها.

٢ـ لعدم تمامية الوجهين اما الاول فلان الاذن الرافع للضمان فى الصحيح حاصل فى الفاسد ايضا واما الثانى فلان المعاوضة بقاعدة اليد فى جميع موارد القاعدة فالاشكال غير مختص بالمقام والرافع مشترك قاله السيد ره وقيل ان اليد ماذونة و استحقاق التسليم مأخوذ بنحو الداعى فلا يضر تخلفه لا بنحو العنوانية وهو حسن .

٣ـ اشارة الى دفع الوجه الثانى.

٤ـ دفع للاول باللف والنشر المشوش .

٥ـ كما احتمله فى لك عند قول من لا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيداً الا انه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه فقال ره لاشبهة فى عدم جواز استعارة المحرم الى ان قال ـ

صحيح العارية لايضمن به ولذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقدير الصحة والفساد الا ان يقال ان وجه ضمانه[1] بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله و اداء قيمته[2] ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هى القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد لابسبب التلف .

و يشكل اطراد القاعدة ايضاً فى البيع فاسداً بالنسبة الى المنافع التى لم يستوفها[3] فان هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع انها مضمونة فى العقد الفاسد الا ان يقال ان ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح و الفاسد و فيه نظر لان نفس المنفعة غير مضمونة بشىء فى العقد الصحيح لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنافع[4] و يمكن نقض القاعدة ايضاً بحمل المبيع

فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسداً يحتمله للنهى وعدمه لان المعاملات لا يبطلها النهى الا بدليل خارج .

١ـ اعلم ان وجه الضمان امور احدها ان ايجاب الاتلاف يلازم دفع البدل ثانيها ان ايجاب الارسال يوجب امتناع اداء المال الى مالكه وهو يقتضى دفع بدل الحيلولة ثالثها ان الاخذ من المعير سبب لوجوب الاتلاف.

٢ـ حاصله ان الكلام دائر بين امرين فان قلنا بعدم وجوب الارسال كما عليه الشهيد الثانى بدليل اختصاص وجوب الارسال بغير المملوك فلا يظهر قائل بالضمان حتى يصح النقض فى المقام وان قلنا بوجوب الارسال فليس هو الا لخروج الصيد عن ملك مالكه باستيلاء المحرم عليه الذى هو بمنزلة الاتلاف فيكون الضمان ح بالاتلاف لا بالتلف مثل ما لو جعل خله خمراً فلا يتوجه النقض به على القاعدة و يحتمل ان يكون معناه ان وجوب الارسال راجع الى وجوب الاتلاف وهو من اسباب الضمان.

٣ـ احترز به عن المنافع المستوفاة فانها مضمونة بالاستيفاء لا باليد.

٤ـ فتكون المنافع خارجة عن مورد العقد فلا تكون القاعدة متعرضة لها بل يرجع فى ضمانها الى دليل آخر من اليد والاتلاف وقاعدة الاحترام وغيرها.

فاسدا على ماصرّح به فى طَ و يَ وكرة و يَر من كونه مضموناً على المشترى خلافاً للشّهيدين و المحقّق الثّانى و بعض آخر تبعاً للعلاّمة فى عَدَ مع انّ الحمل غير مضمون فى البيع الصّحيح بناء على انّه للبايع[1] و عن سَ توجيه كلام العلاّمة بما اذا اشرط الدّخول فى البيع و حينئذ لانقض على القاعدة و يمكن النّقض ايضاً بالشركة الفاسدة بناء على انّه لايجوز التّصرف[2] بها فاخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضّمان ثمّ انّ مبنى هذه القضيّة السّالبة على ما تقدّم من كلام الشّيخ فى طَ هى الأولويّة و حاصلها: انّ الرّهن لايضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

و توضيحه انّ الصّحيح من العقد اذا لم يقتض الضّمان مع امضاء الشّارع له فالفاسد الذّى هو بمنزلة العدم لايؤثّر فى الضّمان لأنّ اثر الضّمان اما من الأقدام على الضّمان و المفروض عدمه والاّ لضمن بصحيحه و اما من حكم الشّارع بالضّمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة والمفروض انّها لاتؤثّر شيئاً ووجه الأولويّة انّ الصّحيح اذا كان مفيدا للضّمان امكن ان يقال انّ الضّمان من مقتضيات الصّحيح فلا يجرى فى الفساد لكونه لغواً غير مؤثر على ما سبق تقريبه من انّه اقدم على ضمان خاصّ و الشّارع لم يمضه فيرتفع اصل الضّمان لكن يخدشها انّه يجوز ان يكون صحّة الرّهن و الأجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثرة فى رفع الضمان بخلاف الفاسد الذى لايوجب تسلّطهما عن العين فلا اولويّة.

---

١ والافلو كان للمشترى كان مضمونا فى البيع الصحيح لانه بعض المبيع فيكون مضمونا ببعض الثمن وحاصل النقض ان عدم الضمان فى الحمل يوجب دخول البيع بما لايضمن بصحيحه مع ان الاكثر عدم الضمان.

٢ ـ من جهة انتفاء الاذن فى التصرف مع فساد الشركة بخلافه فى الصحيح لوجود الاذن فيه.

فان قلت[١] انّ الفاسد وان لم يكن له دخل فى الضّمان الّا انّ مقتضى عموم على اليد هو الضّمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود التّى يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقى الباقى.

قلت[٢] ماخرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها و هى عموم مادلّ على انّ من لم يضمنه المالك سواء ملّكه اياّه بغير عوض اوسلّطه على الأنتفاع به او استأمنه عليه لحفظه او دفعه اليه لأستيفاء حقّه او العمل فيه بلااجرة او معها او غير ذلك فهو غير ضامن اما فى غير التّمليك بلاعوض اعنى الهبة فالدّليل المخصص لقاعدة الضّمان عموم مادلّ على انّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه.

اما فى الهبة الفاسدة فيمكن الأستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى مادلّ على خروج مورد الأستيمان فانّ استيمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التّسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق اولى و التّقييد بالمجّانيّة لخروج التّسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فانّه عين التّضمين فحاصل ادلّة عدم ضمان المستأمن انّ من دفع المالك اليه ملكه على وجه لايضمنه بعوض واقعىّ اعنى المثل و القيمة و لاجعلىّ فليس عليه ضمان.

١ـ هذا ايراد ماذكره الشيخ فى الاستدلال على عدم الضمان فى الفاسد لاعلى الخدشة التى ذكرها المصنف وحاصله ان سبب الضمان غير منحصر فى اقدام المالك وامضاء الشارع بل له سبب آخر وهى اليد الا انه فى العقد الصحيح خارج بدليل وفى الفاسد لامخرج له فلا تساوى بين الصحيح والفاسد ثم ان قوله ان قلت ناظر الى قوله من ان الفاسد لايؤثر فى الضمان عند قوله وتوضيحه.

٢ ـ محصله ان العقد الصحيح والفاسد متساويان فى عدم الاقدام وعدم امضاء الشارع وكذا فى اليد ايضا لان التسليط المجانى وان امضاء الشارع سبب لارتفاع الضمان.

الثانی من الامور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه فوراً [1] الى المالك و الظّاهر انّه ممّا لاخلاف فيه على تقدير عدم جواز التّصرف فيه [2] كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرّح فى كرة كما عن جامع المقاصد انّ مؤنة الرّدّ على المشترى لوجوب مالايتمّ الرّدّ الاّ به و اطلاقه يشمل ما لو كان فى ردّه مؤنة كثيرة الاّ ان يقيّد بغيرها بادلّة نفى الضّرر و يدلّ عليه انّ الأمساك آناً ما تصرّف فى مال الغير بغير اذنه فلايجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه لايجوز لأحدان يتصرّف فى مال غيره الاّ باذنه و لو نوقش فى كون الأمساك تصرّفاً كفى عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم لايحلّ مال امرء مسلم لأخيه الاّ عن طيب نفسه حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلّقة به التّى منها كونه فى يده و اما توهّم انّ هذا باذنه حيث انه دفعه باختياره فمندفع بانّه انّما ملّكه اياّه عوضاً فاذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً و المفروض انّ كونه على وجه الملكيّة المجّانيّة ممّا لم ينشأها المالك و كونه مالاً للمالك و امانة فى يده ايضاً ممّا لم يؤذن فيه و لو اذن له فهو استيداع جديد كما انه لو ملّكه مجّانا كانت هبة جديدة هذا ولكنّ الذّى يظهر من طَ عدم الأثم فى امساكه و كذا السّرائر ناسباً له الى الأصحاب و هو ضعيف و النّسبة غير ثابتة و لايبعد ارادة صورة الجهل لأنّه لايعاقب.

١ـ لماكان البحث الى الان فى حكمه الوضعى فاشار الى حكمه التكليفى ايضا ووجهه ان حرمة التصرف ملازم لوجوب رده ولحرمة الامساك المستتبع لوجوب الرد لانهما متضادان لان ترك الرد مقدمة لوجوب الامساك ولو بقاء فيحرم ترك الرد لحرمة ذى المقدمه وهو الامساك واذا حرم ترك الرد وجب نقيضه عرضا.

٢ـ مطلقاً عالماً كان الدافع ام جاهلا اما العلم فلان اذنه كان مقيداً بالبيع والمقيد ينتفى بانتفاء قيده لفساد البيع واما صورة الجهل فعلمه بالفساد

بعده:

الثالث انّه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشترى قبل الرّدّ كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدّم من تنزّل كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم و يدلّ عليه عموم قوله «لايحلّ مال امرء مسلم لأخيه الّا عن طيب نفسه» بناء على صدق المال على المنفعة و لذا يجعل ثمناً فى البيع و صداقاً فى النّكاح خلافاً للوسيلة فنفى الضّمان محتجّاً بانّ الخراج بالضّمان كما فى النّبوى المرسل و تفسيره انّ من ضمن شيئاً و تقبّله لنفسه فخراجه له فالباء للسببية او المقابلة فالمشترى لما اقدم على ضمان المبيع و تقبّله على نفسه بتقبيل البايع و تضمينه اياه على ان يكون الخراج له مجّانا كان اللّازم من ذلك ان خراجه له على تقدير الفساد كما ان الضّمان عليه على هذا التّقدير ايضاً.

والحاصل انّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه الى انّ الغنيمة والفائدة بازاء الغرامة وهذا المعنى مستنبط من اخبار كثيرة متفرّقة مثل قوله فى مقام الأستشهاد على كون منفعة المبيع فى زمان الخيار للمشترى الا ترى انّها لو احرقت كانت من مال المشترى ونحوه فى الرّهن وغيره وفيه انّ هذا الضّمان ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان حتّى يكون الخراج بازائه وانّما هو امر قهرىّ حكم به الشّارع كما حكم بضمان المقبوض بالسّوم والمغصوب فالمراد بالضّمان الّذى بازائه الخراج التزام الشّىء على نفسه وتقبّله له مع امضاء الشّارع له و ربما ينتقض ماذكرنا فى معنى الرّواية بالعارية المضمونة حيث انّه اقدم على ضمانها مع انّ خراجها ليس له لعدم تملّكه للمنفعة وانّما تملّك الانتفاع الّذى عينه المالك فتأمّل[1] والحاصل انّ دلالة الرّواية لاتقصر عن سندها فى الوهن فلايترك لاجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه الّا عن طيب النّفس.

---

١ ـ لعله اشارة الى ان النبوى ايضا لايدل على ازيد من استحقاق الانتفاع و هو ملك المنفعة اوالى انه لافرق بين تملك المنفعة و الانتفاع او الى منع اقتضاء العارية ملكاً.

وربّما يردّ هذا القول[١] بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد وعوض اللّبن بل عوض كلّما انتفع وفيه أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة ان مالك العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثّمن لا ما كان فساده من جهة التّصرف في مال الغير واضعف من ذلك[٢] ردّه بصحيحة ابي ولّاد المتضمّنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة ردّا على ابي حنيفة القائل بانّه اذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها كما يظهر من تلك الصّحيحة نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول ابي حنيفة في اطلاق القول بانّ الخراج بالضّمان انتهضت الصّحيحة وما قبلها رداً عليه هذا كلّه في المنفعة المستوفاة .

واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضاً الضّمان[٣] وقد عرفت عبارة ثر المتقدمة ولعلّه لكون المنافع اموالاً في يد من بيده العين فهي مقبوضة في يده و لذا يجري على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر ويتحقّق قبض الثّمن في السّلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً و كذا الدّار المجعول سكناها ثمناً مضافاً الى انّه مقتضى احترام مال المسلم اذ كونه في يد غير مالكه مدّةً طويلةً من غير اجرة مناف للأحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع اموالا حقيقة بأن مجرّد ذلك لا يكفي في تحقّق الضّمان الآن يندرج في عموم على اليد ما اخذت فلا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع[٤]

١ـ يعني القول بعدم الضمان و هو قول صاحب الوسيلة .

٢ـ وجه الاضعفية انه ليس في موردها عقد فاسد بخلاف ما قبلها فان فيه عقد بين غير مالكين من ان الصحيحة صريحة في الغصب بخلاف رواية شراء الجارية المسروقة فانها تجتمع مع جهل المشتري بالسرقة ايضا .

٣ـ كالعين طابق النعل بالنعل فان الدليل على ضمان العين دليل على ضمان المنافع ايضا .

٤ـ حكميه كانت اوعينية متصلة كانت اومنفصلة كالصوف واللبن .

و حصولها فى اليد بقبض العين لايوجب صدق الأخذ و دعوى انه[1] كناية عن مطلق الأستيلاء[2] الحاصل فى المنافع بقبض الأعيان مشكلة[3] و اما احترام مال المسلم فانما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه و اتلافه بلا عوض و انما يتحقّق ذلك فى الأستيفاء فالحكم بعدم الضّمان مطلقا كما عن الأيضاح او مع علم البايع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السّليم مضافاً الى انه قد يدّعى شمول قاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده لهو من المعلوم انّ صحيح البيع لايوجب ضمانا للمشتري للمنفعة لأنها له مجاناً و لايتقسّط الثّمن عليها و ضمانها مع الأستيفاء لأجل الأتلاف فلا ينافى القاعدة المذكورة لأنها بالنّسبة الى التّلف لا الأتلاف[4] مضافاً الى الأخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة السّاكتة من ضمان غيرها فى مقام البيان و كذا صحيحة محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه فقال (ع) الحكم ان ياخذ الوليدة و ابنها وسكت عن المنافع الفائتة فان عدم الضّمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البايع يوجب عدم الضّمان هنا بطريق اولى و الأنصاف انّ للتوقّف فى المسئلة كما فى لك تبعاً للدروس و التّنقيح مجالاً و ربّما يظهر من عدّ فى باب الغصب عند التّعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الأشكال و التّوقّف بصورة علم

---

١ ـ يعنى عموم على اليد .

٢ ـ يعنى سواء كان فى المنفعة اوفى العين .

٣ ـ لمامر فى الامر الاول من أن الاستيلاء على شىء يترتب على كونه موجوداً حقيقياً والمنافع ليست كذلك لانها من الامور الاعتبارية لاوجود لها حال الاستيلاء على العين فنسبة الاستيلاء عليها مجاز ولاقرينة هنا.

٤ ـ الذى يضمن فيه ولا يصدق الاتلاف على حبس القابض المال حتى يضمن به، لمامر من انه باذن المالك.

البايع على ما استظهره السّيد العميد و المحقّق الثّانى من عبارة الكتاب و عن الفخر حمل الأشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الأستيفاء فيحصل من ذلك كلّه انّ الأقوال فى ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة الاوّل الضّمان وكانّه للأكثر الثّانى عدم الضّمان كما عن الايضاح الثالث الضّمان الاّ مع علم البايع كما عن بعض من كتب على يع الرّابع التّوقف فى هذه الصورة كما استظهره مع صدو السّيد العميد من عبارة عد الخامس التّوقف مطلقا كما عن س والتنقيح ولك و محتمل عد كما يظهر من فخر الدّين وقد عرفت انّ التّوقّف اقرب الى الأنصاف الاّ انّ المحكىّ من كرة ما لفظه انّ منافع الأموال من العبد و الثّياب و العقار و غيرها مضمونة بالتّفويت و الفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبداً او جارية او عقارا او حيوانا مملوكاً ضمن منافعه سواء اتلفها بان استعملها او فاتت تحت يده بان بقيت مدة فى يده لايستعلمها عند عملائنا اجمع و لايبعدان يراد باليد العادية مقابل اليد الحقّة فيشمل يد المشترى فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه سيّما مع جهل البايع به و اظهر منه ما فى يز فى آخر باب الاجارة من الأتّفاق ايضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع انّ البيع الفاسد عند اصحابنا بمنزلة الشّىء المغصوب الاّ فى ارتفاع الأثم عن امساكه انتهى وعلى هذا فالقول بالضّمان لايخلو عن قوّة[1] و ان كان المتراءى من ظاهر صحيحة ابى ولّاد اختصاص الضّمان فى المغصوب بالمنافع المستوفات[2] من البغل المتجاوز به الى غير محلّ الرّخصة الاّ انّا لم نجد بذلك عاملاً فى المغصوب الّذى هو موردها.

---

١ ـ لان فى الاجماع غنى وكفاية.

٢ ـ لعدم التعرض فيها الا للمنافع المستوفا من البغل الذى هو الركوب.

الرّابع اذا تلف المبيع فان كان مثليّاً وجب مثله[١] بلا خلاف الاّ ما يحكى عن ظاهر الأسكافى[٢] وقد اختلف كلمات اصحابنا فى تعريف المثلى فالشّيخ وابن زهرة وابن ادريس والمحقّق وتلميذه والعلاّمة وغيره قدّس الله ارواحهم بل المشهور على ما حكى انّه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة والمراد باجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة[٣] والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنّسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنّسبة الى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار ولذا قيل فى توضيحه: انّ المقدار منه اذا كان يستوى قيمة نصفه فنصفه يستوى نصف تلك القيمة[٤] ومن هنا رجح الشّهيد الثانى كون المصوغ من النّقدين قيميّاً قال اذ لو انفصلت نقصت قيمتها .؛

قلت وهذا يوجب ان لا يكون الدّرهم الواحد مثليّاً اذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع الاّ ان يقال انّ الدّرهم مثلىّ بالنّسبة الى نوعه وهو الصّحيح ولذا لا يعدّ الجريش[٥] مثلاً للحنطة ولا الدّقاقة مثلاً للأرز ومن هنا يظهر ان كلّ نوع

١ـ وان كان قيمياً وجب قيمته الافى المضمون بالعقد الصحيح فان ضمانه بالمسمى كما عليه المشهور وقال السيد ره فى حاشيته ان نفس العين باقية فى الذمة والعهدة و يجب الخروج عن عهدتها لكن لما لم يمكن ردنفسها وجب دفع عوضها وبدلها.

٢ـ حيث قال ان تلف المضمون ضمن قيمته اومثله ان رضى صاحبه وظاهره أنه يضمن القيمة ابتداء هذا ولكن سيأتى فى ألامر السابع نسبة المصنف ضمان المثل فى القيمى اليه ولعل فى العبارة سقط بان يقال فى شرح العبارة فان كان مثلياً وجب مثله وان كان قيمياً وجب قيمته .

٣ـ الظاهر أن المراد بألاجزاء الجزئيات والافراد للكلى لا الاصطلاحى الذى هو اجزاء المركب لعدم تصوره فى المثلى.

٤ـ هذا اذا لم يكن للهيئة الاتصالية اوالاجتماعية دخل فى قيمة الكل كما لا يخفى.

٥ـ الجريش ما لم يطيب دقة والدقاقة والدقيق الطحين .

من انواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من اصناف نوع واحد مثلىّ بالنّسبة الى افراد ذلك النّوع او الصّنف فلا يرد ما قيل[١] من انّه ان اريد التّساوى بالكلّيّة فالظّاهر عدم صدقه على شيء فى المعرف اذ ما من مثلىّ الّا واجزائه مختلفة فى القيمة كالحنطة فانّ قفيزاً من حنطة تساوى عشرة ومن اخرى تساوى عشرين وان اريد التّساوى فى الجملة فهو فى القيمىّ موجود كالثوب والأرض انتهى وقد لوّح هذا المورد فى آخر كلامه الى دفع ايراده بما ذكرنا من انّ كون الحنطة مثليّة معناه انّ كلّ صنف منها متماثل الأجزاء ومتساو فى القيمة لا بمعنى انّ جميع ابعاض هذا النّوع متساوية فى القيمة فاذا كان المضمون بعضاً من صنف فالواجب دفع مساويه من هذا الصّنف لا القيمة ولا بعض من صنف آخر لكنّ الأنصاف انّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم فانّهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة والشّعير ونحوهما مع عدم صدق التّعريف عليه[٢] واطلاق المثلى[٣] على الجنس باعتبار مثليّة انواعه او اصنافه وان لم يكن بعيداً الّا انّ انطباق التّعريف على الجنس[٤] بهذا الأعتبار[٥] بعيد جدّاً[٦] الّا ان يهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها كما التزمه بعضهم غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيّات

١ـ القائل هو المحقق الاردبيلى فى مجمع البرهان.

٢ـ بناء على تماثل اجزاء الصنف.

٣ـ اى باعتبار مثلية الانواع والاصناف .

٤ـ حاصله أن مرادهم من اطلاق المثلى على الحنطة هو أن كل صنف منها مثلى فى حد نفسه لا كل نوع فلا يجوز اعطاء الحنطة الحمراء على المالك اذا اتلف الحنطة البيضاء لاختلاف الصنفين.

٥ ـ لانه يكون من باب الصفة بحال المتعلق ان كان مجازاً ومن باب الصفة بحال النفس باعتبار ان الجنس مثلى ان كان حقيقة .

٦ ـ لاحتياج التعريف الى الاضمار يعنى ما يتساوى قيمة اجزاء انواعه اواضافه و هو مسامحة واضحة .

عنداداء المثل عوضاًعن التّالف اوالقرض وهذا ابعد [١] هذا مضافاً الى انّه يشكل اطّراد التّعريف بناءعلى هذا [٢] بانّه ان اريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقيّاً فقلّ مايتفّق ذلك فى الصّنف الواحد من النّوع لانّ اشخاص ذلك الصّنف لايكاد يتساوى فى القيمة لتفاوتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها كمالايخفى وان اريد تقارب اجزاء ذلك الصّنف من حيث القيمة وان لم يتساو حقيقة تحقق ذلك فى اكثر القيميات فانّ النوع الجارية اصنافا متقاربة فى الصّفات الموجبة لتساوى القيمة وبهذا الاعتبار يصحّ السّلم فيها ولذا اختار العلّامة فى باب القرض من كره على ماحكى عنه انّ ما يصحّ فيه السّلم من القيميّات مضمون فى القرض بمثله وقد عدّ الشّيخ فى ط الرّطب والفواكه من القيميّات مع انّ كلّ نوع منها مشتمل على اصناف متقاربة فى القيمة بل متساوية عرفاً .

ثمّ لو فرض انّ الصّنف المتساوى من حيث القيمة فى الأنواع القيميّة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثليّة لم يوجب ذلك اصلاح طرد التّعريف [٣] نعم يوجب ذلك الفرق بين النّوعين فى حكمة الحكم بضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمة.

ثمّ انّه قد عرّف المثلىّ بتعاريف أخر اعمّ من التّعريف المتقدّم او اخصّ فعن يرانّه ما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته وعن سوضه انّه المتساوى الاجزاء والمنفعة

١ـ للاكتفاء بهم بدفع المثل فى تفريغ الذمة فى ضمان المثلى من غير خصوصية زائدة على ذلك مع أن الخصوصية قد يجب مراعاتها اذا كانت لازمة.

٢ ـ يعنى بناء على كون المراد من التساوى التساوى الحقيقى لاستلزامه خروج اكثر المثليات فلابدان يراد من التساوى العرفى المسامحى.

٣ـ هذا ردعلى صاحب الجواهر حيث قال انه لاريب فى طرده بمعنى صحة قرض مظبوط الوصف والقدر بل لاخلاف فيه لاطلاق الادلة انما الكلام فى عكسه وهو ان كل مالا يضبط وصفه ولاقدره لايجوز قرضه اذ يمكن منعه للاطلاق .

المتقارب الصّفات و عن لكّ والكفاية انّه اقرب التّعريفات الى السّلامة وعن غاية المراد ماتساوى اجزاته فى الحقيقة النّوعية و عن بعض العامّة انّه ماقدّر بالكيل او الوزن وعن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلماً وعن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض الى غير ذلك ممّا حكاه فى كرّه عن العامّة .

ثمّ لايخفى انّه ليس للفظ المثلى حقيقة شرعيّة ولا متشرّعة وليس المراد معناه اللّغوى [1] اذ المراد بالمثل لغة المماثل فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس وان اريد من بعضها فغير مطّرد وليس فى النّصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه نعم وقع هذا العنوان فى معقد اجماعهم على انّ المثلى يضمن بالمثل و غيره بالقيمة ومن المعلوم انّه لايجوز الاتّكال فى تعيين معقد الأجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين وحينئذ فينبغى ان يقال كلّما كان مثليّاً باتّفاق المجمعين فلا اشكال فى ضمانه بالمثل للأجماع ويبقى ماكان مختلفاً فيه بينهم كالذّهب والفضّة الغير المسكوكين فانّ صريح الشّيخ فى ط كونهما من القيميّات وظاهر غيره كونهما مثليّين وكذا الحديد والنّحاس و الرّصاص فانظواهر عبايرط والغنية وتر كونها قيميّة وعبارة يز صريحة فى كون اصولها مثليّة وان كان المصوغ منها قيميّاً وقد صرّح الشّيخ فى ط بكون الرّطب والعنب قيميّاً والتّمر والزّبيب مثليّاً وقال فى محكىّ لف انّ فى الفرق اشكالاً بل صرّح بعض من قارب عصرنا بكون الرّطب والعنب مثليّين و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد انّ الثّوب مثلىّ والمشهور خلافه و ايضاً فقد مثّلوا للمثلىّ بالحنطة و الشّعير ولم يعلم انّ المراد نوعهما او كلّ صنف وما المعيار فى الصّنف وكذا التّمر .

والحاصل انّ موارد عدم تحقّق الأجماع على المثليّة فيها كثيرة فلابدّ من

١ـ للاختلاف فى التعريفات والمصاديق بل المراد هو الاجماع حيث ان النزاع بينهم معنوى لا لفظى فبعضها اخص كتعريف الدروس لاعتباره المساوات فى المنفعة ايضاً و بعضها اعم كتعريف العلامة حيث لم يعتبره .

ملاحظة انّ الأصل الذّى يرجع اليه عند الشّك هو الضّمان بالمثل او بالقيمة او تخيير المالك او الضّامن بين المثل والقيمة ولا يبعدان يقال انّ الأصل هو تخيير الضّامن لاصالة برائة ذمته عمّا زاد على ما يختاره[١] فان فرض اجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك[٢] لأصالة عدم برائة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك مضافاً الى عموم «على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى» فانّ مقتضاه عدم ارتفاع الضّمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضى المالك بشىء آخر والأقوى تخيير المالك من اوّل الأمر[٣] لأصالة الأشتغال والتّمسّك باصالة البرائة لا يخلو من منع[٤] نعم يمكن ان يقال بعد عدم الدّليل

١ـ لان المثل والقيمة كالاقل و الاكثر فاذا شك فى وجوب المثل فقد شك فى وجوب الاكثر لانه على الفرض يشك فى كونه مثلياً اوقيمياً مع العلم بكون بعضها قيمياً وبعضها مثلياً فيكتفى بالاقل وهو مجرد المساوى فى مقدار المالية لانه قام الاجماع على عدم وجوب الموافقه القطعية فى الماليات.

٢ـ لاحتمال كون القيمى والمثلى من المتبائنين الذين يرجع عند الشك فى احدهما بعينه الى اصالة الاحتياط حيث انه قد تحقق فى محله انه اذا احرز العنوان فلابد حينئذ من قاعدة الاشتغال لا البرائة ويمكن ان يكون المقام من قبيل الشك بين التعيين والتخيير الذى يجب الاحتياط فيه ايضاً عند المحققين بالبناء على التعيين فتيعين فى المقام دفع المثل بل لابد بدفعهما معاً الى المالك ليرضى على احدهما وليس لكل واحد منهما التصرف فيه بدون اذن صاحبه لعدم علمهما على مالهما معيناً مع ان الاصل معاضد باستصحاب بقاء الضمان لانه الشك فى الشبهة المفهومية فيكون المرجع هو استصحاب بقاء الضمان لا عموم العام عند الشك فى كونه قيميا اومثليا فانه الشك فى المصداق .

٣ـ يعنى مع قطع النظر عن الاجماع على عدم تخير الضامن .

٤ـ لما مر ولان برائة الذمة تحصل باختيار المالك شيئاً مع رضاية الضامن بتسليم ما اختاره لا بغيره و اصالة البرائة تنفيهما .

لترجيح احد الأقوال و الاجماع على عدم تخيير المالك التخيير فى الأداء [١] من جهة دوران الأمر بين المحذورين اعنى تعيّن المثل بحيث لايكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع وبين تعيين القيمة كذلك فلامتيقن فى البين ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح [٢] فهو من باب تخيير المجتهد [٣] فى الفتوى فتامل [٤] هذا ولكن يمكن ان يقال ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان فى المغصوبات والأمانات المفرط فيها و غير ذلك [٥] هو الضمان بالمثل لانه اقرب الى التالف من حيث المالية والصفات ثم بعده قيمة التالف [٦] من النقدين وشبههما لأنهما اقرب من حيث المالية لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما ولأجل الأتكال على هذا الظهور لانكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص الشارع فيه على ذكر

١ـ اى تخيير الضامن كما يحكم بالتخيير فيما لو دار الامر بين الوجوب والحرمة واختلف الامة على قولين وليس مراده ره التخيير الشرعى الذى مورده الخبران المتعارضان مع عدم المرجح ولا العقلى لانه يكون فيما اذا دار الامر بين امرين ولم يمكن الاحتياط بفعلهما والحال أنه يمكن الاحتياط هنا بدفع المثل والقيمة .

٢ـ بان لا يرضى الضامن الا بما هو عليه واقعاً والمالك كذلك فمع الجهل بالواقع لا يمكن تحصيل اليقين بالبراءة ومن ثم ذهب بعضهم هنا بالقرعة لان الامر مشكل وان كان هذا لا يصح ايضاً لان الشبهة حكمية لا تجرى فيه القرعة .

٣ـ كما فيما اذا دار امره بين المحذورين لان الخبر ان كان صادراً عن المعصوم (ع) وجبت الفتوى على طبقه وان لم يكن صادراً حرمت الفتوى به فاذا تردد الصادر بين الخبرين فقد تردد الامر بين الوجوب والحرمة .

٤ـ لعله اشارة الى ان المقام ليس من التردد بين الخبرين لانه حينئذ يحرم الافتاء به بل هو اما من التساقط او من الاخذ بالتخيير للادلة .

٥ ـ مع قطع النظر عن الاجماع .

٦ـ يعنى لو تعذر المثل .

المضمون به بل كلّها الا ماشذّ وندر [١] و قداطلق فيها الضّمان فلولا الأعتماد [٢] على ماهو المتعارف لم يحسن من الشّارع اهماله فى موارد البيان و قداستدلّ فى طوف على ضمان المثلى بالمثلى والقيمى بالقيمة بقوله تعالىٰ فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ بتقريب انّ مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثلى والقيمة فى غيره [٣] واختصاص الحكم بالمتلف عدوانًا لايقدح بعد عدم القول بالفصل وربّما يناقش [٤] فى الآية بانّ مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الأعتداء لا المعتدى به وفيه نظر [٥] نعم الأنصاف عدم وفاء الآية كالدّليل السّابق عليه بالقول المشهور لأنّ مقتضاهما وجوب المماثلة العرفيّة فى الحقيقة و الماليّة و هذا يقتضى اعتبار المثل حتّى فى

١ـ كخبر اسحق المتقدم فى بيع الجارية المسروقة و صحيح ابى ولاد و نحوهما .

٢ ـ هذا تقريب للاطلاق المقامى الدال على أن الضمان فى الجميع يكون بالمثل ثم بالقيمة وأن معرفة المثل موكول الى العرف لا على انعقاد الاجماع .

٣ـ وذلك لان المثل يعرف مشاهدة والقيمة تعرف بالاجتهاد وما يعلم يقدم على ما يجتهد فيه ولانه اذا اخذ المثل اخذ وفق حقه واما اذا اخذ القيمة ربما زاد او نقص فكان المثل اولى .

٤ـ توضيح المناقشة أن المماثلة بين الاعتدائين ليس المراد منها المماثلة بينهما ذاتا لوضوحه بل المراد المماثلة بينهما فى المعتد به وهو مدخول الباء فى مثل قولنا اعتدى عليه بضربه او باتلاف ماله وهى تارة تكون فى الكيف واخرى فى الكم وثالثة فى غير ذلك من الخصوصيات والزمان والمكان وغيرها ولا فرق فى المعنى بين ان تكون ما فى الاية مصدرية بان يكون المعنى فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه او تكون موصولة اى فاعتدوا عليه بمثل الذى اعتدى به عليكم .

٥ـ لانه خلاف اطلاق المماثلة وحكى السيد وجه النظر فى الحاشية بقوله لان ظاهرها اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به .

القيميّات سواءٌ وجد المثل فيها ام لاامّا مع وجود المثل فيها كما لواتلف ذراعا من كرباس،طوله عشرون ذراعا،متساوية من جميع الجهات فانّ مقتضى العرف و الآية الزام الضّامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو باضعاف قيمته و دفعه الى مالك الذّراع المتلف مع انّ القائل بقيمية الثّوب لايقول به وكذا لواتلف عليه عبداً وله في ذمّة المالك بسبب القرض اوالسّلم عبدموصوف بصفات التّالف فانّهم لايحكمون بالتّهاتر القهرى كما يشهد به ملاحظة كلماتهم فى بيع عبدمن عبدين .

نعم ذهب جماعة منهم الشّهيدان فى سَولَكَ الى جواز ردّالعين المقترضة اذاكانت قيميّة لكن لعلّه من جهة صدق اداء القرض باداء العين لامن جهة ضمان القيمى بالمثل [1] ولذااتفقواعلى عدم وجوب قبول غيرها و ان كان مماثلالها من جميع الجهات وامّامع عدم وجود المثل للقيمى التّالف فمقتضى الدّليلين [2] عدم سقوط المثل من الذّمة بالتّعذر كمالو تعذّر المثل فى المثلىّ فيضمن بقيمته يوم الدّفع كالمثلى ولا يقولون به وايضاً فلوفرض نقصان المثل عن التّالف من حيث القيمة نقصاناًفاحشاً فمقتضى ذلك عدم وجوب الزام المالك بالمثل لأقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة والماليّة مع انّ المشهور كما يظهر من بعض الزامه به وان قوّى خلافه بعض بل وبمّااحتمل جوازدفع المثل ولوسقط من القيمة بالكلّية وان كان الحقّ خلافه [3] فتبيّن انّ النّسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه فقديضمن بالمثل بمقتضى الدّليلين ولايضمن به عندالمشهور كمافى المثالين المتقدّمين [4] وقد ينعكس

١ـ الظاهران يكون العبارة ضمان القيمى بالمثل كما لايخفى .

٢ـ وهماالآية وقاعدة على اليدالتى استدل بهما المشهور.

٣ـ كمافى صورة بقاءنفس العين .

٤ ـ وهما اتلاف ذراع من الكرباس واتلاف العبدمع كون المتلف مشغول الذمة بعبد مثله لمالكه .

الحكم كما فى المثال الثالث [١] وقد يجتمعان فى المضمون به كما فى اكثر الأمثلة .

ثم ان الاجماع على ضمان القيمى بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدى بالنسبة الى مالم يجمعوا على كونه قيمياً ففى موارد الشك يجب الرجوع الى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآية بناء على ماهو الحق المحقق من ان العام المخصص بالمجمل مفهوماً المتردد بين الاقل والأكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة الى موارد الشك.

فحاصل الكلام انما اجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعات الصفات التى يختلف بها الرغبات و ان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع او مكانه عن قيمة التالف بناء على تحقق الأجماع على اهمال هذا التفاوت مضافاً الى الخبر الوارد فى ان الثابت فى ذمة من اقترض دراهم و اسقطها السلطان وروج غيرها هى الدراهم الاولى وما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة بناء على ماسيجىء من الأتفاق على ذلك و ان وجد مثله او كان مثله فى ذمة الضامن و ما شك فى كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلى مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع و التالف ومع الاختلاف الحق بالقيمى [٣] فتامل [٤] الخامس ذكر فى عد انه لو لم يوجد المثل

---

١ ـ و هومثال نقص القيمة نقصاناً فاحشاً مع كونه مثلياً .

٢ـ توضيحه أن عموم الاية و الرواية يقتضى الضمان بالمثل حتى فى القيمى ايضاً الافى المثال الثالث لكنه مخصص بالاجماع على ضمان القيمى بالقيمة ومع اجمال مفهوم القيمى من حيث انه مردد بين الاقل والاكثر يقتصر فى التخصيص على المتيقن منه وهوما اجمع على كونه قيمياً فتبقى المشكوك تحت العموم ثم ان التقييد بالمفهوم يخرج الشك فى المصداق لانه لا يجوز التمسك بالعام لو كانت الشبهة مصداقية كما لو شك فى اندراجه تحت ماهو المعلوم كونه مثلياً.

٣ـ لانه يكون حينئذ من قبيل تعذر المثل الموجب لجواز دفع القيمة لعدم المثل المماثل فى المالية .

٤ـ لعله اشارة الى أن الدليلين السابقين قاصرين عن الدلالة على الاجتزاء به لعدم صدق تعذر المثل حينئذ فيدور الامر بين المثل والقيمة فيرجع الى اختيار المالك كما تقدم .

الأباكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد انتهى .

اقول كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية [١] للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر انه لااشكال في وجوب الشراء و لاخلاف كما صرح به في ف حيث قال اذا غصب ماله مثل الحبوب و الأدهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتريه باي ثمن كان بلاخلاف و في ط يشتريه باي ثمن كان اجماعا انتهى و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل في المثلي و يؤيده فحوى حكمهم [٢] بان تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لايوجب الأنتقال الى القيمة بل ربما احتمل بعضهم [٣] ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية كالماء على الشاطي و الثلج في الشتاء و اما ان كان لاجل تعذر المثل و عدم وجدانه الا عند من يعطيه بازيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الأعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكه بازائه ضررا عرفا و الظاهر ان هذا هو المراد بعبارة عدل لأن الثمن في الصورة الأولى ليس بازيد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل و انما زاد على ثمن التالف يوم التلف و حينئذ فيمكن التردد في الصورة الثانية كما قيل من ان الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى و انه يمكن معاندة البايع و طلب اضعاف القيمة و هو ضرر ولكن الأقوى مع ذلك وجوب

١ـ ايضاح: زيادة القيمة تارة تكون للسوق واخرى لطريان الاعواز مع الرغبة و ثالثة معه بدون الرغبة ورابعة عدم زيادة القيمة لكن مع عدم رضا المالك الا بالزيادة وخامسة لكون الشيء نادرا في اصله وعلى التقادير تارة يكون الشيء مغصوبا ومقبوضا بالبيع الفاسد مع العلم و بالفساد اوجهله الى غير ذلك .

٢ـ بمعنى أن التحفظ من ضرر المضمون له اولى من التحفظ من ضرر الضامن و بعبارة اخرى أن اداء المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف لمجرد صدق المماثلة فاذا كان القيمة ازيد من قيمة التالف يصدق المماثلة.

٣ـ ذكر هذا الاحتمال في عد و تبعه في الجواهر .

الشراء [١] و فاقاً للتحرير كما عن الأيضاح و سَ و معَ صدَبل اطلاق ثرَو نفى الخلاف المتقدّم عن الخلاف لعين ما ذكر فى الصّورة الاولى [٢] ثمّ انّه لافرق فى جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه فى مكان التّلف او غيره و لابين كون قيمته فى مكان المطالبة ازيد من قيمته فى مكان التّلف ام لا وفاقاً لظاهر المحكىّ [٣] عن يرَو كرَة و الأيضاح وسَ و معَ صدَوفى ثرَانّه الّذى يقتضيه عدل الاسلام والأدلّة و اصول المذهب وهو كذلك لعموم النّاس مسلّطون على اموالهم [٤] هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبة واما مع تعذّره فسياتى حكمه فى المسئلة السّادسة السادس لو تعذّر المثل فى المثلى [٥] فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك

١ـ لان ضرر الضامن فى الشراء بازيد من ثمن المثل يزاحم بضرر المالك فى منعه عما يستحق .

٢ـ من عموم النص والفتوى ان قلت ان قاعدة الضرر حاكمة على العمومات فيجب العمل بها قلنا لامجال للعمل بقاعدة الضرر فانها ايضاً مخصصة بادلة الضمان بل اللازم الرجوع الى اطلاق الخاص .

٣ـ و خلافاً لما عن المبسوط من لزوم قيمته فى بلد الغصب او الصبر حتى يصل اليه ليستوفى ذلك للضرر المنفى وفيه ان الاشكال فى العمل بقاعدة نفى الضرر .

٤ـ فان اطلاقه يقتضى جواز مطالبة المالك فى اى مكان وزمان سواء كان هو العين او المثل كان فى بلد التلف او فى سائر البلاد بل له الزام الضامن بالتسليم فى غير البلد الذى اخذ العين منه فيها على خلاف فى الاخير كما ياتى فلو تلف الثلج فى الصيف فيجب عليه اداؤه فى الصيف او جبران اختلاف القيمة والافلا يماثله غيره .

٥ـ للتكلم فى هذا الامر مواقع تعرض المصنف لها الاول فى ميزان التعذر وحكم الشك فى صدقه وعدمه وسيتعرض له المصنف فى اثناء البحث الثانى هل التعذر موجب لانقلاب المثل او العين الى القيمة او يبقى فى الذمة الى حين مطالبة المالك او الى رد الضامن وجهان واختار المصنف الانقلاب مع مطالبة المالك وجعله مقتضى القاعدة واستدل عليه بقوله لان منع الخ .

لانّ منع المالك[١] ظلم و الزام الضّامن بالمثل منفيّ بالتّعذّر فوجب القيمة جمعاً بين الحقّين مضافاً الى قوله تعالىٰ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فانّ الضّامن اذا الزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتد عليه ازيد ممّا اعتدى و امّا مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على الزامه بقبول القيمة[٢] لانّ المتيقّن انّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة وحقّ الضّامن بعدم تكليفه بالمعذور او المعسور امّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل و ماذكرنا يظهر من المحكيّ عن كرة والايضاح حيث ذكرا في ردّ بعض الأحتمالات الآتية في حكم تعذّر المثل مالفظه انّ المثل لايسقط بالأعواز الا ترى انّ المغصوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به و انّما المصير الى القيمة وقت تغريمها انتهى لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذّر المثل ولعلّهم يريدون صورة المطالبة و الّا[٣] فلا دليل على الأطلاق و يؤيّد[٤] ما ذكرنا[٥] انّ المحكيّ عن الأكثر في باب القرض انّ المعتبر في المثلي المتعذّر قيمته يوم

١ـ هومقتضى عموم قاعدة السلطنة ودليل على اليد ولان اداء المثل لظهور حال المالك ومع اعراضه يجب دفعه، هذا كله مع ظهور الاجماع فيه وانه اقرب الى المالية مضافاً الى ان الصبر الى ان يوجد المثل ضرر عليه والى انه بناء العرف مع عدم الردع .

٢ـ لعدم ثبوت بناء العرف على الالزام بالقيمة حينئذ فان مجرد عدم وجود المثل لايوجب ان ينتقل الى القيمة كما في باب السلم والقرض فليس للضامن الزام المالك بأخذ القيمة .

٣ـ يعني وان لم يكن المراد صورة المطالبة .

٤ـ اي اطلاق صورة المطالبة وعدمه .

٥ ـ وجه التأييد أن التعبير بيوم المطالبة يدل على أن موضوع كلامهم صورة المطالبة .

المطالبة نعم عبر بعضهم بيوم الدفع فليتامل[1] وكيف كان فلنرجع الى حكم المسئلة[2] فنقول ان المشهور ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع[3] لأن المثلى ثابت فى الذمة الى ذلك الزمان و لادليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذره ادائه و قد صرح بما ذكرنا المحقق الثانى و قد عرفت من كرة و الايضاح مايدل عليه ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل وهو للحلى فى البيع الفاسد و للتحرير فى باب القرض والمحكى عن لك لأنه وقت الأنتقال الى القيمة ويضعفه انه ان اريد بالأنتقال انقلاب مافى الذمة الى القيمة فى ذلك الوقت فلادليل عليه وان اريد عدم وجوب اسقاط مافى الذمة الا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها وان حدث يوم التعذر مع المطالبة الا انه لو اخر الأسقاط بقى المثل فى الذمة الى تحقق الأسقاط و اسقاطه فى كل زمان باداء قيمته فى ذلك الزمان وليس فى الزمان الثانى مكلفا بما صدق عليه الأسقاط فى الزمان الأول هذا ولكن لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسئلة الى ما تقدم سابقا من الآية و من المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع الى اقرب الأموال الى التالف بعد تعذر المثل توجه القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل اذ لا فرق فى تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما فى القيميات وبين

١ـ اشارة الى الدقة او الى أن التأييد يتوقف على مساواة القرض لغيره فى الحكم وهو منتف .

٢ـ لما كان الاقوال والوجوه فى زمان اعتبار القيمة كثيرة من أنه يوم الدفع او يوم المطالبة او يوم التعذر لانقلابه اليها فى ذلك الوقت او يوم تلف العين او يوم القبض او الاعلى من يوم القبض او غيرها من الاقوال حتى أن السيد جعلها خمسة عشر اقوالا فاشار المصنف الى بعضها مع حكمه ودليله واختيار يوم التعذر .

٣ـ يحتمل ان يكون المراد من الدفع الاداء ثم اعتذر من ساحة الطلاب حيث انه قدفات منى شرح ازيد من الصفحة من هنا الى قوله ره السابع فيكون الدقة تمريناً لهم .

طروه بعد التمكن كما في مانحن فيه ودعوى اختصاص الآية و اطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لايخلو عن تحكم .

ثم ان في المسئلة احتمالات اخر ذكر اكثرها في عد وقوى بعضها في الأبضاح وبعضها بعض الشافعية وحاصل جميع الأحتمالات في المسئلة مع مبانيها انه اما ان نقول باستقرار المثل في الذمة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة وهو الذى اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الأقباض وذكره في عد خامس الأحتمالات واما ان نقول بصيرورته قيمياً عند الأعواز فاذا صار كذلك فاما ان نقول ان المثل المستقر في الذمة قيمى فيكون القيمة صفة للمثل.

بمعنى انه لو تلف وجب قيمته واما ان نقول ان المغصوب انقلب قيمياً بعد ان كان مثلياً فان قلنا بالاول فان جعلنا الأعتبار في القيمى بيوم التلف كما هو احد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الأعواز كما صرح به في ثر في البيع الفاسد ويز في باب القرض لأنه يوم تلف القيمى وان جعلنا الأعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيمى كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه اول ازمنة وجوب المثل في الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه وهذا مبنى على القول بالأعتبار في القيمى بوقت الغصب كما عن الأكثر و ان جعلنا الاعتبار فيه باعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب كان المتجه الأعتبار باعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الأعواز.

و ذكر هذا الوجه في عد ثاني الأحتمالات و ان قلنا ان التالف انقلب قيمياً احتمل الأعتبار بيوم الغصب كما في القيمى المغصوب و الأعتبار بالأعلى منه الى يوم التلف و ذكر هذا اول الأحتمالات في عد وان قلنا ان المشترك بين العين و المثل صار قيمياً جاء احتمال الأعتبار بالأعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل لأستمرار الضمان فيما قبله من الزمان اما للعين و اما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب الى التالف وهذا ذكره في عد ثالث الأحتمالات و احتمل الأعتبار بالأعلى من يوم الغصب الى دفع المثل و وجهه في محكى كره

و الأيضاح بانّ المثل لايسقط بالأعواز قالا الاترى انه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقّه فالمصير الى القيمة عند تغريمها والقيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم .

وحاصله انّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه الى وجوب مبدله اعنى العين فيجب اعلى القيم منها فافهم اذا عرفت هذا فاعلم ان المناسب لأطلاق كلامهم لضمان المثل فى المثلى هو انّه مع تعذّر المثل لايسقط المثل عن الذّمّة غاية الأمر يجب اسقاطه مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة الّا يوم الأسقاط و تفريغ الذّمة و اما بناء على ما ذكرنا من انّ المتبادر من ادلة الضمان التغريم بالاقرب الى التالف فالاقرب كان المثل مقدما مع تيسّره و مع تعذّره ابتداء كما فى القيمى او بعد التّمكن كما فيما نحن فيه كان المتعيّن هو القيمة فالقيمة قيمة المغصوب من حين صار قيميّاً وهو حال الأعواز فحال الأعواز معتبر من حيث انّه اوّل ازمنة صيرورة التّالف قيميّاً لامن حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين فعلى القول باعتبار يوم التّلف فى القيمى توجّه ما اختاره الحلّى ره.

و لو قلنا بضمان القيمى باعلى القيم من حين الغصب الى حين التّلف كما عليه جماعة من القدماء توجّه ضمانه فيما نحن فيه باعلى القيم من حين الغصب الى زمان الأعواز اذكما ان ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر ادائه المتدارك لأرتفاع القيم كذلك بشرط تعذّر المثل فى المثلى اذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السّوقيّة و حيث كانت العين فيمانحن فيه مثليّاً كان اداء مثلها عند تلفها كردّ عينها فى الغاء ارتفاع القيم فاستقرار ارتفاع القيم ايضاً يحصل بتلف العين و المثل فان قلنا انّ تعذّر المثل يسقط المثل كما انّ تلف العين يسقط العين توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب الى زمان الأعواز وهو اصحّ الأحتمالات فى المسئلة عند الشّافعيّة على ماقيل وان قلنا ان تعذّر المثل لايسقط المثل وليس كتلف العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل ايضاً مضموناً فيتوجّه ضمان القيمة من

حين الغصب الى حين دفع القيمة وهو المحكيّ عن الأيضاح و هو اوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين او المثل.

ثمّ اعلم انّ العلاّمة ذكر فى عنوان هذه الاحتمالات انّه لو تلف المثلى و المثل موجود ثمّ اعوز و ظاهره اختصاص هذه الأحتمالات بما اذا طرء تعذّر المثل بعد تيسّره فى بعض ازمنة التّلف لا ما تعذّر فيه المثل ابتداء وعن مع صدانّه يتعيّن حينئذ قيمة يوم التّلف ولعلّه لعدم تنجّز التّكليف بالمثل عليه فى وقت من الأوقات.

و يمكن ان يخدش فيه بانّ التّمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه فى الذّمة ابتداء كما لا يشترط فى استقراره استدامتاً على ما اعترف به مع طروّ التّعذر بعد التّلف و لذا لم يذكر احد هذا التّفصيل فى باب القرض.

وبالجملة فاشتغال الذّمة بالمثل ان قيد بالتّمكن لزم الحكم بارتفاعه بطروّ التّعذّر والاّ لزم الحكم بحدوثه مع التّعذّر من اوّل الأمر الآن يقال انّ ادلّة وجوب المثل ظاهرة فى صورة التّمكن وان لم يكن مشروطاً به عقلاً فلا تعم صورة العجز نعم اذا طرء العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيمة و قد يقال على المحقّق المذكور انّ اللاّزم مما ذكره انّه لو ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة ولا اظنّ احداً يلتزمه و فيه تامّل.

ثمّ انّ المحكيّ عن كره انّ المراد باعواز المثل ان لا يوجد فى البلد وما حوله وزاد فى لك قوله ممّا ينقل عادة منه اليه كما ذكروا فى انقطاع المسلم فيه و عن مع صدّ الرّجوع فيه الى العرف و يمكن ان يقال انّ مقتضى عموم وجوب اداء مال النّاس و تسليطهم على اموالهم اعياناً كانت ام فى الذّمة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين اينما كانت و لو كانت فى تحصيله مؤنة كثيرة و لذا كان يجب تحصيل المثل باىّ ثمن كان و ليس هنا تحديد التّكليف بما عن كره نعم لو انعقد الأجماع على ثبوت القيمة عند الأعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد كما انّ المجمعين اذا كانوا بين معبّر بالأعواز و معبّر بالتّعذّر كان المتيقّن الرّجوع الى الأخصّ وهو المتعذّر لأنّه المجمع عليه نعم ورد فى بعض اخبار

السّلم انّه اذا لم يقدر المسلم اليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشترى ومن المعلوم انّ المراد بعدم القدرة ليس التّعذر العقلى المتوقّف على استحالة النّقل من بلد آخر بل الظّاهر منه عرفا ما عن كرة و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثمّ انّ فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه اشكالاً من حيث انّ العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزّة كالفاكهة فى اوّل زمانها او آخره او وجود المتوسّط الظّاهر هو الأوّل لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه الّا اذا بذل له عوض لا يبذل الرّاغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

نعم لو الجأ الى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد فى الصّيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الّا ان يبذله بازاء عتاق الخيل و شبهها فانّ الرّاغب فى الجمد فى العراق من حيث انّه راغب لا يبذل هذا العوض بازائه و انّما يبذله من يحتاج اليه لغرض آخر كالأهداء الى سلطان قادم الى العراق مثلاً او معالجة مشرف على الهلاك به و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح فى صدق التّعذّر كما ذكرنا فى المسئلة الخامسة فكلّ موجود لا يقدح وجوده فى صدق التّعذّر فلا عبرة بفرض وجوده فى التّقويم عند عدمه.

ثمّ انّك قد عرفت انّ للمالك مطالبة الضّامن بالمثل عند تمكّنه و لو كان فى غير بلد الضّمان و كان قيمة المثل هناك ازيد و اما مع تعذّره و كون قيمة المثل فى بلد التّلف مخالفاً لها فى بلد المطالبة فهل له المطالبة باعلى القيمتين ام يتعيّن قيمة بلد المطالبة ام بلد التّلف وجوه و فصّل الشّيخ فى ط فى باب الغصب بانّه ان لم يكن فى نقله مؤنة كالنّقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان مختلفتين ام لا وان كان فى نقله مؤنة فان كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة ايضاً لأنّه لا ضرر عليه فى ذلك والّا فالحكم ان يأخذ قيمة بلد التّلف او يصبر حتى يوفيه بذلك البلد ثمّ قال انّ الكلام فى القرض كالكلام فى الغصب و حكى نحو

هذا عن القاضي ايضاً فتدبّر و يمكن ان يقال ان الحكم باعتبار بلد القرض او السّلم على القول به مع الأطلاق لأنصراف العقد اليه و ليس في باب الضّمان ما يوجب هذا الأنصراف .

بقي الكلام في انّه هل يعدّ من تعذّر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشّاطي اذا اتلفه في مفازة و الجمد في الشّتاء اذا اتلفه في الصّيف ام لا الأقوى بل المتعيّن هو الاوّل بل حكي عن بعض نسبته الى الأصحاب و غيرهم والمصرّح به في محكيّ كرة و الأيضاح و س قيمة المثل في تلك المفازة و يحتمل آخر مكان او زمان سقط المثل فيه عن الماليّة .

فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذّر مثله ثمّ تمكّن من المثل فالظّاهر عدم عود المثل في ذمّته و فاقاً للعلاّمة ره ومن تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسئلة لأنّ المثل كان ديناً في الذّمة سقط باداء عوضه مع التّراضي فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذّمة بالأعواز و امّا على القول بسقوطه و انقلابه قيميّاً فان قلنا بانّ المغصوب انقلب قيميّاً عند تعذّر مثله فاولى بالسّقوط لأنّ المدفوع نفس ما في الذّمة و ان قلنا انّ المثل بتعذّره النّازل منزلة التّالف صار قيميّاً احتمل وجوب المثل عند وجوده لأنّ القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل و سيأتي انّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السّابع لو كان التّالف المبيع فاسداً قيميّاً[1] فقد حكي الأتّفاق على كونه مضموناً بالقيمة[2] و يدلّ عليه الأخبار المتفرّقة في كثير من القيميّات فلا حاجة الى التّمسّك بصحيحة ابي ولاّد الآتية في ضمان البغل[3] و لا بقوله عليه السلام من

١ـ كالثوب والعبد والحيوان وغيرها.

٢ـ لكونه المرتكز في الاذهان فيحمل عليه ولو لم يقم عليه دليل مضافاً الى الاخبار الدالة على التقويم والانقلاب الى الثمن .

٣ـ لقصور دلالتها.

اعتق شقصاً من عبد قوّم علیه [١] بل الأخبار کثیرة بل قد عرفت انّ مقتضی اطلاق ادلّة الضّمان فی القیمیّات [٢] هو ذلك بحسب المتعارف الاّ انّ المتیقّن من هذا المتعارف ما کان المثل فیه متعذّرا بل یمکن دعوی انصراف الأطلاقات الواردة فی خصوص بعض القیمیّات کالبغل و العبد ونحوهما لصورة تعذّر المثل کما هو الغالب فالمرجع [٣] فی وجوب القیمة فی القیمی و ان فرض تیسر المثل له کما فی من اتلف عبدا من شخص باعه عبداً موصوفا بصفات ذلك العبد بعینه و کما لو اتلف علیه ذراعا من مأة ذراع کرباس منسوج علی طریقة واحدة لا تفاوت فی اجزائه اصلاً هو الأجماع کما یستظهر و علی تقدیره ففی شموله لصورة تیسّر المثل من جمیع الجهات [٤] تامّل خصوصاً مع الأستدلال علیه کما فی ق وغیره بقوله تعالی: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» بناء علی انّ القیمة مماثل للتّالف فی المالیّة فانّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب الی التّالف بعد تعذّر المثل [٥] و کیف کان فقد حکی الخلاف فی ذلك [٦] عن الأسکافی [٧] و عن الشّیخ و المحقّق

١ـ لاختصاص مورد الروایة بغیر البیع الفاسد ویمکن ان یکون المعنی أنه لاحاجة بهما مع وجود الروایات الکثیرة.

٢ـ الذی هو الاطلاق المقامی لادلة الضمانات حیث لم یتعرض فیها لکیفیته مع انها واردة فی مقام البیان فیعلم ان المتکلم لم یتکل فی بیانها الاعلی الکیفیة العرفیة.

٣ـ مبتداء وخبره قوله هو الخ.

٤ـ ای فی صورة وجود ماصدق علیه المثل وصورة وجود المثل من جمیع الجهات.

٥ـ واما مع عدم التعذر فنفس المثل اقرب من القیمة.

٦ ـ ای فی کون القیمی مضموناً بالقیمة.

٧ ـ قال: ره ان تلف المضمون ضمن قیمته اومثله، ان رضی صاحبه فیدل کلامه علی أنه لو رضی المالك بالمثل لایتسلط الضامن علی الزامه بالقیمة وقد یفهم منه أن کلا من القیمة والمثل یحتاج الی الرضا.

فى فَ و يعَ فى باب القرض[1] فان اراد وا ذلك مطلقا حتىّ مع تعذّر المثل فيكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتىّ يترتّب عليه وجوب قيمة يوم دفعها! كماذكروا ذلك احتمالاً فى مسئلة تعيّن القيمة متفرّعاً على هذا القول فيردّه اطلاق الرّوايات الكثيرة فى موارد كثيرة.

منهاَ صحيحة ابى ولاّد الآتية[2] و منهاَ رواية تقويم العبد و منهاَ مادلّ على انّه اذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن[3] سقط من ذمته بحساب ذلك فلولا ضمان التّالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدّين بمجرد ضمان التّالف و منهاَ غير ذلك[4] من الأخبار الكثيرة وان ارادرا انّه مع تيسّر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً نظراً الى

---

١ ـ قال ره انه يثبت فى الذمة قيمة وقت التسليم ولو قيل يثبت مثله كان حسناً لكن يشكل بانه مختص بباب القرض انتهى .

٢ ـ لا يخفى أن المصنف أظهر الاستغناء أولا منهما بقوله فلا حاجة الى التمسك بصحيحة ابى ولاد ورواية اعتاق العبد ثم عاد الى التشبث بهما اوأن معنى كلامه هناك أنه لا حاجة مع وجود الاطلاقات بهاتين الروايتين والا فمع الاحتياج لا يختص بهما بل الروايات الخاصة الدالة على المطلب كثيرة .

٣ ـ وهى موثقة اسحق بن عمار قال سئلت ابا ابراهيم عن الرجل يرهن الرهن بمأة درهم وهو يساوى ثلاثمأة درهم فيهلك أعلى الرجل ان يزيد على صاحبه مأتى درهم؟ قال : نعم لانه اخذ رهناً فيه فضل وضيعه قلت : فهلك نصف الرهن؟ قال: على حساب ذلك قلت : فيترادان الفضل ؟ قال : نعم وروايها الصدوق ايضاً الا انه قال: فيهلكه فيظهر منها تبرك الاستفصال أن الرهن سواء كان مثلياً ام قيمياً والمثلى متذراً ام لا والقيمى نادراً او موجوداً انه اذا هلك بتفريط منه مضمون بالقيمة لان سقوط مأة درهم دليل على انه بالقيمة والعجب من السيد ره حيث قال لم اعثر على هذا الخبر فكانه زعم أن مراد الشيخ ره هو وجود رواية مشتملة على لفظ السقوط .

٤ ـ كاخبار اللقطة مثلا .

ظاهر آیة الاعتداء و نفی الضرر لأنّ خصوصیّات الحقایق قدتقصد[1] اللّهم الاّ ان یحقّق اجماع علی خلافه[2] ولو من جهة انّ ظاهر کلمات هؤلاء اطلاق القول بضمان المثل فیکون الفصل بین التیسّر و عدمه قولاً ثالثاً فی المسئلة ثمّ انهم اختلفوا فی تعیین القیمة فی المقبوض بالبیع الفاسد[3] فالمحکیّ فی غایة المراد عن الشیخین واتباعهما تعین قیمة یوم التلف و عن س وضه نسبته الی الأکثر والوجه فیه علی مانبه علیه جماعة منهم العلاّمة فی یر أنّ الانتقال الی البدل انّما هو یوم التلف اذ الواجب قبله هو ردّ العین وربما یورد علیه انّ یوم التلف یوم الأنتقال الی القیمة اما کون المنتقل الیها قیمة یوم التلف فلا و یدفع بانّ معنی ضمان العین عند قبضه کونه فی عهدته و معنی ذلك وجوب تدارکه ببدله عند التلف حتّی یکون عند التلف کانّه لم یتلف و تدارکه ببدله علی هذا النحو بالتزام مال معادل له[4] مقامه.

و ممّا ذکرنا ظهر انّ الأصل فی ضمان التالف ضمانه بقیمته یوم التلف فان خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدلیل خارج نعم لو تمّ ما تقدّم عن الحلّی فی هذا المقام من دعوی الاتفاق علی کون المبیع فاسداً بمنزلة المغصوب الاّ فی ارتفاع الأثم الحقناه بالمغصوب ان ثبت فیه حکم مخالف لهذا الأصل بل یمکن ان یقال اذا ثبت فی المغصوب الأعتبار بقیمة یوم الغصب کما هو ظاهر صحیحة

---

١ ـ فقد یکون قصد المالك فی القیمی ایضاً المثل فالزامه حینئذ بالقیمة ضرر علیه.

٢ ـ ای علی خلاف ذلك القول الذی هو القول بالمثل.

٣ ـ یعنی اختلفوا علی وجوه بل اقوال یوم القبض، یوم التلف، نسبا الی الاکثر، اعلی القیم من یوم القبض الی یوم التلف نسب الی الاشهر، یوم البیع حکی عن المفید والقاضی والحلبی، یوم الدفع یحتمل من عبارة الشرایع.

٤ ـ و المعادلة انما تکون بین النقص المالی علی المالك وبین المال المعادل له والنقص انما یکون فی حال التلف لا قبله لان مال المالك فیه علی حاله لا بعده لانه لا مال للمالك حینئذ کما لا یخفی.

ابي ولا دالآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضّمان لاعتبار قيمة يوم التّلف اذ يلزم حينئذ ان يكون المغصوب[1] عند كون قيمة يوم التّلف اضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التّدارك عند التّلف لما ذكرنا من ان معنى التّدارك التزام بقيمته يوم وجوب التّدارك نعم لو فرض دلالة الصّحيحة على وجوب اعلى القيم امكن جعل التزام الغاصب بالزّائد على مقتضى التّدارك مؤاخذة له باشقّ الاحوال[2] فالمهمّ حينئذ صرف الكلام الى معنى الصّحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد اما لما ادّعاه الحلّيّ قواما لكشف الصّحيحة عن معنى التّدارك و الغرامة في المضمونات و كون العبرة في جميعها بيوم الضّمان كما هو احد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد و حيث انّ الصّحيحة مشتملة على احكام كثيرة و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعاً و ان كان الغرض متعلّقا ببعضها فروى الشّيخ في الصّحيح عن ابي ولّاد قال اكتريت بغلاً الى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائيا بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لي[3] فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خُبّرت ان صاحبي توجّه الى النّيل[4] فتوجّهت الى نحو النّيل فلما اتيت النّيل خُبّرت انّه توجّه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بيني و بينه و رجعت الى الكوفة و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً فاخبرت

١ـ محصله أن معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم وجوبه وهو يوم التلف وقلنا بخلاف ذلك في باب الغصب وأن المدار فيه على يوم الغصب للايكون المغصوب في الصورة المفروضة واجب التدارك لان المفروض عدم اقامة ما يكون مساوياً له مقامه في زمان وجوب التدارك بخلاف ما لو قلنا باقامة البدل يوم الغصب والحاصل انه يلزم ان يكون الغاصب اخف حكماً من غيره و هو باطل لانه مساو لغيره او اشق .

٢ـ فلا يتعدى منه الى غيره في حكمه .

٣ـ اى المقروض .

٤ـ هي قرية بالكوفة و بلد بين بغداد و واسط .

صاحب البغل بعذرى واردت ان اتحلّل منه فيماصنعت و ارضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فابى ان يقبل فتراضينا بابى حنيفة و اخبرته بالقصّة و اخبره الرّجل فقال لى ماصنعت بالبغلة قلت رجعته سليماً قال نعم بعد خمسة عشر يوماً قال فما تريد من الرّجل قلت اريد كراء بغلى فقد حمسه علىّ خمسة عشر يوماً فقال انّى ما ارى لك حقّاً لأنّه اكتراه الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النّيل و الى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكراء فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده و اخذ صاحب البغل يسترجع [1] فرحمته مما افتى به ابو حنيفة واعطيته شيئاً و تحلّلت منه و حججت تلك السّنة فاخبرت اباعبدالله (ع) بما افتى به ابو حنيفة فقال فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السّماء مائها و تجس الأرض بركاتها فقلت لابى عبدالله (ع) فماترى انت جعلت فداك قال (ع) ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة الى النّيل [2] و ذاهباً من النّيل الى بغداد و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة و توفيه اياّه قال قلت جعلت فداك فقد علّفته بدراهم فلى عليه علفه قال لالانّك غاصب قلت: ارايت [3] لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمنى قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل عقر او كسر اودبر قال عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه [4] عليه قلت فمن يعرف ذلك قال

١ـ والمعنى انه يقول انا لله وانا اليه راجعون وذلك من جهة أن فتواه كان مخالفاً للعقل لانه كان يمكنه أن يقول فى معنى النبوى أن الخراج اى المنفعة التى تلف تحت يده لا يضمن لانه يضمن العين.

٢ـ لانه ذهب الى النيل اولا ثم ذهب منه الى بغداد فيلزم عليه تعدد الكراء بخلاف ذهابه من بغداد الى الكوفة فلا يتعدد الكراء حينئذ لكون طريقه اليها مستقيماً.

٣ـ بمعنى اخبرنى وعطب اى هلك ونفق اى مات والعقر الجرح والدبر بالتحريك قرحة الدابة.

٤ـ حكى فى الجواهر عن يب عدم لفظ يوم فى الرواية.

انت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك و ان ردّعليك اليمين فحلفت على القيمة لزمه ذلك اوياتى صاحب البغل بشهود يشهدون انّ قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك فقلت انى كنت اعطيته دراهم ورضى بها وحللنى فقال (ع) انما رضى بها وحللك حين قضى عليه ابوحنيفة بالجور والظّلم و لكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك به فان جعلك فى حل بعد معرفته فلاشىء عليك بعد ذلك الخبر و محل الأستشهاد فيه فقراتان :

الاولى قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته [١] الى ما بعد فان الظّاهر انّ اليوم قيد للقيمة [٢] اما باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانياً [٣] يعنى

---

١ ـ للتكلم فى هذه الفقرة مواقع تارة فى كيفية ورودها و أن البغل ورد بالالف واللام كما فى بعض نسخ الكافى والاستبصار و مصحح الوافى اوبدون الالف واللام كما فى بعض النسخ الاخر اوهوورد منوناً اومضافا اما الكلام فى احتمالاتها من جهة المعنى فسنتكلم فيها بترتيب ماتعرض له المصنف واما الكلام فى الاضافة فهو ما اشار اليه بقوله فان الظاهر الخ .

٢ـ فيكون المدار فى الضمان على قيمة يوم الاخذ والغصب .

٣ـ بان يكون يوم خالفته مضافاً اليه للقيمة و يشكل بان المضاف لايضاف اليه ثانياً لان ذلك يتوقف على لحاظين مستقلين متباينين فانه يلزم الجمع بين اللحاظ الالى والاستقلالى فى لحاظ واحد حيث ان جهة اضافة المضاف معنى حرفى ولابدمن لحاظها مستقلافى الاضافة الثانية كما لايخفى .

والجواب عنه أن اجتماع اللحاظين انما يلزم اذا كانت الاضافتان فى رتبة واحدة مثل قام غلام زيد عمرو وعندى خاتم حديد زيد فانه لايجوز لعدم امكان تكرار الاضافة لان الجهة واحدة .

واما لو كان فى مرتبتين مثل قولنا ماء لحم زيد وخاتم حديد زيد على ان يكون المضاف الى زيد ماء لحم وخاتم حديد فلايلزم اجتماع اللحاظين فيه لتعدد الجهة هذا كله بناء على ~

قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون اسقاط حرف التّعريف من البغل[١] للأضافة لا لانّ ذاالقيمة بغل غير معين حتّى توهم الرّواية مذهب من جعل القيمى مضمونا بالمثل والقيمة و انماهى قيمة المثل و اما بجعل اليوم قيداً للأختصاص الحاصل[٢] من اضافة القيمة الى البغل .

و امّا ما احتمله جماعة من تعلّق الظّرف بقوله[٣] نعم القائم مقام قوله (ع) يلزمك يعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدّاً بل غير ممكن لانّ السائل[٤] انّما سئل عمايلزمه بعد التّلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضّمان كما يدلّ عليه ارايت[٥] لوعطب البغل اونفق اليس كان يلزمنى فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته و قد اطنب بعض من جعل الفقرة ظاهرة فى تعلّق الظّرف بلزوم القيمة عليه ، و لم يأت بشيء يساعده التّركيب اللّغوى[٦] ولا المتفاهم

التسليم من كون الاضافتين فى عرض واحد والاضافة اضافة المضاف واما لوقلنا بان الاضافة طولية والاضافة اضافة المضاف اليه فيرتفع الاشكال حينئذ رأساً لورودها فى القرآن وكلمات الاعلام كقوله تعالى مثل دأب قوم نوح وكقولنا حافر فرس جبرئيل .

١ ـ لكون المراد اضافة مجموع المضاف والمضاف اليه .

٢ ـ باللام الظاهرة اوالمقدرة فيكون المعنى يلزمك القيمة الثابتة يوم المخالفة.

٣ ـ بان يكون الظرف لغواً متعلقا بشبه الفعل ومعناه يلزمك .

٤ ـ توضيحه أن سؤال السائل يدل على علمه بكون اللزوم بعد التلف فاذا كان ظرف اللزوم التلف فلا يكون يوم المخالفة قيداله حينئذ فاذا كان الضامن عالماً بثبوت الضمان به فيه فلابد ان يحمل الجواب على ارادة بيان المقدار وذلك يقتضى تعليق الظرف بغير اللزوم والالم يكن جوابا عن السؤال .

٥ ـ لان الاستفهام تقريرى .

٦ ـ للمنافاة بين كون ظرف اللزوم التلف ويوم المخالفة معاً.

العرفي[1] الثانية قوله او يأتي صاحب البغل بشهود[2] يشهدون انّ قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الأكتراء لاجدوى فيه لعدم الأعتبار به، فلابدان يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناء على انّه يوم الأكتراء لأنّ الظاهر من صدر الرّواية انّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة ومن المعلوم انّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انّما يكون يوم الخروج او في عصر اليوم السّابق

١ـ لانه لايدل بالمطابقة على قيمة يوم المخالفة لان معناه انه يلزمك يوم المخالفة القيمة، اما قيمة ذلك اليوم اوقيمة يوم التلف اويوم الدفع فالحديث ساكت عنه نعم يدل بالالتزام عليه .

هذا ولكن يشكل بان هذا الوجه اوفق بالقواعد العربية من غيره واقرب لانه اذا كان في الكلام فعل اوشبهه فهو اولى بان يكون متعلقا بالظرف بخلاف الوجهين الاولين الذين اختارهما المصنف فان المتعلق فيه القيمة وليس فعلا ولاشبه فعل بل هو اسم لان القيمة بمعنى العوض ولم يجزو االتعلق به والسائل جاهل بكون الاستفهام حقيقيا ان لم يكن بمعنى اسم الفعل .

هذا مضافاً الى امكان كون يوم المخالفة حالا من القيمة بناء على كون البغل معرفاً بل ولو كان البغل منوناً بد لاعن اللام.

و ليس المراد من البغل في الصحيحة هو فرد ما ليكون ناظراً الى الاوصاف بل التنكير فيه نظير التنكير في قوله تعالى وجاء رجل من اقصى المدينة المعلوم عند المخاطب .

٢ـ لان الاكتراء يقع غالباً بمحضر من الناس فلا يطرح الرواية حينئذ من جهة دلالتها على ضمان العين المستأجرة بلاشرط الذي هو مخالف للقواعد لانها لم تدل على ضمان يوم الاكتراء الذي وقع الاجارة فيه صحيحاً وبلا شرط الضمان بل تدل على ضمان يوم المخالفة لكن القول حينئذ قول الضامن حيث ان صاحب البغل مدع للزيادة .

و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدّة القليلة[١] و امّا قوله (ع) فى جواب السؤال عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه فالظّرف متعلّق بعليك لاقيد للقيمة [٢] اذلا عبرة فى ارش العيب بيوم الرّدّ اجماعاً لأنّ النّقص الحادث تابع [٣] فى تعيين يوم قيمته لأصل العين فالمعنى عليك اداء الأرش يوم ردّ البغلة و يحتمل ان يكون قيداً للعيب [٤] و المراد العيب الموجود فى يوم الرّد لأحتمال ازدياد العيب الى يوم الرّد فهو المضمون دون العيب القليل الحادث اولا[٥] لكن يحتمل ان يكون العيب قد تناقص الى يوم الرّدّ و العبرة حينئذ[٦] بالعيب الموجود حال حدوثه لأنّ المعيب لوردّ الى الصّحة او نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع [٧] على مقتضى الفتوى [٨] فهذا الأحتمال [٩] من هذه الجهة

---

١ ـ بل لا يختلف فى خمسة عشر يوماً ايضاً لان البغل ليس من قبيل مال التجارة المسرع اليها الاختلاف كما سياتى منه.

٢ ـ ليكون المدار فى القيمة على قيمة يوم الرد.

٣ ـ فكما مر ان قيمة العين هو يوم المخالفة و الغصب كذلك يكون النقص ايضا و فتقوم ح صحيحة ومعيبة و يؤخذ بتلك النسبة او يوم التلف او يوم حدوث العيب لكن التقييد بيوم الرد فى الرواية منزل على الغالب من عدم أداء الارش منفرداً بل يرد مع العين.

٤ ـ لكونه اقرب الى الظرف فاولى ان يتعلق به من الابعد.

٥ ـ بل لا بدان يكون هو مع الزيادة.

٦ ـ يعنى حين النقص.

٧ ـ بناء على كون الضمان هو اعلى القيم وانه يؤخذ باشق الاحوال.

٨ ـ لم يرو فتوى الكل لان المسئلة خلافية فقيل بسقوط الضمان مطلقا وقيل بعدم سقوطه كما عليه العلامة فى كرة وقيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن ومالم يكن كذلك كوصف الصحة وغير ذلك من الاقوال.

٩ ـ اى احتمال تعلق اليوم بالعيب من جهة كونه مخالفا فى الفتوى ضعيف بل من جهة

ضعيف ايضا فتعيّن تعلّقه بقوله عليك و المراد بقيمة ما بين الصّحة و العيب قيمة التّفاوت بين الصّحة و العيب و لا تعرّض فى الرّواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغصب و يحتمل يوم حدوث العيب الذى هو يوم تلف وصف الصحة الذى هو بمنزلة جزء العين فى باب الضّمانات و المعاوضات و حيث عرفت ظهور الفقرة السّابقة عليه و اللّاحقة له فى اعتبار يوم الغصب تعيّن حمل هذا ايضا على ذلك .

نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصّحيحة بانّه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم فى الرّواية على ماهو الغالب فى مثل مورد الرّواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدّة خمسة عشر يوما و يكون السّر فى التّعبير بيوم المخالفة دفع ما ربّما يتوهّمه امثال صاحب البغل من العوام انّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و ان نقص بعد ذلك لانّه خسره المبلغ الذى اشترى به البغلة و يؤيّده التّعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرّواية بيوم الأكتراء فانّ فيه اشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث انّه يوم المخالفة الّا ان يقال انّ الوجه فى التّعبير بيوم الأكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التّنبيه على سهولة اقامة الشّهود على قيمته فى زمان الأكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من النّاس و وجماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انّه زمان المخالفة فتغيير التّعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتّنبيه على سهولة معرفة

التركيب اللغوى ايضا لكون العيب غير قابل لان يتعلق به الظرف حيث ان المراد منه الحاصل من المصدر وهو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل و لا يمكن التزام معناه فيه و لا يمكن ان يجعل اليوم صفة للعيب بان يكون الظرف مستقراً لانه نكرة والعيب معرف باللام والظرف المستقر منحصر فى النعت والصلة والحال والخبر وكل منها لا محل له فى المقام هذا كله بناء على وجود لفظ اليوم فى الرواية والا فالامر اسهل .

القيمة بالبينة كاليمين فى مقابل قول السّائل و من يعرف ذلك فتامّل و يؤيّده [٢] ايضا قوله (ع) فيما بعد فى جواب قول السّائل و من يعرف ذلك قال انت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على انّ قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فيلزمك الخبر فانّ العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل [٣].

ثمّ لا وجه لقبول بيّنته [٤] لأنّ من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه

---

١ ـ لعله اشارة الى ان الرواية ليست بصدد بيان يوم ملاحظه القيمة لانه معلوم من الخارج وانه يوم تلف العين لكونه الوقت الذى يحتاج الى اقامة شى ء مقامها .

٢ ـ اى يؤيد كون المدار على يوم التلف دون يوم المخالفة .

٣ ـ لان الاصل برائة ذمة الضامن عما يدعيه المالك بخلاف ما لو كان يوم الدفع فان القول فيه قول المالك لكونه مطابقاً للاصل وهو اصالة عدم فراغ ذمة الضامن بها بدفعه بدلا عن التالف فأن مرجعه الى بقاء العين بخصوصياتها الى يوم الدفع فى عهدة الضامن .

و يمكن توجيه الرواية على كون المدار يوم التلف بان يكون اختلافهما فى نقصانها عن قيمة البغل فى السابق بعد فرض اتفاقهما على كون القيمة فى السابق كذا مقدار مثلا اذ يكون المالك حينئذ منكراً للنقصان والغاصب مدعياً له والاصل مع المالك والحاصل ان الرواية لا تستقيم الا اذا كان المخالفة فى يوم الدفع او التلف لا يوم المخالفة هذا ما افاده المصنف ولكن يمكن جعل النزاع فى تنزل القيمة عن يوم المخالفة مع اتفاقهما فى القيمة قبل ذلك فيدعى الغاصب التنزل فالقول قول المالك ايضا .

٤ ـ يعنى مع كون القول قوله لانهما لا يجتمعان فى رجل واحد بل هما وظيفة رجلين فان كان المالك مدعياً حيث يدعى القيمة الزائدة فلا يكون له الا البينة بل وظيفة الضامن ان تحلف لانه منكر للزيادة .

وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمة و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة ان المالك اعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقاله ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف مالو اعتبرنا يوم التلف فانه يمكن ان يحمل توجه اليمين على المالك على ما اذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما او الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا و لاشك حينئذان القول قول المالك [1] و يكون سماع البينة فى صورة اختلافهما فى قيمة البغل سابقا مع اتفاقهما على بقائه عليها الى يوم التلف فيكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما و يبقى بعض الصور مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة و لعل حكمها اعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية.

و اما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة فلابد من حمل الرواية على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او اللاحق له [2] وادعى الغاصب نقصانه [3] عن تلك يوم المخالفة و لايخفى بعده [4] و ابعد منه حمل النص

١ـ لانه لابدان يدعى عدم التنزل والغاصب يدعى التنزل والاول موافق للاصل.

٢ـ يعنى اواتفقا على قيمة يوم اللاحق ليوم المخالفة لكن اختلفا فى كون قيمته يوم المخالفة ايضا كذلك اولا بل كانت اقل اواكثر.

٣ ـ اى القيمة فيكون هو المدعى ويكون اليمين على المالك واما الحكم بسماع بينة المالك فهو اما لادعاء المالك أن الزيادة فى يوم المخالفة والغاصب ينكره واما فرض قوله اللاحق له فهو ما اذا ادعى المالك عدم التغير الى الزيادة بل ان قيمة اليوم اللاحق هى قيمة يوم المخالفة وادعى الغاصب أنها تغيرت الى الزيادة وكانت يوم المخالفة اقل فالغاصب منكر وان كان قد يدعى الزيادة لان هذه الزيادة ليست موضوعة لاثر شرعى فلاتجرى اصالة عدمها لعدم الاثر فيه الاعلى القول بالاصل المثبت و الاستصحاب القهقرى و ليس على حجيتهما دليل.

٤ـ لعدم ابتلاء الغاصب بالبغل قبل المخالفة ليصح اتفاقه مع المالك على قيمته ح.

على التعبد[١] وجعل حكم خصوص الدابة او مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا وفتوى من كون البينة على المدعى و اليمين على من انكر كما حكى عن الشيخ فى بابى الاجارة و الغصب و اضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التلف كما حكى عن الشهيد الثانى اذ لم يعلم لذلك وجه صحيح و لم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب[٢]

نعم استدلوا على هذا القول بان العين مضمونة فى جميع تلك الازمنة التى منها زمان ارتفاع قيمته و فيه ان ضمانها فى تلك الحال ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم اذ تداركه لايكون الا بذلك لكن المفروض انها لم تتلف فيه و ان اريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلا و ان تنزلت بعد ذلك فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين و ان اريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف فهو و ان لم يخالف الاتفاق[٣] الا انه مخالف لاصالة البراءة من غير دليل شاغل عدا ما حكاه فى الرياض عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك و فيه نظر[٤] كما اعترف به بعض من تاخر[٥] .

١ـ مع موافقته للقاعدة وكونه فى مقام اعطاء الكبرى الكلى .

٢ـ اى على اعلى القيم اقول وجهه الاستاذ بانه بناء على كون البغل منوناً والظرف متعلقا بنعم يكون المراد هو الاعلى لانه ليس المعنى فعل باى نحو كان بل المعنى بغل مشابه فكما ان اللازم ملاحظة المشابهة فى الاوصاف فكذلك يلاحظ فى القيمة بل يفهم هذا فى تتابع الاضافات .

٣ـ لان الغاصب هو الذى فوت هذه المنفعة بحبسه للعين فانه لو لم يكن حابساً لها يوم ترقى قيمتها لانتفع المالك بثمنها ببيع ونحوه .

٤ـ لانه لادليل على ضمان النفع الفائت لعدم صدق الضرر عليه مضافاً الى ان القاعدة انما تقتضى نفى الحكم الضررى لا اثبات حكم يلزم من عدم ثبوته الضرر فلا تشمل بالمقام .

٥ـ وهو صاحب الجواهر حيث قال ره بعد الاستدلال عليه بقاعدة الضرر الا انك قد عرفت

نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة فى جميع الازمنة بان العين اذا ارتفعت قيمتها فى زمان و صار ماليتها مقومة بتلك القيمة فكما انه اذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة فكذا اذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت اذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين ان يتلف او تبقى.

نعم لو ردت تدارك تلك المالية بنفس العين و ارتفاع القيمة السوقية امر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا و انما هو مقوم لمالية المال وبه تمايز يز الاموال كثرة و قلة.

و الحاصل ان للعين فى كل زمان من ازمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية از يلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها فان ردت العين فلا مال سواها يضمن و ان تلفت استقرت عليها تلك المراتب لدخول الادنى تحت الاعلى نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة حيث انه يضمن الاعلى منها و لاجل ذلك استدل العلامة فى ير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لانه زمان ازالة يد المالك و نقول فى توضيحه ان كل زمان من ازمنة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته ففى زمان ازيلت من مقدار درهم وفى آخر عن درهمين و فى ثالث عن ثلثة فاذا استمرت الازالة الى زمان التلف و جبت غرامة اكثرها فتامل[1].

و استدل فى ير و غيرها على هذا القول باصالة الاشتغال لاشتغال ذمته

← فيما تقدم اقتضاء القاعدة المذبورة فوات الاعلى مع فواته وان رد العين نفسها وهو مخالف للاجماع بقسميه.

١ـ لعله اشارة الى أن حيلولة الغاصب بين المنفعة ومالكه ومالكه ليست من موجبات الضمان الا اذا دخل تحت اليد او الاتلاف والمفروض ان قاعدة اليد لا تقتضى رد البدل مع عدم التلف والمفروض عدم الاتلاف ومن هنا مع ان الحيلولة لا يوجب الانتقال الى القيمة ما دام

بحق المالك ولا يحصل البراءة الا بالاعلى وقد يجاب بان الاصل فى المقام البراءة حيث ان الشك فى التكليف [١] بالزايد نعم لاباس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد [٢]

ثم انه حكى عن المفيد والقاضى والحلبى الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض الى حكم المشترى و لم يعلم له وجه ولعلهم يريدون به يوم القبض لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم [٣].

ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال الا انه تردد فيه فى يع و لعله كما قيل من جهة احتمال كون القيمى مضمونا بمثله و دفع القيمة انما هو لاسقاط المثل و قد تقدم انه مخالف لاطلاق النصوص و الفتاوى.

ثم ان ما ذكرنا من الخلاف انما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الازمنة و اما اذا كان بسبب الا مكنة كما اذا كان فى محل الضمان بعشرة و فى مكان التلف بعشرين و فى مكان المطالبة بثلثين فالظاهر اعتبار محل التلف [٤] لان مالية الشىء تختلف بحسب الاماكن و تداركه بحسب ماليته.

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف انما هو فى ارتفاع القيمة السوقية

الاختيار باقيا بل يجب رد العين مادامت باقية وحينئذ يكلف بالقيمة الفعلية او قيمة وقت التلف لان ذلك مقتضى اقامة البدل مقامه لاغرامة جميع تلك القيم.

١ـ بناء على الانقلاب الى القيمة بالتلف بخلاف ما اذا قيل انما فى العهدة هو العين.

٢ـ يعنى استصحاب الاشتغال لان اثر اشتغال الذمة بالعين هو وجوب ابرائها والابراء لا يحصل بالاقل فالشك حينئذ يكون فى المحصل ومعه لامجال للبراءة.

٣ـ لعله اشارة الى بعد التوجيه المذكور.

٤ـ لانه مكان اقامة البدل مقامه نعم لو قيل بوجوب اعلى القيم تجب قيمة اعلى البلاد التى مرت بها العين كما انه لو قلنا باعتبار يوم المخالفة فالقيمة باعتبار مكان الضمان.

الناشئة من تفاوت رغبة الناس و اما اذا كان حاصلا من زيادة في العين[1] فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان اعلى القيم و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة و انما زيادتها في بعض اوقات الضمان لاجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت نعم يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة فان العبرة بيوم فواتها او يوم ضمانها او اعلى القيم.

ثم ان في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل او القيمة حكم تعذر الوصول اليه و ان لم يهلك كما لو سرق او غرق او ضاع او ابق لما دل على الضمان بهذه الامور في باب الامانات المضمونة و هل يقيد ذلك[2] بما اذا حصل اليأس من الوصول اليه[3] او بعدم رجاء وجدانه[4] او يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة[5]

١ـ مطلقا سواء كان زيادة منفصلة كالثمر والشعر والصوف واللبن والولد فيضمنها مستقلا مع الدخول تحت اليد بالمثل ان كانت مثلياً وبالقيمة ان كانت قيمياً.

او كانت زيادة متصلة كالسمن في الحيوان والنمو في الشجر فيضمن بها سواء كان العين تالفة او باقية بقيت في حالة السمن او هزلت فمع التلف يرد قيمة الدابة السمينة و مع الهزال يردها مهزولة مع قيمة سمنها وهي تفاوت قيمتها مهزولة وسمينة واما ان هزلت ثم رجعت الى السمن او تعيبت الدابة او مرضت ثم رجعت الى الصحة او نسي العبد الكتابة او العلم او الصنعة ثم تذكرها فمع رد المالك لها صحيحة هل يضمن تفاوت ما بين الصحة والمعيب او النقص نظراً الى ان الحادث هبة من الله للمالك او لا يضمن خلاف والمصنف نسب الضمان الى الفتوى عند التعرض لصحيحة ابي ولاد.

٢ـ اي كون تعذر الوصول كتلف العين.

٣ـ بان تلف جميع الانتفاعات في جميع الازمنه كغرق جلي في بحر او ضياع خاتم في مفازة او فلتة طاير من القفس، لا يعود.

٤ـ كعبد ابق لا يرجى عوده وكالرطوبة الباقية على اعضاء الوضوء.

٥ـ كسرقة المال المضمون مع معرفة السارق مثلا.

يتضرّر المالك من انتظارها او و لو كانت قصيرة وجوه ظاهر ادلّة ما ذكر من الأمور الأختصاص باحد الأوّلين لكن ظاهر اطلاق الفتاوى: الأخير كما يظهر من اطلاقهم: انّ اللّوح المغصوب فى السّفينة اذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل الى قيمته الى ان يبلغ السّاحل .

و يؤيّده[١] انّ فيه جمعاً بين الحقّين بعدفرض رجوع القيمة الى ملك الضّامن عند التّمكن من العين فانّ تسلّط النّاس على مالهم الذى فرض كونه فى عهدته يقتضى جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه نظير ما تقدم[٢] فى تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذّر فى المثلى نعم لو كان زمان التعذر قصيراً جدّاً[٣] بحيث لايحصل صدق عنوان الغرامة و التّدارك على اداء القيمة اشكل الحكم[٤] ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر الممسقط للتّكليف[٥] بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السّعى فى مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السّعى لكن ظاهر كلمات بعضهم التّعبير بالتّعذّر[٦] و هو الأوفق باصالة عدم تسلّط المالك على ازيد من الزامه بردّ العين فتامّل[٧] و لعلّ المراد به التّعذر فى الحال و ان كان لتوقّفه على مقدّمات

١ـ اى اخذ البدل الذى هو القيمة.

٢ـ فى التنبيه السادس من أن العمدة فيه بناء العرف عليه الذى لم يثبت الردع عنه او الممضى بالاطلاقات المقامية.

٣ـ كطاير اعتاد العود او شيء لايحتاج اليه المالك الا فى كل سنة مرة .

٤ـ من جهة الحكم بالبدل او عدم الحكم به.

٥ـ اى رد العين وهو بان كانت مقدمات تحصيلية غير اختيارية سواء طالت المدة ام قصرت فى قبال التعذر الغير المسقط للتكليف بان كانت فيه مقدمات تحصيلية اختيارية.

٦ ـ ففى بع اذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل ومثله عد وغيره فالبدل على هذا يدور مدار التعذر.

٧ ـ لعله اشارة الى ان ذلك خلاف عموم السلطنة الذى قرره آنفاً.

زمانية يتاخر لاجلها ذو المقدمة .

ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها فى كون دفعها حقا للضامن فلا يجوز للمالك الامتناع[1] بل له ان يمتنع من اخذها و يصبر الى زوال العذر كما صرح به الشيخ فى ط و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على اموالهم[2] و كما ان تعذر العين فى حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم ثم ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما فى ط وف والغنية ويروظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين و لعل الوجه فيه ان التدارك لايتحقق الا بذلك و لولاظهور الاجماع و ادلة الغرامة فى الملكية لاحتملنا ان يكون مباحاً له اباحة مطلقة و ان لم يدخل فى ملكه نظير الاباحة المطلقة فى المعاطاة على القول بها فيها و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين وحكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى ره فى اجوبة مسائله و على اى حال فلا ينتقل العين الى الضامن فهى غرامة لاتلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين فى ملكه و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين فى عدم البدل له .

و قد استشكل فى ذلك المحقق و الشهيد الثانيان قال الاول فى محكى جامعه ان هنا اشكالا فانه كيف يجب القيمة و يملكها الاخذ و يبقى العين على

١ـ هذا تفريع على المنفى وحاصله أن حق المالك لايسقط عن العين مع التعذر حتى يجبر الضامن باخذها فالقيمة بدل اختيارى عن العين.

٢ـ فدفع الضامن البدل يستلزم تصرفاً فى ملك المالك ولم ينتقل عند التعذر الى البدل.

٣ـ كاللحم يتعفن والفاكهة تفسد بل وكالخيط المغصوب الذى خيط به الثوب فانه قد يكون اخر اجه من الثوب موجباً الى التلف وكذا البيض يصير فرخاً و البذر نباتاً اذ المراد من التلف هو تلف المالية لاتلف العين .

ملكه و جعلها فى مقابلة الحيلولة لايكاد يتضح معناه انتهى وقال الثانى ان هذا لايخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا و توقف تملك المغصوب منه للبدل على الياس[١] من العين و ان جازله التصرف كان وجها فى المسئلة انتهى و استحسنه فى محكى الكفاية.

اقول الذى ينبغى ان يقال هنا ان معنى ضمانه العين ذهابها من مال الضامن و لازم ذلك اقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذها به من كيسه ثم ان الذهاب ان كان على وجه التلف الحقيقى او العرفى المخرج للعين[٢] عن قابلية الملكية عرفا وجب قيام مقابله من ماله مقامه فى الملكية[٣] و ان كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكية وجب قيام مقابله مقامه فى السلطنة[٤] لافى الملكية ليكون مقابلا وتداركا للسلطنة الفائتة فالتدارك لايقتضى ملكية المتدارك فى هذه الصورة نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليها وجب ملكيته للمبذول[٥] تحقيقا لمعنى التدارك والخروج عن العهدة و على اى تقدير فلا ينبغى الاشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالكها.

انما الكلام فى البدل المبذول و لاكلام ايضا فى وجوب الحكم بالاباحة و بالسلطنة المطلقة عليها و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ الى ان اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل يستلزم الملك من حين الاباحة او يكفى

١ـ عطف على حيث.

٢ـ كالزجاجة ينكسر والخل ينقلب خمراً.

٣ـ والظاهر قوام المالية لاالملكية.

٤ـ لان البدل بدل من العين بلحاظ السلطنة لا بلحاظ الملكية.

٥ـ فالبدل بدل عن العين فى الملكية.

فيه حصوله من حين التصرف و قد تقدّم فى المعاطاة بيان ذلك .

ثم انه قد تحصل مما ذكرنا انّ تحقيق ملكيّة البدل او السّلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكها انّما هو مع فوات معظم الأنتفاعات به [١] بحيث يعدّ بذل البدل غرامة وتداركاً اما لو لم يفت الّا بعض ماليس به قوام الملكيّة [٢] فالتّدارك لايقتضى ملكه [٣] ولا السّلطنة المطلقة على البدل و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين الى الغارم و لذا استظهر غير واحد انّ الغارم لقيمة الحيوان الّذى وطئه يملكه لانه و ان وجب بالوطى نفيه عن البلد و بيعه فى بلد آخر لكن هذا لايعدّ فواتاً لما به قوام الماليّة .

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيّتها السّابقة اما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكيّة فمقتضى قاعدة الضّمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك لان القيمة عوض الأوصاف [٤] و الأجزاء الّتى خرجت العين لفواتها عن التّقويم لاعوض العين نفسها كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب فانّ بقائها على ملك مالكها لاينافى معنى الغرامة لفوات معظم الأنتفاعات فيقوى عدم جواز المسح بها الا باذن المالك.

و لو بذل القيمة قال فى شرح عدّ فيما لوخاط ثوبه بخيوط مغصوبة ولوطلب

١ـ كصيرورة الخمر خلا و الدهن نجساً بناء على عدم جواز الانتفاع بهما فيخرج حينئذ عن الملكيه ولايبقى الاحق الاختصاص.

٢ـ كما اذا انكسرت المرأة اوالظروف الصينية.

٣ـ اى تدارك الضامن البدل لايقتضى ملكه العوض.

٤ـ فلايتوجه الاشكال بلزوم الجمع بين العوض والمعوض لان المعوض عنه هو الاوصاف والاجزاء هى الفائتة وليست موضوعاً لملكية المالك حتى يمتنع تملك القيمة التى هى عوض عنها.

المالك نزعهاو ان افضى الى التلف وجب ثم يضمن الغاصب النّقض و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة انتهى و عطف على ذلك قوله: و لايوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من ان جناية الغاصب توجب اكثر الامرين و لواستوعب القيمة اخذها و لم تدفع العين انتهى و عن لك فى هذه المسئلة انه ان لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة و لايخرج بذلك عن ملك مالكه كما سبق فيجمع بين العين والقيمة لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسئلة اختيار عدم وجوب النزع بل قال يمكن ان لايجوز[1] و يتعين القيمة لكونه بمنزلة التلف و حينئذ يمكن جواز الصلوة فى هذا الثّوب المخيط اذلا غصب فيه يجب رده كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد اكمال الغسل و قبل المسح انتهى و استجوده بعض المعاصرين ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه لصيرورته عوضاً شرعا و فيه انه لامنشأ لهذا الاقتضاء و ادلة الضمان قد عرفت ان محصلها يرجع الى و جوب تدارك ماذهب من المالك سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى اوكان الذّاهب السلطنة عليها التى بهاقوام ماليتّها كغرق المال اوكان الذاهب الاجزاء اوالاوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته ولايخفى ان العين على التقدير الاول خارج عن الملكية عرفا وعلى الثانى السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السّلطنة المنقطعة عن العين وهذا معنى بدل الحيلولة وعلى الثّالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لاعن نفس العين فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الاوصاف التى تقابل بجميع القيمة

١ـ والافقد يوجب تقطع الخيوط واتلاف المال على صاحبه وهوغير جائز فيجب ابقائه على حاله والشركة بينهما فى الثوب بنسبة القيمتين يعنى تفاوت كون الثوب مخيطاً وغير مخيط من الثمن يكون لصاحب الخيوط الذى هو المالك والبقية لصاحب الثوب الذى هوالغاصب .

لانفس العين الباقية كيف ولم تتلف هى وليس لها على تقدير التلف ايضا عهدة مالية [١] بل الامر بردها مجرد تكليف لايقابل بالمال بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب امكن سقوطه [٢] فتأمل [٣] ولعل ماعن لك من ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج فيتعين القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط او البناء المستدخل فيه الخشبة كما لايابى عنه عنوان المسئلة فلاحظ وحينئذ [٤] فلاتنافى مانقدم عنه سابقاً من بقاء الخيط على ملك مالكه وان وجب بذل قيمته.

ثم ان هنا قسماً رابعا وهو مالو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الاولوية فيه [٥] كما لو صار الخل المغصوب خمرا فاستشكل فى عد وجوب ردها مع القيمة ولعله من استصحاب وجوب ردها ومن ان الموضوع فى المستصحب ملك المالك اذلم يجب الارده ولم يكن المالك الا اولى به [٦] الا ان يقال ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى ولذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثانى ويؤيده انه لو عاد خلا ردت الى المالك بلاخلاف ظاهر [٧] ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع

١ـ يعنى اشتغال الذمة بمال.

٢ـ لقاعدة نفى الضرر لانها تجرى بعد اداء القيمة وانما لاتجرى هذه القاعدة حين كان ضامناً من جهة ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال.

٣ـ لعله اشارة الى ان مؤاخذة الغاصب باشق الاحوال ولو ادى القيمة لبقاء العين فى مالية المالك.

٤ ـ اى حين ماحملنا حكمه بعدم وجوب الاخراج على صورة التضرر فلاينافى بقائه على ملك مالكه.

٥ـ لانه لايقتضى العوضية الانتقال الى الغاصب.

٦ـ لان اولويته انما كانت من جهة الملكية لاغير.

٧ـ فى صورة صيرورته خلاقبل دفع البدل مثلا اما بعد دفع البدل فهو مورد خلاف.

خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء كان للسوق او للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة ولا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك وعن كرة و بعض آخر ضمان المنافع [1] وقواه فى ط بعد ان جعل الاقوى خلافه و فى موضع من مع صدانه موضع توقف وفى موضع آخر رجح الوجوب .

ثم ان ظاهر عطف التعذر على التلف فى كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل او القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه [2] له لان مع التلف يتعين القيمة ولذا ليس له الامتناع من اخذها بخلاف تعذر العين فان القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك ويبقى العين فى عهدة الضامن فى هذه المدة فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف او اعلى القيم اليه او يوم الغصب على الخلاف.

والحاصل ان قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة فى عهدة الضّامن فلا عبرة بيوم التعذر والحكم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التّلف مع الحكم بضمان الاجرة والنّماء الى دفع البدل وان تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهراً فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع الى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذّر فى المثلى .

ثم انه لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً وجب ردها الى مالكه كما صرح به فى مع صدفوراً وان كان فى احضارها مؤنة كما كان قبل التّعذّر لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى ودفع البدل لاجل الحيلولة انما افاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى انه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك و استلزم ذلك على ما اخترناه من عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع

١ـ نظراً الى ان العين باقية على ملك المالك.

٢ـ لو بقى الارتفاع الى يوم الدفع اما لو نقصت القيمة فالمتعين قيمة يوم الدفع لانه زمان الانتقال الى القيمة .

الغرامة و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي فلا يجوز استصحابه[١] بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان[٢] المدلول عليه[٣] بقوله(ع):على اليد ما اخذت المغيى بقوله حتى تؤدي .

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه الى الغارم بمجرد طرو التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديداً[٤] بمثله او قيمته يوم حدوث الضمان او يوم التلف او اعلى القيم او انها باقية على ملك مالك العين و كون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين الا حكم تكليفي بوجوب رده واما الضمان و عهدة جديدة فلا وجهان اظهرهما الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة او يحدث ضمانا جديداً و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء مالكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوض غاية ما في الباب قدرة الغاصب على اعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه وحينئذ فان دفع العين فلا اشكال في زوال ملكية المالك للغرامة

و توهم ان المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف في الغاية بل كان بدلا عن اصل السلطنة يرتفع

---

١ ـ لان السقوط المذكور عقلي لا شرعي .

٢ ـ الصواب ان يقال الوجوب لانه المدعى لا الضمان يعني استصحاب وجوب الرد الثابت قبل التعذر المعلق على التمكن كان يقال ان حال التعذر لو تمكن من رده وجب فكذا بعده الى زمان التمكن لاستصحاب وجوب الرد العقلي الثابت قبل التعذر لارتفاعه في حال ولا استصحاب الضمان لكون المختار عند المصنف ره ارتفاع الضمان بدفع المبدل .

٣ ـ الجار متعلق بلفظ العموم لا بالضمان يعني العموم المدلول عليه.

٤ ـ باثبات اليد لعموم على اليد .

بعودها فيجب دفعه او دفع بدله مع تلفه[١] او خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جايز و لايجب ردنمائه المنفصل[٢] و لولم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة اولا اذ مالم يتحقّق السلطنة لم يعد الملك الى الغارم فان الغرامة عوض السلطنة لاعوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتامّل[٣] نعم للمالك مطالبة عين ماله لعموم الناس مسلطون على اموالهم وليس ماعنده من المال عوضامن مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك و لذا[٤] لايباح لغيره بمجرد بذل الغرامة و ممّا ذكرنا[٥] يظهر انه ليس للغاصب حبس العين الى ان يدفع المالك القيمة كما اختاره فى كرة و الايضاح و مع صد و عن يرجزم بان له ذلك و لعله لان القيمة عوض امّا عن العين و اما عن السلطنة عليه و علىّ اى تقدير[٦] فيتحقق التراد و حينئذ فلكل من صاحبى العوضين حبس مابيده حتى يتسلم ما بيدالاخر[٧] و فيه ان العين بنفسها ليست عوضا و لامعوضا

١ـ قيدلدفع بدله وقوله او خروجه معطوف عليه.

٢ـ من جهة انه نماء ملكه لانه بدل عن السلطنة حتى يجرى عليه حكم العين فيرجع الى ملك الغارم ثم ان المصنف بتقييده المنفصل احترز عن المتصل لكونه تابعاً للعين عرفاً فينقل الى من تنتقل اليه العين دائماً.

٣ـ اشارة الى الدقة.

٤ ـ يعنى لاجل ان له السلطنة على المطالبة للعموم المذكور كان ذلك العموم بعينه مانعا من اباحة المال لغير المالك لان الاباحة خلاف مقتضى العموم.

٥ ـ من بقاء الغرامة على ملك الاخذ.

٦ ـ اى كانت الغرامة عوضا عن العين اومن السلطنة يكون المقام من موارد التراد من الطرفين لا الرد من احد الطرفين.

٧ـ لان الامتناع من كل منهما عرفاً على نمط واحد.

و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة فالمالك مسلط عليها و المعوض للغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد اللهم الاان يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفائتة و الاقوى الاول ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوسا فالظاهر انه لايجرى عليه[1] حكم المغصوب لانه حبسه بحق[2] نعم يضمنه لانه قبضه لمصلحة نفسه و الظاهر انه بقيمة يوم التلف على ما هو الاصل[3] في كل مضمون و من قال بضمان المقبوض باعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس الى زمان التلف و ذكر العلامة في عد انه لو حبس فتلف محبوساً فالاقرب ضمان قيمته الان و استرجاع القيمة الاولى و الظاهر ان مراده بقيمة الان مقابل القيمة السابقة بناء على زوال حكم الغصب على العين لكونه محبوسا بغير عدوان لاخصوص حين التلف و كلمات كثير منهم لايخلو عن اضطراب.

ثم ان اكثر ماذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب لكن الظاهر ان اكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضمونا اذليس في الغصب خصوصية زائدة نعم ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة ابي ولاد او اعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه.

و اما ما اشتهر من ان الغاصب ماخوذ باشق الاحوال فلم نعرف له ماخذاً واضحا ولنختم بذلك احكام المبيع بالبيع الفاسد و ان بقي منه آخر اكثر مما ذكر و لعل بعضها يجيء في بيع الفضولي انشاء الله.

---

١ ـ اي على حبس الضامن العين ليأخذ الغرامة.

٢ ـ اي في مقابل حق والغاصب هو مايكون عدواناً بغير حق.

٣ ـ مضافاً الى الاستصحاب.

الكلام فى شروط المتعاقدين[١] **مسئلة**: المشهور كما عن س و الكفاية بطلان عقد الصّبىّ بل عن الغنية الاجماع عليه و ان اجاز الولىّ و فى كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصّبى الى اصحابنا و ظاهره ارادة التّعميم لصورة اذن الولى و عن كرة انّ الصّغير محجور عليه بالنّص و الأجماع سواء كان مميّزاً او لا فى جميع التّصرفات الاّ ما استثنى كعباداته و اسلامه و احرامه و تدبيره و وصّيته و ايصال الهديّة[٢] و اذنه فى الدّخول على خلاف فى ذلك انتهى و استثناء ايصال الهديّة و اذنه فى دخول الدّار يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله لانّ الأيصال و الأذن ليسا من التّصرفات القوليّة و الفعليّة و انّما الأوّل آلة فى ايصال الملك كما لو حملها على حيوان او ارسلها و الثّانى كاشف عن موضوع تعلق عليه اباحة الدّخول و هو رضا المالك واحتج على الحكم فى الغنية بقوله صلى الله عليه وآله وسلم رفع القلم عن ثلثة: عن الصّبىّ حتّى يحتلم و عن المجنون حتّى يفيق و عن النّائم حتّى يستيقظ و قد سبقه فى ذلك الشّيخ فى ط فى مسئلة الاقرار وقال ان مقتضى

١ـ اعلم ان المصنف قد عنون البحث بعنوان المتعاقدين بمعنى انشاء العقد فقط و لكنه عمم العنوان بصورة انه هل يجوز تصرفات الصبى ولو باذن الولى ام لا يجوز كما يظهر من ظاهر كلامه على من راجع اليه .

واما تصرفاته استقلا لا فهو مما لا اشكال فى عدم جوازه وانه كالمفلس والسفيه.

٢ـ هذا يتصور على وجهين فتارة لا يقصد من هذا الا الوصول كما فى وصول العين المغصوبة الى صاحبها بفعل حيوان او تطيم ريح و اخرى يكون طوراً يحكى ويكشف عن اهداء المالك واذنه فى قبضه وكونه واسطة فى انشاء الهدية او الاقباض فعلى الاول يكون الاستثناء منقطعاً اذ ليس هو فى الحقيقة تصرف من الصبى وعلى الثانى متصلا لكون الفعل المزبور تصرفاً من الصبى فيكون داخلا فى عموم المستثنى نعم تترتب الاثار على كليهما معاً كما انه يرفع ضمان العين المغصوبة بمجرد الوصول الى الغاصب .

رفع القلم ان لايكون لكلامه حكم و نحوه الحلي في السرائر في مسئلة عدم جواز وصية البالغ عشراً و تبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة و غيره .

و استدلوا ايضا بخبر حمزة بن حمران عن مولينا الباقر عليه السلام ان الجارية اذا زوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع اليها مالها وجاز امرها في الشراء و الغلام لايجوز امره في البيع و الشراء و لايخرج عن اليتم حتى يبلغ خمسة عشر سنة الحديث وفي رواية ابن سنان متى يجوز امر اليتيم قال حتى يبلغ اشده قال ما اشده قال احتلامه وفي معناها روايات اخر لكن الانصاف ان جواز الامر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله[1] في التصرف لان الجواز مرداف للمضي[2] فلاينافي عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة كما يقال بيع الفضولي[3] غير ماض بل

۱ـ اي بدون اذن الولي.

۲ـ الذي هو ترتب الاثار المطلوبة عليها حين وقوعها.

۳ـ يعني فكما ان بيع الفضولي لايمضى ولايترتب عليه الاثر الا بالاجازة فكذلك بيع الصبي .

هذا ولكن الاكثر ذهب الى عدم استقلاله ومنهم الاستاذ حيث قال في مجلس درسه أن معنى قوله لايجوز هو لاينفذ امره بل ولو بالاجازة ايضاً وقياس امره بالفضولي قياس مع الفارق كما لايخفى كيف وقضى على (ع) ان يحجر الغلام حتى اذا عقل وفي رواية اخرى لايدفع اليه ماله اي في تدبير اموره لانه مفسد ومضيع فلايجوز ايكال الامر اليه وذلك لان الاطفال غير مبصرين في تدبير امورهم وانفاق اموالهم فجعل الله اشفق الناس لهم ولياً و هم الاب والجد والحاكم تفضلا عليهم وحرصا على مالهم لئلا يضمحل في ايديهم فاصبحوا خاسرين نعم فيما اذا لم يكن الامر مربوطاً بالمال كاجراء الصيغة عن الولي وعن غيره فلا بأس بقرائته حينئذ اذا كان عالماً بها وكذلك سائر الامور من غير المعاملات اذ لا مانع فيها من التصرف اصلا اقول ولذا قال السيد ره بل لايبعد ان يكون ذلك اي جواز اجراء العقد دون التصرف مراد المشهور او جملة منهم فلا يمكن دعوى الشهرة او الاجماع على سلب عبارته خصوصاً في غير ماله ←

موقوف ويشهدله الاستثناء فى بعض تلك الاخبار بقوله الاان يكون سفيهاً فلادلالة لها حينئذ على سلب عبارته وانه اذا ساوم وليه متاعا و عين له قيمته وامر الصبى بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الاخر كان باطلا و كذا لواوقع ايجاب النكاح او قبوله لغيره باذن وليه واماحديث رفع القلم ففيه اولاان الظاهر منه قلم المؤاخذة[1] لاقلم جعل الاحكام ولذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبى وثانياً ان المشهور على الالسنة[2] ان الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين فلامانع من ان يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ او على الولى اذاوقع باذنه او اجازته كما

← بان يوكله الغير فى اجراء الصيغة بعد المقاولة والمراضاة والمساومة كما يظهر هذا من الروايات ايضاً.

١ـ اعلم ان رفع القلم اما ان يرادبه رفع الحكم او رفع الاستحقاق او رفع المؤاخذة اما رفع الحكم الوضعى فلان رفع القلم يختص بالفعل الذى ليس موضوعاً لحكم بذاته لان الظاهر من هذا الحديث الشريف ان الافعال التى مترتب عليها الاثار لوصدرت من البالغ العاقل المستيقض فهى اذا صدرت مثله منه لااثرلها واما الافعال التى تترتب عليها الاثار من دون فرق بين الالتفات و الاختيار و غيره فهى خارجة عنه تخصصاً فعلى هذا لايشمل الحديث بمثل الاتلاف و الجناية و الضمان واليد و النجاسة و الحدث والاسلام والطهارة و غير هالان الاحكام الوضعية لاتختص بالبالغين بل قيل انه لا اشكال فى تملك الصبى المباحات بالحيازة و يجوز له احياء الموات والوصية واللقطة .

واما رفع الاستحقاق ففيه أن الاستحقاق ليس موضوعاً لجرى القلم لانه حكم عقلى فلايكون موضوعاً لرفع القلم فيبقى قلم المؤاخذة اى الموجبة للمؤاخذة على مخالفتها فيكشف ارتفاع خصوص التكاليف الالزامية عنها من الروايات.

٢ـ اى انهم ايضاً فهموا منه قلم المؤاخذة اومراده ره من هذا انه يلزم حينئذ تخصيص الاكثر فلا يمكن ارادة العموم.

يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مس المصحف .

و ثالثا لو سلمنا اختصاص الاحكام حتى الوضعية بالبالغين [١] لكن لامانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للاحكام المجعولة فى حق البالغين فيكون الفاعل كساير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ وبالجملة فالتمسك بالرواية ينافى ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبى و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين فالعمدة فى سلب عبارة الصبى هو الاجماع [٢] المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة و الا فالمسئلة محل اشكال ولذا تردد المحقق فى الشرايع فى اجازة المميز باذن الولى بعد ما جزم بالصحة فى العارية واستشكل فيها فى عدوير و قال فى عد: وفى صحة بيع المميز باذن الولى نظر بل عن الفخر فى شرحه ان الاقوى الصحة مستدلا بان العقد اذا وقع باذن الولى كان كما لو صدر عنه ولكن لم اجده فيه وقواه المحقق الاردبيلى على ما حكى عنه و يظهر من كرة عدم ثبوت الاجماع عنده حيث قال و هل يصح بيع المميز و شرائه الوجه عندى انه لايصح واختار فى ثر صحة بيع الصبى فى مقام اختبار رشده [٣] و ذكر المحقق الثانى انه لايبعد بناء المسئلة على ان افعال الصبى و اقواله شرعية ام لا ثم حكم بانها غير شرعية و ان الاصح بطلان العقد و عن لف انه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلاماً يدل على صحة بيع الصبى و بالجملة فالمسئلة

١ـ لايخفى الفرق بين الوجه الثالث والثانى اما الثانى فهو اثبات التأثير التام لانشاء الصبى واما الثالث فهو اثبات التأثير الضمنى بان يكون انشائه جزء المؤثر و الجزء الاخر بلوغه كمافى عقد الصرف والسلم الذى هو جزء المؤثر والجزء الاخر القبض .

٢ـ وقد عرفت حال الاجماع والشهرة ولو سلم فهما فى تصرفاته لافى انشائه ونفوذ قصده لانه ليس كالعبد حتى لايقدر على شيء .

٣ـ مستدلا بقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم لظهورها فى كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير عنهم باليتامى.

لايخلو عن اشكال و ان اطنب بعض المعاصرين [١] فى توضيحه حتى الحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه فالانصاف ان الحجة فى المسئلة هى الشهرة المحققة و الاجماع المحكى عن كرة بناء على ان استثناء الاحرام الذى لايجوز الاباذن الولى شاهد على ان مراده بالحجر مايشمل سلب العبارة لانفى الاستقلال فى التصرف و كذا اجماع الغنية بناء على ان استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع باذن الولى و ليس المراد نفى صحة البيع [٢] المتعقب بالاجازة حتى يقال ان الاجازة عند السيد غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لوكان غير مسلوب العبارة كالبايع الفضولى و يؤيد الاجماعين ما تقدم عن كنز العرفان.

نعم لقائل ان يقول ان ماعرفت من المحقق و العلامة وولده و القاضى وغيرهم خصوصاً المحقق الثانى الذى بنى المسئلة على شرعية افعال الصبى يدل على عدم تحقق الاجماع و كيف كان فالعمل على المشهور و يمكن ان يستأنس له [٣] ايضا بما ورد فى الاخبار المستفيضة من ان عمد الصبى و خطاه واحد [٤] كما فى صحيحة ابن مسلم و غيرها و الاصحاب و ان ذكروها فى باب الجنايات الاانه لااشعار فى نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات و لذا تمسك بها الشيخ فى ط و الحلى فى ئر على ان اخلال الصبى المحرم بمحظورات الاحرام التى يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لايوجب كفارة على الصبى و لاعلى الولى

---

١ ـ و هوصاحب الجواهر .

٢ ـ لان منع صاحب الغنية الصحة مع الاجازة من جهة ان الفضولى عنده باطل لامن جهة عدم نفوذ تصرف الصبى باذن الولى.

٣ ـ اى ببطلان عقده كتصرفاته بقوله (ع) عمد الصبى وخطائه واحد .

٤ ـ بتقريب ان حصول النقل والانتقال متوقف على الانشاء و هو منوط بالقصد .

لان عمده خطأ وحينئذفكل حكم شرعى تعلق بالافعال التى يعتبر فى ترتب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لاعبرة بها اذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبى قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلاقصد فعقد الصبى و ايقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطى و ايقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ماورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون والصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابى البخترى عن جعفر عن ابيه عن على (ع) انه كان يقول المجنون و المعتوه [1] الذى لايفيق و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم انتهى فان ذكر رفع القلم فى الذيل ليس له وجه ارتباط الا بان تكون علة لاصل الحكم [2] و هو ثبوت الدية على العاقلة او بان تكون معلولة لقوله عمدهما خطأ يعنى انه لما كان قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع و فى الواقع رفع القلم عنهما ولا يخفى ان ارتباطها بالكلام على وجه العلية او المعلولية للحكم المذكور فى الرواية اعنى عدم مؤاخذة الصبى و المجنون بمقتضى جناية العمدو هو القصاص ولا بمقتضى شبه العمد [3] و هو الدية فى مالهما لايستقيم الا بان يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا من حيث العقوبة الاخروية و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص اوالمال كغرامة الدية و عدم ترتب ذلك على افعالهما المقصودة المتعمد اليهاممالووقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتب عليه غرامة اخروية او دنيوية و على هذا فاذا التزم على نفسه مالا باقرار اومعاوضة و لو باذن الولى فلا اثر له فى الزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعدالبلوغ فاذا لم يلزمه شىء بالتزاماته و لو كانت باذن

---

١ ـ المعتوه المغشى عليه .

٢ ـ لاتفسيراً لقوله (ع) عمدهما خطأ ولاان يكون قوله تحمله العاقلة من توابع الجملة الاولى والافلايكون شاهداً على ماذكر .

٣ ـ يعنى عدم اخذ الدية منه .

الولى فليس ذلك الالسلب قصده و عدم العبرة بانشائه اذلو كان ذلك لاجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة اذن الولى و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده فى انشاآته و اخباراته مسلوب الاثر .

ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة[1] بناء على كونها علة للحكم[2] عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منها كما هو ظاهر المحكى عن بعض[3] الا ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم ولايخلو من بعد[4] ولكن هذا غير وارد على الاستدلال لانه ليس مبنيا على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا[5] لسلب اعتبار قصد الصبى والمجنون فيختص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الاتلاف فافهم واغتنم .

ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير[6] و الحاصل ان مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود و الاخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها الى بعض عدم الاعتبار بمايصدر من الصبى من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها كانشاء العقود اصالة ووكالة والقبض والاقباض وكل التزام على نفسه من ضمان اواقرار او نذر او ايجار وقال فى كرة وكما لايصح تصرفاته اللفظية كذا لايصح قبضه و لايفيد حصول الملك فى الهبة وان اتهب له الولى ولا لغيره وان اذن الموهوب

١ـ على موارد اعتبار القصد وعدمه .

٢ـ لثبوت الدية على العاقلة .

٣ـ فتكون الفقرة شاملة للا تلافات ايضا ومن المعلوم عدم رفع القلم فيها .

٤ـ لان سياق الفقرة آب عن التخصيص .

٥ـ اى احتمال كون رفع القلم معلولا لقوله (ع) عمد الصبى خطاء

٦ـ تأديباً له لئلا يتمرن على الفعل المحرم ولئلا يكون نقصا لاقربائه .

له بالقبض و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حقي الى هذا الصبي فسلم مقدار حقه اليه لم يبرء عن الدين[1] وبقي المقبوض على ملكه ولاضمان على الصبي لان المالك ضيعه حيث دفعه اليه و بقي الدين لانه في الذمة و لايتعين الا بقبض صحيح كما لو قال ارم حقي في البحر فرمى مقدار حقه بخلاف مالو قال للمستودع سلم مالي الى الصبي او القه في البحر لانه امتثل امره في حقه المعين و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها اليه[2] ضمن و ان كان باذن الولي[3] اذ ليس له تضييعها باذن الولي و قال ايضا لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده او متاعا الى مقوم ليقومه فاخذه لم يجز له رده الى الصبي بل الى وليه ان كان فلو امره الولي بالدفع اليه فدفعه اليه برء من ضمانه ان كان المال للولي و ان كان للصبي فلا كما لو امره بالقاء مال الصبي في البحر فانه يلزمه ضمانه و اذا تبايع الصبيان و تقابضا و اتلف كل واحد منهما ما قبضه فان جرى باذن الوليين فالضمان عليهما والا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين و ياتي في باب الحجر تمام الكلام و لو فتح الصبي الباب و اذن في الدخول على اهل الدار او ادخل الهدية الى انسان عن اذن المهدي فالاقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه .

ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لافرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة اوالخطيرة لما عرفت من عموم النص و الفتوى حتى ان العلامة في كرة لما ذكر حكاية ان ابا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي فارسله ردها بعدم الثبوت وعدم الحجية و توجيهه بما يخرجه عن محل الكلام وبه يظهر ضعف ماعن-

---

١ـ لعدم صدق القبض والاستيلاء والتوكيل فيه وللفرق بين مال الصغير وبين مال نفس الولي .

٢ـ اي سلم المستودع الوديعة الى الصبي .

٣ـ الا اذا علم الولي بان هذا ليس تضييعا بل التضييع فيما اذا بقي في يد المستودع للخوف عليه من غرق او حرق او سرقة او غيرها .

المحدث الکاشانی من ان الاظهر جواز بیعه وشرائه فیما جرت العادة به من الاشیاء الیسیرة دفعاً للحرج انتهی فان الحرج ممنوع سواء اراد[1] ان الحرج یلزم من منعهم عن المعاملة فی المحقرات والتزام مباشرة البالغین لشرائها ام ارادانه یلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس علی نصب الصبیان للبیع و الشراء فی الاشیاء الحقیرة ثم لو اراد استقلاله فی البیع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولی لیکون حاصله انه غیر محجور علیه فی الاشیاء الیسیرة فالظاهر کونه مخالفا للاجماع .

واما ما ورد فی روایة السکونی عن ابی عبدالله علیه السلام قال ونهی النبی صلی الله علیه وآله عن کسب الغلام الصغیر الذی لایحسن صناعة بیده معللا بانه ان لم یجد سرق فمحمول علی عوض کسبه من التقاط اواجرة عن اجارة اوقعها الولی او الصبی بغیر اذن الولی او عن عمل امر به من دون اجازة فاعطاه المستاجر او الامر اجرة المثل فان هذه کلها مما یملکه الصبی لکن یستحب للولی وغیره اجتنابها اذا لم یعلم صدق دعوی الصبی فیها لاحتمال کونها من الوجوه المحرمة نظیر رجحان الاجتناب عن اموال غیره ممن لایبالی بالمحرمات وکیف کان فالقول المذکور فی غایة الضعف .

نعم ربما صحح سید مشایخنا فی الریاض هذه المعاملات اذا کان الصبی بمنزلة الالة لمن له اهلیة التصرف من جهة استقرار السیرة و استمرارها علی ذلک[2] و فیه اشکال من جهة قوة احتمال کون السیرة ناشئة عن عدم المبالات فی الدین کما فی سیرهم الفاسدة و یؤید ذلک ما یری من استمرار سیرتهم علی عدم الفرق بین المیزین و غیرهم و لابینهم و بین المجانین و لابین معاملتهم لانفسهم بالاستقلال بحیث لایعلم الولی اصلا ومعاملتهم لاولیائهم علی سبیل الالیة مع ان هذا ممالاینبغی الشک فی فساده خصوصا الاخیر مع ان الاحالة علی

١- بل یلزم الحرج من بطلان معاملتهم مع کثرتهم .

٢- فتکون السیرة مخصصة للروایات حیث لولاها لاشتهر وعلت اصوات الناس .

ماجرت العادة به كالأحالة على المجهول فانّ الذّى جرت عليه السّيرة هو الوكول الى كلّ صبىّ ماهو فطن فيه بحيث لايغلب فى المساومة عليه فيكلون الى من بلغ ستّ سنين [1] شراء باقة بقل او بيع بيضة دجاج بفلس والى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللّحم والخبز و نحوهما والى من بلغ اربعة عشر سنة شراء الثّياب بل الحيوان بل يكلون اليه امور التّجارة فى الاسواق و البلدان ولايفرّقون بينه و بين من اكمل خمسة عشر سنة و لايكلون اليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها الاّ بعد ان يحصل له التّجارب و لااظنّ ان القائل بالصّحة يلتزم العمل بالسّيرة على هذا التّفصيل .

و كيف كان فالظّاهر انّ هذا القول ايضا مخالف لما يظهر منهم وقد عرفت حكم العلاّمة فى كرة بعدم جواز ردّ المال الى الصّبىّ اذا دفعه الى النّاقد لينقده و المتاع الذّى دفعه الى المقوّم ليقوّمه مع كونه غالباً فى هذه المقامات بمنزلة الآلة للولىّ و كذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطّفل اليه باذن الولىّ مع انّه بمنزلة الآلة فى ذلك غالباً.

و قال كاشف الغطاء ره: بعد المنع عن صحّة عقد الصّبىّ اصالةً و وكالةً ما لفظه: نعم ثبت الأباحة [2] فى معاملة المميّزين اذا جلسوا مقام اوليائهم اوتظاهروا على رؤس الأشهاد حتّى يظنّ انّ ذلك من اذن الأولياء خصوصاً فى المحقّرات ثمّ قال و لو قيل بتملّك الآخذ منهم لدلالة مأذونيّته فى جميع التّصرّفات [3] فيكون موجباً قابلاً لم يكن بعيداً انتهى امّا التّصرف والمعاملة باذن الأولياء سواء كان على وجه البيع او المعاطات فهو الذّى قد عرفت انّه خلاف المشهور و المعروف حتّى لو قلنا

---

١ ـ يشكل القول بكفاية السنتين فلابدمن بلوغه الى اربع اوخمس سنين .

٢ ـ يعنى بفعل الولى من حيث كون الصبى آلة لامن جهة تصرف الصبى والافلا يفرق بين تمليكه واباحته.

٣ ـ يعنى حتى التملك بعوض.

بعدم اشتراط شروط البیع فی المعاطات لأنّها تصرّف لامحالة و ان لم یکن بیعاً بل و لا معاوضةً و ان ارادبذلك انّ اذن الولی و رضاه المنکشف بمعاملة الصّبیّ هو المفید للأباحة لانفس المعاملة کما ذکره بعضهم فی اذن الولیّ فی اعارة الصّبیّ فتوضیحه ما ذکره بعض المحقّقین من تلامذته[1] و هو انّه لما کان بناء المعاطاة علی حصول المراضات کیف اتّفق و کانت مفیدة لأباحة التّصرف خاصّة کما هو المشهور وجرت عادة النّاس بالتّسامح فی الأشیاء الیسیرة و الرّضا باعتمادغیرهم فی التّصرّف فیهاعلی الأمارات المفیدة للظّن بالرّضا فی المعاوضات وکان الغالب فی الأشیاء التّی یعتمد فیها علی قول الصّبیّ تعیّن القیمة او الأختلاف الذّی یتسامح به فی العادة فلأجل ذلك صحّ القول بالأعتمادعلی ما یصدرمن الصّبیّ من صورة البیع والشّراء مع الشّروط المذکورة کما یعتمدعلیه فی الأذن فی دخول الدّار وفی ایصال الهدّیة اذاظهرت امارات الصّدق بل ماذکرنا اولی بالجواز من الهدّیة من وجوه[2] وقداستندفیه فی کرة الی تسامح السّلف وبالجملة فالأعتمادفی الحقیقة علی الأذن المستفادمن حال المالك فی الأخذ والأعطاء مع البناء علی ماهو الغالب من کونه صحیح التّصرف لاعلی قول الصّبیّ ومعاملته من حیث انّه کذلك وکثیراًمایعتمدالنّاس علی الاذن المستفادمن غیر وجودذی یداصلاًمع شهادة الحال بذلك کذافی دخول الحمّام و وضع الأجرة عوض الماء التّالف فی الصّندوق وکمافی اخذ الخضر الموضوعة للبیع وشرب ماء السّقائین ووضع القیمة المتعارفة فی الموضع المعدّلهما وغیر ذلك من الأمور التّی جرت العادة بها کما یعتمدعلی مثل ذلك فی غیر المعاوضات من انواع التّصرّفات فالتّحقیق انّ هذا لیس مستثنی[3] من کلام الأصحاب و لامنافیاً له و لایعتمد علی

١ـ وهوالشیخ اسدالله التستری صاحب المقابیس ؛

٢ـ منها ان الظن هنا اقوی بکونه من اذن الولی لوجود الامارات الکثیرة ؛

٣ـ لانه لیس بیع حقیقة بل هومن باب جواز التصرف فی مال الغیر بظن الرضاء وآیة ذلك قبول قول المالك لوادعی عدم الرضاء کمالایخفی ؛

ذلك ايضاً فى مقام الدّعوى ولافيما اذا طالب المالك بحقّه و اظهر عدم الرّضا انتهى و حاصله انّ مناط الأباحة و مدارها فى المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين اوبشخص منزّل منزلة شخصين بل على تحقّق الرّضا من كلّ منهما بتصرّف صاحبه فى ماله حتّى لوفرضنا انّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتّفاق كاطارة الرّيح ونحوها فتراضيا على التّصرف باخبار صبىّ او بغيره من الأمارات كالكتابة و نحوها كان هذه معاطاةً ايضاً و لذا كان وصول الهديّة الى المهدى اليه على يد الطّفل الكاشف ايصاله عن رضى المهدى بالتّصرف بل التّملك كافياً فى اباحة الهدية بل فى تملّكها و فيه انّ ذلك حسن الاّ انّه موقوف اوّلا على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء اباحة و تمليك و الاكتفاء فيها بمجرّد الرّضا.

و دعوى حصول الأنشاء بدفع الولىّ المال الى الصّبىّ مدفوعة بانّه انشاء اباحة لشخص غير معلوم و مثله غير معلوم الدّخول فى حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها و به يفرّق بين ما نحن فيه و مسئلة ايصال الهديّة بيد الطّفل فانّه يمكن فيه دعوى كون دفعه اليه للأيصال اباحة او تمليكا كما ذكر انّ اذن الولىّ للصّبىّ فى الأعارة اذن فى انتفاع المستعير و اماّ دخول الحمّام و شرب الماء و وضع الأجرة والقيمة فلو حكم بصحّتهما بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطات بمجرّد المراضاة الخالية عن الأنشاء انحصر صحّة وساطة الصّبىّ فيما يكفى فيه مجرّد وصول العوضين دون مالا يكفى فيه و الحاصل انّ دفع الصّبىّ و قبضه بحكم العدم فكلّما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين الى صاحب الاخر باىّ وجه اتّفق فلا يضرّ مباشرة الصّبىّ لمقدّمات الوصول ثمّ انّ ماذكر[1] مختصّ بما اذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصّبىّ ولياً كان ام غيره[2] و اماّ ماذكره

---

١ ـ من جواز معاملة الصبى.

٢ ـ فلايكفى الظن فقط برضا المالك فى جواز التصرف لعدم دليل على حجيته

كاشف الغطاء اخيراً من صيرورة الشّخص موجباً[1] وقابلاً ففيه أوّلاً انّ تولّى وظيفة الغائب و هو من اذن للصّغير ان كان باذنه منه فالمفروض انتفاؤه وان كان بمجرّد العلم برضاه فالاكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل بل ممنوع .

و ثانياً انّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النّيابة عمّن اذن للصّبىّ.

ثمّ انّه لا وجه لاختصاص ماذكروه من الآليّة بالصّبىّ و لا بالأشياء الحقيرة بل هو جار فى المجنون و السّكران بل البهائم فى الأمور الخطيرة اذ المعاملة[1] اذا كانت فى الحقيقة بين الكبار و كان الصّغير آلة فلا فرق فى الآلية بينه و بين غيره نعم من تمسّك فى ذلك بالسّيرة من غير ان يتجشّم لادخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك بالصّبىّ لأنّه المتيقّن من موردها كما انّ ذلك مختصّ بالمحقّرات .

مسئلة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما[2] لمدلول العقد الّذى يتلفظّان به و اشتراط القصد بهذا المعنى فى صحّة العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لاخلاف فيه و لااشكال فلايقع من دون قصد الى اللّفظ كما فى الغالط او الى

فانه ليس من قبيل الاذن بالفحوى او بشاهد الحال .

١ـ المناسب ان يقول احد الشخصين كما لا يخفى.

٢ـ اعلم ان شروط العقد على انحاء ثلاثة شروط الصيغة وقد تقدم وشروط المتعاقدين التى هى مورد الكلام وشروط العوضين التى تاتى وقد ذكرنا من هذه الشروط البلوغ ونذكر الان القصد فى البيع والاوفق اخذه من مقومات العقد لا من شرائط المتعاقدين لان كل عقد يحتاج الى امرين القصد الذى هو فعل نفسانى واللفظ وهو مبرز خارجى واذا انتفى احدهما ينتفى الاخر لان المركب ينتفى بانتفاء اجزائه ثم المراد من القصد القصد الجدى بمعنى قصد ايجاده وانشائه و ارادة ايقاعه فى مقابل عدم قصد ايجاده سواء أكان لعدم قصد اللفظ كما فى لفظ الغالط ام لعدم قصد معناه اصلا كما فى عقد الهازل ام لعدم قصده على نحو الايقاع كما لو قصد الحكاية عنه والاخبار.

المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللّفظ فيه[١] بل بمعنى عدم تعلّق ارادته وان اوجد مدلوله بالأنشاء كما فى الأمر الصّورى[٢] فهو شبيه الكذب فى الأخبار كما فى الهازل او قصد معنى يغاير مدلول العقد[٣] بانّ قصد الأخبار او الأستفهام اوانشاء معنى غير البيع مجازاً او غلطاً فلايقع البيع لعدم القصد اليه ولاالمقصود اذا اشترط فيه عبارة خاصّة .

ثمّ انّه ربما يقال بعدم تحقّق القصد فى عقد الفضولى والمكره[٤] كما صرّح به فى لك حيث قال انّهما قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله و فيه انّه لادليل على اشتراط ازيد من القصد المتحقّق فى صدق مفهوم العقد[٥] مضافاً الى ما سيجىء فى ادلّة الفضولى و امّا معنى ما فى لك فسياتى فى اشتراط الأختيار .

و اعلم انّه ذكر بعض المحقّقين ممّن عاصرناه[٦] كلاماً فى هذا المقام فى انّه

١ـ لانه بعد قصده اللفظ وعلمه بمعناه لايعقل عدم قصده معناه فان استعمال اللفظ عبارة عن القاء المعنى باللفظ فيكون اخباراً لكن ليس بجد لكون غرضه شيأ آخر .

٢ـ بمعنى الارشادى فانه امر لكن الغرض منه الانتقال الى ان فى الفعل مصلحة لاوقوع الفعل فى الخارج وهذا ليس هو الامر الامتحانى فانه امر حقيقى لاصورى .

٣ـ بناء على ان الاخبار و الانشاء من المعانى المستعمل فيها الالفاظ لامن دواعى الاستعمال .

٤ـ بناء على ان المكره لايريد وقوع النقل و الانتقال فى الخارج وانما الجاء الى الانشاء توعيد المكره بالكسر فكذلك الفضولى لايتمش القصد منه الى حقيقة النقل لعلمه بان عقد الاجنبى لااثر له .

٥ـ حيث انه قاصد لتحقق النقل فى الخارج نعم لايتحقق فيه طيب النفس لكنها حالة اجنبية عن القصد وكذلك الفضولى حيث ان قصده مؤثر فى النقل نعم هو غير تام بدون اجازة المالك .

٦ـ قيل هو الشيخ اسدالله التسترى قده .

هل يعتبر تعيين المالكين[1] اللذين يتحقق النقل و الأنتقال بالنسبة اليهما ام لا و ذكر انّ فى المسئلة اوجهاً واقرالاًو انّ المسئلة فى غاية الأشكال و انه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدّس الله ارواحهم فى تضاعيف ابواب الفقه .

ثمّ قال وتحقيق المسئلة انّه ان توقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً اعتبر تعيينه فى النّية او مع اللّفظ به ايضا كبيع الوكيل و الولىّ العاقد عن اثنين فى بيعٍ واحدٍ[2] و الوكيل عنهما و الولىّ عليهما فى البيوع المتعددة فيجب ان يعيّن من يقع له البيع او الشّراء من نفسه او غيره و ان يميز البايع من المشترى[3] اذا امكن الوصفان فى كلّ منهما[4] فاذا عيّن جهة خاصّة تعيّنت وان اطلق فان كان هناك جهة يصرف اليها الأطلاق كان كالتّعيين كما لو دار الامر بين نفسه و غيره اذا لم يقصد الأبهام[5] و التّعيين بعد العقد والاّ وقع لاغياً[6] و هذا جار فى سائر العقود من النّكاح وغيره والدّليل على اشتراط التّعيين و لزوم متابعته فى هذا القسم انّه لولاذلك لزم بقاء الملك بلامالك معيّن فى

١ـ مطلقا سواء كان المعاملة بالاعيان الشخصية اوالامور الكلية .

٢ـ بان يقول كل منهما للوكيل اشترلى هذا الكتاب بعشرة دراهم فاشتراه من غير تعيين احدهما و اما البيوع المتعددة فهو مثل ما اذا قال كل واحد منهما اشترلى كتاباً فاشترى كتاباً واحداً ولم يعين كونه لاحدهما .

٣ـ وان كان كل منهما مبهماً فى حد نفسه فلو باع مالافى ذمة السادات من السادات لم يصح .

٤ـ كما مثلنا آنفاً .

٥ـ يعنى اذالم يقصد الابهام والترديد بين نفسه وبين غيره حال العقد لانه حينئذ ينصرف الاطلاق الى نفسه .

٦ـ وان لم يكن هناك جهة ينصرف اليها الاطلاق بان اشترى لغيره فى الذمة واطلق ذلك الغير .

نفس الأمر وان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتّبة على ذلك وفساد ذلك ظاهر ولا دليل على تأثير التعيين المتعقّب ولا على صحّة العقد المبهم لأنصراف الأدلّة الى الشّايع المعروف من الشّريعة والعادة فوجب الحكم بعدمه وعلى هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذّمة فان عيّن ذلك الغير تعيّن ووقف على اجازته سواء تلفّظ بذلك ام نواه وان ابهم مع قصد الغير بطل ولا يوقف الى ان يوجد له مجيز الى ان قال وان لم يتوقّف تعيّن المالك على التعيين حال العقد بان يكون العوضان معيّنين ولا يقع العقد فيهما على وجه يصحّ الاّ لمالكهما ففي وجوب التعيين او الأطلاق المنصرف اليه[1] او عدمه مطلقا او التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل وعدمه فيصحّ اوجه اقويها الأخير[2] واوسطها الوسط[3] واشبهها للأصول الأولى[4] وفي حكم المعيّن[5] اذا ما عيّن المال بكونه في ذمّة زيد مثلاً و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير ولو باع مال زيد عن عمرو فان كان وكيلاً عن زيد صحّ عنه و الاّ وقف على اجازته و لو اشترى لنفسه بمال

١- هذا عطف على التعيين فيكون احد طرفي الواجب التخييري .

٢- لان العقود تابعة للقصود حيث ان العمومات وان كانت تامة الا انه مع التصريح بالخلاف يلزم التدافع بين مقتضى المبادلة والتصريح بالخلاف فان مقتضاها انتقال كل واحد الى ملك مالك الاخر ومقتضى التصريح بالخلاف - يعني قصد انتقال الثمن الى نفسه عدم ذلك فلا يؤثر العقد ولا يشمل العموم .

٣- لمنع الانصراف والعمومات مقدمة على الاصل.

٤- لان الاصل عدم النقل والانتقال والعمومات منصرفة الى الشايع المتعارف وكذلك ان الاصل الفساد.

٥- يعني في حكم تعيين المالك الذي يقع له البيع والشراء ما اذا عين المال ثمناً اومثمناً بكونه في ذمة زيد .

فى ذمّة زيد فان لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه [١] و تعلّق المال بذمّته لاعن زيد ليقف على اجازته و ان كان وكيلاً فالمقتضى لكلّ من العقدين منفردا موجود و الجمع بينهما يقتضى الغاء احدهما و لما لم يتعيّن [٢] احتمل البطلان للتدافع وصحّته عن نفسه لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشّراء و ترجيح جانب الأصالة و عن الموكّل لتعيّن العوض فى ذمّة الموكّل فقصد كون الشّراء لنفسه لغو كما فى المعيّن و لو اشترى عن زيد بشيء فى ذمّته [٣] فضولاً و لم يجز فاجاز عمرو لم يصحّ عن احدهما وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب ولافرق على الأوسط فى الأحكام المذكورة بين النّيّة المخالفة والتّسمية [٤] ويفرّق بينهما على الأخير ويبطل الجميع على الأوّل انتهى كلامه.

اقول مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كلّ من العوضين فى ملك مالك الآخر و الّالم يكن كلّ منهما عوضاً و بدلاً [٥] وعلى هذا فالقصد الى العوض وتعيينه

١- اى عن نفسه بناء على الوجه الاوسط الذى عليه واما بناء على الوجهين الاول و الاخير فانه تبطل المعاملة فيهما رأساً.

٢- يعنى لم يتعين احدهما.

٣- هذا مثال للمعين واجنبى عن المقام.

٤- اى لنفسه.

٥- فلا يلزم معرفة الموجب من له الابتياع ولا معرفة المبتاع من له البيع فيصح أن يقول الموجب بعتك هذا الفرس بهذا الدينار فيقول المشترى قبلت من دون ان يعرف البايع من له الدينار وان يعرف المشترى من له الفرس لعدم الدليل على قدح مثل هذه الجهالة ولان تعين المالك ليس من مقومات البيع ولا من شرائطه لان المناط تحقق دخول العوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوض وبالعكس وهو هنا موجود ويمكن الجواب عن ادلته الثلاثة بان نقول اما بقاء المملوك بلا مالك معين فلا مانع منه كما فى الوقف والخمس والزكوة واما قوله لزم ان لا يحصل الجزم فلو جود الجزم به واما قوله انه لا دليل على تأثير المتعين المتعقب فهو مردود بانه يمكن التعيين باذن الحاكم او بالقرعة.

يغنى عن تعيين المالك الا انّ ملكيّة العوض وترتّب آثار الملك عليه قد يتوقّف على تعيين المالك فانّ من الأعواض ما يكون متشخصا بنفسه فى الخارج كالأعيان ومنها مالا يتشخّص الّا باضافته الى مالك كما فى الذّمم و لانّ ملكيّة الكلّىّ لايكون الّا مضافا الى ذمّة [1] و اجراء احكام الملك على ما فى ذمة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود فتعيّن الشّخص فى الكلّى انّما يحتاج اليه لتوقّف اعتبار ملكيّة ما فى الذّمم على تعيين صاحب الذّمة فصحّ على ما ذكرنا انّ تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء فى العوض المعين او فى الكلّى و انّ اعتبار التّعيين فيما ذكره من الأمثلة فى الشّق الأوّل [2] من تفصيله انّما هو لتصحيح ملكيّة العوض بتعيين من يضاف الملك اليه لالتوقّف المعاملة على تعيين ذلك الشّخص بعد فرض كونه مالكاً فان من اشترى لغيره فى الذّمة اذا لم يعيّن الغير لم يكن الثّمن ملكاً لانّ ما فى الذّمة مالم يضف الى شخص معيّن لم يترتّب عليه احكام المال من جعله ثمناً او مثمناً و كذا الوكيل او الولّى [3] العاقد عن اثنين فانّه اذا جعل العوضين فى الذّمة بان قال بعت عبداً بالف ثم قال قبلت فلا يصير العبد قابلاً للبيع و لا الألف قابلاً للأشتراء به حتّى يسند كلاًّ منهما الى معيّن او الى نفسه من حيث انّه نائب عن

---

١ ـ ضرورة أن البيع ليس الا تبديل شيء بشيء فى جهة الاضافة وحينئذ فلو اشترط على البائع دخول الثمن فى ملك الاجنبى او اشترط على المشترى دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك موجباً لبطلان المعاملة لكونه على خلاف مقتضى العقد.

٢ ـ الشق الاول مما لو توقف تعين المالك على التعيين اعنى ما لو كان العوضان كليين و المراد من الامثلة ماذكر بقوله كبيع الوكيل الى قوله فى بيوع متعددة وكذا قوله فلو اشترى الفضولى لغيره فى الذمة فى آخر كلامه.

٣ ـ لعدم تحقق معنى المعاوضة لانه موقوف على تحقق العوض وهو فرع كونه مملوكا ولا يكون الا اذا كان شخصياً او كلياً مضافاً الى ذمة معينة والا فتعين المالك من حيث هو ليس شرطاً آخر وراء اعتبار وجود العوضين و تعيينهما.

ذلك المعيّن فيقول بعت عبداً من مال فلان بالف من مال فلان فيمتاز البايع عن المشترى.

و امّا ماذكره من الوجوه الثّلثة فيما اذا كان العوضان معيّنين فالمقصود اذا كان هى المعاوضة الحقيقيّة التى[1] قدعرفت انّ من لوازمها العقليّة دخول العوض فى ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة والبدليّة فلا حاجة الى تعيين من ينقل عنهما و اليهما العوضان واذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة فالبيع غير منعقد فانّ جعل العوض[2] من عين مال غير المخاطب الّذى ملّكه المعوّض فقال ملّكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه و فى وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتى و امّا ما ذكره من مثال من بـاع مـال نفسه عن غيره[3] فلا اشكـال فى عدم وقوعه عن غيره و الظّاهر وقوعه عن البايع[4] و لغويّة قصده عن الغير[5] لأنّه امر غير معقول[6] لايتحقّق القصد اليه حقيقة و هو معنى لغويّته و لذا لوباع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته كما سيجىء ولايقع عن نفسه ابداً نعم لو ملّكه فاجاز قيل بوقوعه له لكن لامن حيث ايقاعه اوّلا لنفسه فانّ القائل به لايفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه

١ـ حاصله انه لا مورد لتثليث الوجوه فى الصور المفروضة لانه ان قصد المعاوضة الحقيقية التى لازمها دخول كل من العوضين فى ملك مالك الاخر فقد عين المالك قهراً بالملازمة وان لم يقصد فالجميع باطل فلامعنى للترديد حينئذ.

٢ـ تفريع على قوله اذا كان هى المعاوضة الحقيقية.

٣ـ يعنى قوله وعلى الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير الخ.

٤ـ لاصالة الظهور التى تظهر من قوله بعت الظاهر فى المعاوضة الحقيقية.

٥ـ يعنى قصد وقوع البيع عن الغير.

٦ـ لان قصد وقوعه عن الغير من قبيل الداعى لا البيع نفسه.

او عن مالكه فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه الّا ان يقال[1] انّ وقوع بيع مال نفسه لغيره انّما لايعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقيّة لم - لايجعل هذاقرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقيّة او على تنزيل الغير منزلة نفسه[2] فى مالكيّة المبيع كماسيأتى[3] انّ المعاوضة الحقيقيّة فى بيع الغاصب لنفسه لايتصوّر الّاعلى هذا الوجه و حينئذ فيحكم ببطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقى و من هنا ذكر العلّامة و غيره فى عكس المثال المذكور انّه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل و كذا لودفع مالاً الى من يطلبه الطّعام وقال اشتربه لنفسك طعاماً هذا ولكنّ الأقوى صحّة المعاملة المذكورة و لغويّة القصد المذكور لأنّه راجع الى ارادة ارجاع فائدة البيع الى الغير[4] لاجعله احد ركنى المعاوضة و اما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرّهن واشتراء الطّعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب لانّ المخاطب اذا قال بعته لنفسى او اشتريته لنفسى لم يقع لمالكه اذا اجازه .

و بالجملة فحكمهم بصحّة بيع الفضولى و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك

---

١ ـ محصله راجع الى ان اعتبار كون المعاملة لعمرو مثلا يقتضى عدم القصد الى المعاوضة الحقيقية لامتناع قصد المعاوضة الحقيقية مع فرض كون المال لزيد بالنسبة الى عمرو كما أن قصد المعاوضة الحقيقية ينافى قصد وقوعها لعمرو فاجتماع القصدين معاً محال ولابد من سقوط احدهما فيتساقطان لعدم الترجيح فيفسد البيع لعدم ثبوت قصد اليه حقيقة .

٢ ـ يعنى ادعاء .

٣ ـ فى مسئلة بيع الغاصب البايع لنفسه ووقوعه للمالك باجازته لكن المصنف ذهب بصحة هذا البيع هناك وهناذهب ببطلانه .

٤ ـ حاصله ان القصد الى وقوع البيع لعمرو راجع الى القصد الى وقوع فائدة البيع له فلايزاحم القصد الى وقوع حقيقته لزيد فيقع البيع لزيد ويتبع اثره له فيلغو القصد المذكور.

يدلّ على عدم تاثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثمّ انّ ما ذكرنا كلّه حكم وجوب تعيين كلّ من البايع و المشترى [1] من يبيع له ويشترى له و امّا تعيين الموجب لخصوص المشترى المخاطب و القابل لخصوص البايع فيحتمل اعتباره الّا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين كما فى غالب البيوع والأجارات فحينئذ يراد من ضمير المخاطب فى قوله ملّكتك كذا اومنفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقيّاً او جعليّاً كالمشترى الغاصب اومن هو بمنزلة المالك باذن او ولاية و يحتمل عدم اعتباره الّا فيما علم من الخارج ارادة خصوص الطّرفين كما فى النّكاح [2] و الوقف الخاصّ و الهبة و الوكالة و الوصيّة الأقوى هو الأوّل عملاً بظاهر الكلام الدّالّ على قصد الخصوصيّة و تبعيّة العقود للقصود و على فرض القول الثّانى فلو صرّح بارادة خصوص المخاطب اتّبع قصده فلا يجوز للقابل ان يقبل عن غيره قال فى كره لو باع الفضولى او اشترى مع جهل الآخر فاشكال ينشأ من انّ الآخر انما قصد تمليك العاقد وهذا الأشكال وان كان ضعيفا

١ـ يعنى أن الكلام الى الان كان فى حكم تعيين البايع وانه من هو يكون البيع له وهو مالك المبيع الناقل له والمشترى هو من يكون الشراء لدوهو مالك الثمن الناقل له من غير نظر الى تعيين كل منهما للطرف الاخر والان فى انه هل يعتبر ان يكون البايع عالماً بان القابل يشترى لنفسه اولغيره ومع اشترائه لغيره من هو، ثم بعد العلم بذلك فهل هو وكيل اوولى عن ذلك الغير فى البيع او الشراء وهل يجوز الخطاب فى مقام اجراء الصيغة بقوله بعتك اووهبتك اوزوجتك ويعينها بعد تمامية العقد ام لا.

٢ـ حيث انه لا يقال للوكيل انكحتك بل يقال انكحت موكلك و كذلك الوقف والهبة فان الواقف والواهب يختلف غرضه فى هبة ماله بالنسبة الى الاشخاص وكذا فى الوكالة فالزوجان والموهوب له والموقوف عليهم والوكيل اركان فى المعاملات المذكورة غالباً بخلاف البيع فان الركن فيه العوضان و المتعاقد ان .

مخالفاً للاجماع والسيرة الا انه مبنية على ماذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح ان الزوجين في النكاح كالعوضين في ساير العقود ويختلف الاغراض باختلافها فلابد من التعيين وتوارد الايجاب والقبول على امر واحد ولان معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع والمشترى يطلق على المالك ووكيله ومعنى قولها زوجتك نفسي رضاها بكونه زوجا والزوج لايطلق على الوكيل انتهى .

ويرد على الوجه الاول من وجهي الفرق ان كون الزوجين كالعوضين انما يصح وجها لوجوب التعيين[1] في النكاح لا لعدم وجوبه في البيع مع ان الظاهر ان ماذكرنا من الوقف واخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة او الفضولي فلابد من وجه مطرد في الكل وعلى الوجه الثاني ان معنى بعتك في لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض ومعناه جعل المخاطب مالكاً ومن المعلوم ان المالك لايصدق على الولي والوكيل والفضولي فالاولى في الفرق ماذكرنا من ان الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الاعم من كونه اصالة او عن الغير ولاينافي[2] ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل فتامل بخلاف النكاح وما اشبهه فان الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انه ركن للعقد بل ربما يستشكل في صحة ان يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه

١ـ فان الكلام في انه هل يكون ظاهر كلام البايع او المشترى الموجه الى الطرف هو كون شخص المخاطب طرفاً للمعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره ام ليس له ذلك فيلائم مع كونه اصيلا او وكيلا .

٢ـ لان الحمل على ارادة نفسه لايحتاج الى ظهور كلامه في كونه هو المراد بل يكفي عدم الظهور في ارادة غيره ولا يسمع دعواه بعد ذلك بان المقصود منه كان غيره لان ارادة الغير يحتاج الى التنبيه والبيان فيكفي عدم البيان في تعين ارادة النفس ولكن يشكل بان عدم البيان يكون حينئذ قرينة على ارادة نفسه ولعله لذلك اشار الى الامر بالتأمل .

مقام الاصيل كما لو قال زوّجتك مريداً له باعتبار كونه وكيلا عن الزوج وكذا قوله وقفت عليك واوصيت لك ووكّلتك ولعلّ الوجه[1] عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها فلا يقال للوكيل الزوّج ولا الموقوف عليه ولا الموصى له ولا الموكّل بخلاف البايع[2] والمستاجر فتامّل حتّى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا[3] سابقا واعترضنا عليه[4].

مسئلة: و من شرائط المتعاقدين الاختيار و المراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس[5] في مقابل الكراهة و عدم طيب النفس لا الاختيار

١ـ يعني وجه الاستشكال.

٢ـ فانه تعارف الوكالة في البيع والاجارة فيصح أن يقول البايع للوكيل او الولي او الفضولي بعتك بكاف الخطاب بخلاف غيرهما.

٣ـ اى رجوع قولنا فالاولى في الفرق ماذكرنا من أن الغالب الخ الى ماذكرنا سابقاً من الوجه الثاني من وجهي الفرق بين البيع والنكاح بقوله وقد يقال في الفرق انتهى.

٤ـ يعني الاعتراض عليه بقوله وعلى الوجه الثاني أن معنى بعتك الخ ووجه عدم الرجوع هو أن القائل المذكور ادعى أن عنوان المشترى صادق على الوكيل حقيقة والمصنف قال انه يصدق عليه مجازاً متعارفاً الذي يكفي في الصحة بخلاف باب النكاح فانه لا يتعارف فيه ذلك فلا يجوز الاكتفاء فيه ولا يجوز الخطاب حينئذ.

٥ـ بان يكون الاكراه بالغاً الى حد يوجب سلب الاستقلال عنه مثل ما لو اكرهه شخص على بيع ماله فان الارادة وان كانت موجودة الا انها مغلوبة في جنب ارادة المكره فانه قاصد للفظ والمعنى وترتب الاثر الا أنه لم يطب نفسه فيكون الوجه في بطلان عقد المكره انتفاء شرط الطيب بل مثل البيع بارضاء الوالدين كما تشمله رواية ابن سنان الاتية وحديث طيب النفس.

فى مقابل الجبر[١] ويدلّ عليه قبل الأجماع قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ[٢] و قوله (ع): لايحل مال امرء مسلم الّا عن طيب نفسه[٣] وقوله (ص): فى الخبر المتّفق عليه بين المسلمين: رفع او وضع عن امّتى تسعة اشياء اوستّة ومنها ما اكرهوا عليه و ظاهره و ان كان رفع المؤاخذة[٤] الّا ان استشهاد الأمام (ع) به فى رفع بعض الاحكام الوضعيّة يشهد لعموم[٥] المؤاخذة فيه لمطلق الألزام عليه بشيء ففى صحيحة البزنطى عن ابى الحسن (ع) فى الرّجل يستكره على اليمين فيحلف بالطّلاق و العتاق و صدقة مايملك ايلزمه ذلك فقال (ع) لاقال رسول الله (ص) وضع عن امتى ما اكرهوا عليه و مالم يطيقوا و ما اخطأوا والحلف بالطّلاق والعتاق و ان لم يكن صحيحاً

١ـ بان يكون الاكراه بمرتبة يوجب سلب الارادة عن المتكلم وهو المسمى بالالجاء والاضطرار بحيث يتحقق الفعل من دون ارادته كحركة المرتعش فان عقد المكره حينئذ يكون خارجاً عن العقد موضوعاً لخلوه عن القصد المعتبر فى حقيقة العقد.

ان قلت أن بعض العقود لارضى فيه ولاطيب نفس حقيقة مثل البيع عند الضرورة والحاجة ومن اكره على فعل اودفع مال فالتجأ الى البيع فلابدان يقولوا ببطلان ذلك كله مع انهم لم يقولوا به قلت لا يعتبر فى صحة العقد طيب النفس الذاتى بل يكفى الاعم حيث ان الموجب للبطلان هو الاكراه لاعدم طيب النفس فقط.

٢ـ فان الاية فى مقام بيان الاسباب المملكة والناقلة وعدم حصول النقل بشيء من الاسباب الباطلة العرفية ومن جملتها عقد المكره.

٣ـ فيدل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون طيب نفسه وهو غير موجود فى عقد المكره مضافاً الى بقاء المال فى ملك مالكه الاول.

٤ـ اى رفع العقاب من جهة الحرمة التى هى من الاحكام التكليفية.

٥ـ من رفع اثر الحلف بالطلاق مع كون الحالف مكرهاً فالامام عليه السلام ـ الحكم الواقعى وانما انتفى فى تطبيق الحديث على المورد فلاتقية فى بيان الكبرى.

عندنا من دون الاكراه أيضاً الّا ان مجرّد استشهاد الأمام (ع) فى عدم وقوع آثار ماحلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدلّ على انّ المراد بالنّبوى ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الأخروى هذا كلّه مضافاً الى الاخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم الفرق .

ثمّ انّه يظهر من جماعة منهم الشّهيدان انّ المكره قاصد الى اللّفظ غير قاصد الى مدلوله بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلّامة وليس مرادهم انّه لاقصد له الّا الى مجرّد التّكلّم[1] كيف والهازل الّذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصداً صوريّاً و الخالى عن القصد الى غير التّكلّم هو من يتكلّم تقليداً او تلقينا كالطّفل الجاهل بالمعانى فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد فى الخارج وانّ الدّاعى له الى الأنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج لا انّ كلامه الانشائى مجرّد عن المدلول كيف وهو معلول الكلام الأنشائى اذا كان مستعملا غير مهمل وهذا الّذى ذكرنا لايكاد يخفى على من له ادنى تأمّل فى معنى الأكراه لغةً وعرفاً[2] وادنى تتبّع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الأكراه الّتى لايستقيم مع ماتوهّمه من خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللّفظ و جعله[3] مقابلاً للقصد وحكمهم بعدم وجوب التّورية[4] فى التّفصّى عن الأكراه

١ـ لان الاكراه لا يوجب ارتفاع القصد الى اللفظ ولا المعنى وانما يوجب عدم كون اختيار اللفظ منبعثاً من اختيار وقوع المعنى وارادته.

٢ـ لان معنى الاكراه على الشيء وقوعه فى الخارج على وجه الكره فلابد من قصد المدلول والا لم يكن الفعل واقعاً فى الخارج .

٣ـ عطف على قوله معنى الاكراه يعنى ادنى تأمل فى جعله مقابلا للقصد فان ذكرهم لهذا الشرط بعد ذكر اعتبار القصد دليل على ان المكره واجد للقصد.

٤ـ يعنى وفى حكمهم انتهى لان قوله وصحة بيعه بعد الرضا وقوله واستدلالهم كلها عطف على قوله معنى الاكراه وكذا قوله وفيما ورد وقوله وفى ان مخالفة بعض العامة وقوله انه لا طلاق عطف على طلاق المكره .

وصحّة بيعه بعدالرّضا واستدلالهم له بالأخبار الواردة فى طلاق المكره وانّه لاطلاق الاّ مع ارادة الطلّاق حيث انّ المنفىّ صحّة الطلّاق لاتحقّق مفهومه[1] لغةً وعرفاً و فيما ورد فيمن طلّق مداراة باهله الى غير ذلك وفى انّ مخالفة بعض العامّة فى وقوع الطلّاق اكراهاً لاينبغى ان تحمل على الكلام المجرّد عن قصد المفهوم الّذى لايسمّى خبراً ولاانشاء وغير ذلك ممّا يوجب القطع بانّ المراد بالقصد المفقود فى المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد ومضمونه فى الواقع وعدم طيب النّفس به لاعدم ارادة المعنى من الكلام ويكفى فى ذلك[2] ماذكره الشّهيد الثانى من انّ المكره والفضولى قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله[3] نعم ذكر فى يرولك فى فروع المسئلة مايوهم ذلك قال فى يرلواكره على الطلّاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطّلاق اذلااكراه على القصد انتهى وبعض المعاصرين[4] بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهّم كلامهم فردّ عليهم بفساد المبنىّ وعدم وقوع الطلّاق فى الفرض المزبور لكن المتأمّل يقطع بعدم ارادتهم لذلك وسياتى مايمكن توجيه الفرع المزبور به.

ثمّ انّ حقيقة الاكراه لغةً وعرفاً حمل الغير على مايكرهه ويعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه[5] مظنون التّرتّب على ترك ذلك الفعل مضرّ بحال

١ـ لان بيان المفهوم للعرف لا للامام (ع).

٢ـ يعنى فى كون نظر الشهيد هو ماذكرنا.

٣ـ حيث انه جعل المكره كالفضولى فى قصد المدلول ومعلوم أن الفضولى قاصد للمعنى فيكون المكره ايضاً كذلك بقرينة المجاورة.

٤ـ يعنى صاحب الجواهر بنى الفرع المذكور الذى هو وقوع الطلاق فيه على تفسير القصد بماذكرنا اى القصد المنفى فى المكره من متوهم كلامهم الذى هو القصد الى مدلول الكلام.

٥ـ اى من الحامل الامر بل الظاهر بطلان العقد اذا ترتب على تركه الضرر من ناحية غير الامر كما اذا امره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفاً من الضرر المتوجه اليه من

الفاعل اومتعلقه [١] نفساً اوعرضاً اومالافظهر من ذلك انّ مجرّد الفعل لدفع الضّرر المترتّب على تركه لايدخله فى المكره عليه كيف والأفعال الصّادرة من العقلاء كلّها اوجلّها ناشئة عن دفع الضّرر و ليس دفع مطلق الضّرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق المكره عليه فانّ من اكره على دفع مال وتوقّف على بيع بعض امواله فالبيع الواقع منه لبعض امواله وان كان لدفع الضّرر المتوعّد به على عدم دفع ذلك المال ولذا يرتفع التّحريم عنه لوفرض حرمته عليه لحلف اوشبهه الآانّه ليس مكرهاً فالمعيار فى وقوع الفعل مكرهاً عليه سقوط الفاعل من اجل الأكراه المقترن بايعاد الضّرر عن الاستقلال فى التّصرّف بحيث لايطيب نفسه بمايصدر منه ولايتعمد - اليه عن رضا و ان كان يختاره لأستقلال العقل بوجوب اختياره دفعاً للضّرر او ترجيحاً لاقلّ الضّررين الآانّ هذا المقدار لايوجب طيب نفسه به فانّ النّفس مجبولة على كراهة مايحمله غيره عليه مع الأيعاد عليه بما يشقّ تحمّله .

والحاصل انّ الفاعل قد يفعل لدفع الضّرر لكنّه مستقلّ فى فعله ومخلّى وطبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله وان كان من باب علاج الضّرر وقد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه وهذا ممّا لا يطيب النّفس به [٢] وذلك معلوم بالوجدان ثمّ انّه هل يعتبر

السلطان اذا علم بمخالفة امر ولده ولاكذلك الضرر السماوى كما اذا امر احدمن اولياء الله شخصاً ببيع داره والاطلب من الله تعالى ان يمطر حجارة من السماء فباعها خوفاً منه فلايبطل البيع حينئذ لان المرفوع بحديث الرفع هو الاكراه من ناحية العباد لامن ناحية الله تعالى .

١ ـ من عشيرته الاقربين والاحباء الذين يعد الاضرار بهم اضراراً به لامن اخوانه المؤمنين .

٢ ـ والحاصل ان يكون انشائه منبعثاً من ارادة وقوع مضمون المعاملة بحيث كان داعيه الى الانشاء ذلك لاشيء آخر فالمقام على العكس مما قيل فى انه اذا قصد المصلى بقوله اياك نعبد المخاطبة بطلت صلوته لانه خرج كلامه عن حكاية القرآن ودخل فى كلام الادمى اما اذا قصد معنى اياك نعبد مقارناً لذكر لفظه من غير ان يقصده من لفظه لم يضره ذلك بل كان راجحاً .

فی موضوع الأکراه او حکمه [١] عدم امکان التفصّی عن الضّرر المتوعّد به [٢] بمالا یوجب به ضرر آخر کما حکی عن جماعة ام لا الذّی یظهر من النّصوص او الفتاوی عدم اعتبار العجز عن التّوریة لانّ حمل عموم رفع الأکراه وخصوص النّصوص الواردة فی طلاق المکره وعتقه ومعاقد الأجماعات والشّهرات المدّعات فی حکم المکره علی صورة العجز عن التّوریة [٣] لجهل او دهشة بعید جدا بل غیر صحیح فی بعضها من جهة المورد کما لایخفی علی من راجعها مع انّ القدرة علی التّوریة لایخرج الکلام عن حیّز الأکراه عرفاً .

هذا وربّما یستظهر من بعض الأخبار [٤] عدم اعتبار العجز عن التفصّی بوجه آخر غیر التّوریة ایضاً فی صدق الأکراه مثل روایة ابن سنان عن ابی عبدالله (ع) قال لایمین فی قطیعة رحم ولا فی جبر ولا فی اکراه قلت اصلحك الله وما الفرق بین الجبر والأکراه قال الجبر من السّلطان ویکون الأکراه من الزّوجة والامّ والأب و لیس ذلك بشیء الخبر .

ویؤیّده انّه لو خرج عن الأکراه عرفاً بالقدرة علی التفصّی بغیر التّوریة خرج عنه بالقدرة علیها لأنّ المناط [٥] حینئذ انحصار التّخلّص عن الضّرر المتوعّد به فی فعل

١ـ یعنی به الاثر المترتب علی الاکراه من بطلان المعاملة وغیره .

٢ـ بالتوریة او بالتوصل الی شخص مثلا .

٣ـ وهی ان یرید من الکلام معنی غیر ظاهره .

٤ـ اعلم ان الاقوال فی هذه المسئلة اربعة (احدها) أنه یعتبر فی موضوع الاکراه عدم امکان التفصی عن الضرر المتوعد به بتوریة او بغیرها (الثانی) لا یعتبر ذلك فی موضوعه بل یعتبر فی حکمه (الثالث) التفصیل بین المعاملات وغیرها ویلتزم بعدم الاعتبار فی الاول دو الثانی کما سیذکره المصنف (الرابع) التفصیل ایضا بین التوریة و غیرها و یلتزم فی تحقق مفهوم الاکراه باعتبار العجز عن غیر التوریة دونها وبذلك الاخیر اشار بقوله ربما یستظهر انتهی .

٥ ـ فی صدق الاکراه .

المكره عليه فلا فرق[١] بين ان يتخلّص بكلام آخر[٢] او فعل آخر[٣] وبهذا الكلام مع قصد معنى آخر ودعوى انّ جريان حكم الأكراه مع القدرة على التّورية تعبّدىّ لا من جهة صدق حقيقة الأكراه كما ترى.

لكنّ الأنصاف انّ وقوع الفعل عن الأكراه لا يتحقّق الّا مع العجز عن التّفصّى بغير التّورية لأنّه يعتبر فيه ان يكون الدّاعى عليه هو خوف ترتّب الضّرر المتوعّد به على التّرك ومع القدرة على التّفصّى لا يكون الضّرر مترتّبا على ترك المكره عليه بل على تركه وترك التّفصّى معا فدفع الضّرر يحصل باحد الأمرين من فعل المكره عليه والتّفصّى فهو مختار فى كلّ منهما ولا يصدر كلّ منهما الّا باختياره فلا اكراه و ليس التّفصّى من الضّرر احد فردى المكره عليه حتّى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الأكراه عنهما كما لو اكرهه على احد الأمرين حيث يقع كلّ منهما حينئذ مكرها لأنّ الفعل المتفصّى به مسقط عن المكره عليه لا بدل له ولذا لا يجرى عليه احكام المكره عليه اجماعاً فلا يفسد اذا كان عقداً و ما ذكرناه[٤] و ان كان جاريا فى التّورية الّا انّ الشّارع رخّص فى ترك التّورية بعد عدم امكان التّفصّى بوجه

١- يعنى فى عدم الانحصار.

٢- كقول عقيل امرنى معوية ان العن علياً الا فالعنوه وغير ذلك الذى تقدم فى المجلد الاول فى معنى التورية.

٣- كما اذا امره الجائر على شرب الخمر فاهرقها المكره بالفتح على جيبه وخيل الى الجائر انه شربها وعلى اخذ المال فاخذه جهرا ودفعه اليه سراً.

٤- حاصله انه موضوع الاكراه وان كان ينتفى بامكان التفصى بالتورية وامكانه بغيرها الا ان الشارع رخص فى التورية لعدم الاشارة اليها فى الاخبار خصوصاً فى قضية عمار مع أن اللفظ المكره به كان حراماً لكونه كان سباً وهتكاً للنبى وبعبارة اخرى أن الفعل وان كان اختيارياً مع امكان التفصى عن التورية الا أن الشارع رتب عليها آثار الاكراه تعبداً فيكون الفعل مكرهاً عليه حكماً لا حقيقة بخلاف غير التورية.

آخر لما ذكرنا من ظهور النّصوص والفتاوى و بعد حملها على صورة العجز عن التّورية مع انّ العجز عنها لو كان معتبراً لاشير اليها فى تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والأكراه خصوصاً فى قضيّة عمّار و ابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى ابواه فقتلا و اظهر لهم عمّار ما ارادوا فجاء باكياً الى رسول الله(ص) فنزلت الآية:مَنْ كَفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ إيمانِهِ إلّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْأيمانِ فقال له رسول الله(ص) ان عادوا عليك فعدولم ينبّهه على التّورية فانّ التّنبيه فى المقام و ان لم يكن واجباً الّا انّه لاشكّ فى رجحانه خصوصاً من النّبىّ(ص) باعتبار شفقته على عمّار و عمله بكراهة تكلّم عمّار بالفاظ الكفر من دون تورية كما لايخفى هذا ولكنّ الأولى[1] ان يفرّق بين امكان التّفصّى بالتّورية و امكانه بغيرها بتحقّق الموضوع فى الأوّل دون الثّانى لأنّ الأصحاب و فاقاً للشّيخ فى ط ذكروا من شروط تحقّق الأكراه ان يعلم او يظنّ المكره بالفتح انّه لو امتنع ممّا اكره عليه وقع فيما توعّد عليه ومعلوم انّ المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع و لو مع اعتقاد المكره بالكسر عدم الأمتناع بل المعيار فى وقوع الضّرر اعتقاد المكره لأمتناع المكره و هذا المعنى يصدق مع امكان التّورية و لايصدق مع التّمكن من التّفصى بغيرها لأنّ المفروض تمكّنه من الأمتناع مع اطلاع المكره عليه و عدم وقوع الضّرر عليه.

والحاصل انّ التّلازم بين امتناعه و وقوع الضّرر الذّى هو المعتبر فى صدق الأكراه موجود مع التّمكن بالتّورية لامع التّمكن بغيرها فافهم[2].

١- هذا ايضاً تفصيل آخر بين العجز عن التفصى بالتورية وغيرها حيث اعتبر الثانى فى مفهوم الاكراه دون الاول.

٢- لعله اشارة الى انه يمكن التفصى بغير التورية ايضاً كما اذا امكنه ارائة انه شرب الخمر مع عدم شربه.

ثم انّما ذكرنا من اعتبار العجز عن التّفصّى[1] انّما هو فى الأكراه المسوّغ للمحرّمات و مناطه توقّف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه و امّا الأكراه الرّافع لأثر المعاملات فالظّاهر انّ المناط فيه عدم طيب النّفس بالمعاملة .

و قد يتحقّق مع امكان التّفصّى مثلاً من كان قاعداً فى مكان خاصّ خال عن الغير متفرّغاً لعبادة او مطالعة فجائه من اكرهه على بيع شيء ممّا عنده و هو فى هذه الحال غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له فى الخارج خدم يكفونه شرّ المكره فالظّاهر صدق الأكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النّفس لو باع ذلك الشّيء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقّف دفع ضرر اكراه الشّخص على امر خدمه بدفعه و طرده فانّ هذا لايتحقّق فى حقّه الأكراه ويكذّب لو ادّعاه بخلاف الأوّل اذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل و لو فرض فى ذلك المثال اكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل و فقد تقدّم الفرق بين الجبر و الأكراه فى رواية ابن سنان فالأكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات هو الأكراه بمعنى الجبر المذكور و الرّافع لاثر المعاملات هو الأكراه الّذى ذكر فيها انّه قد يكون من الأب و الولد و المرأة و المعيار فيه عدم طيب النّفس

---

١ ـ هذا هو التفصيل بين المعاملات وغيرها حيث اعتبر العجز عن التفصى فى حقيقة الاكراه فى الثانى دون الاول وملخص كلامه أن المناط فى الاكراه الرافع لاثر المعاملات انما هو عدم طيب النفس وهذا المعنى يتحقق مع امكان التفصى ولا يكفى هذا المقدار فى رفع الحكم التكليفى بل لا بد من الاكثر أن يبلغ حد تسويغ المحرمات فالاكراه فى المعاملات غير الاكراه فى المحرمات او نقول أن الاكراه فى المعاملات اوسع دائرة من الاجبار المسوغ للمحرمات فانه يتسامح فى الاول ما لا يتسامح فى الثانى بان يكون الاختلاف فى الشدة والضعف ولعله يفهم من كلام المصنف لأنه ره يفرق بين حقيقة الاكراه.

فيها لاالضّرورة و الألجاءو ان كان هو المتبادر من لفظ الأكراه و لذا [١] يحمل الأكراه فى حديث الرّفع عليه فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه فى ذلك الحديث اختصاص الأضطرار بالحاصل لامن فعل الغير كالجوع والعطش و المرض [٢] لكنّ الدّاعى على اعتبار ما ذكرنا [٣] فى المعاملات هو انّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النّفس حيث استدلّوا على ذلك بقوله تعالى تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و لايحلّ مال امرء مسلم الّاعن طيب نفسه و عموم اعتبار الأرادة فى صحّة الطّلاق و خصوص ما ورد فى فساد طلاق من طلّق للمداراة مع عياله .

فقد تلخّص ممّا ذكرنا انّ الأكراه الرّافع لأثر الحكم التّكليفى اخص [٤] من الرّافع لأثر الحكم الوضعى ولولوحظ ما هو المناط فى رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الأكراه كانت النّسبة بينهما العموم من وجه لأنّ المناط فى رفع الحكم

١ـ اى ولاجل تبادر الالجاء يحمل انتهى .

٢ـ ولايكون دائرة الاكراه اوسع من الاضطرار حينئذ بل يكونان متساويين فى الشدة ويكون الاكراه مثل الاضطرار فى اعتبار العجز عن التفصى فى صدقه لعدم الالجاء مع التمكن منه.

٣ـ يعنى ان الباعث لماذكرنا فى اول العنوان فى المعاملات من الاختيار فى مقابل مطلق الاكراه لا الاختيار المقابل للجبر والالجاء مع دلالة حديث الرفع على الالجاء هو آية التجارة وحديث طيب النفس وعموم اعتبار الارادة فى صحة الطلاق بدون طيب النفس ومع الكراهة مطلقا ولولم يبلغ حد الالجاء وفساد طلاق المداراة مع الاكراه حيث ان البطلان لمجرد عدم طيب النفس التى هى مورد استدلال الفقهاء .

٤ ـ يعنى ان الاكراه فى الحكم التكليفى اى المسوغ للمحرمات اخص مطلقاً من الحكم الوضعى الذى هو فساد المعاملات لان الاكراه فى الوضعى اعم منه مطلقاً .

التكليفى هو دفع الضرر[١] وفى رفع الحكم الوضعى هو عدم الأرادة و طيب النفس و من هنا[٢] لم يتامل احد فى انه اذا اكره الشخص على احد الأمرين المحرمين لابعينه فكل منهما وقع فى الخارج لايتصف بالتحريم لان المعيار فى رفع الحرمة دفع الضرر[٣] المتوقف على فعل احدهما اما لو كانا عقدين او ايقاعين كما لواكره على طلاق احدى زوجتيه[٤] فقد استشكل غير واحد فى ان مايختاره من الخصوصيين بطيب نفسه و يرجحه بدواعيه النفسانية الخارجة عن الاكراه مكره عليه باعتبار جنسه ام لابل افتى فى عد بوقوع الطلاق و عدم الأكراه و ان حمله بعضهم على ماذا قنع المكره بطلاق احديهما مبهمة لكن المسئلة عندهم غير صافية عن الأشكال من جهة مدخلية طيب النفس فى اختيار الخصوصية و ان كان الأقوى و فاقاً لكل من تعرض للمسئلة تحقق الأكراه لغة و عرفاً[٥] مع انه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الأكراه اصلاً اذ الموجود فى الخارج دائماً احدى خصوصيات

١ـ يعنى ان المناط فى توقف دفع الضرر بمخالفة الحكم التكليفى اعم من كونها بطيب النفس وعدمه وبفعل الغير كما فى الاكراه ام لا وكما فى الجوع وفى رفع الحكم الوضعى هو عدم الارادة وطيب النفس مطلقا سواء كان مضطراً ام لا فيكون هذا ايضاً اعم منه من جهة .

٢ـ يعنى من كون المناط فى رفع الحكم التكليفى هو دفع الضرر ورفع الحكم الوضعى هو عدم الطيب لم يتأمل انتهى .

٣ـ كالاكراه على الخمر او مال الغير وكعقد او شرب وغير ذلك مما لم يكن بينهما جامع قريب دوائر .

٤ـ بان يكون الاكراه على الكلى و القدر المشترك ويكون المكره عليه احد الامرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص.

٥ـ لانه لاتقع الطبيعة المكره عليها الا فى ضمن احديهما واختيار احديهما من باب اختيار الاقل كراهة او من باب اختيار احد المتساويين فى الكراهة فانه انما يختاره ببعث المكره بالمكسر ودفعا لشره لا لغرض التوصل به الى نتيجة ذلك العقد.

المكره عليه اذلايكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع **الجهات نعم هذا** الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و ان كان **مكرها عليه من حيث القدر** المشترك بمعنى ان وجوده الخارجى ناش عن اكراه و اختيار [1] و لذا لايستحق المدح او الذم باعتبار اصل الفعل و يستحقه باعتبار الخصوصية وتظهر الثمرة فيها لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة فانه لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك مثلا لو اكرهه على شرب الماء او شرب [2] الخمر لم يرتفع تحريم الخمر لانه مختار فيه [3] و ان كان مكرها فى اصل الشرب و كذا لو اكرهه على بيع صحيح او فاسد فانه لايرتفع اثر الصحيح لانه مختار فيه و ان كان مكرها فى جنس البيع لكنه لايترتب على الجنس اثر يرتفع بالاكراه .

و من هنا يعلم انه لو اكره على بيع مال او ايفاء مال مستحق لم يكن اكراها لان القدر المشترك بين الحق و غيره اذا اكره عليه لم يقع باطلا والالوقع الايفاء ايضاً باطلا فاذا اختار البيع صح لان الخصوصية غير مكره عليها والمكره عليه هو القدر المشترك غير مرتفع الاثر ولو اكره على بيع مال اواداء مال غير مستحق كان اكراها لانه لايفعل البيع الافراراً من بدله او و عيده المضرين كما لو اكرهه على بيع داره او شرب الخمر فان ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخروى ببدله او التضرر الدنيوى بوعيده .

ثم ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه عليهما كفاية

١ـ بمعنى كون الاكراه مشوباً بالاختيار والافلايعقل أن يكون ناشئا عن كليهما لان العلة التامة ان كان هو الاكراه كان الفعل صادراً عن الاكراه والاكان الفعل صادراً عن الاختيار .

٢ـ اى فى اختيارما له الاثر مع امكان اختيار ما ليس له الاثر الذى هو الماء وكذا اذا كان احدهما اشد مبغوضية كالمغصوب النجس .

٣ـ الذى هو القدر المشترك .

و ايعادهما على تركه كاكراه شخص واحد على احد الفعلين فى كون كلّ منهما مكرهاً[1] و اعلم انّ الاكراه قد يتعلّق بالمالك و العاقد[2] كما تقدّم وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد كما لو اكره على التّوكيل فى بيع ماله[3] فانّ العاقد قاصد مختار و المالك مجبور و هو داخل فى العقد الفضولى بعد ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الاكراه[4] و قد ينعكس[5] كما لو قال بع مالى او طلّق زوجتى والاّ قتلتك والاقوى هنا الصّحة لان العقد هنا من حيث انّه عقد لايعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره اذا كان عاقداً والرّضا المعتبر من المالك موجود بالفرض فهذا اولى من المالك المكره على العقد اذا رضى لاحقاً واحتمل فى ذلك عدم الصحة نظراً الى ان الاكراه يسقط حكم اللّفظ كما لو امر المجنون بالطّلاق فطلّقها ثمّ قال والفرق بينهما ان عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره فانّ عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد فاذا كان الامر قاصداً لم يقدح اكراه المامور انتهى و هو حسن و قال ايضا لو اكره الوكيل على الطّلاق دون الموكّل ففى صحّته و جهان ايضاً من تحقق الاختيار فى الموكّل

١ـ لان مناط صدق الاكراه هو ايجاد الفعل لاعن استقلال وطيب بل كان سبب ايجاده دفع شر المكره لكن الظاهر أن هذا مع ضيق الوقت لامع السعة وكذا مع علمه بعدم اقدام صاحبه والافلا يتحقق الاكراه وحينئذ فلو اكره كلا من زيد وعمرو على طلاق زوجته فطلق احدهما مع علمه باقدام الاخر على الطلاق كان طلاق العالم صحيحاً لعدم الاكراه وكذا لو اكره كلا منهما على شرب الخمر على نحو الوجوب الكفائى فشرب احدهما مع علمه باقدام الاخر على الشرب كان آثماً ولا يكون مكرهاً .

٢ـ كان يقول بع فرسك.

٣ـ كان يقول له وكل فى بيع فرسك.

٤ـ لعموم نفى الاكراه فيكون بيع الفرس الذى وكل فيه كما لو صدر بلا توكيل يجرى عليه حكم الفضولى يبطل بدون الاجازة .

٥ـ بان يكون الاكراه من المالك .

المالك و من سلب عبارة المباشر انتهى.

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الأكراه[1] وفيه ما سيجيء من انّه انّما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الاكراه[2] و لا اثر للعقد هنا بالنّسبة الى المتكلّم به لولا الأكراه.

و مما يؤيّد ما ذكرنا حكم المشهور بصحّة بيع المكره بعد لحوق الرّضا[3] و من المعلوم انّه انّما يتعلّق بحاصل العقد الّذي هو امر مستمرّ و هو النّقل والانتقال و امّا التلفّظ بالكلام الّذي صدر مكرها فلا معنى للحوق الرّضا به لانّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب نعم ربما يستشكل هنا[4] في الحكم المذكور[5] بانّ القصد الى المعنى و لو على وجه الاكراه شرط في الأعتناء بعبارة العقد و لا يعرف الّا من قبل العاقد فاذا كان مختاراً امكن احرازه باصالة القصد في افعال العقلاء الاختياريّة دون المكره عليها اللّهم الّا ان يقال انّ الكلام بعد احراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغياً او موريّا و لو كان مكرها مع انّه يمكن اجراء

١ـ لان حديث الرفع يدل على عدم ترتب الاثر للعقد الاكراهي.

٢ـ حاصله انه ليس هنا اثر مترتب على فعل المكره عليه حتى يرتفع بحديث الرفع لكون المكره عليه هو الوكيل وهو اجنبي عن المال والمالك ليس بمكره عليه هذا هو معنى العبارة لا ما فسره السيد الفقيه.

٣ـ توضيحه أن مقتضى صحة البيع بلحوق الرضا كون المناط هو الرضا بمضمون العقد و ان كان صدور الصيغة عن كره و ذلك لان الاجازة لا توجب انقلاب الكره في صدور الصيغة الى الرضا بهما والرضا بالمضمون حاصل في المقام لسبق الرضا بالتوكيل.

٤ـ يعني في صورة الاكراه.

٥ـ يعني في الصحة.

اصالة القصدهنا ایضا[1] فتامل[2]

فرع : و لواکرهه علی بیع واحد غیر معین من عبدین فباعهما او باع نصف احدهما ففی کرة اشکال اقول اما بیع العبدین فان کان تدریجا [3] فالظاهر وقوع الاول مکرها دون الثانی مع احتمال الرجوع الیه فی التعیین سواء ادعی العکس املا و لو باعهما دفعة احتمل صحة الجمیع لانه خلاف المکره علیه والظاهر انه لم یقع شیء منهما عن اکراه و بطلان الجمیع لوقوع احدهما مکرها علیه و لاترجیح و الاول اقوی[4] و لو اکره علی بیع معین فضم الیه غیره و باعهما دفعة فالاقوی الصحة فی غیر ما اکره علیه واما مسئلة النصف فان باع النصف بقصد بیع النصف الاخر امتثالا لـلمکره بناء علی شمول الاکراه لبیع المجموع دفعتین فلااشکال فی وقوعه مکرها علیه و ان کان لرجاء ان یقنع المکره بالنصف کان ایضا اکراها لکن فی سماع دعوی البایع ذلک[5] مع عدم الامارات نظر .

١ـ بان المناط فی ظهور القصد کـون الفعل اختیاریاً فی مقابل الاضطراد بمعنی مثل حرکة المرتعش.

٢ـ لعله اشارة الی ان الاکراه ان کان للمعنی لااللفظ لـم یجر اصالة القصد لعدم احراز بنائه من العقلاء فانهم لا یفرقون بعد عدم کراهة المعنی بین صدور اللفظ کرهاً او اختیاریاً .

٣ـ کما اذا باع احدهما اولا بالبیع الخیاری ثم باع الثانی فله ان یفسخ البیع الاول فیقع الثانی مصداقاً للمکره علیه وله ان یبقیه علی حاله فیکون الاول مصداقاً له وهذا المعنی یناسب قوله ره مع احتمال الرجوع الیه فی التعیین والافلا معنی للرجوع الی المکره فی تعیین المکره علیه اذ انطباق الاکراه علی الاول واقعی ذاتی لا أنه باختیاره .

٤ـ لان احد البیعین خارج عن الاکراه فیکون عن طیب النفس ولازمه ان یکون الاخر ایضاً عن طیب النفس.

٥ـ ای بسماع دعویه قصد النصف نظر من انه لا یسمع الا من قبله ومن ان البیع وقع

بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى يرقال فى التحرير لواكره على الطلاق فطلق ناوياً فـالاقرب وقوع الطلاق انتهى و نحوه فى لك بزيادة احتمـال عدم الوقوع لان الاكراه اسقط اثر اللفظ[1] ومجرد النية لاحكم لها و حكى عن سبطه فى نهاية المرام انه نقله قولا و استدل عليه بعموم مادل من النص والاجماع على بطلان عقد المكره والاكراه يتحقق هنا اذ المفروض انه لولاه لما فعله ثم قال والمسئلة محل اشكال انتهى و عن بعض الاجلة[2] انه لو علم انه لا يلزمه الا اللفظ و له تجريده عن القصد فلاشبهة فى عدم الاكراه وانما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك[3] سواء ظن[4] لزوم القصد وان لم يرده المكره ام لا انتهى ثم ان بعض المعاصرين ذكر الفرع عن لك و بناه[5] على ان المكره لاقصد له اصلا فرده بثبوت القصد للمكره و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه وفيه ما عرفت سابقا من انه لم يقل احد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ و ليس هـذا مراداً مـن قولهم ان المكره غير قاصد الى مدلول اللفظ و لذا شرك الشهيد الثانى بين المكره و الفضولى فى ذلك كما عرفت سابقا فبناء هذا الحكم[6] فى هذا الفرع على ماذكر[7] ضعيف جداً .

وكذا ما تقدم عن بعض الاجلة من انه ان علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد

على الكل وواقع باختياره فلا تسمع دعويه الاكراه .

١ـ وهو وقوع الطلاق صحيحاً .

٢ـ قيل هو كاشف اللثام .

٣ـ اى ببطلان طلاق المكره .

٤ـ بان ظن ان اللفظ بمجرده عن قصد المعنى يوجب الطلاق صحيحاً ايضا .

٥ـ اى وقوع الطلاق .

٦ـ اى وقوع الطلاق .

٧ـ اى على ان المكره لاقصد له .

عن النّيّة فنوى اختياراً صحّ لانّ مرجع ذلك الى وجوب التّورية على العارف بها المتفطّن لها اذلافرق بين التّخلّص بالتّورية وبين تجريد اللّفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلّم به لاغياً وقد عرفت انّ ظاهر الأدلّة و الاخبار الواردة فى طلاق المكره و عتقه عدم اعتبار العجز عن التّورية .

وتوضيح الاقسام المتصوّرة فى الفرع المذكور انّ الاكراه الملحوق بوقوع الطّلاق قصداً اليه راضياً به اما ان لايكون له دخل فى الفعل اصلا بان يوقع الطلاق قصداً اليه عن طيب النّفس بحيث لايكون الدّاعى اليه هو الاكراه لبنائه على تحمّل الضّرر المتوعّد به و لايخفى بداهة وقوع الطّلاق هنا و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه فلا معنى لجعله فى يراقب و ذكر احتمال عدم الوقوع فى لك و جعله قولاً فى نهاية المرام واستشكاله فيه لعموم النّص و الاجماع و كذا لاينبغى التّامّل فى وقوع الطّلاق لولم يكن الاكراه مستقلاً فى داعى الوقوع بل هو بضميمة شئ اختيارىّ للفاعل و ان كان الدّاعى هو الاكراه[1] فامّا ان يكون الفعل لامن جهة التّخلّص عن الضّرر المتوعّد به بل من جهة دفع الضّرر اللّاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده طلّق زوجتك والّا قتلتك او قتلت نفسى فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه او قتل الغير له اذا تعرّض لقتل والده او كان الدّاعى على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر او على المطلقة او على غيرهما ممّن يريد نكاح الزّوجة لئلا يقع النّاس فى محرّم والحكم فى الصّورتين لايخلو عن اشكال[2] و ان كان الفعل لداعى

١ـ بان لايكون كل من الرضا والاكراه جزء للعلة ولاان يكون كل واحد علة مستقلة لعدم امكان توارد علتين مستقلتين على معلول واحد بل يكون الداعى فقط بان استند الطلاق الى الاكراه طولياً كما اذا اكره على الطلاق ولكن وطن نفسه عليه ورضى به من جهة الاكراه تكويناً.

٢ـ لانه يحتمل الصحة حيث ان الطلاق وقع عن ارادة ورضاء ويحتمل البطلان لان الشيء يستند الى اسبق علله فالطلاق يستند الى الاكراه بالاخرة .

التخلّص من الضّرر فقد يكون قصد الفعل لاجل اعتقاد المكره انّ الحذر لايتحقّق الّا بايقاع الطّلاق حقيقة لغفلته عن انّ التخلّص غير متوقّف على القصد الى وقوع اثر الطّلاق و حصول البينونة فيوطّن نفسه على رفع اليد عن الزّوجة و الاعراض عنها فيوقع الطّلاق قاصداً وهذا كثيراً مايتّفق للعوام وقد يكون هذا التّوطين و الأعراض من جهة جهله بالحكم الشّرعي [١] او كونه رأى مذهب بعض العامّة فزعم انّ الطّلاق يقع مع الاكراه فاذا اكره على الطّلاق طلّق قاصداً لوقوعه لانّ القصد الى اللّفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة يستلزم القصد الى وقوعها فيرضى نفسه بذلك و يوطّنها عليه و هذا ايضاً كثيراً مّا يتّفق للعوام و الحكم في هاتين الصّورتين لايخلو عن اشكال [٢] الّا انّ تحقّق الأكراه اقرب [٣].

ثمّ المشهور بين المتاخّرين انّه لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد [٤] بل عن الرّياض تبعاً للحدائق انّ عليه اتّفاقهم لأنّه عقدٌ حقيقيٌّ فيؤثّر اثره مع اجتماع باقي شرائط البيع و هو طيب النّفس.

ودعوى اعتبار مقارنة طيب النّفس للعقد خالية عن الشّاهد [٥] مدفوعة بالأطلاقات

١- من بطلان الطلاق حينئذ بعدم قصد المعنى.

٢- من جهة احتمال كون ذلك من الاكراه ومن جهة احتمال كون الطلاق لحفظ ولده من القصاص اذا قتله فلايكون من الاكراه.

٣- لماذكر من عدم الطيب.

٤- لان المتيقن من العمومات الدالة على صحة المعاملات هو العقود الاكراهية التي لم يلحقه الرضا فيبقى ما لحقه الرضا مشكوكاً فيتمسك في صحته للعمومات.

٥- من العرف واللغة بل الشاهد على عكسه حيث ان عقد الفضولي وعقد المكره بحق من العقود الصحيحة مع عدم اقتران طيب النفس فيهما للعقد مع أن دليل اعتبار الرضا في العقود هو الاجماع وقوله لايحل وقوله تجارة عن تراض وادلة الاكراه وذلك كلها اعم

و اضعف منهادعوى اعتبارهافى مفهوم العقد اللازم منه عدم كون عقدالفضولى عقداً حقيقة و اضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد فى تاثير عقده اللازم منه عدم صحة بيع المكره بحق و كون اكراهه على العقد تعبدياً لالتاثير فيه و يويده فحوى صحة عقد الفضولى حيث ان المالك طيب النفس بوقوع اثر العقد وغير منشىء للنقل بكلامه وامضاء انشاءالغير ليس الاطيب النفس بمضمونه وليس انشاء مستانفا مع انه لوكان فهو موجود هنافلم يصدر من المالك هنالك الاطيب النفس بانتقاله متاخراً عن انشاء العقد و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد وهو انشائه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من ان عقده انشاء حقيقى .

و توهم ان عقدالفضولى واجد لما هو مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بماينشئه .

مدفوع بالقطع بان طيب النفس لااثرله لافى صدق العقدية اذ يكفى فيه مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه ولافى النقل و الانتقال لعدم مدخلية غير المالك فيه .

نعم لوصح ما ذكر سابقا من توهم ان المكره لاقصد له الى مدلول اللفظ اصلا و انه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض صح انه لايجدى تعقب الرضا اذلا عقد حينئذ لكن عرفت سابقا انه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى فراجع فظهر مماذكرنا ضعف وجه التامل فى المسئلة كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعاللمحقق الثانى فى جامع المقاصد وان انتصر لهم بعض من تاخرعنهم بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض الدال على اعتبار كون العقد عن التراضى مضافاً الى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الاكراه مؤيداً بالنقض بالهازل مع انهم لم يقولو ابصحته بعدلحوق الرضا و الكل كما ترى لان دلالة الاية على اعتبار وقوع العقد عن التراضى اما بمفهوم

من المقارن واللاحق وبالجملة الظاهر منهاهوأن الرضا معتبر فى اصل حلية المال ونقله الى غيره مطلقا لانهامختصة بالمقارن بل التخصيص بذلك تقييدلها بلا مقيد.

الحصر [١] و اما بمفهوم الوصف و لاحصر [٢] كما لايخفى لان الاستثناء منقطع [٣] غير مفرغ و مفهوم الوصف على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب [٤] كما فى رَبائِبِكُمُ اللّاتِي فِي حُجُورِكُمْ ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة .

وسيجىء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التّراضى فى بيع الفضولى واما حديث الرّفع ففيه اوّلاً انّ المرفوع فيه هى المؤاخذة والاحكام المتضمّنة لمؤاخذة المكره والزامه بشيء والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى انّه ان يرضى بذلك [٥] و هذا حقّ له لاعليه نعم قد يلزم الطّرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المكره او يفسخ وهذا الزام لغيره و الحديث لايرفع المؤاخذة والالزام عن غير المكره كما تقدم.

واما الزامه بعد طول المدّة باختيار البيع اوفسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالاكراه لامن احكام الفعل المتحقّق على وجه الاكراه ثمّ انّ ماذكرنا [٦] واضح على -

---

١ـ اى بانحصار سبب التمليك والتملك فى التجارة الناشئة عن مبدء الرضا المتعدية الى الخارج .

٢ـ بان يكون الوصف احترازياً عن غير التراضى.

٣ـ اذ التجارة عن تراض ليست داخلة تحت الاسباب الباطلة حتى يكون خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل و معنى غير مفرغ فى العبارة اى ليس بمتصلة مفرغ لان المفرغ من قسم المتصل لا المنقطع فلاتغفل .

٤ ـ لايخفى أنّ انكار المصنف مفهوم الحصر مناف لما استدل بالاية المذكورة على لزوم العقود .

٥ـ محصله أن حديث الرفع بمقتضى وروده فى مقام الامتنان يختص بالاثار التى تكون على المكره ولايشمل الاثر الذى له وحينئذ فرفع الاثر عن عقده بعد تعقبه بالرضا على خلاف الامتنان .

٦ـ من صحة عقد المكره بالاجازة للاطلاقات.

القول بكون الرّضا ناقلاً وكذلك على القول بالكشف بعد التّأمّل[١] وثانياً انّه يدلّ على انّ الحكم الثّابت للفعل المكره عليه لولا الأكراه يرتفع عنه اذا وقع مكرهاً عليه[٢] كما هو معنى رفع الخطاء والنّسيان ايضاً وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأنّ اثر العقد الصّادر من المالك مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الأكراه السّببيّة المستقلّة لنقل المال ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الأكراه و هذا الأثر النّاقص المترتّب عليه مع الأكراه حيث انّه جزء العلّة التّامّة للملكيّة لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النّظر عن الأكراه ليرتفع به اذ المفروض انّ الجزئيّة ثابتة له بوصف الأكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالأكراه وبعبارة اخرى اللّزوم الثّابت للعقد مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الأكراه هو اللّزوم المنفيّ بهذا الحديث و المدّعى ثبوته للعقد بوصف الأكراه هو وقوفه على رضا المالك وهذا غير مرتفع بالأكراه لكن يرد على هذا[٣] انّ مقتضى حكومة الحديث على الأطلاقات هو تقيّدها بالمسبوقيّة بطيب النّفس فلا يجوز الأستناد اليها لصحّة بيع المكره ووقوفه على الرّضا اللّاحق فلا يبقى دليل على صحّة بيع المكره فيرجع الى اصالة الفساد .

١ـ حيث انه يمكن أن يقال انه بناء على كون التأثير من حين العقد يلزم كون عقد المكره مؤثراً بالنسبة الى النقل والانتقال الا انه بعد التأمل يعلم ان التأثير بعد تحقق الرضا بعنوان الشرط المتأخر فلا يكون التأثير الا للمجموع.

٢ـ حاصله ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكره عليه لولا الاكراه و اما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه والاثر الثابت للعقد مع قطع النظر عن الاكراه السببية المستقلة والمدعى من ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك وهذا غير مرتفع بالاكراه :

٣ـ محصله أن اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث وثبوت السببية الناقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود في المقام فيرجع الى اصالة الفساد :

وبعبارة اخرى ادلّة صحّة البيع تدلّ على سببيّة مستقلّة فاذا قيّدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدلّ على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ من السّببيّة المستقلّة كان دليل الأكراه حاكما عليه مقيّداله فلا ينفع .

اللّهم الّا ان يقال انّ[1] الأطلاقات المقيّدة للسّببيّة المستقلّة مقيّدة بحكم الأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النّفس بالبيع المرضىّ به سبقه الرّضا او لحقه ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها اذ البيع المرضىّ به سابقاً لا يعقل عروض الأكراه له واما المرضىّ به بالرّضا اللّاحق فانّما يعرضه الأكراه من حيث ذات الموصوف و هو اصل البيع ولا نقول بتأثيره بل مقتضى الأدلّة الأربعة مدخليّة الرّضا فى تأثيره و وجوب الوفاء به فالأطلاقات بعد التّقييد تثبت التّأثير التّامّ لمجموع العقد المكره عليه والرّضا به لاحقاً ولازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثّر التّامّ وهذا لا يرتفع بالأكراه لأنّ الأكراه ماخوذ فيه بالفرض كما ترفع السّببيّة المستقلّة .

وهذا لا يفرّق فيه ايضاً بين جعل الرّضا ناقلا او كاشفاً اذ على الأوّل يكون تمام المؤثّر نفسه وعلى الثّانى يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقّبه للرّضا. وكيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النّظر عن الرضا او تعقّبه له

١ـ حاصله أن حديث الرفع لا يمكن ان يكون حاكماً على المطلقات فلا مانع من التمسك بها لصحة عقد المكره فيما اذا تعقبه الرضا لصحة عقد المكره لان المطلقات قد قيدت بالادلة الاربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس بما اذا كان العقد مرضياً به سابقاً او لاحقاً والا كان المال اكلا للمال بالباطل وحينئذ فيستحيل حكومة حديث الرفع عليها لعدم امكان عروض الاكراه على العقد المتعقب بالرضا بعد الحكم بالصحة فلا يشمله حديث الرفع لانه يختص بما اذا كان الاثر مترتباً على ذات الشيء من غير دخل للاختيار والاكراه فيه فيرتفع اثره عند الاكراه وذات العقد فى المقام لا اثر له الا أنه جزء السبب المؤثر ولا يمكن رفع هذا الاثر بحديث الرفع؟

لا يترتب عليه الا كونه جزء المؤثر التام وهذا امر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا او وصف تعقبه له فتامل [1] بقي الكلام في ان الرضا المتأخر ناقل او كاشف مقتضى الاصل وعدم حدوث حل مال الغير الا عن طيب نفسه هو الاول [2] الا ان الاقوى بحسب الادلة النقلية هو الثاني [3] كما سيجيء في مسئلة الفضولي وربما يدعى ان مقتضى الاصل هنا وفي الفضولي هو الكشف لان مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره فامضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد وترتب الاثار عليه لا يكون الا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل وفيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه [4] بل نفس النقل الا ان انشائه لما كان في زمان التكلم فان كان ذلك الانشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الاثر فيه وان كان مؤثراً بعد حصول امر حدث الاثر بعده فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشي من اجتماع ما يعتبر في الحكم ولذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول او بعد القبض في الصرف والسلم والهبة [5] او بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب

١- لعله اشارة الى أن هذا لا يمكن على القول بالكشف لان معناه استقلال العقد في التأثير وعدم توقفه على شيء آخر حتى التعقب بالرضا.

٢- للشك في حصول الملكية الى زمان الرضا فلا يتحقق النقل الا بعد تحققه.

٣- لان الاجازة وان كانت متأخرة عن العقد الا أنها متعلقة بالعقد وامضاء له ولازم ذلك هو الحكم بتأثيره من اول الامر.

٤- لان الانشأات مجردة عن الزمان.

٥- لا يخفى أن تنظير المقام بالقبض و غيره بناء على ثبوت كون الاجازة ناقلة صحيح ولا يصح في مقام الاثبات لامكان التفكيك بينهما من اجل ظهور ادلة القبض في عدم حصول المضمون قبله اصلا حتى بنحو الكشف ومثله القياس بانقضاء زمان الخيار على

الشّيخ غير مناف لمقتضى الأيجاب ولم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة الى الازمنة .

فان قلت حكم الشارع بثبوت الملك وان كان بعد الرّضا الآنّ حكمه بذلك لما كان من جهة امضائه للرضا بماوقع فكانّه حكم بعد الرّضا بثبوت الملك قبله.

قلت المراد هو الملك شرعاً ولامعنى لتخلّف زمانه عن زمان الحكم الشّرعي بالملك وسيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي انشاا... .

وان شئت توضيح ماذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد فانّه وان كان حلا للعقد السّابق وجعله كان لم يكن الّا انّه لايرتفع به الملكيّة السّابقة على الفسخ لأنّ العبرة بزمان حدوثه لابزمان متعلّقه ثمّ على القول بالكشف هل للطّرف الغير المكره ان يفسخ قبل رضا المكره ام لا ياتي بيانه في الفضولي انشاا... .

مسئلة: ومن شروط المتعاقدين ان يكون مالكين اوماذونين من المالك[1] او الشّارع[2] فعقد الفضولي[3] لايصح اى لايترتب عليه ما يترتب على عقد غيره[4] من

مذهب الشيخ رد ومثله ايضاً قياس مانحن فيه بفسخ العقد لان الفسخ ليس مثل الاجازة بل هو مماثل للرضاء ولكن المصنف مثل به من جهة أن مفهوم فسخ العقد عبارة عن حله ونقضه ومقتضاه حله من اصله بارتفاع اثره من اصله لاقطع امتداده و رفع استمراره .

١ـ كالوكيل.

٢ـ كالاب والجد وعدول المؤمنين والحاكم و الوصي والمقاص والمضطر في مقام حفظ النفس .

٣ـ اى المعاملة التي لايكون الشخص مالكالها لان الفضولي جمع الفضل وهو فعل ما لا يعتنى به ولا يرتبط.

٤ـ يمكن ان يكون لفظ غيره صفة لعقد وان يكون العقد مضافاً الى غيره واما قوله عقد الفضولي فالاولى ان يعبر عنه بنحو الاضافة لا بنحو التوصيف.

اللزوم[١] وهذا[٢] مراد من جعل الملك ومافى حكمه[٣] شرطاً ثم فرع عليه بان بيع الفضولى موقوف على الاجازة كمافى القواعد فاعتراض مع صد عليه بان التفريع[٤] فى غير محله لعله[٥] فى غير محله[٦].

وكيف كان فالمهم التعرض لمسئلة عقد الفضولى بل التى هى من اهم المسائل فنقول اختلف الأصحاب وغيرهم[٧] فى بيع الفضولى بل مطلق عقده[٨] بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه[٩] كما فى غاية المراد على اقوال[١٠] والمراد بالفضولى كما ذكره الشهيد

١ـ قيل ان هذا التفسير سهو من قلمه الشريف لان الكلام فى المقام ليس فى ترتب اللزوم على عقد الفضولى وعدمه بل الكلام فى صحته الفعلية وعدمها وأنه هل يترتب عليه الاثر ام لا وفيه أن المراد من نفى اللزوم هو الصحة الفعلية لا الصحة التأهلية والشأنية.

٢ـ يعنى عدم ترتب الاثر.

٣ـ من الاذن من المالك والشارع.

٤ـ فى قول العلامة «فبيع الفضولى موقوف على الاجازة».

٥ـ اى اعتراض جامع المقاصد فى غير محله.

٦ـ وجه عدم كون اعتراضه فى محله أن مراد العلامة كون الملك ومافى حكمه شرطاً فى الصحة الفعلية لا غير.

٧ـ كعلماء اهل السنة.

٨ـ من سائر العقود.

٩ـ اى بطلان عقد الفضولى فى الايقاعات كالعتق والطلاق وغيرهما لانها يوجد و ينصرم بخلاف العقود فان لها نحو بقاء.

١٠ـ وهى المنع مطلقا والجواز مطلقا والتفصيل بين البيع والشراء بالصحة فى الاول والبطلان فى الثانى.

هو الكامل الغير المالك للتصرف[١] ولو كان غاصباً[٢] وفي كلام بعض العامّة انّه العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه وقد يوصف به نفس العقد ولعلّه تسامح[٣] وكيف كان فيشمل[٤] العقد الصّادر من الباكرة الرّشيدة بدون اذن الولىّ[٥] ومن المالك[٦] اذا لم يملك التّصرف لتعلّق حقّ الغير بالمال كما يؤمى اليه[٧] استدلالهم لفساد الفضولىّ بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير اذن وليّها وحينئذ فيشمل بيع الرّاهن والسّفيه ونحوهما وبيع العبد بدون اذن السّيد[٨] وكيف كان فالظاهر شموله[٩] لما اذا تحقّق رضاء المالك للتّصرف باطناً وطيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً او فحوىً[١٠] لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتّصرف و مسلّطاً عليه بمجرّد علمه برضاء المالك .

١ـ اعتراض بقوله للتصرف عن مثل الراهن والسفيه فانهما وان كانا مالكين للعين الا أنهما غير مالكين للتصرف فلا يجوز لهما البيع الا باذن المرتهن والولى.

٢ـ مراد المصنف من هذا الكلام هو أن الفضولى صفة العاقد بقرينة ياء النسبة فيكون الفضولى من صفات الانسان لا من صفات الكلام .

٣ـ من باب توصيف الشيء بحال متعلقه لكن يشكل بان الفضول هو العقد لا العاقد واما الياء فليست للنسبة بل هى كياء احمرى .

٤ـ يشمل عقد الفضولى العقد الصادر الخ .

٥ـ بناء على عدم ولايتها على تزويج نفسها فى عرض ولاية ابيها عليه .

٦ـ عطف على الباكرة .

٧ـ يعنى الى الفساد .

٨ـ يعنى بيع العبد مال نفسه بعد القول بملكه لا بيع مال مولاه لانه من مصاديق بيع غير المالك بدون الاذن .

٩ ـ اى الفساد .

١٠ـ ولم يذكر بشاهد الحال مع أنه من اقسام الاذن نظراً الى أن المدلول عليه بالفحوى من قبيل المداليل اللفظية بخلاف شاهد الحال.

ويؤيّده اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكاً[1] اوماذوناً اووليّاً وفرّعوا عليه بيع الفضولى ويؤيّده ايضاً استدلالهم على صحّة الفضولى بحديث عروة البارقى مع انّ الظّاهر علمه برضاء النّبىّ (ص) بما يفعله وان كان الّذى يقوى فى النّفس لولا خروجه عن ظاهر الاصحاب عدم توقّفه على الأجازة اللّاحقة بل يكفى فيه رضاء المالك المقرون بالعقد[2] سواء علم به[3] العاقد[4] اوانكشف بعد العقد حصوله حينه اولم ينكشف اصلاً فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى امضاء ما رضى به وبترتيب الاثار عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقود وقوله تعالى: إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ[5] ولا يحل مال امرء مسلم الّا عن طيب نفسه ومادلّ على ان علم المولى بنكاح العبد[7] وسكوته اقرار منه[8] ورواية عروة البارقى الاتية حيث اقبض المبيع وقبض الدينار لعلمه برضاء النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولو كان فضولياً موقوفا على الأجازة لم يجز التّصرف فى المعوض والعوض بالقبض والأقباض[9] وتقرير النّبى (ص) له على ما فعل دليل على جوازه هذا مع

١ـ لان انتفاء الشرط الذى هو الرضا الصريح يدل على كونه من الفضولى ولو كان هناك رضاً باطنيى.

٢ـ بمعنى أن اقتران العقد برضا المالك يخرجه عن الفضولية لا أن عقد الفضولى يشمل لهذا الوجه ايضاً كما هو ظاهر الاصحاب.

٣ ـ يعنى بالرضا.

٤ ـ اى حين العقد.

٥ ـ لاحينه ولا بعده.

٦ـ لا يقال ان الاية تدل على جواز عقد المالك لا كل عقد كالفضولى فانه يقال ان ذلك يفضى الى عدم الاكتفاء بعقد الوكيل ايضاً ولا يقولون به.

٧ـ الذى تزوج امرئة حرة بغير اذن مولاه.

٨ـ كما قاله النبى (ص) ولم يلزم تجدد النكاح بعد عتق العبد.

٩ ـ الاعلى القول بالكشف الحقيقى واحتمال كون عروة وكيلا عن النبى (ص) مدفوع بالاصل.

ان كلمات الاصحاب في بعض المقامات يظهر منه خروج **هذا الفرض عن الفضولي** وعدم وقوفه على الاجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصلة الارضاء المالك وقولهم ان الاجازة لايكفي فيها السكوت لانه اعم من الرضا ونحو ذلك .

ثم لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه **على الاجازة لانه** لادليل على توقفه مطلقا [1] على الاجازة اللاحقة **كما** هو احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه [2] مع انه **يمكن الاكتفاء في الاجازة** بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آناً ما اذ وقوعه **برضاه لاينفك عن ذلك مع الالتفات**.

ثم انه لو اشكل في عقود غير المالك فلاينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحا او بيعاً مع العلم برضاء السيد ولو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الاخبار وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك وقد يبيع لنفسه وعلى الاول فقد لا يسبقه منع من المالك وقد يسبقه [3] المنع فهنا مسائل ثلث.

الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي [4] والمشهور الصحة بل في التذكرة نسبه الى علمائنا تارة صريحاً و اخرى

١- اي في كل فضولي .

٢- فان الاقوى عدم التوقف حينئذ .

٣- لايخفى انه على الثاني ايضاً قد لا يسبقه المنع وقد يسبقه وانما لم يتعرضه لانه شبيه سبق المنع سيتعرض لها في ضمن التعرض لصورة سبق المنع من صورتي البيع للمالك فلاتبقى الا شبهة البيع لنفسه وهي شبهة بيع الغاصب .

٤- في مقابل البطلان كما أن مورد الخلاف بين الفقهآء ما اذا باع للمالك مع سبق منه و ما اذا باع لنفسه كالغاصب بل نسب القول الاول الى الشهرة بقوله و المشهور الصحة الخ .

ظاهراً بقوله عندنا الا انه ذكر عقيب ذلك ان لنا فيه قولا بالبطلان وفى غاية المراد حكى الصحة عن العمانى والمفيد والمرتضى والشيخ فى النهاية وسلار والحلبى و القاضى وابن حمزة وحكى عن الاسكافى واستقر عليه راى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متاخرى المتاخرين كالاردبيلى والسيد الداماد وبعض متاخرى المحدثين [١] لعموم ادلة [٢] البيع والعقود لان خلوه عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه واشتراط ترتب الاثر بالرضا وتوقفه عليه ايضاً لا مجال لانكاره فلم يبق الكلام الا فى اشتراط سبق الاذن وحيث لا دليل عليه فمقتضى الاطلاقات عدمه [٣] ومرجع ذلك كله الى عموم حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد خرج منه العارى عن الاذن والاجازة معاً [٤] ولم يعلم خروج ما فقد الاذن ولحقه الاجازة [٥] والى ماذكرنا يرجع استدلالهم بانه عقد صدر عن اهله فى محله [٦] فماذكره فى غاية المراد من انه من باب المصادرات

١ـ وحكى البطلان عن الحلى والشيخ فى ف وط بل الاجماع عنه واختاره فى المستند ايضاً فيكون الاقوال فى هذه المسئلة ثلاثة للقاعدة و الصحة للنص والبطلان.

٢ـ اى احل الله واوفوا بالعقود .

٣ـ يعنى عدم اشتراط سبق الاذن اذا شك فى ترتب الاثر على العقد الملحوق بالرضاء .

٤ ـ يعنى خرج بالبطلان كما ان العقد الجامع بين الرضاء السابق و اللاحق خرج بالصحة .

٥ـ عن الصحة فحين الشك تشمله العمومات :

٦ـ قد يناقش فيه تارة بعدم معلومية صدق الاسم بناء على ان العقد والبيع اسم للصحيح الناقل فعلا دون الاعم واخرى بان العمومات غير شاملة لعقد غير المالك بل لابد ان يصدر عن المالك وثالثة بعدم جواز التمسك الى العموم الذى لم يكن لدليله عموم ازمانى مع خروج بعض الافراد فى بعض الازمنة عن العموم بل لابد من الرجوع الى الاستصحاب كما يعترف بذلك المصنف فى خيار الغبن فلا وجه للتمسك فى المقام ايضاً من جهة خروج العقد عن العمومات قبل لحوق الاجازة .

لم اتحقق وجهه لان كون العاقد اهلا للعقد من حيث انه بالغ عاقل لا كلام فيه وكذا كون المبيع قابلا للبيع فليس محل الكلام الا خلو العقد عن مقارنة اذن المالك وهو مدفوع بالاصل [1] ولعل مراد الشهيد ان الكلام فى اهلية العاقد ويكتفى فى اثباتها العموم المتقدم و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقى حيث دفع اليه النبى صلى الله عليه وآله وسلم دينارا و قال له اشترلنا به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احدهما فى الطريق بدينار فاتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم بشاة والدينار فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بارك الله لك فى صفقة يمينك فان بيعه وقع فضولا و ان وجهنا شرائه على وجه يخرج عن الفضولى [2] .

هذا ولكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك فى بيع الفضولى.

توضيح ذلك ان الظاهر علم عروة برضا النبى (ص) بما يفعل وقدا قبض المبيع و قبض الثمن ولا ريب ان الاقباض والقبض فى بيع الفضولى حرام لكونه تصرفا فى مال الغير فلا بد اما من التزام ان عروة فعل الحرام فى القبض والاقباض وهو مناف لتقرير النبى (ص) واما من القول بان البيع الذى يعلم بتعقبه للاجازة يجوز التصرف فيه قبل الاجازة بناء على كون الاجازة كاشفة .

وسيجىء ضعفه [3] فيدور الامر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضاء المالك خارجا عن الفضولى كما قلناه ورابع وهو علم عروة برضاء النبى (ص) باقباض ماله للمشترى حتى يستاذن وعلم المشترى بكون البيع فضولياً

١ـ يعنى باصل البرائة بناء على جريانها فى الاسباب و الاوضاع او المراد به الاطلاقات والعمومات كما يشهد به سابق الكلام ولاحقه .

٢ـ بتوجيه ان المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد او انه مسوق باذن الفحوى حيث ان اذنه بشراء شاة بدينار يقتضى اذنه بشاتين بطريق اولى .

٣ـ من جهة شرطية وصف التعقب فى الكشف ايضاً .

حتى يكون دفعه الثمن بيد البايع على وجه الامانة والا فالفضولى ليس مالكا ولا وكيلا فلا يستحق قبض المال فلو كان المشترى [١] عالما [٢] فله ان يستامنه على الثمن حتى ينكشف الحال [٣] بخلاف ما لو كان جاهلا [٤].

و لكن الظاهر هو اول الوجهين [٥] كما لا يخفى [٦] خصوصاً بملاحظة ان الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة [٧] وقد تقدم ان المناط فيها مجرد المراضات ووصول كل من العوضين الى صاحب الاخر وحصوله عنده باقباض المالك اوغيره ولو كان صبيا اوحيوانا فاذا حصل التقابض بين الفضوليين اوفضولى و غيره مقرونا برضاء المالكين ثم وصل كل من العوضين الى صاحب الاخر وعلم برضاء صاحبه كفى فى صحة التصرف وليس هذا من معاملة الفضولى لان الفضولى صار آلة فى الايصال والعبرة برضاء المالك المقرون به [٨].

واستدل له [٩] ايضا تبعا للشهيد فى س بصحيحة محمد بن قيس عن ابى جعفر-

---

١ـ يعنى مشترى الشاة الذى باعه عروة .

٢ـ يعنى بالفضولية .

٣ ـ اى من الاجازة وعدمها .

٤ـ فانه لا يمكن الاستيمان حينئذ .

٥ ـ اى من الوجهين الاخرين .

٦ ـ لوجود الاستيمان فيه بعلم المشترى بالفضولية فتخرج قضية عروة حينئذ عن الفضولية فلا يصح الاستدلال بها عليها لبطلان الوجوه الاخر و ما بعدها .

٧ - يعنى ما بين رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبين مشترى الشاة و يكون عروة آلة محضة فى ايصال العوضين .

٨ - يشكل بان قوله صلى الله عليه وآله وسلم بارك الله فى صفقة يمينك هو التبريك بالمعاملة الصادرة منه لا على كونه آلة فى ايصال الثمن والمثمن .

٩ - يعنى بكون المعاملة المقرونة برضا المالك فضولياً .

الباقر(ع) قال قضى امير المؤمنين (ع) فى وليدة[1] باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها [2] فخاصم سيدها الاخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال(ع) الحكم ان يأخذ وليدته وابنها فناشده [3] الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك فلما رآه ابوه قال له ارسل ابنى قال لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه الحديث قال فى س وفيها دلالة على صحة الفضولى وان الاجازة كاشفة[4] ولا يرد عليها شىء مما يوهن الاستدلال بها فضلا عن ان يسقطه وجميع ما ذكر فيها من الموهنات[5] موهونة[6] الاظهور الرواية فى تأثير الاجازة المسبوقة بالرد[7] من جهة ظهور

١ـ وهى الانثى من الطفل وقد تطلق على الجارية والامة وان كان كبيرة .

٢ ـ يعنى سيدها الاول .

٣ـ اى سئله واقسم عليه .

٤ ـ بان وقع الوطى فى ملك الواطى و لذا يرد عليه الولد فلو كانت ناقلة كان ملكاً لسيدها الاول .

٥ ـ منها حكمه (ع) باخذ الوليدة و ابنها مع عدم السئوال عن انه يريد الاجازة اولا ومنها حكمه(ع) باخذ ابنها مع انه تولد حراً لعدم علم ابيه بالحال لكون الوطى شبهة والاكان و لدزناً ورقاً ومنها حكمه عليه السلام باخذ ابن السيد مع ان حبسه لايجوز ومنها تعليله بالحيلة مع انها ليس من وظيفة الحاكم ومنها كون الاجازة بعد الرد مع ان الصحة حينئذ خلاف الاجماع .

٦ ـ اما الاول فلان ذلك بيان الحكم مع فرض عدم الاجازة واما الثانى فلانه يمكن اخذه لاخذ قيمته يوم الولادة اولاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته واما الثالث فمن صيرورته سبباً لخسارة المشترى يجوز حبسه واخذ حقه واما الرابع فلانه لامانع من تعليم هذه الحيل خصوصاً مع العلم بان الولد كان وكيلا وانكر الاب فكل هذه الموهنات موجبة للضعف .

٧ـ اى تأثير اجازة السيد بعد رده البيع .

المخاصمة [١] فى ذلك [٢] واطلاق حكم الامام (ع) بتعين اخذ الجارية وانها من المالك بناء على انه لو لم يرد البيع وجب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد [٣] و مناشدة المشترى للامام (ع) والحاحه اليه فى علاج فكاك ولده [٤] وقوله حتى ترسل ابنى الظاهر فى انه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولادة وحمل امساكه الوليدة على حبسها لاجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله (ع) فلمارأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه [٥] .

والحاصل ان ظهور الرواية فى رد البيع اولا مما لاينكره المنصف الا ان الانصاف ان ظهور الرواية فى ان اصل الاجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية فى مورد الرواية غير قابل فى اللانكار فلابد من تاويل ذلك الظاهر [٦] لقيام القرينة و هى الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد .

والحاصل ان مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولى بالاجازة بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً فى الحكم الشرعى كان ظهورها فى كون الاجازة الشخصية فى تلك القضية مسبوقة

---

١ ـ اى مجادلة السيد الاول بالثانى فى رده للبيع .

٢ـ يعنى فى الرد .

٣ـ بان يقول الامام عليه السلام له ان شئت امضيت البيع فتبقى الجارية عند المشترى وان اخترت الرد اخذ الجارية .

٤ـ ولولا رد المالك للمبيع لم يلتجىء الى ذلك الالحاح .

٥ـ اى ولد السيد الاول البايع .

٦ـ اى كونها رداً للبيع و التأويل مثل ان يقال : ان حبس الولد لم يكن لرد البيع بل لاجل تحصيل قيمة الولد وتأويل قوله: فلمارأى سيد الوليدة اجاز بيع الولد انه لم يكن الاجازة بعد الرد بل بعد التردد .

بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجباً للاقتصار على موردها لوجه علمه الامام (ع) مثل كون مالك الوليدة كاذبا فى دعوى عدم الاذن للولد فاحتال (ع) حيلة يصل بها الحق الى صاحبه[1] امالو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير (ع) فى قوله خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع وقول الباقر (ع) فى مقام الحكاية فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه فى ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه لم يقدح فى ذلك ظهور الاجازة الشخصية فى وقوعها بعد الرد فيؤل مايظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بالاجازة والرد او كون حبس الوليدة على الثمن اونحو ذلك[2] وكانه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدل بها فى مسئلة الفضولى اويكون الوجه فى الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة فانها لاتزيد على الاشعار ولذا لم يذكرها فى الدروس فى مسئلة الفضولى بل ذكرها فى موضع آخر لكن الفقيه فى غنى منه بعد العمومات المتقدمة[3].

وربما يستدل ايضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى فى الحر[4] والعبد الثابتة بالنص والاجماعات المحكية فان تمليك بضع الغير اذا لزم بالاجازة كان تمليك ماله اولى بذلك مضافاً الى ماعلم من شدة الاهتمام فى عقد النكاح[5] لانه يكون منه الولد كما فى بعض الاخبار وقد اشار الى هذه الفحوى فى غاية المراد و استدل بها فى الرياض بل قال انه لولاها[6] اشكل الحكم من جهة الاجماعات المحكية

---

١ ـ فلا يعلمه غير الامام (ع) لعدم اعطاء الامام الضابطة الكلية بهذه الرواية

٢ ـ كاثبات الحق مثلا .

٣ ـ كآية اوفو اواحل الله وغيرهما .

٤ ـ كنكاح الاب لابنه ونكاح الولى العرفى من الاخ والام للاخ وابن الاخ والابن .

٥ ـ كما فى رواية العجلى فى ئل عن ابى جعفر (ع) فى قوله تعالى و اخذنا منكم ميثاقاً غليظاً قال الميثاق الغليظ هى الكلمة التى عقد بها النكاح ولعدم جواز المعاطات فيه وغير ذلك .

٦ ـ اى الفحوى .

على المنع وهو حسن الا انها[1] ربما يوهن بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه بالصحة في الثاني لان المال له عوض والبطلان في الاول لان البضع ليس له عوض حيث قال الامام (ع) في مقام ردهم واشتباههم في وجه الفرق سبحان الله ما اجور هذا الحكم وافسده فان النكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه لانه الفرج ومنه يكون الولد الخبر .

وحاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع اولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط المتاكد في النكاح دون غيره[2] فدل على ان صحة البيع يستلزم صحة النكاح بطريق اولى خلافاً للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح فمقتضى حكم الامام (ع) ان صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام يستلزم صحة النكاح الواقع بطريق اولى وحينئذ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسئلة الفضولي الى صحة البيع لان[3] الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الاصل في باب الاولوية والا لم يتحقق الاولوية كما لا يخفى فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح اولى بالبطلان من جهة ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض[4] .

بقي الكلام في وجه جعل الامام (ع) الاحتياط في النكاح هو ابقاره دون ابطاله مستدلا بانه يكون منه الولد مع ان الامر في الفروج كالاموال دائر بين محذورين ولا احتياط في البين ويمكن ان يكون الوجه في ذلك ان ابطال النكاح في مقام

---

١ ـ يعني الفحوى .

٢ ـ و بعبارة اخرى انه لا يقتضي الاحتياط في المسبب الذي هو احكام النكاح الاحتياط في اسبابه ايضاً بل قد يقتضي الاحتياط التوسعة في الاسباب مضافاً الى خفاء المصالح المقتضية لجعل الاحكام علينا .

٣ ـ اي الحكم الترخصي في النكاح على عدم جواز التفريق بين الزوجين .

٤ ـ وايضاً من جهة كثرة المنفعة في البضع الذي هو الولد لا يقابل بالمال .

الاشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزّوجين على تقدير الصّحة واقعا فيتزوج المرأة ويحصل الزّنا بذات البعل بخلاف ابقائه فانّه على تقدير بطلان النّكاح لايلزم منه الوطى المرأة الخالية عن المانع و هذا اهون [1] من وطى ذات البعل فالمراد بالاحوط هو الاشد احتياطاً [2] .

وكيف كان فمقتضى هذه الصحيحة انّه اذا حكم بصحّة النّكاح الواقع من الفضولى لم يوجب ذلك التّعدى الى الحكم بصحّة بيع الفضولى [3] نعم لو ورد الحكم بصحّة البيع امكن الحكم بصحّة النّكاح لانّ النّكاح اولى بعدم الابطال كما هو نصّ رواية .

ثم ان الرواية وان لم يكن لها دخل بمسئلة الفضولى [4] الاّ انّ المستفاد منها قاعدة كلّية هى: انّ امضاء العقود الماليّة يستلزم امضاء النّكاح من دون العكس الذّى هو مبنى الاستدلال فى مسئلة الفضولى هذا ثمّ انّه ربما يؤيد صحّة الفضولى بل يستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصّة مثل: موثّقة جميل عن ابى عبدالله (ع) فى رجل دفع الى رجل مالاً ليشترى به ضرباً من المتاع مضاربةً فاشترى غير الذى امره قال هو ضامن [5] والرّبح بينهما على ماشرطه [6] ونحوها غيرها الواردة فى هذا الباب

١ـ اى اسهل .

٢ـ و يمكن ان يكون الاشدية فى الاحتياط من حيث الفتوى بالصحة و الفساد او المراد منه هو الاخذ بما هو اقل محذوراً و اخف مفسدة لا الاحتياط الحقيقى.

٣ـ لعدم وجود العلة المنصوصة وعدم عموم يشمل المورد وعدم كونه فى مقام اعطاء الكبرى الكلية .

٤ـ من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة باعتقاد العاقد.

٥ـ يعنى يضمن للمال ان خسر وذلك للتصرف الغير المأذون ولكن مع هذا لا تبطل المعاملة لو جود رضى المالك بعد ظهور الربح ولان الغرض الذاتى فى هذه المعاملة الربح وباقى التخصصات عرضية فيكون بنحو تعدد المطلوب فينبغى ان يكون فضولياً .

٦ـ من الضمان او من شرط الثلث او الربح او غيرها لا ما شرط من المبيع لانه تخلف فاشترى غيره .

فانها ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الاجازة كما نسب الى ظاهر الأصحاب وعد هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص كما في لك وغيره كان فيها استيناس لحكم المسئلة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقاً في نقل مال المالك الى غيره وان حملناها على صورة رضاء المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب وبمقتضى الجمع بين هذه الاخبار وبين ما دل على اعتبار رضاء المالك في نقل ماله والنهي عن اكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضولي وصحتها في خصوص المورد وان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب[1] ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم[2] وان الربح لليتيم فانها ان حملت على صورة اجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من افراد المسئلة وان عمل باطلاقها كما عن جماعة من تقدمهم خرجت عن مسئلة الفضولي لكن يستانس لها بالتقريب المتقدم.

وربما احتمل دخولها في المسئلة من حيث ان الحكم بالمضي اجازة الهية لاحقة للمعاملة فتأمل[3] وربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن اشيم الواردة في العبد الماذون الذي دفع اليه مال ليشترى به نسمة[4] ويعتقها و يحجه عن ابيه فاشترى اباه و اعتقه ثم تنازع مولى الماذون ومولى الأب وورثة الدافع وادعى كل منهم انه اشتراه

١ـ حاصله ان هذه الروايات التي وردت في المضاربة اما ان تكون في موضوع حصول الاجازة منه او يكون الصحة للتعبد فقط فعلى الاول تؤيد بها صحة الفضولي مع الاجازة مع احتمال التعبد ايضاً وعلى الثاني يحصل الاستيناس بها لصحته .

٢ـ بمعنى ان المتجر ضامن للمال مع الخسران اذا لم يأذن الولي .

٣ـ لعله اشارة الى ان الاجازة لو كانت من الله تعالى تكون قبل التجارة لا بعدها مضافاً الى انه حينئذ لا تكون فضولية ثم ان الاخبار وان كانت مطلقة يعني ولياً كان التاجر او غيره الا انه من جهة عدم ضمان الولي في اتجار مال المولى عليه فهم الاصحاب منه غيره او انه مضاربة او اتجار لنفسه بعد استقراضه .

٤ـ اي مملوكاً .

بماله فقال ابوجعفر (ع) يردّ المملوك رقالمولاه وايّ الفريقين اقاموا البينة بعد ذلك على انّه اشتراه بماله كان رقّاً له[١] الخبر بناء على انّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملّك المبيع بعد المطالبة المتضمّنة لاجازة البيع لم يكن مجرّد دعوى الشّراء بالمال و لا اقامة البينة عليها كافية في تملّك المبيع[٢] ومما يؤيّد المطلب[٣] ايضاً صحيحة الحلبي عن الرّجل يشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً[٤] فكرهه[٥] ثمّ ردّه على صاحبه فابى ان يقبله الّا بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذ بوضيعة[٦] فان جهل فاخذه فباعه باكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاوّل ما زاد فان الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره الاعلى صحة بيع الفضولي[٧] لنفسه ويمكن التاييد له ايضاً بموثّقة عبدالله عن ابيعبدالله (ع) عن السّمسار[٨] يشترى بالاجر فيدفع اليه الورق[٩] فيشترط[١٠] عليه انّك تاتى بما تشترى فماشئت

١ـ بناء على كون العبد لورثة الميت اذا اقاموا البينة واما بالنسبة الى مولى العبد فالظاهر انه كان مأذوناً من قبله واما بالنسبة الى مولى الاب فالمعاملة باطلة .

٢ـ فيكون فضولياً بالنسبة الى ورثة الدافع حيث انه مات الدافع فبطل وكالة العبد المأذون ويمكن تصوير الفضولية في ادعاء كل واحد منهم من حيث انه اشترى العبد بماله لغيره فيكون كشراء الغاصب .

٣ـ اى صحة الفضولى .

٤ـ يعنى شرطاً موجباً لجواز الفسخ .

٥ ـ اى كره البيع المشترى .

٦ـ يعنى بنقيصة .

٧ ـ لان المراد من رده على صاحب الاقالة بوضيعة هو بطلانه و بقاء الثوب على ملك المشترى لعدم الاقالة بزيادة او نقيصة لان مقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكه لان الفرض عدم كون البايع مأذوناً في البيع .

٨ـ اى الدلال .

٩ـ بكسر الراء الفضة .

١٠ـ يعنى صاحب الورق .

اخذته وماشئت ترکته فیذهب لیشتری ثم یاتی بالمتاع فیقول[1]: خذ ما رضیت ودع ما کرهت قال لا باس الخبر بناء علی ان الاشتراء من السمسار یحتمل ان یکون لنفسه لیکون الورق علیه قرضاً فیبیع علی صاحب الورق ما رضیه من الامتعة ویوفیّه دینه[2] ولاینافی هذا الاحتمال فرض السمسار فی الروایة ممن یشتری بالاجر لان توصیفه بذلك باعتبار اصل حرفته وشغله لا بملاحظة هذه القضیة الشخصیة ویحتمل ان یکون لصاحب الورق باذنه مع جعل خیار له علی بایع الامتعة فیلتزم بالبیع فیما رضی ویفسخه فیما کره ویحتمل ان یکون فضولیّا عن صاحب الورق فیتخیر ما یرید ویرد ما یکره ولیس فی مورد الروایة ظهور فی اذن صاحب الورق للسمسار علی وجه ینافی کونه فضولیا کما لایخفی فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه وحکم الامام (ع) بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات افاد ثبوت الحکم علی جمیع الاحتمالات[3].

وربما یؤیّد المطلب بالأخبار الدالة علی عدم فساد نکاح العبد بدون اذن مولاه معلّلا بانّه لم یعص الله[4] وانّما عصی سیده[5].

وحاصله ان المانع من صحة العقد اذا کان لایرجی زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً وهو عصیان الله تعالی واما المانع الذی یرجی زواله کعصیان السید فبزواله یصحّ العقد ورضا المالك من هذا القبیل[6] فانه لایرضی اوّلاً ویرضی ثانیا بخلاف سخط-

---

١- ای السمسار .

٢- و رضایة صاحب الورق بالانشاء لایخرج المعاملة عن الفضولیة لانه تابع لرؤیته بالسلعة .

٣- حیث ان ترك الاستفصال دلیل العموم لانه مع عدم التنبیه یختص علی واحدة منها فیلزم الاغراء بالجهل .

٤- یعنی فی ترك شرط من شرائط العقد مثلا .

٥- بعدم استیذانه منه .

٦- یعنی من المانع الذی یرجی زواله .

الله عزوجل بفعل فانّه بستحيل رضاه هذا غاية مايمكن ان يحتجّ ويستشهد به للقول بالصّحة وبعضها وان كان ممّا يمكن الخدشة فيه الّا انّ فى بعضها الاخر غنى وكفاية .

واحتجّ للبطلان بالادلّة الأربعة :

امّا الكتاب فقوله تعالى : وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ دلّ بمفهوم [1] الحصر اوسياق التّحديد [2] على [3] ان غير التّجارة عن تراض اوالتّجارة لاعن تراض غير مبيح لأكل مال الغير وان لحقها الرّضا ومن المعلوم انّ الفضولى غير داخل فى المستثنى [4] وفيه انّ دلالته على الحصر ممنوعة لأنقطاع الأستثناء [5] كما هوظاهر اللّفظ وصريح المحكىّ عن جماعة من المفسّرين ضرورة عدم كون التّجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه [6] واماسياق التّحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهومع تسليمه مخصوص بمااذا لم يكن للقيد فائدة اخرى لكونه وارداً مورد الغالب كمافيمانحن فيه وفى قوله تعالى : وَرَبَائِبُكُمُ [7] اللَّاتِي فِي

١ـ بقوله الا الخ .

٢ـ يعنى تحديد التجارة فى الاية بتوصيفها بقوله تعالى عن تراض وتقييدها به .

٣ـ متعلق بدل باللف والنشر المرتب .

٤ـ الذى هو التجارة عن تراض .

٥ـ كما مرفى المعاطات .

٦ـ فلاتفيد الحصر انقلت انقوله تعالى بالباطل فى مقام التعليل والاستثناء انما هومن اكل الناس اموالهم بينهم فالتقدير لاتأكلوا اموالكم بينكم لان أكلها باطل الا بالتجارة الناشئة عن الرضا لامالحقه الرضا فيكون الاستثناء متصلاقلت هذاتأويل بعيد خارج عن ظاهر اللفظ مع أنه لابد حينئذ من الاقتصار بالمورد .

٧ـ بمعنى أنه كما أن الربائب تكون غالباً فى الحجور فكذلك يكون التجارة غالباً عن تراض فكما أن عدم كون الربائب فى الحجور لايغير حرمة الزواج فكذلك التجارة .

حُجُورِكُمْ مع احتمال ان يكون عن تراض خبراً بعد خبر [١] ليكون على قراءة نصب التّجارة [٢] لاقيداً لها [٣] وان كان غلبة توصيف النكرة تؤيّد التّقييد فيكون المعنى الاّان يكون سبب الاكل تجارة ويكون عن تراض ومن المعلوم انّ السّبب الموجب لحلّ الأكل فى الفضولى انما نشأ عن التّراضى مع انّ الخطاب لملاك الاموال والتّجارة فى الفضولى انّما يصير تجارة المالك بعد الأجازة فتجارته عن تراض وقد حكى عن المجمع انّ مذهب الامامية والشّافعيّة وغيرهم انّ معنى التّراضى بالتّجارة امضاء البيع بالتّصرّف او التّخاير [٤] بعد العقد ولعلّه يناسب ماذكرنا من كون الظّرف خبراً بعد خبر .

و امّا السّنة فهى اخبار منها النّبوى المستفيض و هو قوله (ع) لحكيم بن حزام [٥] لاتبع ما ليس عندك [٦] فانّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملّكه [٧] فيكون مساوقاً للنبوّى الآخر لابيع الاّ فيما يملك بعد قوله صلى الله عليه وآله وسلم لاطلاق الافيما يملك [٨] و لاعتق الا فيما يملك و لما ورد فى توقيع العسكرىّ

١ـ بنحو الاشتراك نحو حلو حامض .

٢ـ لكون اسم كان مقدراً حينئذ وهو قولنا سبب الاشتراك او التجارة يعنى الاان تكون تجارة عن تراض.

٣ـ لانه يكون التجارة حينئذ مرفوعاً وتكون تامة لاأن تكون «تجارة» اسم تكون وعن تراض خبرها.

٤ـ يعنى التراضى ببقاء العقد ولزومه بمعنى اسقاط الخيار بالفعل كالتصرف او القول كان يقول اخترت العقد لا التراضى باصل العقد ٥

٥ـ العامى الذى كان دلالا.

٦ـ ومثله ورد عن طريقنا ايضاً.

٧ـ اى لابيع فيما لايملكه البايع .

٨ـ لان يملك هو بصيغة المعلوم والافلا يرتبط بما نحن فيه .

الى الصّفار لايجوز بيع ما ليس يملك و ما عن الحميرى انّ مولينا عجّل الله فرجه كتب فى جواب بعض مسائله انّ الضّيعة لايجوز ابتياعها الاّ عن مالكها اوبامره اورضا منه ومافى الصّحيح عن محمّدبن مسلم الوارد فى ارض بفم النيل[1] اشتريها رجل واهل الارض يقولون هى ارضنا واهل الأسناف[2] يقولون هى من ارضنا فقال لاتشترها الابرضا اهلها ومافى الصّحيح عن محمدبن القاسم بن الفضل فى رجل اشترى من امرأة من آل فلان[3] بعض قطايعهم[4] فكتب اليها كتاباً قد قبضت[5] المال[6] و لم تقبضه فيعطيها المال ام يمنعها قال قل يمنعها اشد المنع فانها باعت مالم تملكه .

و الجواب عن النّبوى اوّلاانّ الظّاهر من الموصول هى العين الشّخصيّة للأجماع والنّص على جواز بيع الكلّى ومن البيع البيع لنفسه لاعن مالك العين وحينئذ فاماان يرادبالبيع مجرّد الأنشاء فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه

١ـ فى ق النيل بالكسر قرية بالكوفة وبلدة بين بغداد وواسط وفى المجمع نيل ـ مصر نهر من الانهار التى خرقها جبر ئيل وقيل نهر تتشعب من الفرات ينتهى الى دجلة فالمراد بفم النيل صدر ذلك النيل.

٢ـ الاستان بالضم اربع كور ببغداد والكورة المدينة والناحية والجمع كور مثل غرفة وغرف وفى بعض النسخ الاسناف كما فى المتن بدل الاستان وسيف البحر ساحله .

٣ـ اى بنى العباس كما فى نسخة الكافى .

٤ـ اى ما اقطعه السلطان له قطعة من الاراضى الموات ليعمرها ويسكنها ولا يملكها لكونها للامام(ع) ويكون هذا من الفضولى واما بناء على ماكان القطيعة من ارض الخراج فهو يكون شاهداً على بطلان الفضولى لان الاراضى الخراجية غير قابلة للملك لكونها للمسلمين.

٥ـ الامرئة البايعة .

٦ـ اى الثمن .

فلايقع له ولا للمالك بعد اجازته [1] واما ان يراد ماعن التذكرة من ان يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكه [2] قال لانه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام حيث ساله عن ان يبيع الشيء فيمضى ويشتريه ويسلمه فان هذا البيع غير جايز ولا نعلم فيه خلافاً للنهى المذكور وللغرر لانّ صاحبها قد لا يبيعها انتهى وهذا المعنى يرجع الى المراد من روايتى خالد و يحيى الاتيتين فى بيع الفضولى لنفسه [3] ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبايع بمجرّد انتقاله اليه بالشّراء فلا ينافى اهليته لتعقب الاجازة من المالك .

و بعبارة اخرى نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثّرا فى حقّه فلا يدلّ على الغائه بالنّسبة الى المالك حتّى لا تنفعه باجازة المالك فى وقوعه له وهذا المعنى اظهر من الأوّل ونحن نقول به كما سيجيء [4] وثانياً سلمنا دلالة النّبوى على المنع لكنّها بالعموم [5] فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالة على تصحيح مالیس عند العاقد لمالكه اذا اجاز [6] وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله لا بيع الّا فى ملك فانّ الظّاهر منه كون المنفىّ هو البيع لنفسه

١- لان المراد من نفى البيع هو الجنس ادعاء تنبيها على انتفاء آثار الانشاء شرعاً عن انشاء الاجنبى كانتفائها عن انشاء الصغير والمجنون فاذا فسد الانشاء ولغى لا تصلحه الاجازة ايضاً فيكون الملك حينئذ من شرائط صحة الانشاء لا من شرائط نفوذ التصرفات .

٢- بان يكون البيع بنحو التنجيز غير مترقب لاجازة المالك الاصلى فيدل حينئذ على فساد الخصوصية فقط لا فساد اصل الانشاء .

٣- فى شروط المجيز فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملكه واجاز .

٤- فى الامر السابع من الامور التى ذكرها فى استسقاء القول فى المجيز .

٥- يعنى أن هذه الادلة المانعة تدل على البطلان اجاز المالك ام لم يجز .

٦- هذا بناء على كون النسبة بينهما هو العموم المطلق وان كانت هى العموم من وجه فيتساقطان بعد التعارض ويرجع الى العمومات ومقتضاها الصحة ايضاً .

وان النفي راجع الى نفي الصحة في حقه لا في حق المالك[1] مع ان العموم لو سلم وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك اذا اجاز .

واما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين اوضح وليس فيهما ما يدل ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له اذا اجاز واما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع[2] فانما هو في مقابلة عدم رضا اهل الأرض والضيعة راساً[3] على ما يقتضيه السؤال فيهما.

وتوضيحه ان النهي في مثل المقام وان كان يقتضي الفساد الا انه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه ومن المعلوم ان عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً ولذا عد في بع وعدم من شروط المتعاقدين اعني شروط الصحة كون العاقد مالكاً او قائماً مقامه وان ابيت الا عن ظهور الروايتين[4] في لغوية عقد الفضولي راساً وجب تخصيصهما[5] بما تقدم من ادلة الصحة .

واما رواية محمد بن القاسم بن الفضل فلا دلالة فيها الا على عدم جواز اعطاء الثمن للفضولي لأنه باع مال لا يملك و هذا حق لا ينافي صحة الفضولي .

و اما توقيع الصفار فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبايع على جهة الوجوب واللزوم ويؤيد تصريحه (ع) بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكه اذا اجاز وبالجملة فالأنصاف انه لا دلالة في تلك الأخبار باسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك اذا اجاز ولا تعرض

١ـ اورجوع النفي الى اللزوم.

٢ـ يعني توقيع الحميري لا توقيع الصفار لانه سبق منه الجواب ايضاً .

٣ ـ اي سابقاً ولاحقاً .

٤ ـ رجع الى الجواب عن الروايتين بعد ان فرغ منهما .

٥ ـ اى الصحيحة.

فيه الانفع وقوعه للعاقد .

الثالث - بما ع على البطلان ادّعاه الشيخ فى الخلاف معترفا بان الصحة مذهب قوم من اصحابنا معتذراً عن ذلك[1] بعدم الاعتداد بخلافهم وادعاه ابن زهرة فى الغنية وادعى الحلى فى باب المضاربة عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب الم شترى بعين المغصوب.

و الجواب عدم الظن بالاجماع بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين[2] والمف والمرتضى والشيخ بنفسه فى النهاية التى هى آخر مصنفاته على ماقيل واتباعه على الصحة واتباع المتاخرين عليه عدا فخر الدّين وبعض متأخرى المتأخرين[3] الرابع مادل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه فان الرضا اللاحق لاينفع فى رفع القبح الثابت حال التصرف ففى التوقيع المروى فى الأحتجاج لايجوز لاحدان يتصرف فى مال غيره الاباذنه و لاريب ان بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً والجواب ان العقد على مال الغير متوقعاً لأجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرّفاً فيه[4].

نعم لو فرض كون العقد علّة تامة ولو عرفاً لحصول الاثار كما فى بيع المالك او الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه ثم لو فرض كونه تصرفاً فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضائة والأصطلاء بنور الغير

١- اى ادعاء الاجماع .

٢- وهما ابن عقيل وابن الجنيد .

٣- مع احتمال ان يكون مراد المجمعين والناقلين من البطلان عدم الاستقلال فى التأثير كما مر من المصنف .

٤- لان التصرف فى الاموال مختلف فمثل الاستظلال تحت خيمة الغير تصرف عرفاً بخلاف الاستظلال بحائطة لانصراف الفائدة فى الاول به بخلاف الثانى فتصرف الفضولى فى مال الغير غير تصرف المالك وكيله .

وناره مع انّه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الأذن في هذا من المقال او الحال بناء على انّ ذلك لا يخرجه عن الفضولي مع ان تحريمه لا يدلّ على الفساد[1].

مع انّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم استقلاله في ذلك[2] و لا ينكره القائل بالصّحة خصوصاً اذا كانت الاجازة ناقلة ومماّ ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الاثر من دون مراجعة المالك بناء على انّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم لا نفس القصد المقرون بهذا العقد[3].

قد يستدلّ للمنع بوجوه اخر ضعيفة اقويها انّ القدرة على التّسليم معتبرة في صحة البيع والفضولي غير قادر وانّ الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللّفظ كالمكره كما صرّح في لك[4] ويضعّف الأوّل مضافاً الى انّ الفضولي قد يكون قادراً على رضا المالك بانّ هذا الشّرط غير معتبر في العاقد قطعاً بل يكفي تحقّقه في المالك فحينئذ يشترط في صحّة العقد مع الأجازة قدرة المجيز على تسليمه وقدرة المشترى على تسلّمه على ما سيجيء[5] ويضعّف الثّاني بانّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره لا ازيد منه بدليل الأجماع على صحّة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق فانّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للأجماع كما ترى.

١ـ بل التحريم لمجرد التصرف.

٢ـ لان اثر العقد الفضولي لولا النهي هو السببية التامة.

٣ـ لانه لا يكون العقد قبيحاً ومنهياً عنه حينئذ حتى يفسد.

٤ـ يعني غير قاصد تحقق مدلول اللفظ من جهة عدم كونه مؤثراً عند العرف والشرع.

٥ـ من أن المعتبر هو قدرة من له وظيفة الوفاء فقد يكون هو المالك وقد يكون العاقد.

المسئلة الثانية ان يسبقه منع المالك و المشهور[١] ايضا صحّته وحكى عن فخر الدّين انّ بعض المجوّزين للفضولى اعتبر عدم سبق نهى المالك ويلوح اليه ما عن كرة فى باب النّكاح من حمل النّبوى ايما عبد تزوّج بغير اذن مولاه فهو عاهر[٢] بعد تضعيف السّند على انّه ان نكح بعد منع مولاه وكراهته فانّه يقع باطلاً و الظاهر انه لايفرق بين النكاح و غيره ويظهر من المحقق الثانى حيث حمل عليه فساد بيع الغاصب نظراً الى القرينة الدالة على عدم الرضا وهى الغصب .

وكيف كان فهذا القول[٣] لاوجه له ظاهراً عدا تخيّل انّ المستند فى عقد الفضولى هى رواية عروة المختصّة بغير المقام[٤] وان العقد اذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آناً ما كاف فى الرّد فلاينفع الأجازة اللاّحقة بناء على انّه لايعتبر فى الرّد سوى عدم الرّضا الباطنى بالعقد على مايقتضيه حكم بعضهم بانّه اذا حلف الموكّل على نفى الأذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأنّ الحلف عليه امارة عدم الرّضا[٥] هذا ولكنّ الأقوى عدم الفرق[٦] لعدم انحصار المستند حينئذ فى رواية العروة و كفاية العمومات مضافاً الى ترك الأستفصال[٧] فى صحيحة محمد بن قيس وجريان فحوى ادلّة نكاح العبد بدون اذن مولاه مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى

١ـ اى يقترنه صريحاً كان يقول لاتبع مالى اوالاجيز بيعك مالى اوباطناً بالكراهة كما يظهر ذلك ايضاً من تضاعيف كلمات المصنف.

٢ـ اى زان فاجر.

٣ـ اى اشتراط عدم سبق المنع فى صحة الفضولى.

٤ـ فح لا يبقى فى المقام سوى الرجوع الى الاصل ومقتضاه الفساد .

٥ـ كما تبقى الكراهة المستمرة من زمان المنع الى بعد العقد فى المقام ايضاً .

٦ـ بين سبق المنع وعدمه .

٧ـ يعنى ما بين سبق المنع وبين عدمه .

والعبيد مع انّ رواية اجازته صريحة فى عدم قدح معصية السّيد حينئذ و جريان المؤيّدات المتقدّمة له من بيع مال اليتيم و المغصوب و مخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصّريح فى منعه عما عداه[1].

و امّا ما ذكره من المنع الباقى بعد العقد و لو آناً ما فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الأجازة و ما ذكره فى حلف الموكّل غير مسلّم[2] و لو سلّم فمن جهة ظهور الأقدام على الحلف على ما انكره فى ردّ البيع و عدم تسليمه له و ممّا ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرّضا و انّ كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا يقدح فى صحّته اذا لحقه الأجازة.

المسئلة الثّالثة انّ بيع الفضولى لنفسه و هذا غالباً يكون فى بيع الغاصب[3] و قد يتّفق من غيره[4] بزعم ملكيّة المبيع كما فى مورد صحيحة الحلبى المتقدّمة فى الأقالة بوضيعة و الأقوى فيه الصّحة و فاقاً للمشهور للعمومات المتقدّمة[5] بالتّقريب المتقدّم[6] و فحوى الصّحة فى النّكاح و اكثر ما تقدّم من المؤيّدات مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدّمة[7] و لا وجه للفرق بينه و بين ما تقدّم من بيع الفضولى للمالك الأوجوه يظهر من كلمات جماعة بعضها مختصّ على بيع الغاصب و بعضها مشترك بين جميع صور المسئلة.

١ـ لوجود المنع السابق فى كلها.

٢ـ لانه قد يكون غرضه مجرد نفى الوكالة عليه خاصة و ان رضى به و اجازه.

٣ـ لانه بعد الغصب يقصده لنفسه و يبيعه كذلك.

٤ـ اى يبيع ملك الغير.

٥ـ من آية اوفوا و تجارة عن تراض.

٦ـ فى المسئلة الاولى بعد كون قصد الغاصب او الجاهل لغواً و الا فلا يفيد اجازة المالك.

٧ـ فى المسئلة الاولى بعد كون قصد الغاصب او الجاهل لغواً كما مر.

منها اطلاق ما تقدّم من النبويين لاتبع ماليس عندك ولابيع الاّ فى ملك[1] بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه[2] و الجواب عنها يعرف ممّا تقدّم من انّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبايعه الغير المالك بلاتعرّض فيها لوقوعه و عدمه بالنّسبة الى المالك اذا اجاز.

ومنها بناء المسئلة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك و هذا غالباً مفقود فى المغصوب و قد تقدّم عن المحقّق الكركى انّ الغصب قرينة عدم الرضا.

و فيه اوّلا انّ الكلام فى الأعم من بيع الغاصب و ثانياً انّ الغصب امارة عدم الرّضا بالبيع للغاصب لامطلقا[3] فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الاجازة و تملّك الثّمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرّضا باصل البيع بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء[4] و ثالثاً قد عرفت انّ سبق منع المالك غير مؤثّر و منها ان الفضولى اذا قصد الى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة اذلايعقل دخول احد العوضين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقيّة غير متصوّرة فحقيقته يرجع الى اعطاء المبيع واخذالثّمن لنفسه و هذا ليس بيعاً والجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب انّ قصد المعاوضة الحقيقيّة مبنىّ على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقيّاً[5] و ان كان هذا الجعل لاحقيقة له لكنّ المعاوضة

١ـ المراد من الاطلاق هو عدم وقوع بيع الفضولى للبايع والمالك.

٢ـ كما عرفت الاختصاص والاعم الاطلاق للبيع للمالك ايضا يمكن الاستدلال بها للمقام بدعوى أن صورة البيع للمالك خارجة عنها بالدليل و ذلك انه لايصح اخراج المورد عن الاطلاق بخلاف غير المورد وذلك هو الفرق بينهما.

٣ـ اى سواء كان للغاصب اوللمالك.

٤ـ يعنى من جهة رضاء المالك ببيعه وعدم رضاه سواء لانه قد يرضى ببيعه وقد لا يرضى ببيع غيره.

٥ـ بان يرى انه مالك للعين بالغصب الذى هو راجع الى اعتباره ملكيته الثمن لقيامه مقام البيع الذى يراه مملوكا له والحاصل أن هذا القصد لاينافى قصد المعاوضة.

المبنيّة على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقيّة نظير المجاز الادّعائي في الأصول[١] نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيّة المثمن[٢] و لا اعتقاده له[٣] كانت المعاملة باطلة غير واقعة له[٤] ولا للمالك لعدم تحقّق معنى المعاوضة و لذا ذكروا انّه لو اشترى بما له لغيره شيئاً بطل و لم يقع له و لا لغيره و المراد مالو قصد تملّك الغير للمبيع بازاء مال نفسه .

و قد تخيّل بعض المحقّقين أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو مالو باع مال غيره لنفسه لأنّه عكسه[٥] و قد عرفت انّ عكسه هو ما اذا قصد تملك الثّمن من دون بناء و لا اعتقاد لتملك المثمن لان مفروض الكلام في المعاملة للمالك اذا أجاز[٦] ومنها ان الفضولي اذا قصد البيع لنفسه لا ان تعلقت اجازة المالك بهذا الذّى قصده البايع كان منافياً لصحّة العقد[٧] لانّ معناها هو صيرورة الثّمن لمالك المثمن باجازته و ان تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستانف لا امضاء لنقل الفضولي فيكون النّقل من المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشئ[٨]

١ـ القائم مقام الحقيقة كالخطأ في التطبيق وغيره.

٢ـ يعني بالنسبة الى الغاصب.

٣ـ بل قد تملك البايع الثمن باذاء مال الغير.

٤ـ لان قصده لنفسه ليس على الحقيقة في نظره .

٥ـ اى غير المقام وهو ما اشترى بماله لغيره .

٦ـ في العبارة احتمالان احدهما وأن حكمهم بوقوع المعاملة للمالك باجازته كاشف عن اقترانها بالدعوى ليمكن وقوعها للمالك باجازته وثانيها أن نزاعهم في المقام في الصحة و البطلان و اتفاقهم هناك على البطلان كاشف بان هنا ليس عكس ماهناك و لا يصلح للتمييز الا الدعوى .

٧ـ لانه عقده الغاصب لنفسه فلا يقع له بل اما ان يقع للمالك او لا يقع لكليهما .

٨ـ لان الانشاء للغاصب والمجاز للمالك .

و قد اجاب عن هذا المحقّق القمى ره فى بعض أجوبة مسائله بانّ الأجازة فى هذه الصّورة مصحّحة للبيع لا بمعنى لحوق الأجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضى المالك و وقوع البيع عنه و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثمّ ملكه [1] وقد صرّح فى موضع آخر بانّ حاصل الأجازة يرجع الى انّ العقد الذّى قصد الى كونه واقعاً على المال المعيّن لنفس البايع الغاصب و المشترى العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى فيكون [2] عقداً جديداً كما هو احد الأقوال فى الأجازة و فيه انّ الأجازة على هذا يصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشترى لانّ المفروض عدم رضاء المشترى ثانياً بالتّبديل المذكور [3] لانّ قصد البايع البيع لنفسه اذا فرض تاثيره فى مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز فالمشترى انّما رضى بذلك الأيجاب المغاير لمؤدّى الأجازة فاذا التزم [4] بكون مرجع الأجازة الى تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة الى قبول المشترى ثانياً فقد قامت الأجازة من المالك مقام ايجابه وقبول المشترى و هذا خلاف الأجماع و العقل [5]

و اما القول بكون الاجازة عقداً مستانفاً فلم يعهد من احد من العلماء

١- فانه قصد البيع للمالك فاذا ملكه واجاز يكون اجازته بمعنى تبديل البيع الواقع عن المالك الى بيعه عن نفسه وحاصله التصرف فى الايجاب فقط ثم ان هذا الجواب مبنى على كون البيع مطلق التبديل بالعوض واما بناء على كونه المبادلة كما اختاره المصنف فلا وقع لهذا الاشكال كما لا يخفى .

٢- يعنى أن مرجع الاجازة فى المقام الى التصرف فى طرفى العقد معاً .

٣ - يعنى تبديل الاضافة من نفسه الى المالك .

٤ - يعنى التزم المحقق القمى بهذا الجواب .

٥ - لانه مستلزم لانقلاب ماوقع عليه عما وقع مع عدم كون امر المشترى بيده ومع لزوم اتحاد الايجاب والقبول مع أنه لا يعقل .

وغيرهم وانّما حكى كاشف الرّموز عن شيخه[١] انّ الأجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ بغير لفظ البيع وهو قائم مقام ايجاب البايع وينضمّ اليه القبول المقدّم من المشترى و هذا لايجرى فيما نحن فيه لأنّه اذا قصد البايع البيع لنفسه فقد قصد المشترى[٢] تمليك الثّمن للبايع وتملّك المبيع منه[٣] فاذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع فلابدّ له من قبول آخر فالأكتفاء عنه بمجرّد اجازة البايع[٤] الرّاجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضاء البايع و انشائه عن رضاء المشترى وانشائه[٥] وهذا ما ذكرنا انّه خلاف الأجماع والعقل فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز .

و توضيحه انّ البايع الفضولى انّما قصد تمليك المثمن للمشترى بازاء الثّمن وامّا كون الثّمن مالاً له او لغيره فايجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه الى مايقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض فى ملك مالك المعوض تحقيقاً لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث انّ البايع يملك المثمن بانياً على تملّكه له و تسلّطه عليه عدوانا او اعتقاداً لزم من ذلك بنائه على تملّك الثّمن و التّسلّط عليه و هذا معنى قصد بيعه لنفسه و حيث انّ الثّمن ملك لمالكه[٦] واقعاً فاذا اجاز المعاوضة انتقل

١- اى المحقق .

٢ - هذا التفصيل اشارة الى الجواب عماذكره المحقق القمى من أن هذا احد الاقوال فى الاجازة و غرض المصنف ره أن ذلك القول لاربط له بماذكره المحقق المذكور اذمعنى ذلك القول أن الاجازة بمنزلة القبول فتضم الى الايجاب المتقدم بخلاف ماذكره المحقق فان الاجازة عليه بمنزلة الايجاب والقبول معاً .

٣- اى من البايع الغاصب .

٤- اى المالك .

٥- من دون احتياج الى قبول آخر من المشترى .

٦- اى المجيز .

عوضه[١] اليه فعلم من ذلك انّ قصد البايع البيع لنفسه غير مأخوذ فى مفهوم الايجاب حتّى تردّد الأمر فى هذا المقام بين المحذورين المذكورين[٢] بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثمن بعوض من دون تعرّض فيه لمن يرجع اليه العوض الّا باقتضاء المعاوضة لذلك ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولى مشترياً لنفسه بمال الغير فقال[٣] للبايع الأصيل تملّكت منك او ملكت[٤] هذا الثوب بهذه الدّراهم[٥] فانّ مفهوم هذا الأنشاء هو تملّك الفضولى[٦] للثوب فلامورد لاجازة مالك الدّراهم على وجه ينتقل الثوب اليه[٧] فلابدّ من التزام كون الأجازة نقلاً مستانفاً غير ما انشأه الفضولى الغاصب[٨] و بالجملة فنسبة المتكلّم الفضولى بتملّك المثمن الى نفسه بقوله مُلكت او تملّكت كايقاع المتكلّم الأصلى التّمليك على المخاطب الفضولى بقوله ملّكتك هذا الثّوب بهذه الدّراهم مع علمه بكون الدّراهم لغيره او جهله بذلك.

و بهذا استشكل العلّامة ره فى التّذكرة حيث قال لو باع الفضولى مع جهل الآخر فاشكال من انّ الآخر انّما قصد تمليك العاقد و لاينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد او ولايته لأنّه حينئذ انّما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعمّ من كونه

١- و هو الثمن.

٢- وهماماذكر فى الاشكال من أن الاجازة ان تعلقت بالمقصود كان منافياً للصحة وان تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف الخ ،

٣- اى الغاصب المشترى الفضولى .

٤ - بالتخفيف .

٥ - فلايتم الجواب المذكور حينئذ :

٦- فى تمليك البايع له ايضاً:

٧- لعدم تصور الملكية له بعده :

٨- فلايمكن دعوى ان العقد ساكت عن ذلك لان مفهومه شيء واحد وهو تمليك الفضولى للثوب ولايكون منحلا الى شيئين .

اصليّاً او نائباً ولذا يجوز مخاطبته و اسناد الملك اليه مع علمه بكونه نائباً و ليس الّا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً فاذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعمّ عن كونه نائباً او اصليّاً امّا الفضولى فهو اجنبىّ عن المالك لا يمكن فيه ذلك الأعتبار[1].

و قد تفطّن بعض المعاصرين لهذا الأشكال فى بعض كلماته فالتزم تارةً ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع انّه لا يخفى مخالفته للفتاوى و اكثر النّصوص المتقدّمة[2] فى المسئلة كما اعترف به اخيراً و اخرى بانّ الأجازة انّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضين و ان كانت خصوصيّة ملك المشترى الغاصب للمثمن مأخوذة فيها و فيه انّ حقيقة العقد فى العبارة الّتى ذكرناها فى الأشكال اعنى قول المشترى الغاصب تملّكت او مُلّكتُ هذا منك بهذه الدّراهم ليس الّا انشاء تملّكه للمبيع فاجازة هذا الأنشاء لا يحصل بها تملّك المالك الأصلى له بل يتوقّف على نقل مستأنف.

فالأنسب فى التّفصّى[3] ان يقال انّ نسبة الملك الى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله: تملّكت منك او قول غيره له: ملّكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكاً للثّمن اعتقاداً او عدواناً[4] ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيّته للثّمن التزمنا

١- كما اعتبر فى الولى والوكيل.

٢- الظاهر أنه اراد نصوص الاتجار بمال اليتيم لانه لم يتقدم فى شراء الغاصب لنفسه نص.

٣- يعنى عن الاشكال الذى ذكره بقوله لكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولى مشترياً لنفسه بمال الغير.

٤- توضيحه أن نسبة الملكية الى نفسه حيثية تقييدية اى بقيد المالكية لا حيثية تعليلية ومعلوم أن كل محمول مترتب على المتحيث بحيثية مترتب على تلك الحيثية ففى مورد يكون المنسوب اليه الملك يكون هو المالك وهذا المضمون هو موضوع الاجازة غاية الامر أن الفضولى لما بنى على أنه المالك اسند ملك العوض الى نفسه.

بلغويته ضرورة عدم تحقّق مفهوم المبادلة بتملّك شخص المال بازاء مال غيره فالمبادلة الحقيقيّة من العاقد لنفسه لايكون الّا اذا كان مالكاً حقيقيّا او ادعائيّاً فلو لم يكن احدهما و عقد لنفسه لم يتحقّق المعاوضة والمبادلة حقيقة[1] فاذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه تملّكت منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التّملك انما هو المتكلم لامن حيث هو بل من حيث عدّ نفسه مالكاً اعتقاداً اوعدواناً وحيث انّ الثّابت للشّىء من حيثيته تقييديّة ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التّملك حقيقة هو المالك للمثمن[2] الّا انّ الفضولى لمّا بنى على انّه المالك المسلّط على الثّمن اسند ملك المثمن[3] الّذى هو بدل الثّمن الى نفسه فالأجازة الحاصلة من المالك متعلّقة بانشاء الفضولى و هو التّملّك المسند الى مالك الثّمن و هو حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك انتقال المثمن اليه[4] هذا مع انّه ربما يلتزم صحّة ان يكون الأجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولى ذكره شيخ مشايخنا[5] فى شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من اجلّاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك[6] وجهين احدهما انّ قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشّراء بمال الغير لنفسه[7] جعل ذلك المال له ضمناً

١ـ لعدم الاضافة حقيقية كانت اوادعائية ومن هذه الجهة يصح بيع السارق والغاصب فكانه يقطع حبل الملكية المتصلة بين المالك وملكه و يوصله بنفسه فبعد سرقة الاضافة يرى نفسه ذا اضافة فيبيع ماهو ملك له كسائر امواله التى تحت سلطنته .

٢ـ الذى هو مالك المبيع .

٣ـ من حيث كونه مسلطاً على المبيع .

٤ـ اى الى المجيز المالك لان طبع البيع ايضاً دخول الثمن فى ملك من خرج عن ملكه المثمن و هو المجيز .

٥ـ يعنى كاشف الغطاء .

٦ـ اى فى علة صحة ذلك المسئلة .

٧ـ اى مقتضى ذلك انا اعنى استكشاف العلة من المعلول؟

حتّى انّه على فرض صحّة ذلك البيع و الشّراء تملّكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه نظير ما اذا قال اعتق عبدك عنى او قال بع مالى عنك او اشتر لك بمالى كذا[1] فهو تمليك ضمنىّ حاصل ببيعه او الشّراء .

و نقول فى المقام ايضاً: اذا اجاز المالك صحّ البيع و الشّراء و صحّته بتضمن انتقاله اليه[2] حين البيع او الشّراء فكما انّ الأجازة المذكورة تصحّح البيع او الشّراء كذلك يقضى بحصول الأنتقال الذّى يتضمّنه البيع الصّحيح فتلك الأجازة اللّاحقة قائمة مقام الأذن السّابق قاضية بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه[3].

الثّانى انه لادليل على اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد فى انتقال بدله اليه بل يكفى ان يكون ما ذوناً فى بيعه لنفسه او الشّراء به فلو قال بع هذا النفسك او اشترلك بهذا ملك الثّمن فى الصّورة الأولى[4] بانتقال المبيع عن مالكه الى المشترى و كذا ملك المثمن فى الصّورة الثّانية[5] و يتفرّع عليه انّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه دون العاقد[6]

١ـ فكما أن فى اعتق عبدى عنك لابدمن حصول الملك للمأذون قبل العتق آناًما ليصح العتق جمعاً بين اعتق عبدى عنك و بين لاعتق الافى ملك وكذا فيما نحن فيه وهكذا بع مالى عنك وغيره .

٢ـ اى الى الغاصب .

٣ـ لانه يتصحح بالاجازة امران اصل البيع والتملك الضمنى الحاصل به فيتحقق اولا ملكيته للمبيع وثانياً يصح بيعه بالترتب الطبيعى .

٤ـ التى مرت آنفاً .

٥ـ من الصورتين الاولتين اى فى البيع .

٦ـ بناء على الملك آناًما .

اقول و فى كلا الوجهين نظر .

امّا الاول فلانّ صحّة الأذن فى بيع المال لنفسه او الشّراء لنفسه ممنوعة كماتقدّم فى بعض فروع المعاطات[1] مع انّ قياس الأجازة على الأذن قياس مع الفارق لأنّ الأذن فى البيع يحتمل فيه ان يوجب من باب الأقتضاء[2] تقدير الملك آناً ما قبل البيع بخلاف الأجازة فانّها لايتعلّق الاّ بما وقع سابقاً[3] و المفروض انّه لم يقع الاّ مبادلة مال الغير بمال آخر[4] .

نعم لمّا بنى هو على ملكية ذلك المال عدواناً او اعتقاداً بالمعاوضة رجع البدل اليه فالأجازة من المالك ان رجعت الى نفس المبادلة افادت دخول البدل فى ملك المجيز وان رجعت الى المبادلة منضمة الى بناء العاقد على تملّك المال فهى وان افادت دخول البدل فى ملك العاقد الاّ انّ مرجع هذا الى اجازة مابنى عليه العاقد من التّملّك و امضائه له اذ بعد امضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البدل الاّ انّ من المعلوم عدم الدّليل على تأثير الأجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقّق متعلّقه شرعاً بل الدّليل على عدمه لانّ هذا مما لايؤثّر فيه الأذن لانّ الأذن فى التّملّك لايؤثّر التّملّك فكيف اجازته[5] .

١ـ ذكره فى الامر الرابع من التنبيهات .

٢ـ وهو جعل الثمن للبايع لا للمالك بلحاظ عدم كون الثمن لشخص الا بعد كون المثمن له صوناً للكلام عن اللغوية .

٣ـ لان الاجازة ما يكون بعد البيع والاذن قبله .

٤ـ و ليست الاجازة مشرعة للملك .

٥ـ ان قلت ان فى كلام المصنف تناقض لانه قال اولا ان الاذن فى البيع يحتمل فيه ان يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آناً ما وقال فى آخر كلامه لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن الخ قلنا فرق بينهما لان الاذن فى البيع بمنزلة ايجاب التملك ووقوع البيع من المأذون بمنزلة القبول بخلاف الاذن فى التملك فانه ليس الا هو فلم يتحقق من المأذون فعل آخر يكون احد ركنى العقد .

و اما الثانى فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التى هى المبادلة[1] و لذا صرّح العلّامة ره فى غير موضع من كتبه تارة بانّه لايتصوّر و اخرى بانّه لايعقل ان يشترى الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً بل ادّعى بعضهم فى مسئلة قبض المبيع عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثّمن اشتر لنفسك به طعاماً و قد صرّح به الشّيخ و المحقّق و غيرهما .

نعم سيأتى فى مسئلة جواز تتبّع العقود للمالك مع علم المشترى بالغصب انّ ظاهر جماعة كقطب الدّين و الشّهيد و غيرهما انّ الغاصب مسلّط على الثّمن و ان لم يملكه فاذا اشترى به شيئاً ملكه و ظاهر هذا امكان ان لايملك الثّمن و يملك المثمن المشترى الآن يحمل ذلك منهم على التزام تملّك البايع الغاصب للمثمن مطلقاً كما نسبه الفخرة الى الأصحاب او آناً ما قبل ان يشترى به شيئا تصحيحاً للشّراء .

و كيف كان فالأولى فى التّفصّى عن الأشكال المذكور[2] فى البيع لنفسه ما ذكرنا .

ثم انّ مما ذكرنا من انّ نسبة ملك العوض حقيقة انّما هو الى مالك المعوّض لكنّه بحسب بناء الطّرفين على مالكيّة الغاصب[3] للعوض منسوب اليه يظهر اندفاع

١ـ لان مقتضى ماذكره هو الاطلاق كما لايخفى .

٢ـ المراد من الاشكال ماذكره بقوله ولكن يشكل انتهى وغرضه من دفع الاشكال بيان عدم الفرق فى صحة بيع الغاصب لنفسه بين ما لو كان المشترى عالماً اوجاهلا وان توهم بعض الاصحاب كالعلامة والفخر والقطب والشهيد فساد البيع على الثانى.

٣ـ حيث ان المشترى وان كان يسلط الغاصب على الثمن مع علمه بعدم استحقاقه ولكن ليس ذلك بنحو المجانية وبلا عوض بل بعد البناء على انه مالك للمعوض فبذلك تصير مبادلة حقيقية ولامانع من اجازة المالك لهذه المبادلة لنفسه فبهذا الجواب يندفع الاشكال وهو قوله: ان المشترى الاصل اذا كان انتهى .

اشكال آخر فى صحّة البيع لنفسه مختصّ بصورة علم المشترى وهو انّ المشترى الأصيل اذا كان عالماً بكون البايع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بانّ المالك لو ردّ فليس للمشترى الرّجوع على البايع بالثّمن وهذا كاشف عن عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة والّا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوض الى مالكه وحينئذ فاذا اجاز المالك لم يملك الثّمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلاثمن و لعل هذا[1] هو الوجه فى اشكال العلّامة فى التّذكرة حيث قال بعد الأشكال فى صحّة بيع الفضولى مع جهل المشترى انّ الحكم فى الغاصب مع علم المشترى اشكل انتهى اقول هذا الأشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب[2] من انّه ليس للمشترى استرداد الثّمن مع ردّ المالك وبقائه وبعد تسليم انّ الوجه فى حكمهم ذلك هو مطلق التّسليط على تقديرى الرّد والأجازة لا التّسليط المراعى بعدم اجازة البيع انّما يتوجّه على القول بالنّقل حيث انّ تسليط المشترى للبايع على الثّمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالأجازة فلا يبقى مورد للأجازة و امّا على القول بالكشف فلا يتوجّه اشكال

١ـ اى حكم الاصحاب بعدم جواز الرجوع .

٢ـ اعلم أنه قد اجاب المصنف عن اشكال عدم جواز رجوع المشترى على البايع الغاصب بالثمن مع العلم ، باجوبة ثلاثة الاول بانكار هذا الفتوى من الاصحاب بقوله رد على تسليم ما نقل من الاصحاب والثانى بانكار مطلق التسليط حتى لا يبقى محل للاجازة بقوله: و بعد تسليم أن الوجه انتهى والثالث بانكار اقتضاء ذلك فوات محل الاجازة الا على القول بالنقل واما على القول بالكشف فالاجازة بكشفها عن خروج الثمن عن ملك المشترى تبطل تمليك المشترى للغاصب اياه لانه مالا يملك وأشار الى ذلك بقوله : لان التسليط المراعى انتهى ووجهه أن تحقق العقد لما كان فى زمان الاجازة والمفروض تحقق التسليط وسبق حق الغاصب للثمن قبلها فلا ينفع الاجازة حينئذ لادخال الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن بخلاف القول بالكشف فان الرد يكشف عن كون التسليط واقعاً على ملكه لا على ملك المالك والاجازة يكشف عن سبق حقه على حق الغاصب .

اصلا لان الرد كاشف عن كون تسليط المشترى تسليطا له على مال نفسه والاجازة كاشفة عن كونه تسليطاله على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض و لذا لو لم يقبضه الثمن حتى اجاز المالك او رد لم يكن للغاصب انتزاعه من يدالمشترى اوالمالك و سياتى فى مسئلة جواز تتبع العقود للمالك تتمة لذلك فانتظر .

ثم اعلم ان الكلام فى صحة بيع الفضولى لنفسه غاصباً كان او غيره انما هو فى وقوعه للمالك اذا اجاز و هو الذى لم يفرق المشهور بينه و بين الفضولى البايع للمالك لالنفسه .

و اما الكلام فى صحة بيع الفضولى و وقوعه لنفسه اذا صار مالكا للمبيع و اجاز سواء باع لنفسه او المالك فلا دخل له بما نحن فيه لان الكلام هنا فى وقوع البيع و هناك فى وقوعه للعاقد اذا ملك و من هنا [1] يعلم ان ما ذكره فى الرياض من ان بيع الفضولى لنفسه باطل ونسب الى التذكرة نفى الخلاف فيه فى غير محله الا ان يريد ما ذكرناه و هو خلاف ظاهر كلامه.

بقى هنا امران الاول انه لافرق [2] على القول بصحة بيع الفضولى بين كون

١ـ يعنى من جهة ذهاب المشهور فى بيع الفضولى لنفسه الى الصحة بعد الاجازة و وقوع البيع للمالك يعلم الى قوله: فى غير محله وذلك لان العلامة لا يقول بالبطلان مطلقا بل مع الاجازة فقط.

٢ـ اعلم أن المصنف اشار الى صورتين من الكلى فى الذمة فى عقد الفضولى احديهما أن يكون للمالك على غيره مثلا مناً من الحنطة او ديناراً سابقاً فيجعله الفضولى مثمناً ولو كان ذلك الغير هو نفسه والثانية ان يجعل الثمن او المثمن ديناً فى ذمة غيره كما اذا اشترى او باع شيئاً وجعل ثمنها فى ذمة زيد فضولا بهذا البيع فاشار المصنف الى الاول بقوله: اولا لافرق على القول بالصحة انتهى والى الثانى بقوله رمومنه ـ اى من الفضولى ـ جعل العوض ثمناً انتهى والدليل على ذلك هو عموم ادلة الفضولى والسيرة.

مال الغير عيناً اودينا فى ذمة الغير ومنه جعل العوض ثمنا او مثمنا فى ذمة الغير ثم ان تشخيص ما فى الذمة [١] الذى يعقد عليه الفضولى اما باضافة الذمة الى الغير [٢] بان يقول بعت كراً من طعام فى ذمة فلان بكذا او بعت هذا بكذا فى ذمة فلان و حكمه انه لو اجاز فلان يقع العقد له و ان رد بطل راساً و اما بقصده العقد له فانه اذا قصده فى العقد تعين كونه صاحب الذمة لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين فى ملك غير من خرج عنه الاخر الا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض فكما ان تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد فكذا قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثمن الكلى باضافته الى ذمة شخص خاص وحينئذ فان اجاز من قصد ما لكيته وقع العقد وان رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا لان مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه اذ المال مردد فى باب الفضولى بين مالكه الاصلى ومن وقع له العقد فلا معنى لخروجه من ملك مالكه وتردده بين الفضولى و من وقع له العقد اذ لو صح وقوعه للفضولى لم يحتج الى اجازة ووقع له الا ان الطرف الاخر [٣] لو لم يصدقه على هذا القصد و حلف على نفى العلم [٤] حكم له [٥] على الفضولى لوقوع العقد له ظاهراً كما عن المحقق وفخر الاسلام والمحقق

١ـ لفظة ما مع كونه المضاف اليه اسم ان وفى الذمة خبرها و قوله الذى يعقد عليه الفضولى صفة له واما باضافة الذمة انتهى وهو خبر ان او أن لفظة كون سهو من قلم الناسخ اصلا.

٢ـ توضيحه انه كما ان تعيين المبيع الشخصى يتحقق بالاشارة اليه؛ كذلك تعيين المبيع الكلى يتحقق بالاضافة اليه لكنه فى غير الفضولى يضيف الكلى الى نفسه بقوله بعتك كراً من الحنطة مثلا فى ذمتى واما فى الفضولى اما بان يضيف الكلى الى غيره باللفظ او يقصد البيع لغيره بدونه.

٣ـ وهو المشترى من الفضولى.

٤ـ اى وحلف المشترى على نفى العلم بكونه فضولياً.

٥ـ اى للبايع الفضولى البيع على الفضولية وحاصله ان المشترى أن صدق البايع ←

الكركي والسيوري والشهيد الثاني.

و قد يظهر من اطلاق بعض الكلمات كالقواعد وقوع العقد له واقعاً وقد نسب ذلك الى جماعة في بعض فروع المضاربة[١] و حيث عرفت ان قصد البيع للغير او اضافته اليه في اللفظ يوجب[٢] صرف الكلي الى ذمة ذلك الغير كما ان اضافة الكلي اليه يوجب صرف البيع او الشراء اليه وان لم يقصده او لم يضفه اليه ظهر من ذلك التنافي بين اضافة البيع الى غيره واضافة الكلي الى نفسه او قصده من غير اضافة وكذا بين اضافة البيع الى نفسه واضافة الكلي الى غيره فلو جمع بين المتنافيين بان قال اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي او اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان ففي الاول[٣] يحتمل البطلان لانه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله[٤] و يحتمل الغاء احد القيدين[٥] وتصحيح المعاملة لنفسه او للغير و في الثاني[٦] يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد اجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة[٧] بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً و يحتمل الصحة بالغاء

الفضولي على ايقاع العقد للغير وقف على اجازة الغير والا يحكم بوقوع البيع للبايع الفضولي ظاهراً بل واقعاً كما سيشير اليه المصنف ايضاً.

١ـ حيث انه اطلق فيها وقوع البيع للعاقد من دون أن يفصل بين كونه ظاهراً او واقعاً

٢ـ الظاهر اما زيادة لفظ يوجب او لفظ لازم لكفاية أحدهما في المقصود كما في بعض النسخ ولذا اكتفى بلفظ يوجب في المتن.

٣ـ وهو قوله ره اشتريت هذا الفلان في ذمتي.

٤ ـ مع علمه بانه قاصد للمتنا فيين لأنه يجهله.

٥ـ بان الغى التقييد بقوله: لفلان يصح البيع لنفسه او يلغى تقييد قوله في ذمتي فيصح البيع للغير.

٦ـ وهو قوله ره اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان.

٧ـ يعني بعد فرض تحقق قصد المعاوضة بهذا البناء الذي ذكره المصنف.

قید ذمة الغیر[1] لان تقیید الشراء اولا بکونه لنفسه یوجب الغاء ماینافیه من اضافة الذمة الی الغیر و المسئلة تحتاج الی تامل .

ثم انه قال فی التذکرة لو اشتری فضولیا فان کان بعین مال الغیر فالخلاف[2] فی البطلان و الوقف علی الاجازة الا ان اباحنیفة قال یقع للمشتری[3] لکل حال وان کان فی الذمة لغیره[4] و اطلق اللفظ قال علمائنا یقف علی الاجازة فان اجازه صح ولزمه اداء الثمن وان رده نفذ عن المباشر وبه قال الشافعی فی القدیم واحمد وانما یصح الشراء لانه تصرف فی ذمته لا فی مال غیره وانما وقف علی الاجارة لانه عقد الشراء له فان اجازه لزمه وان رده لزم من اشتریه ولافرق بین ان ینقد[5] من مال الغیر اولا وقال ابوحنیفة یقع عن المباشر وهو جدید للشافعی انتهی و ظاهره الاتفاق علی وقوع الشراء مع الرد للمشتری واقعا کما یشعر به تعلیله بقوله لانه تصرف فی ذمته لا فی مال الغیر لکن اشرنا سابقا اجمالا الی ان تطبیق هذا علی القواعد مشکل لانه

١ـ ای من الثانی وذلک لکون قوله اشتریت لنفسی ظاهراً فی وقوع البیع لنفسه ویکون قوله فی ذمة فلان قیداً منافیاً بعد تمامیة الجملة ویصیر لغواً لایضر بالجملة بخلاف الاول حیث ان اول الجملة اشتریت هذا لفلان.

٢ـ ای الخلاف الذی کان فی البیع یاتی بالشراء ایضاً .

٣ـ یعنی قال: یصح للمشتری الفضولی علی کل حال من الاجازة وعدمها .

٤ـ ای جعل الثمن فی ذمة نفسه مع کون الشراء للغیر ولکن بالقصد لا باللفظ لیکون هذا المعنی موافقاً لقوله: لانه تصرف فی ذمته ویحتمل أن یکون مراده ره مطلق الذمة لیکون موافقاً لما حکم به من الصحة للغیر ان اجازه وکون الاداء واجباً علی ذلک الغیر لان لازم ذلک اما البطلان او الصحة مع کون الثمن علی المباشر ان قلنا بصحة الشراء للغیر بمال نفسه .

٥ـ معنی انفاذه من مال الغیر اعطاء ثمنه من ماله ویحتمل ان یکون نیقد بالقاف و الدال المهملة وهو القبض والاخراج لغة .

ان جعل المال فى ذمته بالاصالة فيكون ما فى ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره والاوفق بالقواعد فى مثل هذا اما البطلان لو عمل بالنية بناء على انه لا يعقل فى المعاوضة دخول عوض مال الغير فى ملك غيره قهراً[1] واما صحته ووقوعه لنفسه لو الغى النية بناء على انصراف المعاملة الى مالك العين قهراً وان نوى خلافه و ان جعل المال فى ذمته لا من حيث الاصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولا ففيه مع الاشكال فى صحة هذا[2] لو لم يرجع الى الشراء فى ذمة الغير ان اللازم من هذا ان الغير اذا رد هذه المعاملة وهذه النيابة يقع فاسدة من اصلها لانها تقع للمباشر نعم اذا عجز المباشر من اثبات ذلك على البايع لزمه ذلك فى ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقا ونص عليه جماعة فى باب التوكيل وكيف كان فوقوع المعاملة فى الواقع مرددة بين المباشر والمنوى دون التزامه خرط القتاد ويمكن تنزيل العبارة[3] على الوقوع للمباشر ظاهراً لكنه بعيد[4].

الثانى الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطات بناء على افادتها للملك اذ لا فارق بينها و بين العقد فان التقابض بين الفضوليين او فضولى واصيل اذا وقع بنية التمليك والتملك فاجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه او من حين الاجازة[5] فعموم مثل قوله تعالى احل الله البيع شامل له

١ـ وهو خلاف سلطنته على نفسه .

٢ـ من جهة أن النيابة لا تقبل الفضولية لان الوكالة هى الاستنابة والفضولى مقابل لها لانه المباشرة من عند نفسه .

٣ـ يعنى قوله وان رد نفذ عن المباشر .

٤ـ من جهة التعليل بقوله ره لانه تصرف فى ذمته حيث ان المناسب لذلك أن يقول : لان العقد وقع له .

٥ ـ للعمومات و الغلبة و للاخبار الخاصة الواردة فى موارد متفرقة و للسيرة ولعدم القول بالفصل ولعدم الفرق بين الانشاء القولى والفعلى فى صحة الاضافة الى المالك بالاجازة .

يؤيده رواية عروة البارقى حيث ان الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة وتوهم الاشكال فيه من حيث ان الاقباض الذى يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير فلا يترتب عليه اثر[٢] فى غير محله اذ قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمة[٣] مع انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك بناء على ظاهر كلامهم من ان العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى مع ان النهى لا يدل على الفساد مع انه لو دل لدل على عدم ترتب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض فى السببية فلا ينافى كونه جزء سبب.

وربما يستدل[٤] على ذلك بان المعاطات منوطة بالتراضى وقصد الاباحة او التمليك وهما من وظايف المالك ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثانى ان المكره والفضولى قاصدان للفظ دون المدلول وذكر ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك ومشروطة ايضا[٥] بالقبض والاقباض من الطرفين او من احدهما مقارناً للامرين ولا اثر له الا اذا صدر من المالك أو باذنه وفيه ان اعتبار الاقباض والقبض فى المعاطات عند من اعتبره فيها انما هو لحصول انشاء التمليك او الاباحة فهو عندهم من الاسباب الفعلية كما صرح الشهيد فى قواعده والمعاطات عندهم عقد فعلى ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها ان البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطى وحينئذ فلا مانع من ان يقصد الفضولى باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك واعتبار مقارنة الرضا من المالك للانشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد ادلة اعتبار الرضا وطيب النفس فى حل مال الغير لا يخلو عن تحكم و ما ذكره الشهيد الثانى لا يجدى

١ـ اذ الاقباض بغير اذن المالك منهى عنه والنهى عنه يقتضى الفساد.

٢ـ وايضاً قد يقبض بتخيل أنه ماذون فى التصرف او بتخيل أنه ماله.

٣ـ هو صاحب المقابيس.

٤ـ عطف على قوله منوطة وهو دليل آخر غير الاول لان المراد من الاول هو مجرد الرضا وقصد التمليك والثانى مقارنة القبض والاقباض للتراضى وقصد التمليك.

فيما نحن فيه لانا لانعتبر فى فعل الفضولى ازيد من القصد الموجود فى قوله لعدم الدليل ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى ايضا الا ان يقال ان مقتضى الدليل ذلك خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى اذا وقعت بالقول لكنك قد عرفت ان العقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة.

نعم لو قلنا ان المعاطاة لايعتبر فيها قبض ولو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضى المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا او مع وصولها او وصول احدهما لم يعقل وقوعها من الفضولى نعم الواقع منه ايصال المال و المفروض انه لامدخل له فى المعاملة فاذا رضى المالك بمالكية من وصل اليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن اجازة لمعاطات سابقة.

لكن الانصاف ان هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطات و انما قصدهم الى العقد الفعلى هذا كله على القول بالملك واما على القول بالاباحة فيمكن القول ببطلان الفضولى لان افادة المعاملة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين[1] مع ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن[2] والاثار الاخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف اذا وقعت فى غير زمان الاباحة الفعلية لم تؤثر اثراً فاذا اجاز حدث الاباحة من حين الاجازة اللهم الا ان يقال بكفاية وقوعها مع الاباحة الواقعية اذا كشف عنها الاجازة فافهم[3]

١ـ لان العمدة فى دليل هذه الاباحة هو الاجماع وهو دليل لبى لم يعلم ثبوته فى الفضولى .

٢ـ اما على الكشف فلامتناع جعل الاباحة فى الزمان الماضى فلا يمكن أن تكون الاجازة سبباً للحكم بها من حين العقد مع أن حصول الاباحة الفعلية قبل الاجازة منوطة بطيب النفس وأما على النقل فلان الرضا المستكشف بالاجازة تمام المناط فى حصولها ولادخل للانشاء السابق لها اصلا .

لعله اشارة الى أن مالا يمكن هى الاباحة المالكية لا الاباحة الشرعية لعدم الفرق فى الاباحة الشرعية بالنسبة الى ماقبل اجازة المالك اوبعدها .

القول فى الاجازة والرد :

اما الكلام فى الاجازة فيقع تارة فى حكمها وشروطها واخرى فى المجيز و ثالثة فى المجاز اما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولى بعد اتفاقهم على توقفها على الاجازة فى كونها كاشفة بمعنى انه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كان الاجازة وقعت مقارنة للعقد او ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كان العقد وقع حال الاجازة على قولين فالاكثر على الاول واستدل عليه كما عن مع صدوضة بان العقد سبب تام فى الملك لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وتمامه فى الفضولى انما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتب الملك عليه والا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شىء آخر[1] وبان الاجازة متعلقة بالعقد[2] فهى رضا بمضمونه وليس الا نقل العوضين من حينه وعن فخر الدين فى الايضاح الاحتجاج لهم بانها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود لان العقد حالها عدم[3] انتهى ويرد على الوجه الاول انه ان اريد[4] بكون العقد سبباً تاما كونها علة تامة للنقل اذا صدر عن رضاء المالك فهو مسلم الا ان بالاجازة لا يعلم تمام ذلك السبب ولا يتبين كونه تاما اذا الاجازة لا يكشف عن مقارنة الرضاء غاية الامر ان لازم صحة عقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضاء المقارن فيكون لها مدخل فى تمامية السبب كالرضا المقارن[5] فلا معنى

١ـ مع أنه لم يؤخذ فى متعلقه سواه فلو كان شيئاً آخر دخيلا فى متعلقه لاخذ فى متعلقه فيعلم أنه تمام المؤثر وتمام العلة فى حصول النقل.

٢ـ يعنى أن اجازة المالك متعلقة بعقد الفضولى ورضاء بمضمونه .

٣ـ اى معدوم مع عدم الرضاء فلا يؤثر المعدوم .

٤ـ محصله أن العقد بنفسه ليس سبباً تاماً بل هو مشروط برضا المالك والاجازة لا يكشف عن الرضاء السابق خصوصاً مع العلم بكراهة المالك او تردده .

٥ـ يعنى فى كفايته فى صحة العقد وتأثيره بعد حصولها لا هو مثله فى تأثيره من حين العقد .

لحصول الأثر قبلها .

ومنه يظهر فساد تقرير الدّليل بانّ العقد الواقع جامع لجميع الشّروط[1] وكلّها حاصلة الآرضاء المالك فاذا حصل بالاجازة عمل السّبب عمله فانّه اذا اعترف انّ رضا المالك من جملة الشّروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله.

ودعوى[2] انّ الشّروط الشّرعيّة ليست كالعقليّة بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشّارع فقد يجعل الشّارع مايشبه تقديم المسبّب على السّبب كغسل الجمعة يوم الخميس واعطاء الفطرة قبل وقته فضلاً عن تقدّم المشروط على الشّرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصّائمة وكغسل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به مدفوعة بانّه لافرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشّرعي وغيره وتكثير الأمثلة لايوجب

١ـ حاصله أن العقد الواقع من الفضولي جامع لشرائط الامضاء وكونه سبباً تاماعند الشرع الموجب لترتب مسببه الذي هو النقل من حينه ثم اعلم أن المصنف لم يتعرض للجواب عن احتجاج الفخر في الايضاح لوضوح فساده لانه مضافاً الى أن علل الشرع معرفات لاعلل حقيقية أنه جار في كل عقد يتوقف تأثيره على حصول امر كموت الموصي في عقد الوصية وكالقبض في الصرف والسلم وغيرهما مع أن الاشكال مشترك الورود لانه على القول بالكشف ايضاً يلزم تأثير المعدوم وهو الاجازة في الموجود وهو العقد اواثره الذي هو الملكية الا ان يقول بالكشف الحقيقي الصرف من غير تأثير للاجازة اصلا التي ياتي بطلانه مع أن المؤثر في المعلول المترتب على الامور التدريجية كالكون على السطح المترتب على الصعود درجة درجة هو الجزء الاخير وسائر الامور معدات فكذلك القبول بالنسبة الى الايجاب والرضا وغيرهما .

٢ـ ادعاها صاحب الجواهر وحاصله أن امتناع تأخر الشرط عن المشروط في العلل العقلية لايقتضي امتناعه في العلل الشرعية وذلك أن الاحكام الشرعية من الامور الاعتبارية فيجوز للشارع أن يعتبر الشرط اوالسبب أمراً غير موجود كالامثلة التي ذكرها .

وقوع المحال العقلى فهى كدعوى ان التناقض الشرعى بين الشيئين لايمنع عن اجتماعهما لانّ التّقيض الشرعى غير العقلى فجميع ماورد ممايوهم ذلك انّه لابدفيه من التزام ان المتأخر ليس سبباً او شرطا بل السبب و الشرط الامر المنتزع من ذلك[1] لكن ذلك لا يمكن فيمانحن فيه بان يقال ان الشرط تعقب الاجازة و لحوقها بالعقد، وهذا امر مقارن للعقد على تقدير الأجازة لمخالفته الادلّة اللّهم الّا ان يكون مراده بالشّرط[2] مايتوقّف تاثير السّبب المتقدّم فى زمانه على لحوقه وهذا مع انه لايستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لانّ المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله لانه لايحلّ لغيره بدون طيب النفس وانه لاينفع لحوقه فى حل تصرّف الغير وانقطاع سلطنة المالك .

ومماذكرنا يظهر ضعف ماأحتمله فى المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من انّ معنى شرطيّة الاجازة [3] مع كونها كاشفة شرطيّة الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقة للعقد فى المستقبل فالعلة التامة العقد الملحوق بالاجازة وهذه صفة مقارنة للعقد و ان كان نفس الأجازة متاخرة عنه وقد التزم بعضهم بما يتفرّع على هذا من انه اذا علم المشترى انّ المالك للمبيع سيجيز العقد حل له

١ـ اى من ذلك المتأخر واما اطلاق الشرط على المتأخر فهو بعلاقة السببية والمسببية .

٢ـ يعنى اذا كان مراده من الشرط الذى حكم بامكان تأخره الشرط المسامحى أعنى ماكان لحوقه شرطاً لا نفسه وكان شرطيته رضاء المالك بهذا الاعتبار ومن جهة أن لحوقه شرط من باب الصفة بحال متعلقه لم يكن بذلك بأس لان المتأخر هو نفس الرضا لاعنوان لحوق رضا المالك الذى هو الشرط الحقيقى .

٣ ـ محصله أن الشرط اذا كان نفس ماهية الشيء من غير ملاحظة وجوده فى زمان دون زمان وجب عقلا مقارنته للمشروط و اما اذا كان خصوص وجوده المتأخر عن زمان المشروط لم يكن للمقارنة معنى .

التّصرّف فيه بمجرّد العقد وفيه مسالا يخفى من المخالفة للأدلّة [١] و يرد على الوجه الثّانى أوّلاً انّ الأجازة [٢] وان كانت رضاً بمضمون العقد الاّ انّ مضمون العقد ليس هو النّقل من حينه حتّى يتعلّق الأجازة و الرّضا بذلك النّقل المقيد بكونه فى ذلك الحال بل هو نفس النّقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه فى زمان وانّما الزّمان من ضروريّات انشائه فان قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين و ان كان النّقل المنشأ به واقعاً فى ذلك الحين فالزّمان ظرف للنّقل لا قيد له فكما انّ انشاء مجرّد النّقل الّذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشأ فى ذلك الزّمان فكذلك اجازة ذلك النّقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الأجازة وكما انّ الشّارع اذا امضى نفس العقد وقع النّقل من زمانه فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النّقل من زمان الأجازة و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الأيجاب مع انّه ليس الاّ رضاء بمضمون الأيجاب فلو كان مضمون الأيجاب النّقل من حينه و كان القبول رضاء بذلك كان معنى امضاء الشّارع للعقد الحكم بترتّب الأثر من حين الأيجاب لأنّ الموجب ينقل من حينه والقابل يتقبّل ذلك ويرضى به.

و دعوى [٣] انّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه .

---

١ ـ لدلالتها على اشتراط نفس الرضا مع ان لازمه جواز التصرف اذا علم المشترى بلحوق الاجازة وسيأتى خلافه وعدم التزام القائلين بالكشف به .

٢ ـ حاصله أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه بل هو نفس النقل مجرداً عن الزمان و انما الزمان من ضرورياته لتوقفه على الزمان فكما أن الفسخ لا يؤثر فى انحلاله من حينه لا من حين العقد فكذلك الاجازة وكما أن القبول لا يقتضى حصول النقل من حين الايجاب فكذلك الاجازة .

٣ ـ حاصله وجود الفرق بين الايجاب والعقد فان الاول ليس سبباً للملك بل هو مع قبوله المعتبر عنه بالعقد فيتوقف تماميته على وجود القبول .

مدفوعة بانّ سببيّته للملك [١] ليست الّا بمعنى امضاء الشّارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مركّباً من نقل فى زمان ورضاء بذلك النّقل كان مقتضى العقد الملك بعد الأيجاب ولأجل ماذكرنا ايضاً لايكون فسخ العقد الّا انحلاله من زمانه لامن زمان العقد فانّ الفسخ نظير الاجازة والرّد لايتعلّق الّا بمضمون العقد وهو النّقل من حينه فلو كان زمان وقوع النّقل ماخوذاً فى العقد على وجه القيديّة لكان ردّه وحلّه موجباً للحكم بعدم الاثار من حين العقد والسّر فى جميع ذلك ما ذكرنا من عدم كون زمان النّقل الّا ظرفاً فجميع مايتعلّق بالعقد من الامضاء والرّد والفسخ انّما يتعلّق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزّمان والحاصل انّه لااشكال فى حصول الأجازة بقول المالك [٢] رضيت بكون مالى لزيد بازاءماله اورضيت بانتقال مالى الى زيد و غيرذلك من الألفاظ التّى لاتعرّض فيها لأنشاء الفضولى فضلاً عن زمانه، كيف وقد جعلوا تمكين الزّوجة بالدّخول عليها اجازة منها ونحو ذلك ومن المعلوم انّ الرّضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى وبتقرير آخر [٣] انّ الأجازة من المالك قائمة

١ـ حاصله انه كما ان الايجاب ليس سبباً للملك فكذلك العقد لايكون الا بشرط الرضاء و حينئذ فكل من القبول والرضاء جزء علة النقل شرعاً وان اختلفا فى كون القبول جزء المقتضى و الرضا شرطاً للاقتضاء .

٢ـ توضيحه ان كفاية قوله : رضيت ونحوه كاشفة عن كون الاجازة مجرد الرضا بالمضمون ولادخل للزمان فيه بل بالنتيجة و الافلا بد ان ياتى بما يدل على الامضاء و الانفاذ لنفس العقد فحينئذ لايدل كون الاجازة متعلقة بمضمون العقد على كونها كاشفة عن وقوع النقل من حين العقد اذا عرفت هذا فاعلم ان قوله ره والحاصل ليس حاصلا لماذكره بل هو ابطال القول بالكشف .

٣ـ هذا تقرير آخر للايراد الاول على الوجه الثانى وحاصله منع دلالة تعلق الاجازة بمضمون العقد من باب كون الرضا شرطاً ومضمون العقد مشروطاً اوكون الاول جزء السبب و الثانى جزئه الاخر فلايدل مجرد تعلق الاول بالثانى على حصول النقل بالثانى وكون الاول كاشفاً عنه .

مقام رضاه واذنه المقرون بانشاء الفضولي اومقام نفس انشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الأبعد الأجازة فهي امّا شرط اوجزء سبب للملك وبعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضيّ به والمفيد من حيث انّه مقيد لا يوجد الأبعد القيد ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيّد المجرّدة عن القيد وثانياً انّا لو سلّمنا[1] عدم كون الأجازة شرطاً اصطلاحيّاً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط ولا جزء سبب و انّما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السّابق وجاعلة له سبباً تامّاً حتّى كانّه وقع مؤثّراً فيتفرع[2] عليه انّ مجرّد رضاء المالك بنتيجة العقد اعني محض الملكيّة من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليس باجازة لأنّ معنى اجازة العقد جعله جايزاً نافذاً ماضيًا لكن نقول لم يدلّ دليل على امضاء الشّارع لأجازة المالك على هذا الوجه[3] لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النّذر ومن المعلوم انّ المالك لا يصير عاقداً او بمنزلته الأبعد الأجازة فلا يجب الوفاء الأبعدها ومن المعلوم انّ الملك الشّرعي يتبع الحكم الشّرعي فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

وممّا ذكرنا يعلم عدم صحّة الأستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى انّ الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه هو الألتزام بالنّقل من حين العقد وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ، فانّ الملك ملزوم لحليّة التّصرف[4] فقبل الأجازة لا يحلّ

---

١ ـ حاصله انه سلمنا كون الاجازة انفاذاً للعقد السابق الذى مقتضاه النقل من حينه الا انه لادليل على صحة هذه الاجازة الا العمومات و هى لاتشمله الا بعد أن يكون العقد عقداً الذى لا يصير عقداً الا بعد تحقق الاجازة وقبل الشمول لا يكون ملكاً و مادام ليس ملكاً فلا مكشوف عن الملك فحينئذ لا يعقل أن تكون الاجازة كاشفة.

٢ ـ هذا نتيجة اخذ التأثير فى العقد فى مفهومها.

٣ ـ يعنى بناء على جعل العقد السابق ماضياً من حين صدوره فكانه صدر مؤثراً.

٤ ـ لماذكرنا من ان الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى من جهة ان الملكية

التصرف خصوصا اذا علم عدم رضاء المالك باطناً او ترددّه فى الفسخ والامضاء وثالثا سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى اعنى جعل العقد السابق جايزاً ماضياً بتقريب ان يقال انّ معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤدّاه العرفى[1] فاذا صار العقد بالأجازة كانّه وقع مؤثّرا ماضياً كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتّب الآثار من حينه فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه، لكن نقول بعد الاغماض عن انّ مجرّد كون الأجازة بمعنى جعل العقد السابق جايزاً نافذاً لايوجب كون مقتضى العقد ومؤدّاه العرفى ترتّب الاثر من حين العقد كما انّ كون مفهوم القبول رضاء بمفهوم الأيجاب و امضاء له لايوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الأيجاب فتامّل[2] انّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشىء عمّا وقع عليه فاذا دلّ الدليل الشرعى على امضاء الأجازة على هذا الوجه الغير المعقول فلابدّ من صرفه بدلالة الأقتضاء الى ارادة معاملة العقد بعد الأجازة معاملة العقد الواقع مؤثّراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشترى و ان كان اصل الملك قبل الأجازة للمالك و وقع النّماء فى ملكه و الحاصل انّه يعامل بعد الأجازة معاملة العقد الواقع مؤثّراً من حينه بالنّسبة الى ما امكن من الآثار وهذا نقل حقيقىّ فى حكم الكشف من بعض الجهات و

انما تنتزع من التكليف بوجوب الوفاء و حرمة التصرف و نحوهما فلا يمكن اعتبار الملكية فى زمان قبله.

١ ـ الذى هو النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه من حين وقوع العقد.

٢ ـ لعله اشارة الى الفرق بين الايجاب الملحوق بالقبول و العقد الملحوق بالاجازة لعدم كون الايجاب تاماً فى الدلالة على انتقال المال الى المشترى بخلاف العقد الملحوق بالاجازة.

سيأتى الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقى و لم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف الا الاستاذ شريف العلماء [١] فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته والافظاهر كلام القائلين بالكشف ان الأنتقال فى زمان العقد و لذا عنون العلامة ره فى القواعد مسئلة الكشف و النقل بقوله و فى زمان الأنتقال اشكال فجعل النزاع فى هذه المسئلة نزاعاً فى زمان الأنتقال و قد تحصل مما ذكرنا ان كاشفية الأجازة على وجوه ثلثة: [٢] قال بكل منها قائل.

احدها وهو المشهور الكشف الحقيقى والتزام كون الأجازة فيها شرطاً متأخراً و لذا اعترضهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة بان الشرط لايتأخر و الثانى الكشف الحقيقى و التزام كون الشرط تعقب العقد بالأجازة [٣] لانفس الأجازة فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الأجازة [٤] لوعلم تحققها فيما بعد. الثالث الكشف الحكمى [٥] و هو اجراء

١ـ ذكره صاحب الجواهر ايضاً ثم اورد عليه بانه يستلزم اجتماع مالكين على مال واحد فى زمان واحد.

٢ ـ ذكرها فى المتن.

٣ـ بان ينتزع عنوان التعقب و المسبوقية عن نفس العقد فيكون العقد الموصوف بهذا الوصف هو المؤثر التام لاالاجازة بوجودها الخارجى و هو ما اشار اليه صاحب الفصول فى بحث مقدمة الواجب و اخوه شيخ المحققين.

٤ ـ و هو المناسب مما ذكره المحقق الرشتى فى اجارته من ان الشرط هو الرضا التقديرى من المالك بمعنى انها تكشف عن رضا المالك لو التفت الى العقد و الاجازة كاشفة عنه كما يكشف عنه شاهد الحال من جهة أن الرضا المعتبر فى العقد هو الاعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى و جعله بعضهم من اقسام الكشف ايضاً.

٥ ـ و هو ايضاً قسمان احدهما ما ذكره المصنف و ثانيهما هو كون الاجازة شرطا و مؤثرة من حين وجودها الا ان تأثيرها انما هو فى السابق بمعنى انها تقلب العقد مؤثراً من الاول و لعله الكشف الانقلابى.

احکام الکشف بقدر الأمکان مع عدم تحقق الملك فی الواقع الا بعد الأجازة و قد تبین من تضاعیف کلماتنا ان الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثم بعده الکشف الحکمی واما الکشف الحقیقی مع کون نفس الأجازة من الشروط فاتمامه بالقواعد فی غایة الأشکال[1] ولذا استشکل فیه العلامة فی عدو لم یرجحه المحقق الثانی فی حاشیة الأرشاد بل عن الأیضاح اختیار خلافه تبعاً للمحکی عن کاشف الرموز و قواه فی مجمع البرهان و تبعهم کاشف اللثام فی النکاح هذا بحسب القواعد و العمومات و اما الأخبار فالظاهر من صحیحة محمدبن قیس الکشف[2] کما صرح به فی س و کذا الأخبار[3] التی بعدها لکن لاظهور فیها للکشف بالمعنی المشهور فیحتمل الکشف الحکمی .

نعم صحیحة ابی عبیدة الواردة فی تزویج الصغیرین فضولاً الآمرة بعزل المیراث من الزوج المدرك الذی اجاز فمات الزوجة الغیر المدرکة حتی تدرك و تحلف ظاهر فی قول الکشف[4] اذلو کان مال المیت قبل اجازة الزوجة باقیة

١ـ لعدم معقولیة الشرط المتأخر للملکیة .

٢ـ یعنی الکشف الحقیقی و وجه الظهور ظهور الروایة فی أخذ المشتری ولده و لم یغرم شیئاً مع أن مقتضی النقل کون الولد لمالك الجاریة لکونه نماء ملکه او غرامته له قیمة الولد لو کان الوطی عن شبهة.

٣ ـ کروایة عروة حیث ان النبی (ص) اقره علی صحة البیع الاول مع وضوح فساده علی النقل و غیرها من الروایات کروایات المضاربة و الاتجار بمال الیتیم التی یاتی بیانها فی ثمرة الکشف و النقل .

٤ ـ یعنی الکشف الحقیقی لان المقصود من الاجازة الازدواج لاالتوارث و لذا امر بحلف الزوجة فانها لوکانت دالة علی الکشف الحکمی لکانت دالة علی لزوم ترتیب الاثار الممکنة من الزوجیة و هی لیست الا الوراثة بعد موت الزوج و العزل بدون اذن الوراث مناف لسلطنتهم بخلاف الکشف الحقیقی فلا یکون منافیاً

على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على اموالهم فاطلاق الحكم بالعزل منضماً الى عموم الناس مسلطون على اموالهم يفيدان العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة فى الواقع فكانه احتياط فى الاموال قد غلبه الشارع على اصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل وجعله اكثر مايحتمل.

بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل فنقول اما الثمرة على الكشف الحقيقى بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له فقد يظهر فى جواز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه [1] بانشاء الفضولى اذا علم اجازة المالك فيما بعد و اما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الاجازة شرطا يظهر فى مثل ماذا وطأ المشترى الجارية قبل اجازة مالكها فاجاز فان الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهراً لاصالة عدم الاجازة حلال واقعاً لكشف الاجازة عن وقوعه فى ملكه [2] و لو اولدها صارت

لتردد المال بين كونه ملكا للزوجة و ملكا للوارث فيكون فى عزله تقديم احتمال كونه ملكا للزوجة احتياطا فى المال و هو و ان كان منافيا لاصالة عدم الاجازة لكنه لايختص بالكشف بل جار على النقل ايضا و اذا ثبت فى النكاح فيتعدى الى البيع بتنقيح المناط القطعى و بعدم القول بالفصل.

١ـ يعنى يظهر فى جواز التصرف بناء على الثانى و عدم جوازه بناء على الاول و ذلك لان وصف التعقب يتحقق بمجرد العلم باجازة المالك فيما بعد وكذلك بناء على النقل لان الكشف الحكمى نقل حقيقى من حين الاجازة وذلك لعدم انتقاله حينئذ فيكون تصرفاً فى مال الغير .

٢ـ بخلاف الكشف الحكمى والنقل فالوطى بناء عليهما حرام واقعاً وظاهراً فيكون الواطى فاسقاً ويستحق التعزير والعقاب على القول بثبوتها للمتجرى وكذلك بناء على الكشف الحقيقى مع كون نفس الاجازة شرطاً الذى هو ظاهر المصنف حيث قال ره بكونه حرام ظاهراً ولاكذلك بناء على الكشف الحقيقى على الوصف الانتزاعى لحصول ←

ام ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك ويحتمل عدم تحقق الاستيلاد على الحكمى لعدم تحقق حدوث الولد[1] فى الملك وان حكم بملكيته للمشترى بعد ذلك ولو نقل المالك[2] ام الولد عن ملكه قبل الاجازة فاجاز بطل النقل على الكشف الحقيقى لانكشاف وقوعه فى ملك الغير[3] مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد وبقى[4] صحيحاً على الكشف الحكمى و على المجيز قيمتها لانه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل كما فى الفسخ[5] بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم و ضابط الكشف

الانتزاع بمجرد العلم بالتعقب خلافا لظاهر بعض الفقهاء من تجويزهم التصرف ظاهراً على الكشف مطلقا كما انه لا حد عليه ولا يكون الولد رقا على جميع التقادير لان الرقية ووجوب الحد من آثار عدم جواز الظاهرى والواقعى معا فيجب عليه الحد حينئذ ولا يكون الولد حراً بناء على النقل ولا يكون ام ولد بل قيل لا يلحق له الولد لانه زان لعدم كونها ملكا الا بعد الاجازة حينها.

١ـ يعنى لعدم حدوث الولد فى ملكه لوقوع الوطى فى ملك غيره لان مقتضاه اجراء احكام ملك الغير عليها الى زمان الاجازة.

٢ـ ولو نقل المالك الاصلى ام ولد الفضولى عن ملكه وأجاز البيع الاول بعد نقل ام الولد والظاهر أن هذا وقع جاهلا بالعقد الفضولى اذ مع العلم يكون البيع الثانى رداً للبيع الاول.

٣ـ الذى هو المشترى الثانى.

٤ـ اى النقل بالبيع الثانى.

٥ـ حاصله أن الجمع بين الحكم بصحة النقل وصحة الاجازة عند التزاحم يقتضى الانتقال الى القيمة فيضمن المجيز القيمة لان نقله للمال اتلاف له على مالكه نظير النقل قبل فسخ ذى الخيار هذا ولكن الظاهر كما فى بعض النسخ سقوط لفظ الام وكون العبارة هكذا ولو نقل المالك

الحكمي[1] الحكم بعد الاجازة بترتب آثار ملكية المشترى من حين العقد فان ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل اجازته كاتلاف النماء و نقله و لم يناف الاجازة جمع بينه وبين مقتضى الاجازة بالرجوع الى البدل و ان نافى الاجازة كاتلاف العين عقلا او شرعاً كالعتق فات محلها مع احتمال الرجوع الى البدل وسيجيء .

ثم انهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع منها النماء فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل اليه العين و على النقل لمن انتقلت عنه و للشهيد الثانى فى الروضة عبارة[2] توجيه المراد منها كما فعله بعض

الولد عن ملكه لتراكم الاشكالات على بيعه ام الولد حيث ان مقتضى التزاحم التساقط لا الرجوع الى القيمة مع أنه لا تعارض هنا لكون احد الدليلين سببا لفقد الموضوع للاخر فلا يبقى محل للاجازة حينئذ بالنسبة الا الام وهذا بخلاف ما لو اسقط لفظ الام لان بيع الولد لا يوجب عدم بقاء محل الاجازة بالنسبة الى الام فاذا باعه المالك واجاز عقد الفضولى الواقع على الام فيجمع بين نفوذ البيع وصحة اجازته فاذا حكم بترتيب الاثار الممكنة من حين العقد فمن الاثار النماء وهو الولد لانه تابع للعين فيصح نقل الولد ويجب قيمته على المجيز لاتلافه الموجب لضمان النماء التالف بالبدل نعم يبطل العقد على النماء ايضا على الكشف الحقيقى لكشف الاجازة عن كون النماء ايضا كالعين كان ملكا للغير حين العقد لكونه للمجاز له تبعاً لانه حدث فى ملكه لان ملكية النماء ليس لانشاء معاملى فى عرض العين او فى طولها بل انما هى لحكم شرعى او عقلائى تبعى .

١ـ الظاهر أن القائل بالكشف الحكمى جمع بين الكشف الحقيقى والنقل فهو برزخ بينهما لان القائل بالحقيقى قائل بعدم دخل الاجازة فى السبب الناقل كسائر الاجزاء والشرائط بل هى راجعة الى انفاذ العقد والقائل بالنقل يقول بمدخلية الاجازة فى سببية السبب.

٢ـ وهى هذه وتظهر الفائدة فى النماء فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشترى ونماء الثمن المعين للبايع واوجعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

اولى[1] من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر[2] و منها ان فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الاخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف بمعنى انه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الاصيل كفسخ الموجب قبل قبول القائل فى كونه ملغياً لانشائه السابق بخلاف مالو جعلت كاشفة فان العقد تام من طرف الاصيل غاية الامر تسلط الاخر على فسخه وهذا مبنى على ماتسالموا عليه من جواز ابطال احد المتعاقدين لانشائه قبل انشاء صاحبه بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض فى الهبة والوقف والصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الابطال على القول بالنقل معللا بان ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الاخر من احكام الوضع لامدخل لاختيار المشترى فيه وفيه [3] ان الكلام فى ان عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط فانضمام الجزء الاخر من دون تحقق الشرط غير مجد فى وجود المسبب

---

١ ـ فرض الكلام فيما لو كان الطرفان فضوليين فيكون المعنى حينئذ أن كل واحد من نماء الثمن والمثمن للمالك الذى هو مجيز ليكون التعرض لحكم كل من النمائين ويكون المراد المالك جنسه او العهد نعم ليس فيه تعريض على نماء مال الاصل لكونه معلوماً بالمقايسة لكونه مسلطاً بنفسه و مختارا فيكون النماء للمالك او يقال أن نماء المبيع للمالك المجيز اذا كان الفضولى من طرفه ونماء الثمن للمالك المجيز اذا كان الفضولى من طرفه.

٢- كصاحب مفتاح الكرامة حيث فسر المالك المجيز بالبايع اذا كان الفضولى من طرفه ووجه كون نماء المبيع له لانه بعد لم ينتقل عنه ووجه كون نماء الثمن له فلان المشترى الاصيل الذى هو مالك الثمن قد سلط البايع عليه وعلى مايتبعه من النماء مثل ماقالوا فى دفع المشترى الثمن الى البايع الغاصب مع علمه بانه غاصب .

٣- اى فى هذا الاعتراض الذى متوجه على التسالم الذى هو اجماعى فى الحقيقة اشكال بانه حينئذ يرجع الى أن عدم تخلل الفسخ من الاصيل هل شرط فى صحة العقد ام لا فيتمسك باطلاق اوفوا بالعقود ونحوه .

فالاولى فى سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ باطلاقات صحة العقود ولزومها و لايخلو عن اشكال[1] ومنها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناءعلى النقل[2] و ان قلنا بان فسخه غير مبطل لانشائه فلو باع جارية من فضولى جازله وطيها وان استولدها صارت ام ولد لانها ملكه و كذا لو زوجت نفسها من فضولى جازلها التزويج من الغير فلو حصل الاجازة فى المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا و الحاصل ان الفسخ القولى و ان قلنا انه غير مبطل لانشاء الاصيل الا ان له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الاجازة فينفسخ العقد بنفسه بذلك.

و ربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول ايضا و لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حق الاصيل[3] و ان لم يجب فى الطرف الاخر وهو الذى يظهر من المحقق الثانى فى مسئلة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال لايجوز للبايع و لاللغاصب التصرف فى العين لامكان الاجازة سيما على القول بالكشف انتهى.

١- لانه ولوقلنا بان الايجاب بدون القبول عقد الاانه لوشك فى هدم الفسخ عقديته لايكون مورداً للتمسك باطلاق اوفوا للشك فى صدق العقد عليه حينئذ فيكون من التمسك بالعام فى الشبهة الموضوعية.

٢- اعلم أن الاقوال فى هذه المسئلة ثلاثة الجواز مطلقا وعدمه مطلقا والتفصيل فيجوز على القول بالنقل ولايجوز على القول بالكشف مع كون الشرط نفس الاجازة لكون العقد السابق بنفسه تاماً مؤثراً لاتعقب العقد بالاجازة وهذا مختار جماعة منهم المصنف وذلك لعدم الفرق بين الفسخ القولى والفعلى ولكون الوفاء متعلقاً بنتيجة الفعل وظاهر المصنف عدم الفرق فى جواز التصرف بين العلم بلحوق الاجازة وعدمه وبين صورة الشك فيهما ايضاً.

٣- بناء على استفادة الحكم التكليفى من او فوا الدالة على أن كل منشئ و معاهد ملزم بانشائه وعهده.

وفيه ان الاجازة على القول بالنقل له مدخل فى العقد شرطا او شطراً فمالم يتحقق الشرط او الجزء لم يجب الوفاء على احد المتعاقدين لان المامور بالوفاء هو العقد المقيد الذى لايوجد الا بعد القيد و هذا كله على النقل و اما على القول بالكشف فلايجوز التصرف[1] فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيدالعميدى والمحقق الثانى و ظاهر غيرهم و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف لان مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لايقدح فى السلطنة الثابتة له و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا[2]

نعم اذا حصل الاجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال الى المجيز فياخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه قال نعم لوعلم باجازة المالك لم يجز له التصرف انتهى اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء[3] وجوبه على الاصيل[4] و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى باجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك ومن هنا يظهر انه لافائدة فى اصالة عدم الاجازة [5] لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالاجازة لعدم احراز الشرط مع

١- يعنى ظاهراً لاصالة عدم الاجازة واصالة عدم الانتقال الملازمة بعدم جواز تصرف الاصيل فيما انتقل اليه وجوازه فيما انتقل عنه واما الحكم الواقعى فجواز التصرف وعدمه فيما انتقل عنه واليه دائر مدار تعقب الاجازة و عدمه واقعاً .

٢- اى سواء قيل بالنقل او بالكشف.

٣- بعد عدم الشك فى كون هذا العقد مندرجاً تحت العقد الصحيح الذى يجب الوفاء به .

٤- كما يجب عليه الالتزام فى النكاح باحكام المصاهرة كحرمة تزويج الخامسة وتزويج الام والاخت ونحوها بل وحرمة التصرف فيما انتقل عنه بمقتضى العقد .

٥- يعنى اذا كان الوفاء واجباً مع العلم بعدم الاجازة فيجب بالاصل بطريق اولى.

الشك[1] فلايجب الوفاء به على احد من المتعاقدين واما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتاخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاما فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقق فيجب على الاصيل الالتزام به[2] و عدم نقضه الى ان ينقض فان رد المالك فسخ العقد من طرف الاصيل كما ان اجازته امضاء له من طرف الفضولي و الحاصل انه اذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شيء شرطا او شطراً حرمة نقضه على الاصيل مطلقا[3] فكل تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جايز و من هنا[4] تبين فساد توهم ان العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه لان مقتضى العقد مبادلة المالين

١- و ذلك لعدم تحقق شرط العقد الموجب لعدم تحقق السبب التام للملك بناء على مذهبه .

٢- لايخفى أن ماذكره المصنف هنا من عدم كون العقد مقيداً و كونه تاماً بناء على الشرط المتأخر فيجب الوفاء على الاصيل مناف لماذكره في اول الثمرات من أنه لايجوز التصرف بناء على الشرط المتأخر ولو مع العلم بتعقب الاجازة .

٣- يعني سواء علم بتعقبه بالاجازة من المالك او علم بعدمه اولم يعلم احد هما .

٤- اى من كون مقتضى العموم حرمة نقض العقد يتبين فساد التوهم و حاصل التوهم دعوى عدم الانفكاك بين التصرف فيما انتقل عنه وبين ما انتقل اليه فان حرم الاول جاز الثاني و ان حرم الثاني جاز الاول فلايجوز التفكيك بينهما لمقتضى المبادلة وحاصل توضيح الفساد دعوى الانفكاك بتقريب أن موضوع الوجوب هو الوفاء وموضوع الحرمة هو النقض ومعلوم أن الاول نقض وترك للوفاء فيحرم دون الثاني فالدليل على الحرمة اصالة عدم الانتقال لاعموم الاية .

فحرمة التصرف فى ماله مع حرمة التصرف فى عوضه ينافى مقتضى العقد اعنى المبادلة توضيح الفساد ان الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطى عنه و هذا لايدل الا على حرمة التصرف فى ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل و اما دخول البدل فى ملكه فليس مما التزمه على نفسه بل مما جعله لنفسه و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه و اما قيد كونه بازاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه وان كان داخلا فى مفهوم المبادلة فلو لم يتصرف فى مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة فالمرجع فى هذا التصرف فعلا وتركا الى ما يقتضيه الاصل وهى اصالة عدم الانتقال.

و دعوى ان الالتزام المذكور انما هو على تقدير الاجازة و دخول البدل فى ملكه فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فى المال المنذور قبل تحقق الشرط اذا لم يعلم بتحققه فكما ان التصرف حينئذ لايعد حنثاً فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الاجازة لايعد نقضاً لما التزمه اذلم يلتزمة فى الحقيقة الامعلقا.

مدفوعة بعد تسليم[1] جواز التصرف فى مسئلة النذر المشهورة بالاشكال ان الفرق بينهما ان الالتزام هنا غير معلق على الاجازة وانما التزم بالمبادلة متوقعا للاجازة فيجب عليه الوفاء به و يحرم عليه نقضه الى ان يحصل ما يتوقعه من الاجازة او ينتقض التزامه برد المالك ولاجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعد من

---

١ ـ مدفوعة صغرى و كبرا اما الصغرى فاشار اليه بقوله بعد تسليم يعنى لانسلم جواز التصرف فى المنذ ورسيما فيما اذا قصد فيه القربة ولاسيما نذر النتيجة واما كبرى فلوجود الفرق بينهما بان النقل فى النذر معلق على الشرط فقبل حصوله لم يوجد السبب بخلاف المقام فان العقد فى طرف الاصيل غير معلق على شرط وشيء بل هو التزم بالنقل منجزاً على نفسه فيجب عليه القيام بما التزم فلايبقى شيء الارضاء المالك وهو غير مربوط به فلايجوز له التصرف فيما نقل عن ملكه والاكان ناقضاً للعهد الذى عهده.

التصرفات منافياً لما التزمه الاصيل على نفسه دون غيرها قال في عد في باب النكاح و لو تولى الفضولي احد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة فان كان زوجاً حرمت عليه الخامسة [1] و الاخت والام و البنت الا اذا فسخت على اشكال في الام [2] وفي الطلاق نظر [3] لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة و ان كانت زوجة [4] لم يحل لها نكاح غيره الا اذا فسخ والطلاق هنا معتبر انتهى وعن كشف

١ـ ان كان المعقود عليها فضولا رابعة .

٢ـ فلا يجوز العقد على الام بعد الفسخ ايضاً لصدق ام الزوجة عليها بمجرد العقد لعدم دوران حرمتها مدار الدخول والزوجية بخلاف البنت والاخت فان البنت يحرم بالدخول على الام والاخت يحرم بالجمع بينهما و بين اختها الاخرى والفرض عدم الدخول وعدم الجمع بالفسخ لكن ذلك من جهة احتمال ان يكون الفسخ مؤثراً من حينه في حل العقد لا من الاصل ليكون العقد كان لم يقع فتحل الام بذلك فكان حال الفسخ حال الطلاق في عدم حل الام بذلك.

٣ـ قال المحقق الثاني: في شرح العبارة اى في الطلاق بالنسبة الى افادته اباحة نكاح الاخت و البنت في الصورة المذكورة نظر ينشأ من وجوب ترتب طلاق المعتبر على نكاح لازم و هو منتف هنا فلا يكون الطلاق الواقع في الصورة المذكورة معتبراً في نظر الشارع فلا يفيد اباحة المصاهرة في المذكورات فيبقى التحريم كما كان الى أن يحصل الفسخ من الزوجة او الاجازة ثم الطلاق منه بعدها ومن انه طلاق صدر من اهله في محله و ذلك لان الموقع له كامل و الزوجية قد ثبت من طرفه فان ذلك هو المفروض فوجب أن يترتب عليه مقتضاه وذلك اباحة نكاح الاخت والبنت.

٤ـ قال المحقق الثاني في شرحه اما الحكم الاول فمعلوم مما سبق فان الاجازة لما كانت كاشفة كان النكاح حينئذ واقعاً وقد وقع العقد فلا يحل لها نكاح غيرها واما الحكم الثاني فلان تحقق كمالية العقد انما يكون باجازة الزوج والاجازة امر ممكن بالنسبة اليه فاذا صدر منه طلاق تعين حمله على كونه طلاقاً شرعياً ولا يكون شرعياً الا اذا كان العقد كاملا وكماليته انما تكون من قبله فوجب الحكم بها وتقييده بقوله هنا يشعر بان←

اللّثام نفى الاشكال [1] و قدصرّح ايضاجماعة بلزوم النّكاح المذكور من طرف الاصيل و فرعوا عليه تحريم المصاهرة و امّا مثل النّظر الى المزوجة فضولا و الى امّها مثلاً و غيره ممّالايعد تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه فهوباق تحت الاصول لان ذلك من لوازم علاقة الزّوجية الغير الثابتة بل المنفية بالاصل فحرمة نقض العاقد لماعقد على نفسه لايتوقف على ثبوت نتيجة العقد اعنى علاقة الملك او الزّوجيّة بل ثبوت النّتيجة تابع لثبوت حرمة النّقض من الطّرفين .

ثم ان بعض متاخرى المتاخرين [2] ذكر ثمرات اُخر لاباس بذكرها للتنبيه بها و بما يمكن ان يقال عليها .

منهامالو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر اوبعروض كفربارتداد فطرىّ او غيره [3] مع كون المبيع عبداً مسلماً اومصحفا فيصحّ حينئذ على الكشف دون النّقل [4] وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول [5] بتلف اوعروض نجاسة له مع ميعانه الى غير ذلك و فى مقابله مالو تجددت القابلية قبل الاجازة

←النظر السابق فى كون الطلاق معتبراً و عدمه و هو المعنى الاول انتهى وكلامه ره يدل على أن البناء على حرمة المصاهرة ليس للزوم الوفاء بل لامر آخر.

١ـ يعنى فى تحريم المصاهرة من طرف المباشر.

٢ـ هو الشيخ جعفر فى شرحه على القواعد .

٣ـ يعنى الملى لانه يملك كل شيء الا العبد المسلم و المصحف بخلاف الفطرى فلايملك شيئا اصلا و لافرق فى عروض احدها على المالك اوالفضولى و تخصيصه بالاصيل كما فى بعض الحواشى لاوجه له.

٤ ـ لان الاجازة على القول بالنقل مقوم لمفهوم العقد و دخيل فى مفهومه فيعتبر فيهامايعتبر من الشرائط فى العقد دونهاعلى القول بالكشف و المراد بالكشف ، الكشف الحقيقى لاالحكمى.

٥ـ اى المال المنقول عوضاً و معوضاً منهما .

بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدوّ صلاحها بعد العقد قبل الأجازة و فيما قارن العقد فقد الشّرط ثمّ حصلت و بالعكس.

و ربّما يعترض[1] على الأوّل بامكان دعوى ظهور الادلّة فى اعتبار استمرار القابليّة الى حين الاجازة على الكشف فيكشف الأجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرّاً الى حين الأجازة.

و فيه انه لاوجه لاعتبار استمرار القابلية و لااستمرار التّملّك المكشوف عنه بالأجازة الى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله فانّهم صرّحوا بانّ اجازة الاوّل توجب صحّة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الاوّل مستمرّاً و كما يشعر بعض اخبار[2] المسئلة المتقدّمة حيث ان ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حيوة المتعاقدين حال الاجازة مضافاً الى فحوى خبر تزويج الصّغيرين الّذى يصلح ردّاً لما ذكر فى الثّمرة الثّانية اعنى خروج المنقول عن قابليّة تعلّق انشاء عقد او اجازة به لتلف و شبهه فانّ موت احد الزّوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد مضافاً الى اطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النّبىّ صلى الله عليه وآله وسلم عن موت الشّاة او ذبحه و اتلافه نعم ما ذكره اخيراً من تجدد القابليّة بعد العقد[3] حال الاجازة لايصلح ثمرة للمسئلة لبطلان العقد ظاهراً على القولين و كذا فيما لو قارن العقد

١ـ هو صاحب الجواهر.

٢ـ يعنى أن مستند الحكم ليس اخبار الموت فقط بل هى العمومات التى مرت فى المسئلة المتقدمة نعم لوكان المدرك اخبار الموت كان يمكن القول بالصحة باجازة وارثه بعد موته مطلقا كشفا و نقلا لو قلنا بانتقالها الى الورثة.

٣ ـ المراد من تجدد قابلية المالك هو ماكان كافراً فاسلم قبل الاجازة و وجه بطلان الثمرة و العقد هو لتجمد بظاهر الادلة على اشتراط الاسلام كسائر الشروط.

فقد الشرط و بالجملة فباب المناقشة و ان كان واسعاً[1] الا ان الارجح فى النظر ما ذكرناه .

و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات[2] و حق الشفعة و احتساب مبدء الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان والنذور المتعلقة بمال

١ـ مثل أنه لابد من ملاحظه ادلة الشرائط وأن الثمرة تظهر فى قسم لافى قسم آخر و مثل انه لوكان العارض تلف العوض فان كان التالف مال الاصيل فاجاز المالك صح على الكشف دون النقل و اما لوكان التلف قبل القبض يكون التلف من مال المالك فلا تترتب فيها ثمرة عملية الا ان يكون له نماء فتترتب الثمرة حينئذ لان النماء يكون لمن انتقل اليه وان كان التالف مال المجيز بطل على القولين لان التلف يوجب انقطاع سلطنته فلا مجال لاجازته وان كان الطارى عروض النجاسة فمن جهة أنه ليس موجباً لزوال الملك ولا لانقطاع سلطنته مطلقا صح العقد على الكشف دون النقل كماذكر فى الثمرة من دون فرق بين مال المجيز والاصيل ولو تجددت القابلية فان كانت شرطاً للبيع بالمعنى المصدرى بطل العقد لانتفاء الشرط وان كانت للبيع بمعنى اسم المصدر صح على النقل دون الكشف ودعوى اعتبار استمرار القابلية من زمان العقد الى زمان الاجازة غير ظاهرة المأخذ.

٢- اعلم ان الاحكام المترتبة على ملكية احد المتبايعين تختلف على الكشف والنقل فان خيار المجلس بناء على الكشف يكون المدار فيه على زمان العقد و على النقل على زمان الاجازة وكذلك سائر الخيارات مثل انه اذا اختلف حال المبيع فى الصحة والعيب بحسب زمان العقد والاجازة بان كان صحيحاً فصار معيباً او بالعكس فيختلف الحال فى ثبوت الخيار بناء على الكشف والنقل وكذلك حق الشفعة يتعلق بالعقد على القول بالكشف و بالاجازة على القول بالنقل ويظهر ثمرة القولين فيما لو باع الفضولى حصة احد الشريكين من زيد وقبل الاجازة باع الشريك الاخر حصته من عمرو ثم اجاز الشريك فعلى الكشف يكون حق الشفعة لزيد لانه صار شريكاً للبايع وعلى النقل يصير لعمر ولانه صار شريكاً للمجيز

البايع او المشترى وتظهر الثمرة ايضا فى العقود المترتبة على الثمن او المثمن و سياتى انشاء الله

وينبغى التنبيه على امور الاول ان الخلاف فى كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى[1] و معنى الاجازة وضعاً او انصرافا بل فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و ادلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الادلة الخارجية فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف او الامضاء من حين العقد على القول بالنقل ففى صحتها وجهان[2].

فلزيد الاخذ بالشفعة من عمرو على الكشف ولعمرو الاخذ بالشفعة من زيد على النقل وكذا احتساب مبدء الخيارات فهو يجرى فيما لو كان من قبيل ما يمتد بالزمان كخيار ثلاثة ايام فى الحيوان فيحسب مبدء الثلاثة من حين العقد على الكشف ومن حين الاجازة على النقل وكذا معرفة مجلس الصرف والسلم لان المجلس الذى يعتبر القبض فيه هو مجلس العقد على الكشف ومجلس الاجازة على النقل واما الايمان والنذور ففيما اذا نذر التصدق فى يوم الجمعة وكذا الحلف و اما العقود المترتبة على الثمن و المثمن فسيأتى بيانه انشاء الله فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك فانه لو فرض أن ما بيع فضولا قد باعه المشترى قبل اجازة المالك ثم اجازه فعلى الكشف يصح البيع الاول المجاز ويقع البيع الثانى للمشترى بخلافه على النقل و تظهر الثمرة فى غير ما ذكر ايضاً من تعلق الخمس و الزكوة وفى المعاطاة و غيرها .

التنبيه الاول من تنبيهات الفضولى

١ ـ لان معنى الاجازة هو الرضا بمضمون العقد فانه لم يؤخذ فيه الكشف او النقل حتى ينصرف الى احدهما بل النزاع و الخلاف فى حكمها الشرعى وأن المستفاد من الادلة هل الكشف عن تمامية العقد فى التأثير او الدخالة فيه جزء او شرطاً و ذلك فلو كان النزاع فى مفهومها اللغوى والانصرافى لكان قصد كل من الكشف و النقل صحيحاً حتى مع فرض ظهور فى الاخر لمقتضى قصد كل واحد منهما.

٢ ـ فان كان الوجه فى البناء على النقل امتناع الكشف عقلا بجميع معانيه ←

الثانی انّه یشترط فی الاجازة ان یکون باللّفظ الدّالّ علیه علی وجه الصّراحة العرفیّة کقوله امضیت و اجزت و انفذت و رضیت و شبه ذلك و ظاهر روایة البارقی وقوعها بالکنایة و لیس ببعید اذا اتّکل علیه عرفاً و الظّاهر انّ الفعل[1] الکاشف عرفا عن الرّضا بالعقد کاف کالتّصرف فی الثّمن و منه اجازة البیع الواقع علیه کما سیجیء[2] و کتمکین الزّوجة من الدّخول بها اذا زوّجت فضولا کما صرّح به العلّامة ره و ربما یحکی عن بعض اعتبار اللّفظ بل نسب الی صریح جماعة و ظاهر آخرین وفی النّسبة نظر.

و استدلّ علیه بعضهم من انّه کالبیع فی استقرار الملك و هو یشبه المصادرة[3]

بطلت الاجازة لامتناع مضمونها و ان کان الوجه قصور الادلة عن اثبات الکشف صحت لکن بناء علی کون الاجازة بنفسها موضوعاً لدلیل النفوذ لیکون مقتضاه ثبوت مضمونها و هو ثبوت مضمون العقد من حینه لا من حینها و یمکن بناء الوجهین علی أنه لما قصد النقل و المفروض الکشف او بالعکس فلا یکون مطابقاً للقصد فیبطل وعلی انه لم یکن علی وجه التقیید بل علی وجه الداعی فیصح و الظاهر ان المراد من الصحة الاعم من الصحة علی طبق قصد هما و اصل الصحة بمعنی الاکتفاء بها و عدم الافتقار الی اجازة جدیدة لان غایته ان یکون من قبیل الشرط المخالف للکتاب و السنة و فساد الشرط لا یسری الی فساد المشروط کما یاتی و یحتمل ان نقول بالصحة ان کان علی نحو تعدد المطلوب و بالبطلان ان کان علی نحو وحدة المطلوب .

۱- توضیحه انه هل یکفی فی الاجازة الرضا الباطنی ام لا و مع عدم کفایة الرضا الباطنی هل یکفی الفعل ام لابد من القول و مع عدم کفایة الفعل هل یشترط ان یکون باللفظ الدال علی الاجازة بالصراحة العرفیة ام یکفی الکنایة.

۲- من الادلة الخاصة مضافاً الی عمومات صحة العقود بعد تقییدها بما دل علی اعتبار الرضا.

۳- لان کون الاجازة مثل البیع اول الکلام فالدلیل عین المدعی.

و يمكن ان يوجّه بان الاستقراء فى النّواقل الاختيارية اللّازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللّفظ و من المعلوم انّ النّقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الاجازة .

و فيه نظر [1] بل لولاشبهة الأجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرّضا اذاعلم حصوله من ايّ طريق كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النّصوص فقدعلّل جماعة عدم كفاية السّكوت فى الاجازة بكونه اعمّ من الرّضا فلا يدل عليه فالعدول عن التّعليل بعدم اللفظ الى عدم الدّلالة كالصّريح فيما ذكرنا [2] و حكى عن آخرين انّه اذا انكر الموكّل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لان الحلف يدلّ على كراهتها [3] وذكر بعض: انّه يكفى فى اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها و من المعلوم ان ليس المراد من ذلك انه لايحتاج الى اجازتها بل المراد كفاية السكوت الظّاهر فى الرّضا و ان لم يفد القطع دفعاً للحرج عليها و علينا.

ثمّ انّ الظّاهر ان كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كاكل الثّمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرّضا المدلول عليه به لامن جهة سببية الفعل تعبداً و قد صرح غير واحد بانّه لورضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالاجازة و قد وردفيمن زوجت نفسها فى حال السّكر انّها اذا اقامت معه بعدما

١ـ لعل وجهه مضافاً الى عدم كون حجية الاستقراء مسلماً أن النقل فى المقام انما يستند الى العقد لاالاجازة مع انه لوتم هذا الوجه لكان مقتضاه التفصيل بين اجازة العقد اللازم و الجايز.

٢ـ من كفاية الرضا الباطن حيث ان التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا يدل على انهم لايقصدون من الاجازة ازيد من الرضاء.

٣ـ فاذا كفت الكراهة فى الفسخ كفى الرضا فى الاجازة لمقتضى المقابلة و المراد من الرضاء هو طيب النفس فيغنى عن الانشاء حينئذ .

افاقت فذلك رضاء منها و عرفت ايضا استدلالهم على كون الاجازة كاشفة بان العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك فاذا حصل عمل السبب التام عمله و بالجملة فدعوى الاجماع فى المسئلة دونها خرط القتاد وحينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولى السالمة عن ورود مخصص عليها عدا مادل على اعتبار رضا المالك فى حل ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه اقوى حجة فى المقام مضافا الى ما ورد فى عدة اخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه له عليه و مادل على ان قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه طلق يدل على الرضا بالنكاح فيصير اجازة وعلى ان المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية المولى التى يرتفع بالرضا و مادل على ان التصرف من ذى الخيار رضا منه و غير ذلك .

بقى فى المقام انه اذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازة باللفظ و كفاية مطلق الرضا او الفعل الدال عليه فينبغى ان يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنا للعقد او سابقا فاذا فرضنا انه علم رضا المالك بقول او فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى فى اللزوم لان مايؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق اولى والظاهر ان الاصحاب لايلتزمون بذلك فمقتضى ذلك ان لايصح الاجازة الا بما لو وقع قبل العقد كان اذنا مخرجا للبيع عن بيع الفضولى.

و يؤيد ذلك انه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك لان الكراهة الحاصلة حينه و بعده و لو آناً ما يكفى فى الفسخ بل يلزم عدم وقوع بيع المكره اصلا الا ان يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا[1] و ان كان مجرد الرضا اجازة.

الثالث من شروط الاجازة ان لايسبقها الرد اذ مع الرد ينفسخ العقد فلايبقى

---

١ ـ و ذلك لمقتضى العمومات ايضاً بعد أن الخارج بالاجماع خصوص صورة تخلل الرد بين العقد و الاجازة فيبقى غيرها وهى صورة تخلل الكراهة، تحت العمومات الحاكمة بالصحة و بعبارة اخرى أن رفع العلقة الحاصلة من العقد لما كان على خلاف ←

ما يلحقه الأجازة و الدّليل عليه بعد ظهور الأجماع بل التّصريح به فى كلام بعض مشايخنا انّ الأجازة انّما تجعل[1] المجيز احد طرفى العقد و الاّ لم يكن مكلّفاً بالوفاء بالعقد لما عرفت من انّ وجوب الوفاء انّما هو فى حقّ العاقدين او من قام مقامهما وقد تقرّر انّ من شروط الصّيغة ان لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذّى هو فى معنى المعاهدة هذا مع انّ مقتضى سلطنة النّاس على اموالهم تأثير الرّدّ فى قطع علاقة الطّرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما يلحقه الأجازة فتأمّل[2]. نعم الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة ظاهرة فى صحّة الأجازة بعد الرّدّ اللّهم الاّ ان يقال انّ الرّدّ الفعلى كاخذ المبيع مثلاً غير كاف[3] بل لابدّ من انشاء الفسخ و دعوى انّ الفسخ هنا ليس باولى من الفسخ فى العقود اللاّزمة وقد صرّحوا بحصوله بالفعل بدفعها انّ الفعل الذّى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لامثل اخذ المبيع .

الاصل فلا يعتنى فيه بمجرد الكراهة ما لم يقترن بكاشف بخلاف ابقاء العلقة فانه موافق للاصل فيعتبر مجرد الرضاء و لو عن كاشف .

التنبيه الثالث

١ـ استدل المصنف على اعتبار عدم تخلل الرد بين العقد و الاجازة بامور ثلاثة الاول الاجماع الثانى ما نقل عن بعض مشايخه أن الاجازة يجعل المجيز احد طرفى العقد بمعنى أن الاجازة بمنزلة القبول اذ لولاها لما توجه الامر بالوفاء وتخلل الفسخ ينافى صدق العقد الذى هو بمنزلة المعاهدة والثالث قوله: هذا مع ان مقتضى سلطنته.

٢ـ لعله اشارة الى ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالهبة والبيع و نحوهما لاجميع ماارادة المالك اذ ليست هى مشرعة كما مر ويمكن ان يكون اشارة الى ضعف الوجوه الثلاثة لمنع الاجماع و الفرق بين القبول والاجازة.

٣ـ لعدم القطع بكون اخذ المبيع فى مورد الصحيحة لغرض الرد فلعله كان لغرض آخر مثل : اخذ الثمن و غيره.

و بالجملة فالظاهر هنا و فى جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ فان سلم ظهور الرواية فى خلافه فليطرح او تأول.

الرابع[1] الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله فموضوعها المالك فقولناله ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع و الكل راجع الى ان له ان يتصرف فلو مات المالك[2] لم يورث الاجازة و انما يورث المال الذى عقد عليه الفضولى

التنبيه الرابع

١- توضيحه أن ثبوت الاجازة للمالك ليس من قبيل ثبوت الخيار لذى الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط والانتقال الى الغير بموت و نحوه بل هو من الاحكام الشرعية كجواز البيع و الهبة والصلح لانه نوع من التصرف فى المال و اللام فى قولنا له ان يجيز كاللام فى قولنا له أن يبيع لام التعدية و الظرف لغو متعلق بمثل يجوز و نحوه فمعنى قولنا له ان يجيز البيع هو معنى قولنا يجوز له ان يجيزه كقولنا له ان يبيع الذى هو بمعنى قولنا يجوز له ان يبيع وليست اللام فيه للملك و الظرف مستقر ليكون مدخولها حقاً من الحقوق والفرق بين الحقوق و الاحكام فى غاية الوضوح و الاشكال حكى عن صاحب انوار الفقاهة أن ذلك مما يميزه الفقيه النبيه بذوقه و ليس له معيار كلى و حكى ايضاً عن صاحب الجواهر أن كل ماعبر عنه فى الادلة الشرعية بالحق فهى من الحقوق وكلما لم يعبر عنه بذلك يبنى على كونه حكماً و قال المصنف فى اول البيع فى التمييز بين الحق و الحكم أن الحق هو مايسقط بالاسقاط بخلاف الحكم.

٢- الذى بيعت ارضه فضولا مثلا انتقلت الارض الى غير الزوجة من الورثة و كان لهم ان يجيزوا كما كان لمورثهم و ليس للزوجة حق فى اجازة البيع المذكور لعدم ارثها من الارض بخلاف ما لو قلنا بارث حق الاجازة فانها ترثه حينئذ .

فله الأجازة بناء على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز[1] و المالك حال العقد فيمن باع مال ابيه فبان ميّتاً والفرق بين ارث الأجازة وارث المال يظهر بالتأمّل الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثّمن ولا لاقباض المبيع[2] ولو اجازهما صريحاً اوفهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الأجازة[3] لأنّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثّمن عن عهدة المشترى و مرجع اجازة الأقباض الى حصول المبيع فى يد المشترى برضا البايع فيترتّب عليه جميع الآثار المترتّبة على قبض المبيع[4] لكن ما ذكرنا انّما يصحّ فى قبض الثّمن المعيّن واما قبض الكلّى وتشخصه به فوقوعه من الفضولىّ على وجه تصحّحه الأجازة يحتاج الى دليل معمّم لحكم عقد الفضولى لمثل القبض والأقباض واتمام الدّليل على ذلك لايخلو عن صعوبة[5] وعن المختلف انّه حكى عن الشّيخ انّه لواجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشترى بالثّمن ثمّ

١ـ الذى هو الورثة و المالك هو المورث .

التنبيه الخامس

٢ـ لعدم الملازمة بينهما.

٣ـ اى نفذت .

٤ـ من صحة العقد اوالايقاع المعتبر وانتقال الضمان لجريان الفضولية فى القبض والاقباض وان كانا هما من الافعال الخارجية وليسا من سنخ الانشاء فالمصنف عدل عن ذكر مقام الثبوت الى مقام الاثبات لوضوح قابلية الاقباض والقبض للفضولية فلواجاز المالك الذى بيع ماله فضولا قبض هذا الفضولى كان الفضولى وكيلا فى قبض ماله فيكون بمنزلة نفسه فى قبض الثمن وكذلك لواجاز اقباض الفضولى المبيع الى المشترى ولا يعتبر فيها المباشرة .

٥ ـ لعله من جهة أن صحة عقد الفضولى على خلاف القاعدة صير اليه للاخبار الخاصة وكذلك ان مقتضى القاعدة فى الاجازة النقل فالقول بالكشف للاخبار الخاصة ففى اثبات الفضولية فى القبض و الاقباض يحتاج الى دليل يعمهما هذ اولكن عليه ايضا لا فرق فى قبض العين الشخصية والكلية ولعل الصعوبة فى التعيين.

ضعفه بعدم استلزام اجازة العقد لاجازة القبض و على اى حال فلو كان اجازة العقد دون القبض لغواً[1] كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق كان اجازة العقد اجازة[2] للقبض صوناً للاجازة عن اللغوية و لو قال اجزت العقد دون القبض ففى بطلان العقد او بطلان رد القبض وجهان[3].

السادس الاجازة ليست على الفور[4] للعمومات و لصحيحة محمد بن قيس و اكثر المؤيدات المذكورة بعدها و لو لم يجز المالك و لم يرد حتى لزم تضرر الاصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و اليه على القول بالكشف[5] فالاقوى تداركه بالخيار او اجبار[6] المالك على احد الامرين.

١ـ لعدم جريان دلالة الاقتضاء فى العقود التى لم يكن القبض جزء المؤثر و لا شرطاً لصحتها.

٢ـ ظاهر المصنف عدم الفرق بين كون المجيز عالما بهذا التلازم ام جاهلا و لكن يشكل تمامية دلالة الاقتضاء فى صورة الجهل فلئن صح البيع فى صورة الجهل يصح فيما لم يعقب اجازة العقد بما ينافى صحته بعد فراغ المتكلم عن كلامه.

٣ـ وجه الاول تنافى القصدين مع كونه فى مقام الجد و ان بطلان العقد بالشرط المنافى لمقتضاه مسلم بينهم و انما الاختلاف فى الشرط الفاسد من انه مفسد للعقد ام لا و وجه الثانى احتمال لغوية رد القبض و الاكثر على الاول لما ذكر.

٤ ـ لان الفورية فى خيار الغبن و الشفعة و نحوهما من جهة ان الطبع مجبور على دفع ما يكرهه و الاخذ بما يحبه لانه مع عدم الفورية يكون اما مقدماً على الضرر او مسقطاً لحقه و هذا المعنى لا يجرى فى الفضولى.

٥ـ لانه بناء على النقل لا يتضرر لجواز التصرف فيما انتقل عنه.

٦ـ اى الخيار بالفسخ و الامضاء لقاعدة الضرر و مقابل الاقوى عدم اجبار المالك لانه حكم حرجى عليه و لا حرج فى الدين و يرتفع ضرر الاصيل بالخيار ثم ان هذا كله بناء على لزوم المعاملة على الاصيل كما اختاره المصنف و الا فلا ضرر ايضاً.

السابع هل يعتبر فی صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما اوخصوصا[1] ام لا وجهان الاقوی التفصيل فلو اوقع العقد علی صفقة فاجاز المالك بيع بعضها فالاقوی الجواز لو كانت الصفقة بين مالكين فاجاز احدهما و ضرر التبعض علی المشتری يجبر بالخيار و لواوقع العقد علی شرط فاجازه المالك مجرداً عن الشرط فالاقوی عدم الجواز بناء علی عدم قابلية العقد للتبعيض[2] من حيث الشرط و ان كان قابلا للتبعيض من حيث الجزء و لذا لايؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط و لو انعكس الامر بان عقد الفضولی مجردا عن الشرط و اجاز المالك مشروطا ففی صحة الاجازة مع الشرط اذا رضی به الاصيل فيكون نظير الشرط الواقع فی ضمن القبول اذا رضی به الموجب[3] او بدون الشرط لعدم

السابع من تنبيهات الفضولی مطابقة الاجازة العقد

١ـ لايخفی أن الكلام ليس فيما كان الاختلاف فی اركان العقد كالثمن والمثمن مثلما لو باع الفضولی الفرس فاجاز فی الحمار لعدم تعلق الاجازة بالعقد وانما الكلام فی نحو اختلاف الجزء و الكل فی موضوع متعدد كما لو باع الفرس والحمار فاجاز فی الفرس مثلا او فی موضوع واحد كما لو باع الفرس بدينار فاجاز فی نصفها بنصف دينار و ذلك لكون العقد فی الاول منحلا الی عقدين عرفا فی الفضولی لتعدد الموضوع و الی عقود متعددة فی الثانی و المصنف شبه المقام بما لو كانت الصفقة بين مالكين و لعل حكم المصنف بالاقوی للاشارة الی غير الاقوی و هو ان البيع الشخصی كحيوان خاص لايجوز لذی الخيار اعمال الخيار فی بعضه لعدم انحلاله الی عقود متعددة ولايقع نصف الثمن باذاء نصف المبيع.

٢ـ فيكون من تعدد المعاملة مضافاً الی الخلاف فی أن الشرط الفاسد مفسدام لا لكن المصنف اختار فی باب الشروط عدم الافساد .

٣ـ ولايكون من الشروط الابتدائية لكونه واقعاً بين الايجاب و القبول اوبين العقد و الاجازة.

وجوب الوفاء بالشرط الا اذاوقع فى حيز العقد فلا يجدى وقوعه فى حيز القبول الا اذا تقدم على الايجاب ليرد الايجاب عليه ايضا اوبطلانها لانه اذا لغى الشرط لغى المشروط لكون المجموع التزاما واحداً وجوه اقويها الاخير[1].

و اما القول فى المجيز فاستقصائه يتم ببيان امور الاول يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جايز التصرف[2] بالبلوغ والعقل و الرشد و لو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض[3] ولافرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل[4] الثانى هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد فلايجوز بيع مـال اليتيم لغير مـصلحة و لاينفعه اجازته اذا بلغ اواجازة وليه اذا حدثت المصلحة بعد البيع ام لايشترط قولان اولهما للعلامة فى ظاهر القواعد[5] و استدل له بان صحة العقد والحال هذه ممتنعة فاذا امتنع فى زمان امتنع دائما[6] وبلزوم الضرر على

---

١ ـ لـكون الاجازة مقيدة بـالشرط الذى لم يسلم له وكون المجموع الزاماً واحداً فعدم وجوب الوفاء باحدهما يستلزم عدم وجوب الوفاء بالاخر و ليس من باب تعدد الالتزام و ان الشرط هـو الـلتزام فى الالتزام مضافاً الى أن هذا الـشرط من الـشروط الابتدائية لا المذكور فى متن العقد.

٢ـ لانها نوع من التصرف فى المال فلابد من اجتماع شروط نفوذه حالها.

٣ـ بناء على عدم نفوذ تصرف المريض فى ماله.

٤ـ لان الاجازة تصرف مالى و لوعلى القول بالكشف و هى المؤثر فى حصول النقل فيعتبر فيها ما يعتبر فى التصرف المالى من الشرائط.

٥ـ قال فى القواعد والاقرب كون العقد له مجيز فى الحال انتهى يشكل فرض انتفاء المجيز اذ المال المملوك لابد ان يكون له مجيز اما المالك اوولیه ويحتمل ان يكون المراد اعتبار وجود القابلية للاجازة حال العقد بان لايكون هناك مجيز فعلى نافذ الاجازة حال العقد.

٦ـ يعنى اذا امتنع الصحة حال العقد امتنع الصحة حال الاجازة.

المشترى لامتناع تصرفه فى العين لامكان عدم الاجازة و لعدم تحقق المقتضى[١] و لافى الثمن لامكان تحقق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه .

و يضعف الاول مضافا الى ما قيل من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول اليه عادة[٢] منع ما ذكره من ان امتناع صحة العقد فى زمان يقتضى امتناعه دائماً سواء قلنا بالنقل ام بالكشف واما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورة النقض المذكورة[٣] هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة فى تزويج الصغار فضولا الشاملة لصورة وجود ولى النكاح واهماله الاجازة الى بلوغهم وصورة عدم وجود الولى بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح و انحصار الولى فى الاب والجد والوصى على خلاف فيه[٤] وكيف كان فالاقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكى عن ابن المتوج البحرانى والشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل لم يرجحه غير العلامة ره .

ثم اعلم ان العلامة فى عد مثل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم و حكى عن بعض العامة و هو البيضاوى على ما قيل الايراد عليه بانه لايتم على مذهب الامامية من وجود الامام(ع) فى كل عصر و عن المصنف[٥] قدس سره انه اجاب بان الامام غير متمكن من الوصول اليه .

١ـ المقتضى هو الاجازة الفعلية و لايجدى العلم بتحققها فيما بعد.

٢ـ ولكن فيه أن اجازة الغايب توجب اندراج المعاملة تحت الادلة بخلاف المقام و لعله لذلك اسند الى القيل.

٣ـ يعنى كما ينجبر الضرر بالخيار فى صورة كون المجيز بعيداً امتنع الوصول اليه عادة فكك فى المقام هذا و لكن المصنف لم يتعرض بالخيار فى هذين المقامين فكانه ره اكتفى بما ذكره فى الامر السادس بقوله فالاقوى تداركه بالخيار.

٤ـ اى فى الوصى.

٥ـ يعنى قال شارح القواعد الذى هو الشهيد الاول و عن المصنف الخ .

وانتصر للموردبان نائب الامام وهو المجتهد الجامع للشرايط موجود بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود بل للفساق الولاية على الطفل فى مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار فى غير محله اذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الامام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد والعدول ايضاً فان اريد وجود ذات المجيز[1] فالاولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الامام عليه السلام وان اريد وجوده مع تمكنه من الاجازة فيمكن فرض عدمه فى المجتهد و العدول اذا لم يطلعوا على العقد فالاولى ما فعله فخرالدين و المحقق الثانى من تقييد بيع مال اليتيم بما اذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام ايضا الى اشتراط امكان فعلية الاجازة من المجيز[2] لا وجود ذات من شانه الاجازة فانه فرض غير واقع فى الاموال[3]

الثالث لايشترط فى المجيز كونه جايز التصرف حال العقد سواء كان عدم التصرف لاجل عدم المقتضى او للمانع وعدم المقتضى قد يكون لاجل عدم كونه مالكا ولا ماذونا حال العقد وقد يكون لاجل كونه محجوراً عليه لسفه او جنون اوغيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدون اذن المرتهن ثم فك الرهن فالكلام يقع فى مسائل .

---

١ ـ حاصله انه ان كان المراد من قول العلامة وجود ذات المجيز فلايصح للمنتصر التسليم بهذا الجواب لكون ايراد المعترض وارداً على العلامة حينئذ و ان كان مراد العلامة وجود الامام مع قيد التمكن من الاجازة فيندفع الاعتراض حينئذ بهذا الجواب .

٢ ـ و ذلك لان الولى اذا كان فعله بدون المصلحة فى مال اليتيم يصير غير جائز الاجازة حال العقد فلا اجازة فعلية من اليتيم فلو حكم ببطلان بيع الفضولى فى هذا الفرض كان معناه اشتراط امكان فعلية الاجازة من المجيز.

٣ـ لما ذكرنا من أنه لامحالة يكون للاموال مجيز اما المالك أوولیه ويمكن ان يكون احترازاً عن غير الاموال كما فى نكاح الصغير حيث قد لايوجد ذات المجيز من الاب والجد والوصى وقلنا بعدم الولاية لغيرهم لعدم اجازة فعلية حين العقد.

الاولى ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جايز التّصرف لحجر والاقوى صحة الاجازة[١] بل عدم الحاجة اليها اذا كان عدم جواز التّصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فانه لاحاجة الى الاجازة[٢] كما صرح به فى التذكرة الثّانية ان يتجدّد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البايع او غيره لكن عنوان المسئلة فى كلمات القوم هو الاول و هو ما لو باع شيئاً ثمّ ملكه و هذه تتصور على صور لانّ غير المالك اما ان يبيع لنفسه او للمالك و الملك اما ان ينتقل اليه باختياره كالشّراء او بغير اختياره كالارث ثمّ البايع الذّى يشترى الملك اماّ ان يجيز العقد الأوّل و اماّ ان لا يجيزه فيقع الكلام فى وقوعه للمشترى الاول بمجرد شراء البايع له والمهم هنا التعرض لبيان مالو باع لنفسه ثمّ اشتريه من المالك واجاز ومالو باع و اشترى و لم يجز ويعلم حكم غيرهما منهما .

اما المسئلة الاولى[٣] فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق[٤] فى باب الزكوة

١ـ لان الرهن غير مانع من نفوذ البيع فيبيع المعين على ماهى عليها من تعلق حق الغير بها كما لو باع العين المستأجرة فيصح البيع و ينتقل المبيع الى المشترى.

٢ـ اذا لاحتياج الـى الاجازة انما هو لتحقيق كون العقد للمالك والمفروض تحقق ذلك لصدوره منه وانما المانع حق غيره فاذا زال المنع بزوال سببه اثر المقتضى اثره لعموم ادلة السببية ولصيرورة الاجازة الشأنية فعلية فان قيل ان البيع الذى وقع عن المحجور عليه فاسد لكونه ممنوعـاً عن التصرف قلنا مضافاً الى عدم كون مجرد اجراء العقد على متعلق حق الغير تصرفاً أنه لاملازمة بين حرمة التصرف و فساد البيع بل يكون البيع مراعى باجازة من له الحق كتصرف من عليه الخيار.

٣ـ يعنى مـن المسئلتين اللتين احديهما مالو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك الثانية ما لو باع و اشترى و لم يجز.

٤ـ قـال السيد هو مبتداء سقط من العبـارة خبره و هو قوله صحة البيع مع الاجازة قبل قوله فى باب الزكوة او بعد قوله انتهى.

من المعتبر فيمااذا بـاع المالك النّصاب قبل اخراج الزّكوة او رهنه انّه صح البيع والرهن فيما عدا الزّكوة فانّ اغترم حصّة الفقراء قال الشيخ صح البيع و الرهن .

و فيه اشكال لان العين مملوكة [1] و اذا ادّى العوض ملكها ملكا مستانفا فافتقر بيعها الى اجازة مستانفة كما لو باع مال غيره ثمّ اشتريه انتهى.

بل يظهر ممّاحكاه عن الشيخ عدم الحاجة الى الاجازة الآان يقول الشّيخ بتعلق الزكوة بـالعين كتعلّق الدّين بـالرّهن [2] فان الراهن اذا باع ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم يحتج الى اجازة مستانفة وبهذا القول [3] صرّح الشهيد ره في س وهو ظاهر المحكى عن الصّيمرى والمحكّى عن المحقّق الثّانى في تعليق الارشاد هو البطلان ومال اليه بعض المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه والأقوى هو الاول للاصل [4]

---

١ ـ اى لان مقدار الزكوة من عين النصاب مملوكة للفقراء فاذا ادى المالك الذى يجب عليه دفع الزكوة الى الفقير عوضها اليه فقد ملكها ملكاً جديداً و لابد فى انتقالها الى المشترى من اجازة من المالك الـذى اخذ الملك من الفقير وذلك لان المشهور أن الزكوة متعلقة بالعين و أن النصاب مشترك بين المالك و الفقير على وجه الاشاعة او على وجه الكلى كما اختاره بعض متاخر المتأخرين و قد ينسب الى شاذ و لعله من العامة من انها متعلقة بالذمة .

٢ ـ يعنى كما أن للمرتهن حق استنقاذ الدين من العين المرهونة فكك يجوز للفقير استنقاذ الزكوة من المالك.

٣ ـ اى القول بالصحة مع الاجازة صرح الخ :

٤ ـ يمكن ان يراد به، استصحاب صحة البيع قبل الاشتراء الحاكم على اصالة الفساد فى المعاملات لكونه سبباً بالنسبة اليه ويمكن ان لايكون الاصل دليلا مستقلا غير العمومات بان يكون المراد من الاصل اما القاعدة المستفادة من العمومات من صحة كل عقد شك فى صحته شرعاً واما اصالة عدم شرطية مالكية المجيز حين العقد

والعمومات السّليمة عمّا يرد عليه ماعدا امور لفّقها بعض من قارب عصرنا[1] ممّا يرجع اكثرها الى ماذكر في الأيضاح وجامع المقاصد الأوّل انّه قد باع مال الغير لنفسه وقدمّر الاشكال فيه [2] و ربّما لا يجرى فيه بعض ماذكر هناك [3] و فيه انه قد سبق انّ الاقوى صحته و ربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الأجازة لما قصده المتعاقد انّ الثّاني انا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضى المالك و القدرة على التّسليم اكتفينا بحصول ذلك [4] للمالك المجيز لأنّه البايع حقيقة و الفرض هنا عدم اجازته [5] وعدم وقوع البيع عنه و فيه انّ الثّابت هو اعتبار رضاء من هو المالك حال الرّضا سواء ملك حال العقد ام لا لأنّ الدّاعي على اعتبار الرّضا سلطنة النّاس على اموالهم و عدم حلّها لغير ملاكها بغير طيب انفسهم وقبح التّصرّف فيها بغير رضاهم و هذا المعنى لا يقتضي ازيد ممّا ذكرنا و امّا القدرة على التّسليم فلا تضائق من اعتبارها في المالك حين العقد ولا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الأجازة وهذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحّة البيع المذكور لأنّ الكلام بعد استجماعه

التي لا تنفع بدون ضميمة العمومات لان الاصل في المعاملات الفساد وهو اصل موضوعي فيها فلا يكفي اصالة عدم الشرطية في صحة المعاملات بل لابد من عموم مثل : اوفوا و غيره بخلاف العبادات ثم ان الاقوال هيهنا ثلاثة البطلان و هو مختار صاحب المقابيس والصحة مع اعتبار الاجازة وهو مختار المصنف والصحة مطلقا نسبة المحقق الى الشيخ .

١ـ هو الشيخ اسدالله التستري صاحب المقابيس ره.

٢ـ اى في بيع الغاصب لنفسه .

٣ـ يعني لا يجرى بعض التوجيهات التي مر في بيع الغاصب فيما نحن فيه وهو كون بيع الغاصب مبنياً على ادعائه الملكية فلا يجرى هذا التوجيه هيهنا لان صاحب المال لا يبيع بدعوى كون سهم الفقير له بل يبيع ماله لنفسه .

٤ـ الاشارة راجعة الى كل واحد من الرضا والقدرة على التسليم .

٥ـ لان المالك حين العقد باعه من العاقد الفضولي .

للشروط المفروغ عنها .

الثالث انّ الاجازة حيث صحت كاشفةً على الاصح مطلقا[1] لعموم الدليل الدالّ عليه ويلزم حينئذ خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه[2].

وفيه منع كون الأجازة كاشفة مطلقا[3] عن خروج الملك عن ملك المجيز حين العقد حتّى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد فانّ مقدار كشف الاجازة تابع لصحة البيع فاذا ثبت بمقتضى العمومات انّ العقد الذى اوقعه البايع[4] لنفسه عقد

١ـ يعنى سواء كان فى مثل من باع ثم ملك اوفى غيره من المقامات اوسواء وقع بيع الفضولى للمالك الاصلى اولنفسه.

وتوضيحه أن ادلة الفضولى خصوصاً على الكشف هى العمومات كمثل اوفوا و نحوه تقتضى الوفاء بالعقد من اول زمان تحققه لكنه يشكل فى مسئلة من باع ثم ملك للزوم خروج الملك عن ملك المالك الثانى قبل دخوله فى ملكه و للزوم اجتماع مالكين على ملك واحد اعنى المالك الاول و المشترى من الفضولى و مع ترك العمومات والرجوع الى الاصل يقتضى الفساد لكن المصنف أجاب عن هذا الاشكال بانه يمكن الجمع بين الدليلين من الرجوع بالعمومات والقول بالكشف ولكن برفع اليد عن الكشف الى زمان انتقال الملك الى المالك الثانى لاستحالة ماذكرنا و قد يستشكل ايضاً تارة بعدم امكان قصد المعاوضة و اخرى بمخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان و ثالثة بمخالفته باخبار بيع مأليس عندك.

٢ـ و ذلك لماذكرنا من ان انتقال المال الى البايع متوسط بين بيع الفضولى و الاجازة فاذا كشف الاجازة عن انتقاله الى المشترى بالعقد الفضولى لزم خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فى ملك المشترى لان الفرض أن البايع الفضولى اشتراه من مالكه الاول بعد العقد.

٣ـ هذا هو الذى اشرنا اليه فى التوضيح آنفاً.

٤ـ يعنى البايع الفضولى الذى اجرى العقد الاول .

صدر من اهل العقد فى المحل القابل للعقد عليه ولامانع من وقوعه الاعدم رضاء مالكه فكما انّ مالكه الاوّل اذا رضى يقع البيع له فكك مالكه الثانى اذا رضى يقع البيع له ولادليل على اعتبار كون الرضا المتاخر ممن هو مالك حال العقد[1] و حينئذ فاذا ثبت صحته بالدّليل فلامحيص عن القول بانّ الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى اوّل ازمنة قابليته[2] اذلايمكن الكشف فيه على وجه آخر لايلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لاشرعى حتى يرفع اليد من اجله عن العمومات المقتضية للصحة فان كان لابدمن الكلام فينبغى فى المقتضى للصّحة او فى القول بان الواجب فى الكشف عقلا او شرعا ان يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد و قد عرفت ان لاكلام فى مقتضى الصحة[3] و لذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان وانه لامانع عقلا ولاشرعا من كون الاجازة كاشفةً من زمان قابلية تأثيرها .

و لايتوهم انّ هذا نظير ما لو خصّص المالك الاجازة بزمان متاخر عن العقد اذ التخصيص انما يقدح مع القابلية[4] كما ان تعميم الاجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ماسبق فى دليل الكشف من ان معنى الاجازة امضاء العقد من حين الوقوع او امضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تاثيرها الاّ من زمان ملك المجيز للمبيع.

١ـ بل يكفى الاجازة المتأخرة ولو لم يكن مالكاً حال العقد بان انتقل له الملك بعد العقد كما فى هذه المسئلة التى نحن فيها لان المعتبر الاجازة من المالك حالها.

٢ـ وهو بعد الانتقال عن المالك الاول هنا بلا تأخر اصلا .

٣ـ لان مقتضى الصحة هو العمومات و لاغبار فيها وهى التى تقتضى الكشف ايضاً و ذلك ان وجود المانع عنها فى الزمان الاول لايقتضى سقوطها عن الحجية فكان هذه العمومات قد خصصت بالدليل العقلى او التعبدى.

٤ـ قد مر معنى القابلية منا آنفاً.

الرابع انّ العقد الأوّل انّما صحّ و ترتّب عليه اثره باجازة الفضولى وهى متوقّفة على صحّة العقد الثّانى [١] المتوقّفة على بقاء الملك على ملك مالكه الاصلى فيكون صحّة الأوّل مستلزماً لكون المال المعيّن ملكاً للمالك والمشترى معاً فى زمان واحد وهو محال لتضادّهما [٢] فوجود الثّانى يقتضى عدم الاول وهو [٣] موجب لعدم الثّانى ايضاً فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد و هو محال .

فان قلت مثل هذا لازم فى كلّ عقد فضولى لانّ صحّته موقوفة على الأجازة المتأخّرة المتوقّفة [٤] على بقاء ملك المالك والمستلزمة لملك المشترى كك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشترى معاً فى آن واحد [٥] فيلزم اما بطلان عقد الفضولى مطلقا [٦] او بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الأيراد بما نحن فيه قلنا يكفى فى الأجازة ملك المالك ظاهراً [٧] وهو الحاصل من استصحاب

١ـ هذا تقرير الدور و توضيحه ان صحة العقد الاول موقوفة على صحة اجازة الفضولى المتوقفة على الملك الموقوفة على صحة العقد الثانى الموقوفة على بقاء ملك مالكه الاصلى.

٢ـ عقلا وشرعاً.

٣ـ يعنى ملك المالك الأول الاصلى كما ان المراد من الثانى هو ملك المشترى .

٤ـ لان الملكية موقوفة على الاجازة فمع وقوعها قبل دخوله فى ملكه لابد من القول بالشرط المتأخر حتى لايلزم تقدم المعلول وهو الملك على بعض اجزاء علته و هو الاجازة.

٥ـ لانه على الفرض يلزم ان يكون المبيع من حين عقد الفضولى الى حين شرائه من المالك ملكاً للمالك وملكا للمشترى من الفضولى.

٦ـ يعنى رأساً لان الملكيتين متضادتين فيلازم كل منهما عدم الاخر.

٧ـ فيكون هذا نظير نفوذ المعاملة بالمال الذى بيد المقر انه للغير لانه لامنافاة بين كون الملك لشخص واقعاً ولغيره ظاهراً .

ملكه السّابق لأنّها فى الحقيقة رفع اليد واسقاط للحقّ ولايكفى الملك الصّورى فى العقد الثّانى .

اقول قدعرفت انّ القائل بالصّحة ملتزم بكون الاثر المترتّب على العقد الاوّل بعد اجازة العاقد له هو تملّك المشترى له من حين ملك العاقد لا من حين العقد وحينئذ فتوقّف اجازة العقد الاوّل على صحّة العقد الثّانى مسلّم وتوقّف صحّة العقد الثّانى على بقاء الملك على ملك مالكه الأصلى الى زمان العقد مسلّم ايضاً.

فقوله: صحّة الاوّل يستلزم كون المال ملكاً للمالك و المشترى فى زمان ممنوع[1] بل صحّته تستلزم خروج العين عن ملكيّة المالك الأصلى .

نعم انّما يلزم ما ذكره من المحال اذا ادّعى وجوب كون الأجازة كاشفة عن الملك حين العقد ولكن هذا امر تقدّم دعواه فى الوجه الثّالث[2] وقد تقدّم منعه فلا وجه لأعادته بتقرير آخر كما لايخفى .

نعم يبقى فى المقام الأشكال الوارد فى مطلق الفضولى على القول بالكشف و هو كون الملك حال الأجازة للمجيز والمشترى معاً وهذا اشكال آخر تعرّض لاندفاعه اخيراً غير الأشكال الذّى استنتجه من المقدّمات المذكورة وهو لزوم كون الملك للمالك الاصلى وللمشترى نعم يلزم من ضمّ هذا الأشكال العامّ الى مايلزم فى المسئلة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلثة على ملك واحد قبل العقد الثّانى[3] لوجوب التزام مالكيّة المالك الأصلى حتّى يصحّ العقد الثّانى و مالكيّة المشترى له لانّ الاجازة تكشف عن ذلك وملكيّة العاقد له لانّ ملك المشترى لابدّ ان يكون عن ملكه والّا لم ينفع اجازته فى ملكه من حين العقد لانّ اجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير الى غيره .

١ـ لان المشترى والمالك الاصيل مالكان الى زمان البيع الثانى.

٢ـ الذى مر آنفاً .

٣ـ وهو محال .

ثمّ انّ ما اجاب [1] به عن الأشكال الوارد فى مطلق الفضولى لايسمن ولايغنى لأنّ الأجازة اذا وقعت فان كشفت عن ملك المشترى قبلها كشفت عما يبطلها لان الأجازة لاتكون الّا من المالك الواقعى والمالك الظاهرى انما يجدى اجازته اذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الاجازة [2] ولذا لو تبيّن فى مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع اجازته لأنّ المالكيّة من الشّرايط الواقعية دون العلمية ثم انّ ماذكره فى الفرق بين الأجازة والعقد الثّانى من كفاية الملك الظّاهرى فى الاول دون الثّانى تحكّم صرف [3] خصوصاً مع تعليله بان الاجازة رفع لليدو اسقاط للحقّ فليت شعرى انّ اسقاط الحقّ كيف يجدى وينفع مع عدم الحق واقعاً مع انّ الاجازة رفع لليد من الملك ايضاً بالبديهة .

و التّحقيق انّ الاشكال انّما نشأ من الاشكال الّذى ذكرناه سابقا فى كاشفية الاجازة على الوجه المشهور من كونها شرطاً متأخّراً [4] يوجب حدوثه تاثير السّبب المتقدّم من زمانه .

الخامس ان الأجازة المتأخّرة [5] لما كشفت عن صحّة العقد الأوّل وعن

١ـ يعنى بقوله قلنا يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهراً الخ.

٢ـ لان الاجازة لايكفى فيها الملكية التقديرية بل لا بدفيها من الملكية الفعلية .

٣ـ لانه كما ان دليل لابيع الا فى ملك يقتضى الملك الفعلى كك دليل لايحل لان الاجازة ايضاً رفع اليد عن هذه الملكية بلا تفاوت اصلا .

٤ـ يعنى عن المشروط الذى يوجب حدوث هذا الشرط ان يكون السبب المتقدم الذى هو العقد مؤثراً حين وجود هذا الشرط و يكون المعدوم مؤثراً فى الموجود و هذا امر معقول قد كشف المصنف عن وجهها الغطأ سابقاً و لايعيد هيهنا .

٥ـ يعنى اجازة البايع الفضولى والعقد الاول هو العقد الفضولى و العقد الثانى هو الذى وقع عن مالك الاصلى وضمير له و اجازته راجع الى المشترى الاول .

كون المال ملك المشترى الأول فقد وقع العقد الثانى على ماله فلابدّ من اجازته كما لو بيع المبيع من شخص آخر فاجاز المالك البيع الأوّل فلابدّ من اجازة المشترى البيع الثانى حتّى يصحّ و يلزم فعلى هذا يلزم توقّف اجازة كلّ من الشخصين على [١] اجازة الآخر و توقّف صحّة كلّ من العقدين [٢] على اجازة المشترى الغير الفضولى و هو من الأعاجيب بل من المستحيل لأستلزام ذلك [٣] عدم تملّك المالك الأصيل شيئاً من الثّمن و المثمن [٤] و تملّك المشترى الأوّل المبيع بلا عوض ان اتّحد الثّمنان [٥] و دون تمامه ان زاد الأول و مع زيادة انّ

١ـ يعنى الفضولى والمشترى منه .

٢ـ اى يتوقف حينئذ عقد المالك الاصلى واجازة الفضولى على اجازة المشترى الغير الفضولى و فى المقابيس و توقف كل من العقدين .

٣ـ المشار اليه هو توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشترى الغير الفضولى .

٤ـ السر فى ذلك هو ان توقف العقد الاول على اجازة المشترى الغير الفضولى يقتضى ان لا يصح العقد الاول الا بعد اجازته فلا يتملك المالك الاصيل شيئا قبل تحقق الاجازة و الفرض أن اجازة المشترى الثانى كشفت عن خروج المثمن عن ملكه من حين العقد الاول فيكون المثمن للمشترى الاول والثمن المسمى فى العقد الثانى ايضاً له لانكشاف كون العقد الاول من حينه مملكاً المثمن اياه فيكون العوض لمن خرج عن ملكه المعوض ولانه ثمن ملكه ويحتمل ان يكون الثمن للبايع الفضولى فى العقد الاول لان المشترى الاول ملك المبيع قبل ان يبيعه المالك الاصلى و العقد الثانى ايضاً وقع فى ملك المشترى الاول فيكون الثمن له .

٥ـ توضيحه انه اذا التزمنا بكون الثمن للمشترى الاول فحينئذ يكون نفعه له وضرره عليه فان كان الثمن فى البيع الثانى مساوياً للاول كان تملكه للمبيع بلا عوض لرجوع عوضه اليه بالبيع الثانى وان كان دون تمامه يعنى انه اذا زاد هذا عن الثمن فى العقد

نقص لانكشاف وقوعه فى ملكه فالثّمن له و قد كان المبيع له ايضاً بما بذله من الثّمن و هو ظاهر .

و الجواب عن ذلك ما تقدّم فى سابقه من ابتنائه على وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد و هو ممنوع .

والحاصل انّ منشأ الوجوه الأخيرة شيء واحد والمحال على تقديره مسلّم بتقريرات مختلفة[1] قد نبّه عليه فى الايضاح و مع صد .

السّادس انّ من المعلوم انّه يكفى فى اجازة المالك و فسخه فعل ما هو من لوازمها و لو باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثّانى فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن و هو لايجامع صحة العقد الاول فانها تقتضى تملّك المالك للثمن الأوّل وحيث وقع الثّانى يكون فسخاله و ان لم يعلم بوقوعه فلا يجدى الأجازة المتأخّرة و بالجملة حكم عقد الفضولى قبل الأجازة كساير العقود الجايزة بل اولى[2] منها فكما انّ التّصرّف المنافى مبطل

الثانى تملك المبيع بماهو ناقص عن تمام الثمن الاول فيكون النقص الوارد على المشترى بمقدار التفاوت و ان نقص ثمن العقد الاول عن الثانى كانت الزيادة له.

١ـ اصلها أنه لاحاجة اصلا الى اجازة المشترى الاول لعدم ثبوت الملكية له فعلا لان ملكيته موقوف على البيع الثانى واجازة المشترى الثانى ومع عدمهما يكون المال باقياً على ملك المالك الاول او الثانى.

٢ـ توضيح هذا الاشكال أن رد المالك للعقد كما انه يكون بالقول كك يكون بالفعل ايضاً فبيع المالك الاصلى هنا العين رد و مناف للاجازة كما أن بيع الواهب للعين المرهونة فسخ لعقد الهبة و بيع ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ للعقد الخيارى بل ما نحن فيه اولى من العقود الجايزة لان العقود الجايزة وقعت صحيحة مؤثرة بخلاف الفضولى فانه متزلزل من حيث الصحة .

لها كذلك عقد الفضولي والجواب ان فسخ عقد الفضولي هو انشاء رده [1] واما الفعل المنافي لمضيه كتزويج المعقودة فضولاً لنفسها من آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر فليس فسخاً له خصوصاً مع عدم التفاته الى وقوع عقد الفضولي غاية ما في الباب ان الفعل المنافي لمضي العقد مفوت لمحل الأجازة فاذا فرض وقوعه صحيحاً فات محل الأجازة ويخرج العقد عن قابلية الأجازة اما مطلقاً كما في مثال التزويج او بالنسبة الى من فات محل الأجازة بالنسبة اليه كما في مثال البيع فان محل الأجازة انما فات بالنسبة الى الأول فللمالك الثاني ان يجيز نعم لو فسخ المالك الأول نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد من حينه اجماعاً ولعموم تسلط الناس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها .

فالحاصل انه ان اريد من كون البيع الثاني فسخاً انه ابطال لأثر العقد في الجملة فهو مسلم ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة الى المالك الثاني فيكون له الأجازة وان اريد انه ابطال العقد راساً فهو ممنوع اذ لا دليل على كونه كذلك وتسمية مثل ذلك الفعل رداً في بعض الأحيان من حيث انه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة الى فاعله بحيث يكون الأجازة منه بعده لغواً .

نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخاً فعلياً لم يبعد كونه كالأنشاء بالقول لكن الألتزام بذلك لا يقدح في المطلب اذ المقصود ان مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد [2] ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي

١ـ محصل الفرق بين انشاء رده والفعل المنافي هو أن الرد و الفسخ من الامور الايقاعية الموقوف ايقاعها على قصد الايقاع بخلاف الفعل فانه لا يكفي عند العقلاء الا ان يقصد معه الرد و ليس هنا قصد على مافرض فاذاً لا يخرج العقد في الفعل عن قابلية الاجازة عن المالك الجديد وليس ذلك كتزويج المرئة نفسها من شخص آخر و كعتق العبد الذي باعه الفضولي.

٢ـ لان الفرض عدم القصد من المالك حتى يقال ان الفعل مع القصد كالانشاء بالقول .

العقد على حاله من قابلية لحوق الاجازة [1] واما الالتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلان صحة التصرف المنافى يتوقف على فسخ العقد والاوقع فى ملك الغير بخلاف مانحن فيه فان تصرف المالك فى ماله المبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا يتوقف على فسخه غاية الامر انه اذا تصرف فات محل الاجازة ومن ذلك يظهر مافى قوله ره اخيراً وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل اولى فان قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الاولوية وسيجىء مزيد بيان لذلك فى بيان مايتحقق به الرد.

السابع الاخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ماليس عندك فان النهى فيها اما لفساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة الى المخاطب والى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولى واما لبيان فساده بالنسبة الى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا على عدم وقوع بيع مال الغير لبايعه مطلقا ولو ملكه فاجاز بل الظاهر ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع والا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لايحتاج الى البيان.

وخصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة اليه قال سئلت اباعبدالله (ع) عن الرجل يقول لى اشترلى هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها اربحك كذا وكذا قال لاباس بذلك اشترها ولاتواجبه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها.

ورواية خالد بن الحجاج قال قلت لابى عبدالله عليه السلام الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا قال اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال لاباس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام بناء على ان المراد بالكلام عقد البيع

---

[1] - توضيحه أن بيع الواهب للعين الموهوبة و كذا تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بالبيع فسخ للعقد الاول بلااشكال لان العقد الاول صار فى ملك الغير بخلاف مانحن فيه فانه وقع فى ملكه لكون العقد الاول كان متزلزلا فالقياس فارق.

فيحلل نفياً و يحرم اثباتا كما فهمه فى الوافى او يحلل اذا وقع بعد الاشتراء و يحرم اذا وقع قبله او ان الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم اذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل اذا كان على وجه المساومة و المراضاة .

و صحيحة ابن مسلم قال سئلته عن رجل اتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا لعلى اشتريه منك بنقد او نسية فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتريه منه بعد مايملكه .

و صحيحة منصوربن حازم عن ابى عبدالله (ع) فى رجل امر رجلاليشترى له متاعا فيشتريه منه قال لاباس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه .

وصحيحة معويةبن عمارقال سئلت اباعبدالله(ع) يجيئنى الرجل فيطلب منى بيع الحرير وليس عندى شيء فيقاولنى عليه و اقاوله فى الربح والاجل حتى يجتمع على شيء ثم اذهب لاشترى الحرير فادعوه اليه فقال ارايت ان وجد مبيعاً هو احب اليه مما عندك اتستطيع ان تصرف اليه عنه و تدعه قلت نعم قال لاباس و غيرها من الروايات .

ولايخفى ظهور هذه الاخبار من حيث المورد فى بعضها و من حيث التعليل فى بعضها الاخر فى عدم صحة البيع قبل الاشتراء و انه يشترط فى البيع الثانى تملك البايع له و استقلاله فيه و لايكون قد سبق عنه ومن المشترى الزام والتزام سابق بذلك المال.

و الجواب عن العمومات انها انما تدل على عدم ترتب الاثر المقصود من البيع وهوالنقل و الانتقال المنجز على بيع ماليس عنده فلا يجوز ترتب الاثر على هذا البيع لامن طرف البايع بان يتصرف فى الثمن و لامن طرف المشترى بان يطالب البايع بتسليم المبيع.

و منه يظهر الجواب عن الاخبارفانها لاتدل خصوصا بملاحظة قوله (ع)[1]

١ـ الفرق بين الاستيجاب والاشتراء يحصل بكيفية الانشاء فاذا قال بعنيه من المشترى وبعتك من البايع كان ذلك استيجاباً و ايجاباً وان كان بالايجاب من البايع

ولاتواجبه البیع قبل ان تستوجبها الا علی ان الممنوع منه هو الالزام و الألتزام من المتبایعین بآثار البیع المذکور قبل الأشتراء فکذا بعده من دون حاجة الی اجازة و هی المسئلة الآتیة اعنی لزوم البیع بنفس الأشتراء من البایع من دون حاجة الی الأجازة و سیأتی انّ الأقوی فیها البطلان.

و ماقیل من انّ تسلیم البایع للمبیع بعد اشترائه الی المشتری الأوّل مفروض فی مورد الرّوایات و هی اجازة فعلیّة.

مدفوع بانّ التّسلیم اذا وقع باعتقاد لزوم البیع السّابق و کونه من مقتضیات لزوم العقد و انّه ممّا لااختیار للبایع فیه بل یجبر علیه اذا امتنع فهذا لایعدّ اجازة و لایترتّب علیه احکام الأجازة فی باب الفضولی لأنّ المعتبر فی الأجازة قولاً و فعلاً ما یکون عن سلطنة واستقلال لأنّ مایدلّ علی اعتبار طیب النّفس فی صیرورة مال الغیر حلالاً لغیره یدلّ علی عدم کفایة ذلک.

نعم یمکن ان یقال انّ مقتضی تعلیل نفی البأس فی روایة خالد المقدّمة بانّ المشتری ان شاء اخذ و ان شاء ترک ثبوت البأس فی البیع السّابق بمجرّد لزومه علی الأصیل وهذا محقّق فیما نحن فیه بناء علی ماتقدّم من انّه لیس للأصیل فی عقد الفضولی فسخ المعاملة قبل اجازة المالک اورده[1] لکن الظّاهر بقرینة النّهی عن مواجبة البیع فی الخبر المتقدّم ارادة اللّزوم من الطّرفین[2].

و الحاصل انّ دلالة الرّوایات عموماً و خصوصاً علی النّهی عن البیع قبل الملک مما لامساغ لأنکاره ودلالة النّهی علی الفساد ایضاً ممّا لم یقع فیها المناقشة فی هذه المسئلة الاّ انّا نقول انّ المراد بفساد البیع عدم ترتّب مایقصد منه عرفاً من الاثار

← والقبول من المشتری کان اشتراء.

١ـ لانه کنایة عن عدم تحقق البیع قبل الاشتراء اذ هو الرافع للاختیار عرفاً الملزم للطرف المقابل.

٢ـ و ذلک لانه عبر بصیغة المفاعلة الدالة علی المشارکة بین الاثنین.

فى مقابل الصحة التى هى امضاء الشارع لمايقصد عرفامن انشاء البيع مثلا لوفرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده اهل المعاملة كان يترتب عليه بعد البيع النقل و الانتقال و جواز تصرف البايع فى الثمن و جواز مطالبة المشترى البايع بتحصيل المبيع من مالكه و تسليمه و عدم جواز امتناع البايع بعد تحصيله عن تسليمه ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه وهو لاينافى قابلية العقد للحوق الاجازة من مالكه حين العقد او ممن يملكه بعد العقد ولايجب على القول بدلالة النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغواً غير مؤثر اصلا كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد فان حاصله دعوى دلالة النهى على ارشاد المخاطب و بيان ان مقصوده من الفعل المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لايترتب عليه فهو غير مؤثر فى مقصود المتبايعين لا انه لغو من جميع الجهات فافهم [1].

اللهم الا ان يقال [2] ان عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد انشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد فى نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الامور اللاحقة كالقبض فى الهبة و نحوها و الاجازة فى الفضولى لايقتضى النهى عنها بقول مطلق اذ معنى صحة المعاملة شرعا ان يترتب عليها شرعا المدلول المقصود من انشائه و لو مع شرط لاحق و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لايوجب النهى عنه الامقيداً بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدهم ترتب الملك

١ـ لعله اشارة الى أن المقام كالنهى عن بيع المجهول ونحوه فكما يفيد البطلان هناك فكك هنا.

٢ـ توضيحه أنه اذا جعل الشارع فى معاملة شرطاً فلابد من بيانه لوكان المتداول بين الناس عدم مراعاته فاذا لم يبينه كان يقول لاهبة الامع القبض فاذا لم يبين الشارع ذلك بل نهى عن المعاملة بدون ذلك القيد تكون المعاملة باطلة حينئذ و المقام كك.

المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لايوجب الحكم عليه بالفساد .

فالانصاف ان ظاهر النهى فى تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبايع و عدم ترتب اثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقا حتى مع الاجازة و اما صحته بالنسبة الى المالك اذا اجاز فلان النهى راجع الى وقوع البيع المذكور للبايع فلاتعرض فيه لحال المالك اذا اجاز فيرجع فيه الى مسئلة الفضولى .

نعم قد يخدش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة ورودها فى بيع الكلى و انه لايجوز بيع الكلى فى الذمة ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشترى الاول و المذهب جواز ذلك و ان نسب الخلاف فيه الى بعض العبابر فيقوى فى النفس انها و ماورد فى سياقها فى بيع الشخصى ايضا كروايتى يحيى و خالد المتقدمتين اريدبها [1] الكراهة او وردت فى مقام التقية لان المنع عن بيع الكلى حالا مع عدم وجوده عند البايع حال البيع مذهب جماعة من العامة كما صرح به فى بعض الاخبار [2] مستندين فى ذلك الى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك لكن الاعتماد على هذا التوهين [3] فى رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين فى بيع الشخصى و عموم مفهوم التعليل فى الاخبار الواردة فى بيع الكلى خلاف الانصاف اذ غاية الامر حمل الحكم فى مورد تلك الاخبار وهو بيع الكلى قبل التملك

١- حاصله أن بعضها لما ورد فى المنع عن بيع الكلى مع أن المذهب على جوازه فيحمل اما على الكراهة او على التقية هذا ما افاده الشيخ ره لكن الظاهر أن الروايات و ان كان تدل على الكلى لكن المقصود هو المنع عن البيع الشخصى كما لايخفى .

٢ - كصحيحتى عبدالرحمن بن الحجاج المتقدمة .

٣- المراد بالتوهين هو ظهور الاخبار الواردة فى بيع الكلى المخالف لمذهب الخاصة .

على التقيّة وهولايوجب طرح مفهوم التعليل رأساً فتدبّر فالأقوى العمل بالرّوايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور[1] .

و ممّا يؤيّد المنع مضافاً الى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف من دعوى الأتفاق رواية الحسن بن زيادالطّائى الواردة فى نكاح العبد بغير اذن مولاه قال قلت لأبى عبدالله (ع) انّى كنت رجلاً مملوكاً فزوّجت بغير اذن مولاى ثمّ اعتقنى بعدُ فاجدّد النّكاح فقالؑ: علموا انّك تزوّجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئا قالؑ: ذلك اقرار منهم، انت على نكاحك الخبر .

فانّها ظاهرة بل صريحة فى انّ علّة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير اذن مولاه هو اقراره المستفاد من سكوته فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوّغة للبقاء مع اجازته او بدونها لم يحتج الى الأستفصال عن انّ المولى سكت ام لا للزوم العقد على كلّ تقدير .

ثمّ انّ الواجب على كلّ تقدير هو الأقتصار على مورد الرّوايات و هوما لو باع البايع لنفسه و اشترى المشترى غير مترقّب لأجازة المالك ولا لأجازة البايع اذا صار مالكاً وهذا هو الذى ذكره العلّامة ره فى التذكرة نافياً للخلاف فى فساده قال: لايجوز ان يبيع عيناً لايملكها و يمضى ليشتريها و يسلّمها و به قال الشّافعى و احمد ولانعلم فيه خلافاً لقول النّبىّ (ص) لاتبع ماليس عندك ولأشتمالها على الغرر فانّ صاحبها قدلايبيعها و هو غير مالك لها ولاقادر على تسليمها اما لو اشترى موصوفاً فى الذمّة سواء كان حالاً او مؤجّلاً فانّه جايز اجماعاً انتهى و حكى عن لف ايضاً الأجماع على المنع ايضاً واستدلاله بالغرر و عدم القدرة على التّسليم ظاهر بل صريح فى وقوع الأشتراء غير مترقّب لأجازة مجيز بل وقع على وجه يلزم على البايع بعدالبيع تحصيل المبيع وتسليمه فحينئذ لو تبايعا على ان يكون العقد موقوفاً على الأجازة فاتّفقت الأجازة من المالك او من البايع بعد تملّكه لم يدخل فى مورد الأخبار و لافى معقد الأتفاق و لو تبايعا على

١ـ يعنى فى البيع الشخصى لاالكلى لان المذهب استقر على جوازه .

ان يكون اللزوم موقوفا على تملك البايع دون اجازته فظاهر عبارة الدروس انه من البيع المنهى عنه فى الاخبارالمذكورة حيث قال وكذا لوباع ملكغيره ثم انتقل اليه فاجاز ولو اراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده و قد نهى عنه انتهى.

لكن الانصاف ظهورها فى الصورة الاولى و هى مالو تبايعاقاصدين لتنجز النقل والانتقال و عدمالوقوف على شيء و ما ذكره فى التذكرة كالصريح فى ذلك حيث علل المنع بالغرر و عدم القدرة على التسليم و اصرح منه كلامه المحكى عن المختلففى فصل النقدو النسية و لوباع عن المالك فاتفقانتقاله الى البايع فاجازهفالظاهر ايضا الصحة لخروجه عن مورد الاخبار.

نعم قديشكل فيه منحيث انالاجازة لامتعلق لها لان العقدالسابق كانانشاء للبيع عن المالك الاصلى و لا معنى لاجازة هذا بعد خروجه عن ملكه و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال فى عكس المسئلة [1] وهى مالو باعه الفضولى لنفسه فاجازه المالك لنفسهفتامل[2].

و لو باع لثالث معتقداً لتملكه او بانياً عليه عدواناً فان اجاز المالك فلاكلام فى الصحة بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك وان ملكه الثالث و اجازه اوملكه البايع فاجازه فالظاهر انه داخل فىالمسئلة السابقة.

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا فىالمسئلة المذكورة حال المسئلة الاخرى و

---

١ ـ دفع الاشكال فى عكس المسئلة بانه انما ينشيء البيع عن نفسه بادعاء المالكية فبعد الاجازة عن المالك يكون بمثابة انه وقعت الاجازة على البيع فى الاول و لايلزم مغايرة المجاز لما وقع و هذا يجرى فى المقام ايضاً.

٢ـ لعله اشارة الى الفرق بين المقامين فانه فى البيع لنفسه لما لم يكن مالكاً احتاج فى تصحيح البيع الى ادعاء الملكية بخلاف المقام.

وهى مالو لم يجز البايع بعد تملّكه فانّ الظّاهر بطلان البيع الأوّل لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً مضافاً الى قاعدة تسلّط النّاس على اموالهم و عدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النّفس فانّ المفروض انّ البايع بعد ماصار مالكاً لم يطب نفسه بكون ماله للمشترى الاوّل و التزامه قبل تملّكه بكون هذا المال المعيّن للمشترى ليس التزاماً الّابكون مال غيره له اللّهم الّا ان يقال انّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشّروط على كلّ عاقد و شارط هو اللّزوم على البايع بمجرد انتقال المال اليه و ان كان قبل ذلك اجنبيّاً لاحكم لوفائه و نقضه و لعلّه لأجل ماذكرنا رجح فخر الدّين فى الأيضاح بناء على صحّة الفضولى صحّة العقد المذكور بمجرّد الانتقال من دون توقّف على الأجازة قيل و يلوح هذا من الشّهيد الثّانى فى هبة المسالك و قد سبق استظهاره من عبارة الشّيخ المحكيّة فى المعتبر لكن يضعفه انّ [1] البايع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ لامقام الرّجوع الى حكم العامّ فتامّل مضافاً الى معارضة [2] العموم المذكور بعموم سلطنة النّاس على اموالهم و عدم حلّها لغيرهم الّاعن طيب النّفس و فحوى الحكم المذكور فى رواية الحسن بن زياد المتقدّمة فى نكاح العبد بدون اذن مولاه وان عتقه لايجدى فى لزوم النّكاح لولاسكوت المولى الذّى هو بمنزلة الأجازة ثمّ لو سلّم عدم التّوقّف على الأجازة فانّما هو فيما اذا باع الفضولى لنفسه اما لو باع فضولاً للمالك اولثالث ثمّ ملك هو فجريان

---

١ ـ فليس المقام من موارد الرجوع الى عموم العام لان البايع قبل تملكه لم يكن مأموراً بالوفاء بالعقد فيستصحب بل المقام من موارد الرجوع الى استصحاب حكم الخاص.

٢ ـ قيل يمكن أن يكون اشارة الى امكان دعوى كونه مأموراً بالوفاء من اول الامر فلايلزم تخصيص حتى يكون من استصحاب حكم الخاص.

عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة الى البايع اشكل [1] و لو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله بموت الموكّل فلا اشكال فى عدم وقوع البيع له بدون الأجازة ولامعها نعم يقع للوارث مع اجازته .

المسئلة الثالثة مالو باع معتقداً لكونه غير جايز التّصرّف [2] فبان كونه جايز التّصرّف و عدم جواز التّصرّف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية فانكشف كونه ولياً واما لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً وعلى كلّ منهما فاما ان يبيع عن المالك و اما ان يبيع لنفسه فالصّور اربع .

الاولى ان يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع فلاينبغى الاشكال فى اللّزوم حتّى على القول ببطلان الفضولى [3] لكنّ الظّاهر من المحكىّ عن القاضى انه اذا اذن السّيد لعبده فى التّجارة فباع واشترى وهو لايعلم باذن سيّده ولاعلم به احد لم يكن مأذوناً فى التّجارة ولايجوز شىء مما فعله فان علم بعد ذلك و اشترى

---

١ ـ [illegible]م اضافة العقد اليه بسبب عدم قصد البيع لنفسه ولعدم صدق البايع والشارط عليه حينئذ.

٢ ـ ربط هذه المسئلة بالمسئلتين السابقتين يحصل بان عدم جواز تصرف المجيز اما واقعى كما فى المسئلتين واما خيالى كما فى هذه المسئلة .

٣ ـ لاطلاق ادلة الولاية و نفوذ تصرف الولى من دون دليل على التقييد بصورة الالتفات اليها.

واذا ظن أن معاملته ربوية محرمة ثم ظهر الخلاف لايضر بصحة المعاملة اصلا اذ غاية مافى الباب ان يكون تجرياً محرماً والتحريم فى باب المعاملة لايقتضى الفساد .

واستشكل السيد ره بالصحة بانه لو كان عالماً بانه ولى ماكان راضياً بهذا البيع واستشكل بعض ايضاً بانه قاصد فى بيعه بيع مال الاجنبى فظهر أنه مال المولى عليه فما قصد لم يقع وماوقع لم يقصد و فيه انه من مقارنات العقد لا من العناوين فلو بطل هذا لبطل اكثر المعاملات.

وباع جاز مافعله بعد الأذن ولم يجزما فعله قبل ذلك فان امر السيّد قوماً ان يبايعوا العبد والعبد لا يعلم باذنه له كان بيعه وشرائه منهم جايزاً وجرى ذلك مجرى الأذن الظاهر فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز انتهى وعن المختلف الأيراد عليه بانّه لو اذن المولى ولا يعلم العبد ثم باع العبد صح لأنّه صادف الأذن ولا يؤثر فيه اعلام المولى بعض المعاملين انتهى[1] وهو حسن.

الثانية ان يبيع لنفسه وانكشف كونه وليّا فالظاهر ايضاً صحة العقد لما عرفت من ان قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدح وفي توقّفه على اجازته للمولى عليه وجه لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه الماذون فتأمل[2].

الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا وقد مثّله الاكثر بما لو باع مال ابيه بظنّ حياته فبان ميتاً[3] والمشهور الصحة بل ربّما استفيد من كلام العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة الأجماع و لم نعثر على مخالف صريح الا ان الشهيد ـ ره ذكر في قواعده انه لو قيل بالبطلان امكن وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النهاية والايضاح لأنّه انّما قصد نقل المال عن الأب لا عنه ولانّه وان كان منجزاً في الصورة الا انه معلق و التقدير ان مات مورثي فقد بعتك و لأنّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده انّ المبيع لغيره انتهى.

اقول اما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح في وقوعه لأنه انما قصد نقل الملك عن الاب من حيث انّه مالك باعتقاده ففي الحقيقة: انما قصد النقل عن المالك

١ـ يعني أن اعلام المولى بعض المعاملين لا أثر له و انما المدار على الرضا الباطني النفس الامري وذلك حاصل في صورتي الاعلام وعدمه.

٢ـ لعله اشارة الى أن البيع وان صحت وضعاً لكنه آثم في قصده كونه لنفسه تكليفاً او الى أن هذا القصد مناف لاماتته الموجب لانتفاء ولايته على البيع.

٣ـ و يمثل ايضاً بما لو باع ما ملكه ابوه في حال صغره وهو لا يعلم وايضاً بما لو باع ما انتقل اليه بشراء وكيله له مع جهله بالحال

لكن اخطأ فى اعتقاده ان المالك ابوه وقد تقدم توضيح ذلك فى عكس المسئلة اى مالو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه.

نعم من ابطل عقد الفضولى لاجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه ولذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الاجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

واما ماذكر من انه فى معنى التعليق.

ففيه مع مخالفته[1] لمقتضى الدليل الاول كما لايخفى منع كونه فى معنى التعليق لانه اذا فرض انه يبيع مال ابيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل فهو انما يبيعه مع وصف كونه لابيه فى علمه فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة والاستقلال على المال لاعلى تعليق للنقل بكونه منتقلا اليه بالارث عن مورثه لان ذلك لايجامع مع ظن الحيوة اللهم الا ان يراد ان القصد الحقيقى الى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه فالقصد صورى على ما تقدم من المسالك من ان الفضولى والمكره قاصدان الى اللفظ دون مدلوله لكن فيه حينئذ ان هذا القصد الصورى كاف ولذا قلنا بصحة عقد الفضولى ومن ذلك يظهر ضعف ماذكره اخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا بعلمه بكون المبيع لغيره.

وكيف كان فلاينبغى الاشكال فى صحة العقد الا ان ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازة مستانفة لان المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لاجازة فعل نفسه ولان قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد الى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه وان لم يشعر به فهو اولى من الاذن فى ذلك فضلا عن اجازته والاتوجه عدم وقوع العقد له لكن الاقوى وفاقا للمحقق والشهيد

---

١ ـ وجه المخالفة أن مقتضاه كون المفروض البيع عن الاب ومقتضى هذا كونه عن نفسه.

الثانيين وقوفه على الاجازة لما ذكره في جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الا ان بل مع اجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف .

وتوضيحه ان انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد او بعد اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده او يقدح قصد خلافه وانما هو من الاحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الامور المتاخرة وعدمه مع ان عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف بل قصد النقل بعد الاجازة ربما يحتمل قدحه فالدليل على اشتراط تعقب الاجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على اموالهم وعدم حلها لغيرهم الا بطيب انفسهم[1] وحرمة اكل المال الا بالتجارة عن تراض.

وبالجملة فاكثر ادلة اشتراط الاجازة في الفضولي جارية هنا .

واما ما ذكرناه من ان قصد نقل ملك نفسه ان حصل اغنى عن الاجازة والافسد العقد[2] ففيه انه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحوق اللزوم القصد الى نقل المال المعين وقصد كونه ماله او مال غيره مع خطائه في قصده او صوابه في

---

١ ـ وليس هنا طيب نفس منه قطعاً بل هو مثل ما لو قدم شخص لغيره طعاماً يعتقد أنه ليس ماله بل مال لغيره فلا يجوز لغيره أكله اذا كان يعلم أنه مال الاذن فلا سلطنة هنا للمالك لان الجهل بالموضوع مانع عن وقوع الفعل على ماله عن اختياره وذلك خلاف قاعدة السلطنة على المال .

٢ ـ توضيح هذا الكلام وكلامه السابق أن انشاء العاقد مشتمل على حيثيتين مقتضية احديهما لبطلان العقد والاخرى لتوقفه على الاجازة فان صلحتا صح العقد والافسد لانه ان كان البيع لشخص الاب فسد البيع ولم تنفعه الاجازة ايضاً وان كان المالك الواقعي الذي هو الابن صح ولم يحتج الى الاجازة لكن المصنف رده رد هذا الاستدلال وبنى على التفرقة بينهما و قال بالحيثية التعليلية المؤثرة في الصحة و عدم اضرار تخلف الداعي فيها.

الواقع لايقدح ولاينفع ولذا بنينا على صحّة العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالاً لغيره .

واما ادلة[1] اعتبار التّراضي وطيب النفس فهي دالّة على اعتبار رضاء المالك بنقل خصوص ماله بعنوان انّه ماله لابنقل مال معيّن يتفق كونه ملكاً له في الواقع فانّ حكم طيب النّفس والرّضا لايترتّب على ذلك فلواذن في التّصرف في مال معتقدا انه لغيره والمأذون يعلم انّه له لم يجز له التّصرّف بذلك الأذن ولو فرضنا انّه اعتق عبداً عن غيره فبان انّه له لم ينعتق وكذا لو طلّق امرأة وكالة عن غيره فبانت زوجته لأنّ القصد المقارن الى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما فلاتنفع الاجازة ولو غرّه الغاصب فقال هذا عبدي اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له فالأقوى ايضاً عدم النّفوذ وفاقاً للمحكيّ عن التّحرير وحواشي الشّهيد ومع صدمع حكمه بصحة البيع هنا ووقوفه على الأجازة لأنّ العتق لايقبل الوقوف فاذا لم يحصل القصد الى فكّ ماله مقارنا للصّيغة وقعت باطلة بخلاف البيع فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق وصحّة البيع مع الاجازة كما يتوهّم .

نعم ينبغي ايراد التّناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة الى الأجازة[2] فانّ القصد الى انشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشيء في الواقع من غير علمه به ان كان يكفي في طيب النّفس والرّضا المعتبر في جميع انشاآت النّاس المتعلّق باموالهم وجب الحكم بوقوع العتق وان اعتبر في طيب النفس المتعلق باخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالاً له ولم يكف مجرّد مصادفة الواقع وجب الحكم بعدم لزوم البيع فالحقّ انّ القصد الى الأنشاء المتعلّق بمال معيّن مصحّح

١ـ توضيحه أن المعتبر في العقد امران القصد الى مدلوله والرضا به فالاول شرط للصحة والثاني شرط في اللزوم وادلة اعتبار الاول لايقتضي حيثية أنه مال نفسه بخلاف الثاني

٢ـ لانه ليس من افراد الفضولي من جهة أنه وقع ممن امره بيده فلايشمله الادلة الدالة على فساد الفضولي .

العقد بمعنى قابليّته للتأثير ولايحتاج الى العلم بكونه مالاً له لكن لايكفى ذلك فى تحقّق الخروج عن ماله بمجرّد الأنشاء .

ثمّ ان كان ذلك الأنشاء ممّا يقبل اللّزوم بلحوق الرّضا كفت الأجازة كما فى العقود والوقع الأنشاء باطلاً كما فى الأيقاعات .

ثمّ انّه ظهر ممّا ذكرنا فى وجه الوقوف على الأجازة انّ هذا الحقّ للمالك من باب الأجازة لامن باب خيار الفسخ فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قوّاه بعض من قارب عصرنا وتبعه بعض من عاصرناه معلّلاً بقاعدة نفى الضّرر اذ فيه انّ الخيار فرع الأنتقال وقد تقدّم توقّفه على طيب النّفس وماذكراه من الضّرر المترتّب على لزوم البيع ليس لأمر راجع[1] الى العوض والمعوّض وانّما هو لأنتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه اذ لافرق فى الجهل بانتقال ماله بين ان يجهل اصل الأنتقال كما يتّفق فى الفضولى او يعلمه ويجهل تعلّقه بماله ومن المعلوم انّ هذا الضّرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولى على الأجازة اذ لايلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضّرر ثمّ انّ الحكم بالصّحة فى هذه الصّورة غير متوقّفة على القول بصحّة عقد الفضولى بل يجيء على القول بالبطلان[2] الآن يستند فى بطلانه بما تقدّم من قبح التّصرّف فى مال الغير فيتّجه عنده حينئذ البطلان .

١ـ توضيحه أن الضرر انما يوجب الخيار والتزلزل فى البقاء اذا كان مع فرض كون البيع واجداً لجميع الشرائط كما فى الضرر الراجع الى العوضين كخيار الغبن فان البيع فيه تام لكنا يلزم الضرر من جهة الجهل بالقيمة والمفروض ان العلم بها ليس شرطاً فى صحة العقد فيتدارك بالخيار وهذا بخلاف الضرر فى المقام الحاصل من جهة فقد الرضا ومثله ليس مناطاً فى الخيار.

٢ـ لان الوجه فى بطلان الفضولى لوقلنا به انما هو لعدم شمول العمومات من حيث ان العقد لادخل له بمالك المال فلايكون مكلفاً بخلاف المقام فانه صدر من المالك فلامانع من شمولها.

ثم يغرم المثمن وان كان جاهلاً.

الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له والأقوى هنا ايضاً الصحة ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف على الأجازة بمثل مامر فى الثالثة و فى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى الثالثة [1] ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الثالثة.

واما القول فى المجاز [2] فاستقصائه يكون ببيان امور.

الأول يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة فى تأثيره [3] عدا رضا المالك فلا يكفى اتصاف المتعاقدين بصحة الأنشاء [4] ولا احراز سائر الشروط بالنسبة الى الأصيل فقط على الكشف للزومه عليه حينئذ [5] بل مطلقا التوقف تأثيره الثابت ولو على القول بالنقل عليها وذلك لأن العقد اما تمام السبب او جزئه وعلى اى حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده ولهذا لا يجوز الأيجاب فى حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا لأن الأجازه على القول بالنقل اشبه بالشرط

١ـ وهو أن قصد نفسه يلزم أن ينزل نفسه منزلة المالك فرضاه بالبيع رضا ببيع مال نفسه ومعه لا مقتضى للاجازة ولا يضر الاعتقاد المفروض بعد هذا البناء.

٢ـ الذى هو العقد.

٣ـ كالعربية والماضوية و التوالى بين الايجاب والقبول و بلوغ العاقد وعقله و قصده و بالجملة أنه يعتبر فى عقد الفضولى جميع ما يعتبر فى سائر العقود حتى الشروط المعتبرة فى تأثير العقد مثل القدرة على التسليم و غيره والوجه فيه أن الاجازة ليست نفس العقد ولا طرفاً منه بل هى انفاذ للعقد فلابد من كونها جامعة لجميع ما يعتبر فيها عدا الرضا ولا فرق فى ذلك بين النقل والكشف ولا بين الاصيل والفضولى.

٤ـ يعنى أن مجرد الاتصاف المذكور مع فرض فقد سائر الشرائط لا يكفى فى المطلوب.

٥ـ علة للمنفى وهو الكفاية و كذا قوله لتوقف الخ كما أن قوله لان العقد علة للنفى اعنى عدم الكفاية.

ولوسلم[1] كونها جزءً فهو جزء للمؤثّر لاللعقد فيكون جميع مادلّ من النّصّ والأجماع على اعتبار الشّروط فى البيع ظاهرة فى اعتبارها فى انشاء النّقل والأنتقال بالعقد.

نعم لودلّ دليل على اعتبار شرط فى ترتّب الأثر الشّرعى على العقد من غير ظهور فى اعتباره فى اصل الأنشاء امكن القول بكفاية وجوده حين الأجازة ولعلّ من هذا القبيل القدرة على التّسليم واسلام مشترى المصحف والعبد المسلم.

ثمّ هل يشترط بقاء الشّرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا ينبغى الأشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها حتّى على القول بالنّقل نعم على القول بكونها بيعاً مستانفاً يقوى الأشتراط واماّ شروط العوضين فالظّاهر اعتبارها بناء على النّقل واما بناء على الكشف فوجهان واعتبارها عليه ايضاً غير بعيد.

الثّانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتّفصيل من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً اوصلحاً فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته او بيعها لها ام يكفى العلم الأجمالى بوقوع عقد قابل للأجازة وجهان من كون الأجازة كالأذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعيّن الاّ اذا بلغ حدّاً لايجوز معه التّوكيل[2] و من انّ الأجازة بحسب الحقيقة احد ركنى العقد لأنّ المعاهدة الحقيقيّة انّما يحصل من المالكين بعد الأجازة فيشبه القبول مع عدم تعيين الأيجاب عند القابل ومن هنا يظهر قوّة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد ولايكفى مجرّد احتماله فيجيزه على تقدير وقوعه اذا انكشف وقوعه لأنّ الأجازة وان لم تكن من العقود حتّى يشملها معاقد اجماعهم على عدم جواز التّعليق فيها الاّ انّها فى معناها ولذا يخاطب المجيز

١- يعنى لو سلمنا كونها جزء وقلنا بكفاية حصول العلم قبل تمامية الاجزاء نقول أنها جزء للسبب المؤثر.

٢- كان يقول فى شيء اوفى تصرف اويقول وكلتك فى احد الامرين من البيع والنكاح مع ارادة الترديد لا التخيير.

بعدها بالوفاء بالعقد السّابق مع انّ الوفاء بالعقد السّابق لا يكون الّا في حق العاقد فتامّل[1].

الثّالث المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير[2] و اما العقد الواقع على عوضه[3] و على كلّ منهما اما ان يكون المجاز اوّل عقد وقع على المال او عوضه او آخره او عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده او بدله او بالاختلاف[4]

١- لعله اشارة الى أن التعليق انما يوجب البطلان اذا لم يكن المعلق عليه حاصلا وأما اذا كان حاصلا كتعليق الطلاق على الزوجية مع حصولها فلا وجه لاحتمال البطلان.

٢- كما اذا اشترى كتاب زيد مثلا من الفضولي ثم باع المشترى الكتاب من عمرو ثم باعه عمرو وهكذا .

٣- كما اذا اوقع المعاملة على ثمن الكتاب.

٤- اى اختلاف السابق مع اللاحق في الوقوع على مال المالك وعوضه حيث انه يوجب اختلافاً في الحكم ويحتمل ان يكون المراد اختلاف نفس ماوقع من العقود سابقاً بعضها مع بعض ونفس ماوقع لاحقاً منها فلو باع عبد المالك بفرس فباعه المشترى بكتاب فباعه المشترى بدينار فباع البايع الثالث الدينار بجارية وباع الاول الفرس بشاة فبيع العبد بالفرس اول العقود وبيعه بالدينار آخرها وبيعه بالكتاب وسط بين عقدين على مورده وهما بيع العبد بالفرس وبيعه بالدينار وبين عقدين على غير مورده وهما بيع الفرس بالشاة وبيع الدينار بالجارية وهذه الصور كلها ممكنة بالاضافة الى عقد الفضولي على عوض مال الغير والمصنف مثل لوقوع العقد على مال الغير بالعقود الثلاثة الاول في المثال الذى ذكره بقوله ويجمع الكل ومثل لوقوع العقد الواقع على عوضه بما عدا العقود الثلاثة الاول في المثال والمراد بالعوض في العبارة أعم من عوض نفس مال الغير كما في بيع الفرس بدرهم وفي بيع الدينار بجارية فان الفرس عوض العبد في البيع الاول والدينار عوضه في البيع الثاني وهو بيع العبد بكتاب ومن عوض عوضه كما في بيع الدرهم برغيف وبيع الدرهم بحمار فان الدرهم فيهما عوض عن الفرس الذى هو عوض عن العبد ومن عوض عوض عوضه كما في بيع الرغيف بعسل فان الرغيف عوض الدرهم وهو عوض الفرس وهو عوض العبد الذى هو مال الغير .

و يجمع الكلّ فيما اذا باع عبدالمالك بفرس ثمّ باعه المشترى بكتاب ثمّ باعه الثّالث بدينار وباع البايع الفرس بدرهم و باع الثّالث الدّينار بجارية و باع بايع الفرس الدّرهم برغيف ثمّ بيع الدّرهم بحمار وبيع الرّغيف بعسل اما اجازة العقد الواقع على مال المالك اعنى العبد بالكتاب فهى ملزمة له و لما بعده ممارقع على مورده اعنى العبد بالدّينار بناء على الكشف .

واما بناء على النّقل فينبغى[1] على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه وهى فسخ بالنّسبة الى ما قبله ممّا ورد على مورده[2] اعنى بيع العبد بفرس بالنّسبة الى المجيز اما بالنّسبة الى من ملك بالأجازة و هو المشترى بالكتاب فقابليّته للأجازة مبنيّة على مسئلة اشتراط ملك المجيز حين العقد هذا حال العقود السّابقة واللّاحقة على مورده اعنى مال المجيز.

و امّا العقود الواقعة على عوض مال المجيز فالسّابقة على هذا العقد وهو بيع الفرس بالدّرهم يتوقّف لزومها على اجازة المالك الأصلى للعوض و هو الفرس واللّاحقة له اعنى بيع الدّينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد[3] .

١- يعنى يبنى الكلام فيه من حيث الصحة والبطلان على اعتبار كون المجيز هو المالك حال العقد امغيره فان كان الاول فلايحتاج الى الاجازة لنفس عقده والمراد مما تقدم هواشتراط ملك المجيز حال العقدام لا.

٢- محل البحث العقود المترتبة وترتبها اما بوقوع العقود من اشخاص متعددة على نحو تعاقب الايدى واما بوقوعها على أثمان متعددة ولومن شخص واحد والترتب يقع فى احد العوضين واخرى فى العوض والمعوض والمصنف انما عدل عن تعبير الفقهاء من أن فى العقود الواقعة على المثمن يصح المجاز وما بعده وفى العقود الواقعة على الثمن يصح وما قبله لادخال الترتب التركيبى فان تعبيرهم مختص بالترتب البسيط اى الواقع على احد العوضين.

٣- يعنى عقد العبد بالدينار لانه اذا صح هذا العقد ولزم يكون الدينار لبايع بالجارية وهوصاحب الكتاب.

و امّا اجازة العقد الواقع على العوض اعنى بيع الدّرهم بالرغيف فهى ملزمة للعقود السّابقة عليه سواء وقعت على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس او على عوضه وهو بيع الفرس بالدّرهم و للعقود اللّاحقة له اذا وقعت على المعوّض و هو بيع الدّرهم بالحمار[1] اما الواقعة على هذا البدل المجاز اعنى بيع الرّغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض[2] ابتداء و ملخّص ماذكرنا انّه لو ترتّبت عقود متعدّدة مترتّبة على مال المجيز فان وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسخاً لما قبله واجازةً لما بعده على الكشف وان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر[3] و لعلّ هذا هو المراد من المحكىّ عن الأيضاح و س فى

١ـ توضيح ذلك الكلام أنه اذا تعلقت اجازة المالك بالعقد الوارد على ماله صح فيكون المالك اجنبياً عن المال فالعقود السابقة على العقد المجاز لا تصح باجازة المالك بعد ذلك حينئذ فان قلنا بجواز اختلاف المالك حال العقد مع المالك حال الاجازة امكن ان يصح واحد منها باجازة المشترى، وان لم نقل بذلك بطلت اذ لا يمكن أن تصح باجازة أى مالك كان واما العقود اللاحقة للمجاز فهى صحيحة لازمة بناء على الكشف لصدورها من المالك اما بناء على النقل فاللاحق صادر من غير المالك وبعد الاجازة يصير مالكاً فيدخل فى مسئلة من باع ثم ملك .

وان تعلقت الاجازة بالعقد على العوض الشخصى صح المجاز وصح العقد السابق المخالف له واما العقود السابقة على المجاز الواردة على العوض فحكمها حكم العقود السابقة على المجاز اذا كان وارداً على نفس مال المالك وكذلك حكم اللاحقة وان تعلقت الاجازة بالعقد الوارد على العوض البدلى صح وما قبله اذ لو لم يصح يكون المالك اجنبياً عن مورد العقد المجاز نظير ما سبق واما ما بعده فهو من صغريات مسئلة اختلاف المالك حال العقد مع المالك حال الاجازة.

٢ـ اى فى كونه فضولياً ابتداء محتاجاً الى اجازة مستقلة مثل البيوع الواقعة على مال المالك ابتداء.

٣ـ قيل هذا الكلام منه قده ليس بتام فانه لو باع العبد بالفرس ثم باعه ثانياً فضولا ←

حكم ترتب العقود من انّه اذا اجاز عقداً على المبيع صح و ما بعده و فى الثمن ينعكس فان العقود المترتّبة على المبيع لايكون الا من اشخاص متعددة و امـا العقود المترتبة على الثمن فليس مرادهما ان يعقد على الثمن الشخصى مرارآلان حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقا من قولنا امـا الواقعة على هذا البدل المجاز الى آخره بل مرادهمـا ترامى الاثمان فى العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان و قد علم من ذلك ان مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من العقد المجاز عنى عوض مال الغير ليس العوض الشخصى الاوّل له بل العوض و لو بواسطة.

ثمّ انّ هنا اشكالا [1] فى شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشترى بالغصب اشار اليه العلامة رد فى عدواوضحه قطب الدين والشهيد فى الحواشى المنسوبة اليه فقال الاول فيما حكى عنه انّ وجه الاشكال ان المشترى مع العلم يكون مسلطاً للبايع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرّجوع ولـو بقى ففيه الوجهان فلاينفذ فيه اجازة الغير [2] بعد تلفه بفعل المسلط بدفعة ثمناً عن

بالكتاب ثم باعه ثالثاً بالدينار فلايصح المجاز وماقبله بل ولا مابعده الا مع اجازة المشترى فى العقد المجاز مع أن الجميع صادر من شخص واحد وهو الفضولى الاول كما انه لو باع العبد بالفرس ثم باع غير المشترى الفرس بالدرهم و باع فضولى آخر بالرغيف و باع آخر الرغيف بالعسل يصح المجاز و ماقبله و مابعده يتوقف على الاجازة مع أنها صادرة من اشخاص متعددة فتعدد الاشخـاص ووحدتهم ليس مناطاً فى المقام فالاولى ماذكره المشهور من القاعدة فيه لكن هذا لوجد ايضاً يصح بما صححه المصنف.

١ـ منشأ الاشكال هو فتوى المشهور بان الثمن اذا تلف عند البايع الغاصب لايجوز للمشترى مع علمه بالغصب مطالبة الغاصب بمثله اوقيمته و علة عدم الضمان تسليطه مجاناً فيكون من صغريات قاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده .

٢ـ اى غير الفضولى الذى هو المالك وضمير فيه راجع الى الثمن بتقدير المضاف و

مبيع اشتراه و من انّ الثّمن [١] عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه الاّ عدم صدوره [٢] عن المالك فاذا اجاز جرى مجرى الصّادر عنه انتهى و قال في محكيّ الحواشي انّ المشترى مع علمه بالغصب يكون مسلّطا للبايع الغاصب على الثّمن فلا يدخل في ملك ربّ العين فحينئذ [٣] اذا اشترى به البايع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و اتلفه عند الدّفع الى البايع فيتحقّق ملكيّته للمبيع فلا يتصوّر نفوذ الأجازة هنا [٤] لصيرورته ملكاً للبايع و ان [٥] امكن اجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها ايضاً [٦] لأنّ ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له في اتلافه فلا يكون ثمناً فلا تؤثّر الأجازة في جعله ثمناً فصار الأشكال في صحّة البيع و في التّتبّع [٧] .

حاصله أنه لا يؤثر في دخول الثمن في ملك صاحب المبيع الذي باعه الغاصب وجعله ثمناً لماله اجازته للبيع بعد صيرورته ملكاً للغاصب بجعله في العقد الثاني .

١ـ هذا عطف على قوله ان المشترى فهو وجه للطرف الاخر من الاشكال .

٢ـ يعني لا مانع من نفوذ ملك مالك المبيع للثمن في العقد الاول الا عدم صدور ذلك العقد من مالك المبيع فاذا اجازه جرى مجرى الصادر منه في تأثيره في دخول الثمن في ملكه .

٣ـ توضيحه أنه اذا اشترى البايع بذلك الثمن للعين المغصوبة متاعاً فقد اشتراه لنفسه و اتلف الثمن عند الدفع الى بايع المتاع فيتحقق ملكية الغاصب البايع في المعاملة الاولى و المشترى في المعاملة الثانية للمتاع المبيع .

٤ـ اى في العقد الثاني الوارد على الثمن .

٥ـ اى اجازة المبيع في البيع الاول الذي هو مال المالك المجيز ووجه الامكان ماذكره القطب من أن الثمن عوض عن العين المملوكة للمجيز ولا يمنع من نفوذ الاجازة .

٦ـ اى عدم نفوذها في المبيع ايضاً .

٧ـ لما مر منا من كون المالك اجنبياً عن العقد الثاني فلا مجال حينئذ التتبع و الاختيار .

ثمّ قال: انه يلزم من القول ببطلان التتبّع بطلان اجازة البيع فى المبيع لاستحالة كون المبيع بلاثمن فاذا قيل انّ الأشكال فى صحّة العقد كان صحيحاً ايضا انتهى واقتصر فى مع صد على ماذكره الشّهيد اخيراً فى وجه سراية هذا الاشكال الى صحّة عقد الفضولى مع علم المشترى بالغصب [1] و المحكى عن الايضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبّع العقود للمالك مع علم المشترى على كون الأجازة ناقلة فيكون منشأ الأشكال فى الجواز و العدم الاشكال فى الكشف والنقل [2] قال فى محكى الايضاح اذا كان المشترى جاهلاً فللمالك تتبّع العقود و رعاية مصلحته و الرّبح فى سلسلتى الثّمن و المثمن.

و اما اذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من انّ المشترى اذا رجع عليه بالسّلعة لا يرجع على الغاصب بالثّمن مع وجود عينه فيكون قد ملك الغاصب مجّاناً لأنّه بالتّسليم الى الغاصب ليس للمشترى استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب [3] و المالك قبل الأجازة لم يملك الثّمن لأنّ الحقّ انّ الأجازة شرط او سبب [4] فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثّمن على سبب ملك المالك له اى الاجازة فاذا نقل الغاصب الثّمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطاله و يكون مايشترى الغاصب بالثّمن و ربحه له و ليس للمالك اخذه لأنّه ملك الغاصب و على القول بانّ اجازة المالك كاشفة فاذا اجاز العقد

---

١ ـ حيث قال فيه لان مادفعهُ الى الغاصب كالمأذون فى اتلافه بعد قوله مع احتمال عدم نفوذ الاجازة يعنى فى العقد الواقع على المبيع وهو العقد الاول مثل العقد الواقع على الثمن وهو العقد الثانى.

٢ـ كما هو ظاهر كلام القطب .

٣ـ لانه بعد ماملكه بتسليم المشترى كان المالك اجنبياً عنه فاذا باعه الفضولى فقد باع ملكه .

٤ـ يعنى أن الاجازة اما شرط لتأثير بيع الفضولى او بيع مستقل .

كان له و يحتمل ان يقال لمالك العين حقّ تعلّق بالثمن فانّ له اجازة البيع و اخذ الثّمن و حقّه مقدّم على حقّ الغاصب لانّ الغاصب يؤخذ باخسّ احواله و اشقّها عليه والمالك ماخوذ باجود الأحوال .

ثم قال والاصحّ عندى مع وجود عين الثّمن للمشترى العالم اخذه و مع التلف ليس له الرجوع به انتهى كلامه ره وظاهر كلامه انه لاوقع للاشكال على تقدير الكشف[1] وهذا هوالمتجه اذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب و الشّهيد بان تسليط المشترى للبايع على الثّمن على تقدير الكشف تسليط على مالكه الغير بالعقد السابق على التّسليط الحاصل بالاقباض فاذا انكشف ذلك بالأجازة عمل مقتضاه واذاتحقّق الرّدّ انكشف كون ذلك تسليطا من المشترى على ماله فليس له ان يستردّه بناء على مانقل من الأصحاب .

نعم على القول بالنقل يقع الأشكال فى جواز اجازة العقد الواقع على الثّمن لانّ اجازة مالك المبيع له موقوفة على تملّكه للثمن لانّه قبلها اجنبى عنه والمفروض انّ تملّكه الثّمن موقوف على الأجازة على القول بالنّقل و كذا الاشكال فى اجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البايع الثّمن او بعد اتلافه اياه على الخلاف فى اختصاص عدم رجوع المشترى على الثّمن بصورة التلف وعدمه لأنّ تسليط المشترى للبايع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالأجازة فلا يبقى مورد للأجازة وماذكره فى الايضاح من احتمال تقديم حقّ المجيز لانه اسبق و انّه اولى من الغاصب المأخوذ باشق الاحوال فلم يعلم له وجه بناء على النّقل لان العقد جزء سبب لتملك المجيز والتّسليط المتاخر عنه علّة تامّة لتملّك الغاصب فكيف يكون حقّ المجيز اسبق نعم يمكن ان يقال ان حكم الأصحاب بعدم استرداد الثّمن لعله لاجل التّسليط المراعى بعدم اجازة مالك المبيع لالانّ نفس التسليط علّة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى

١ـ المال ملك للمالك بناء على الكشف فيمتنع ان يكون تسليمه الى البايع الفضولى تمليكا له اياه لانه تصرف فى مال غيره.

الرد والاجازة و حيث ان[1] حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الأنتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد وجب الاقتصار فيه على المتيقن وهو التسليط على تقدير عدم الاجازة فافهم[2].

مسئلة فى احكام الرد لايتحقق الرد قولاً الا بقوله فسخت ورددت وشبه ذلك مما هو صريح فى الرد[3] لأصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل و قابليته من طرف المجيز[4] و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل او بالاتلاف وشبههما كالعتق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك والوجه فى ذلك ان تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الاجازة لفرض خروجه عن ملكه[5].

١ـ توضيحه أنه لادليل على عدم جواز استرداد المالك الثمن فى صورة التسليط الا اجماعهم وهو امر لبى يقتصر على المتيقن و هو التسليط على تقدير عدم الاجازة .

٢ـ لعله اشارة الى أن عدم جواز الاسترداد اوملكية الغاصب فى التسليط المجانى من جانب مالك الثمن حيث انه عالم بعدم كونه مالكاله ومع ذلك يدفعه اليه فهو مطلق غير مقيد بالاجازة لان المفروض ان المشترى انما يشترى من الغاصب بعنوان المالك لا بتوقع اجازة المالك الحقيقى.

٣ـ فلايكفى الالفاظ المجملة التى لا يكفى فى حل العقد لان الرد ايضاً كالاجازة من العناوين الانشائية التى تتحقق بالالتزام النفسى المحكى باللفظ مثل رددت ونحوه وبالفعل الحاكى عن الالتزام المذكور عرفاً وبالتصرف الخاص الذى ياتى بانه بعيد هذا.

٤ـ عطف على اللزوم وحاصله أن العقد قابل باللزوم بالاجازة.

٥ـ لان خروج المال عن الملك موجب لصيرورة المالك اجنبياً فلا تنفع اجازته فيبطل حينئذ العقد فانه اذا باع المالك العين قبل الاجازة واعتق اووهبها للغير بطل العقد وكذا الوزوجت نفسها للغير اى لغير من زوجها الفضولى فان التزويج مخرج للبضع عن

و امّا التصرّف الغیر المخرج عن الملك کاستیلاد الجاریة و اجارة الدار و تزویج الامة فهو و ان لم یخرج الملك عن قابلیّة وقوع الاجازة علیه الّا انه مخرج له عن قابلیة وقوع الأجازة من زمان العقد لانّ صحة الاجازة علی هذا النحو توجب وقوعها باطلة و اذا فرض وقوعها صحیحة منعت عن وقوع الاجازة[1] و الحاصل ان وقوع هذه الامور صحیحة مناقض لوقوع الأجازة لاصل العقد فاذا وقع احد المتنافیین[2] صحیحاً فلابدّ من امتناع وقوع الآخر و ابطال صاحبه او ایقاعه علی غیر وجهه و حیث لاسبیل الی الأخیرین[3] تعیّن الأوّل و بالجملة کلما یکون باطلاً علی تقدیر لحوق الاجازة المؤثّر من حین العقد فوقوعه صحیحاً مانع من لحوق الاجازة لامتناع اجتماع المتنافیین .

سلطنة من باشر عقد التزویج الذی هو الفضولی و کذلك الکلام لو کان التصرف فی العین بحیث یکون معدماً لموضوع العقد حقیقة او حکماً کاحراقه و کسره و تمزیقه و لعل هذا البحث هو البحث المعروف فی الاصول اعنی اقتضاء الامر بالشیء للنهی عن الضد فان ذلك فی اقتضاء طلب احد الضدین طلب ترك الاخر و هذا فی اقتضاء اختیار احد الضدین کراهة الاخر.

١ـ وذلك لقصور سلطنته عن التصرف فی العین و صیرورته ایضاً کالاجنبی فلا تجدی اجازته ولا یصح تصرفه فیکون العقد باطلا هذا ولکن لا یخفی أن هذا البطلان من جهة النقل دون الکشف لانه علی الکشف یتعین بطلان عقد المالك و صحة عقد الفضولی کما اشار بهذا المصنف فی آخر کلامه بقوله نعم لو قلنا بأن الاجازة کاشفة الخ.

٢ـ و هو عقد المالك صحیحاً.

٣ـ وجه عدم السبیل انه اذا صح عقد المالك لان المفروض عدم انتقال المال عنه مالم یجز، انتقل المال عنه بعقده وصار اجنبیاً عن المال المنتقل عنه ، عیناً کان او منفعة؛ واجازة الاجنبی لااثر لها فی صحة عقد الفضولی لکن توجب صحته بطلان ما وقع منه من العقد حال کونه مالکاً اووقوعها بنفسها علی غیر وجهها .

نعم لو انتفع المالك بها قبل الاجازة بالسكنى و اللبس كان عليه اجرة المثل اذا اجاز[١] فتأمل[٢].

و منه[٣] يعلم انه لافرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد ووقوعها بدونه لأن التنافي بينهما واقعي.

ودعوى[٤] انه لادليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الأجازة و لذا صحح جماعة كما تقدم اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثم ملكه.

مدفوعة باجماع اهل الكشف على كون اجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه[٥].

نعم لو قلنا بان الأجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع الى كون المؤثر التام هو العقد الملحوق بالأجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر و بالأجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فيبطل هي وتصح الاجازة.

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد كتعريض المبيع والبيع الفاسد وهذا ايضا على قسمين لأنه اما ان يقع حال التفات

١ـ هذا مبني على الكشف واما على القول بالنقل فلا تشغل الذمة بشيء و قد تقدم نتيجة النقل والكشف من أن النماآت والمنافع لمالكها قبل العقد على القول بالنقل و لمن انتقل اليه بالعقد على القول بالكشف فلاتغفل.

٢ـ لعله اشارة الى أن الفرق بين هذين التصرفين اعني السكنى واللبس وبين الوطي والتزويج والاجازة لايخلو عن اشكال.

٣ـ يعني من امتناع اجتماع المتنافيين.

٤ـ محصله أنه لاتنافي هنا لان التنافي انما يحصل باعتبار قابلية العقد للتأثير من حين صدوره على الكشف وهو ممنوع بل يكفي قابليته له حين الاجازة فقط فيمكن الحكم بصحة هذه التصرفات الى زمان الاجازة و صحة العقد مما بعد الاجازة ثم المراد من التنافي هو دلالة اوفوائي كل من العقدين.

٥ـ لكن حجية هذا الاجماع مشكل.

المالك الى وقوع العقد من الفضولي على ماله.

واما ان يقع في حال عدم الالتفات.

أمّا الأوّل فهو ردّ فعليّ للعقد و الدّليل على الحاقه بالرّدّ القوليّ مضافا الى صدق الرّدّ عليه فيعمّه مادلّ على انّ للمالك الرّدّ[1] مثل ماوقع في نكاح العبد والامة بغير اذن مولاه وما وردفيمن زوّجته امّه وهو غائب من قوله (ع) ان شاء قبل وانشاء ترك الّا ان يقال الاطلاق مسوق لبيان انّ له الترك فلا تعرّض فيه لكيفيّته انّ المانع من صحّة الأجازة بعد الرّدّ القولي موجود في الرّدّ الفعلي وهو خروج المجيز بعد الرّدّ عن كونه بمنزلة احد طرفي العقد مضافاً الى فحوى الأجماع المدّعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطي والبيع والعتق فانّ الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع والّا فتوقّفهما على الملك لايوجب حصول الفسخ بهابل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها حتّى تصادف الملك.

و كيف كان فاذا صلح الفسخ الفعلي لرفع اثر العقد الثابت المؤثّر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتّأثير بطريق اولى.

واما الثّاني وهو مايقع في حال عدم الألتفات فالظّاهر عدم تحقّق الفسخ به لعدم دلالته على انشاء الرّدّ المفروض عدم منافاته ايضاً للاجازة اللّاحقة ولايكفي مجرّد رفع اليد عن الفعل بانشاء ضدّه مع عدم صدق عنوان الرّدّ الموقوف على القصد والألتفات

١ـ حاصله أنه يشمل بالرد الفعلي عموم مادل على أن للمالك الرد ثم الاجماع ايضاً يدل على أن الاجازة بعد الرد باطلة و الفسخ الفعلي كالفسخ القولي مبطل للعقد و العمدة في ذلك كله أن حقيقة الايقاع الالتزام النفساني بالموقع بالفتح واعتبار اللفظ اوالفعل من باب الطريق اليه فكما أن اللفظ طريق اليه كذلك الفعل.

لايقال ان الفعل فيه اجمال واحتمال لايدل على الرد فانه يقال كما أن اللفظ يدل على المطلوب بالقرينة كذلك الفعل فلافرق بينهما في الدلالة بل قد يكون الفعل اصرح وقد يعكس وقد يتساويان.

الى وقوع المردود نظير انكار الطلاق[1] الذى جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات الى وقوع الطلاق[2] على ما يقتضيه اطلاق كلامهم نعم لو ثبت كفاية ذلك فى العقود الجايزة كفى هنا بطريق اولى كما عرفت لكن لم يثبت ذلك هنا فالمسئلة محل اشكال بل الأشكال فى كفاية سابقه ايضاً فان بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالأجازة ولذا استشكل فى عد فى بطلان الوكالة بايقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلا بفساده وقرره فى الايضاح ومع صد على الأشكال والحاصل ان المتيقن من الرد هو الفسخ القولى وفى حكمه تفويت محل الاجازة بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد واما الرد الفعلى وهو الفعل المنشاء به مفهوم الرد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به واما مجرد ايقاع ما ينافى مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات الى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل وفى حكم ما ذكرنا الوكالة والوصاية ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى اوضح واما الفسخ فى العقود الجائزة بالذات او الخيار فهو منحصر باللفظ او الرد الفعلى واما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطى والعتق والبيع فالظاهر ان الفسخ بها من باب تحقق القصد قبلها لا لمنافاتها لبقاء العقد لأن مقتضى المنافات بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه وتمام الكلام فى محله .

ثم ان الرد انما يثمر فى عدم صحة الاجازة بعده واما انتزاع المال من المشترى لو قبضه الفضولى فلا يتوقف على الرد بل يكفى فيه عدم الاجازة و الظاهر ان الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على ارادته منه لا مطلق الأخذ لأنه اعم ولذا ذكروا ان الرجوع فى الهبة لا يتحقق به .

١ـ فلا يدل هذا الفعل الغير الملتفت اليه الا مع القرينة.

٢ـ يعنى انه لا يمكن أن يجعل المقام نظير ما ذكروه فى باب الطلاق من حصول الرجعة فيه بمجرد الانكار مع عدم قصده لانشاء الرجوع فيكون نظيراً للمنفى و هو الكفاية .

مسئلة لولم یجز المالك فان کان المبیع فی یده فهو والا فله انتزاعه ممن وجده فی یده[١] مع بقائه ویرجع بمنافعه المستوفاة وغیرها[٢] علی الخلاف المتقدم فی البیع الفاسد ومع التلف یرجع الی من تلف عنده[٣] بقیمته یوم التلف او باعلی القیم من زمان وقع فی یده ولو کان قبل ذلك فی ضمان آخر وفرض زیادة القیمة عنده ثم نقصت عند الأخیر اختص السابق بالرجوع بالزیادة علیه[٤] کما صرّح به جماعة فی الایدی المتعاقبة هذا کلّه حکم المالك مع المشتری واماّ حکم المشتری مع الفضولی فیقع الکلام فیه تارة فی الثّمن واخری فیما یغرمه للمالك زائداً علی الثّمن .

فهنا مسئلتان الاولی انه یرجع علیه بالثّمن ان کان جاهلاً بکونه فضولیاً[٥] سواء

١- من الغاصب او المشتری اوالی غیره ممن دخل تحت یده برده فیلزمه بالرد لان کل من اخذه فهو مأمور بالرد الا أن یرجع الملك الی غیره ممن کان العین فی یده.

٢- ویرجع الی الصفات الفائتة عند الضامن الاول بل ویرجع الیه بالصفات التی فاتت عند الضامن الثانی سواء کانت هذه الصفات موجودة فی العین حین کانت العین فی یده ام تجددت فی ید الثانی ثم زالت .

٣- اوالی البایع و غیره ممن ترتب یده علیها لکن قرار الضمان علی من تلفت عنده .

٤- یعنی قبل وصولها الی یده والا فلوفرض نقصانها عنده یجوز الرجوع بها علیه ایضاً.

٥- اعلم أن البایع و المشتری اما أن یکونا عالمین بأن المال للغیر اویکونا جاهلین به ویکون المشتری عالماً به والبایع جاهلا اوبالعکس لایرجع فی الصورة الاولی قطعاً لعدم صدق الغار علی البایع والمغرور علی المشتری عرفاً و فی الصورة الثانیة اشکال والظاهر عدم الرجوع للشك فی الصدق حینئذ ولاصل البرائة والصورة الثالثة کالاولی واما الصورة الرابعة فهی التی ذکره المصنف وقال بالرجوع فیها ووجهه هو عدم مایوجب خروجه عن ملکه ولان المشتری استند الی حجة شرعیة التی هو الید و هذا فی صورة بقاء الثمن ظاهر و اما مع تلفه فکك ایضاً لعموم علی الید.

كان باقياً او تالفاً ولا يقدح في ذلك[1] اعترافه بكون البايع مالكاً لأنّ اعترافه مبنيّ على ظاهر يده نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده الى اليد كان يكون اعترافه[2] بذلك بعد قيام البيّنة لم يرجع بشيء ولو لم يعلم استناد الأعتراف الى اليد او الى غيره ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد او بظاهر لفظ الأفراد من دلالته على الواقع وجهان[3] وان كان عالماً بالفضوليّة فان كان الثمن باقياً استردّه وفاقاً للعلّامة وولده والشهيدين والمحقّق الثانيرة اذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً[4] ومجرّد تسليطه عليه لو كان موجباً لأنتقاله لزم الأنتقال في البيع الفاسد لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله ولأنّ الحكم بصحّة البيع لو اجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملّك المالك للثمن فان تملّكه البايع قبله يلزم فوات محلّ الأجازة لأنّ الثمن انّما ملكه الغير فيمتنع تحقّق الأجازة فتأمّل[5].

١ـ يعني لا يقدح في جواز الرجوع اقراره حين الاخذ بمالكية البايع.

٢ـ يعني اذا كان اعتراف المشترى بملكية الفضولي بعد قيام البينة على عدم كون البايع الفضولي مالكاً لم يرجع الى الفضولي حينئذ لعدم استناده الى شيء من الحجج الشرعية من علم او بينة او يد او اصل او غيرها.

٣ـ من جهة الظهور المستند الى اللفظ الذي هو من الظنون الخاصة فيرجع و من عموم دليل الاقرار الذي لا يخصص الا بما يكون معتبراً و لا دليل على اعتبار الظهور المقابل فلا يرجع.

٤ـ وبطلان ما تقتضي الانتقال الى غيره و لان الدفع اليه لا يزيد عن الهبة التي يجوز الرجوع فيها مع بقاء العين اذا كان اجنبياً.

٥ـ لعله اشارة الى الفرق بين بيع الفاسد والمقام بكون التسليط في المبيع الفاسد في مقابل العوض و في المقام مجاني كما يصرح فيه في صورة التلف و الى أن القائل بانتقال الثمن الى الغاصب بمجرد التسليط يمكن التزامه بعدم قابلية هذا البيع لاجازة المالك.

وهل یجوز للبایع التّصرف فیه وجهان بل قولان اقویهما العدم لأنّ اکل مال بالباطل[1] هذا کلّه اذا کان باقیاً واما لو کان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتری بل المحکیّ عن العلّامة وولده والمحقّق والشّهید الثّانیین وغیرهم الأتّفاق علیه ووجهه کما صرّح به بعضهم کالحلّی والعلّامة وغیرهما ویظهر من آخر ایضاً انّه سلّطه علی ماله بلا عوض.

توضیح ذلک انّ الضّمان اما بالعموم علی الید ما اخذت واما لقاعدة الأقدام علی الضّمان الذّی استدلّ به الشّیخ وغیره علی الضّمان فی فاسد ما یضمن بصحیحه[2]

١ـ سیظهر من موضعین من کلامه قده جواز التصرف الاول قوله قده لان طیب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل و الثانی قوله قده وحاصله أن دفع المال الی الغاصب لیس الا کدفعه الی ثالث یعلم عدم کونه مالکاً للمبیع انتهی فلا تغرر بکلامه هذا ووجه عدم جواز التصرف أن تسلیم المشتری الثمن الی البایع الفضولی انما هو فی مقابل مالا یستحقه لا مطلقا فلا یستحق التصرف فی بدل مالا یستحقه و لانه لیس هنا سبب مملک ولا دلیل علی الملکیة القهریة مع کون ملک المشتری باقیا وعدم وجود ما یزیل ملکه وتسلطه.

٢ـ العجب من المصنف قده من جهة عدم تعرضه لقاعدة من اتلف اصلا حیث انه تدل علی الضمان ولیس فی المقام ما یوجب هتک حرمة مال المشتری حتی یکون سبباً لاسقاط الضمان کدفع ماله الی صبی غیر ممیز او مجنون اواتقائه فی البحر او اذنه فی اکله بلا أجرة اودفعه بعوض لامالیة له عرفاً کالحشرات و الدیدان او بعوض محرم شرعاً کالخمر و الخنزیر وغیرها ومع عدم هذه کلها کیف یمکن القول بهتک حرمة ماله و اذا لم یکن کذلک فلا یمکن القول بعدم الضمان اذا لم یحصل منه ما یوجب الاعراض عن ماله کما هو لحال ثم ان هیهنا سئوالین الاول انهم ذکروا فی المقبوض بالبیع الفاسد بانه لافرق فی الضمان بین علم المشتری بالفساد وجهله ولم یقولوا بذلک فی المقام الثانی انهم بعدم جواز تصرف البایع فی الثمن المدفوع الیه مع انهم قالوا بعدم جواز رجوع المشتری بالثمن ایضاً فکیف التوفیق بینهما وقد یجاب عن السئوال الاول بان فی العقد الفاسد قدم کل منهما علی اخذ العوض عن صاحبه ←

والأوّل مخصّص بفحوى مادلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه اليه لحفظه كما في الوديعة او الانتفاع به كما في العارية او استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة فانّ الدّفع على هذا الوجه اذا لم يوجب الضّمان فالتّسليط على التّصرّف فيه واتلافه له ممالا يوجب ذلك بطريق اولى .

ودعوى انّه انّما سلّطه في مقابل العوض لامجّاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التّي تقدّم على الضّمان فيها.

مندفعة بانّه انّما سلّطه في مقابل ملك غيره فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلاثمن والأجارة بلااجرة التّي قد حكم الشّهيد وغير واحد بعدم الضّمان فيها ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثّاني للضّمان وهو الأقدام على الضّمان هنا لأنّ البايع لم يقدم على ضمان الثّمن الا بما علم المشترى انّه ليس ملكاً له.

فان قلت[1] تسلّطه على النّمن بازاء مال الغير لبنائه ولو عدوانا على كونه ملكاً له ولولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه

←فيرجع مع التلف الى ثمن المثل و اما مع العلم بالغصب فانه سلطه على اتلاف ماله مجاناً و هتك حرمة ماله و عن الثاني بان عدم جواز التصرف في اموال الناس مرة يستند الى عدم رضاء المالك دون الشارع كحق المارة ومرة الى عدم رضاء الشارع دون المالك كمال الصغير و اخرى اليهما معاوفي المقام مستند الى عدم رضاء الشارع بجعل المال الحلال عوضاً عن الحرام وهو كما ترى فان التسليط في المقام ليس مجانياً بل في مقابل العوض وهو المبيع وأن رضاء الشارع بدون رضا المالك لايتصور الافيما فيه صلاح على العامة.

١ـ حاصله أن الاقدام على المعاوضة موجب للضمان اذا قلنا بصحة البيع والا فالبيع باطل مع أنه اقدم ادعاء على المعاملة فان كان باطلا فيخرج عن موضوع البحث و ان كان صحيحاً فيثبت الضمان لتحقق القصد منه الى المعاوضة.

فهو انما سلّطه على وجه يضمنه بماله الّا انّ كلّا منهما لما قطع النّظر عن حكم الشّارع بعدم ملكيّة البايع للمثمن وتعاقدا معرضين عن ذلك كما هو الشّأن فى المعاوضات الواردة على اموال النّاس بين السّراق والظّلمة بل بنى المشترى على كون الثّمن ملكاً للبايع فالتّسليط ليس مجّانا وتضمينه البايع بمقابل الثّمن من ماله حقيقىّ الّا انّ كون المثمن مالاً له ادّعائى فهو كما لو ظهر المثمن المعيّن ملكاً للغير فانّ المشترى يرجع الى البايع بالثّمن مع التّلف اتّفاقاً مع انّه انّما ضمنه الثّمن بازاء هذا الشّىء الذى هو مال الغير فكما انّ التّضمين هنا حقيقىّ وكون المثمن مالاً له اعتقادىّ لا يقدح تخلّفه فى التّضمين فكذلك بناء المشترى فيما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدح فى التّضمين الحقيقى بماله :

قلت[1] الضّمان كون الشّىء فى عهدة الضّامن وخسارته عليه واذا كان المضمون به ملكاً لغير الضّامن واقعاً فلا يتحقّق الضّمان الحقيقى مع علمهما بذلك وما ذكر من بناء المتعاقدين فى هذا العقد على كون الثّمن ملكاً للبايع الغاصب مع كونه مال الغير فهو انّما يصحّح وقوع عقد التّمليك والتّملّك منهما ادّعاء مع عدم كون البايع اهلاً لذلك فى الواقع والّا فاصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضّمان والتّضمين الحقيقى بالنّسبة اليهما ولذا ينتقل الثّمن الى مالك المبيع ويدخل فى ضمانه بمجرّد الاجازة :

والحاصل انه لا تضمين حقيقة فى تسليط المشترى البايع على الثّمن وامّا رجوع المشترى مع اعتقاد المتبايعين لمالكيّة البايع للثّمن عند انكشاف الخطاء مع انّه انّما ضمنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرّف البايع فيه من دون ضمان[2] و ان كان ما ضمنه به غير ملك له ولا يتحقّق به التّضمين لأنّه انّما طاب نفسه بتصرّف البايع

١ـ محصله أن هذا التسليط من المشترى للغاصب مجانى وسلطنة على الاتلاف فلا ضمان على البايع و لا حرمة فى التصرف ايضاً.

٢ـ يعنى لم يحصل الاقدام على الضمان هناك ايضاً.

لاعتقاد كون المثمن ملكاً له وصيرورته مباحاله بتسليطه عليه وهذا مفقود فيما نحن فيه لان طيب النفس بالتصرف والأتلاف من دون ضمان له بماله حاصل .

و مما ذكرنا يظهر ايضاً فساد نقض ماذكرنا بالبيع مع علم المشترى بالفساد حيث انه ضمن البايع بمايعلم انه لايضمن الثمن به وكذا البايع مع علمه بالفساد ضمن المشترى بمايعلم ان المشترى لايضمن به فكانه لم يضمنه بشيء .

وجه الفساد ان التضمين الحقيقى حاصل هنا لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر ان فساد العقد مانع عن مضيّ هذا الضمان و التضمين فى نظر الشارع لأن المفروض فساده فاذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار اصل اقدام الشخص على الضمان الحقيقى او قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجانيّ او استيمان عن مالكه موجباً لضمانه على الخلاف فى مدرك الضمان فى فاسد مايضمن بصحيحه وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه كما اوضحناه بمالامزيد عليه .

و حاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع وتسليطه على اتلافه فى ان ردّ المالك لايوجب الرجوع الى هذا الثالث نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر والخنزير و الحرّ[1] قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال كما صرّح به شيخ مشايخنا فى شرحه على عدّ هذا ولكنّ اطلاق قولهم ان كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان فيما نحن فيه وشبهه نظراً الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان ففاسده كذلك الا ان يفسّر بما ابطلناه سابقاً من ان كلّ عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده ولاريب ان العقد فيما نحن فيه وفى مثل المبيع بلاثمن والأجارة بلااجرة اذا فرض صحيحاً لايكون فيه ضمان فكذلك مع الحكم بالفساد لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً فى توضيح هذه القضية فان معناه ان كلّ عقد تحقق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان

---

١ ـ يعنى لعدم الملكية فيها شرعاً.

فى الفرد الفاسد منه فيختص موردها بما اذا كان للعقد فردان فعليان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا واخرى فاسداً.

نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بان لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضيّة خصوص النّوع المتعارف من انواع العقود كالبيع والصّلح بل يراد مطلق المعاملة الماليّة التّى يوجدلها فردان صحيح وفاسد فيقال انّما نحن فيه والبيع بلاثمن والأجارة بلااجرة تمليك بلاعوض من مال الآخر و الفرد الصّحيح من هذه المعاملة وهى الهبة الغير المعوّضة[1] لاضمان فيها ففاسدها كذلك فتأمّل[2].

وبالمجملة فمستند المشهور فى مسئلتنا لا يخلو من غموض[3] ولذا لم يصرّح احد بعدم الضّمان فى بعتك بلا ثمن مع اتّفاقهم عليه هنا[4] وصرّح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرّشوة التّى هى من قبيل الثّمن فيما نحن فيه.

نعم ذكر الشّهيد ره و غيره عدم الضّمان فى الأجارة بلااجرة.

ويؤيّد ما ذكرنا ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب او الخمر سحتاً[5] وان امكن

١ـ كالهبة الغير المعوضة التى هى فرد صحيح من التمليك بلاعوض والفرد الفاسد منه كالبيع بلاثمن والاجارة بلااجرة.

٢ـ لعله اشارة الى أن المتبادر من قولهم كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انما هى العنوانات المتعارفة والمتداولة من العقود واما المعاملة بلا عوض عنوان مخترع منتزع.

٣ـ وجه الغموض انه اذا اريد مطلق المعاملة يقع التعارض بين فردين منها لان مقتضى كون ما نحن فيه بيعاً فاسداً الضمان و مقتضى كونه تمليكاً بلاعوض عدم الضمان.

٤ـ اى على الضمان لكن فى النسخ اضافة هنا فالمعنى حينئذ عدم الضمان هنا.

٥ـ يعنى يؤيد ما ذكرنا من كون نفى الضمان بعيداً اخبار السحت ووجه

الذّب عنه بانّ المراد التّشبيه فى التّحريم فلاينافى عدم الضّمان مع التّلف كاصل السحت [١] .

ثمّ انّ مقتضى ماذكرناه فى وجه عدم الرّجوع بالثّمن ثبوت الرّجوع [٢] اذاباع البايع الفضولى غيرمانع لنفسه بل باع عن المالك ودفع المشترى الثّمن اليه لكونه واسطة فى ايصاله الى المالك فتلف فى يده اذ لم يسلطه عليه و لااذن له فى التّصرف فيه فضلاً عن اتلافه و لعلّ كلماتهم ومعاقد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البايع لنفسه وان كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى مع علم المشترى بالفضوليّة وكذا يقوى الرّجوع لواخذ البايع الثّمن من دون اذن المشترى بل اخذه بناء على العقد الواقع بينهما فانّه لم يحصل هنا من المشترى تسليط الاّ بالعقد و التّسليط العقدى مع فساده غيرمؤثّر فى دفع الضّمان ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم باباحة تصرّف البايع الغاصب فيه مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد فى الأباحة وكذا يقوى الضّمان لواشترط على البايع الرّجوع بالثّمن لو اخذ العين صاحبها و لو كان الثّمن كليّاً فدفع اليه المشترى بعض افراده فالظّاهر عدم الرّجوع لانّه كالثّمن المعيّن [٣] فى تسليطه عليه مجّاناً .

التأييد أن ماكان اكله سحتاً يجب رده الى صاحبه والخروج عن عهدة دركه لكون الاكل بهذا الوجه اكل بالباطل :

١ـ حاصله انه كما أن اصل السحت الذى هوالكلب والخمر محرم لايجوز التصرف فيه والمتلف لما ليس بضامن فكذا فى المقام بالنسبة الى الثمن.

٢ـ ظاهر العبارة هو جواز رجوع المشترى على البايع مطلقا بان كان التلف من المشترى اومن غيره اوتلف بآفة سماوية ووجهه مضافاً الى ما ذكره المصنف أنه اخذ الثمن بدون اذن البايع فلاتكون يده يداً امانية .

٣ـ انما قال فالظاهر الى آخره لانه لم يفت فى الثمن المعين بعدمه بل بقى على الاشكال وهناقوى عدم الرجوع فى الثمن المعين وجعل المقام نظيره.

المسئلة الثّانية [١] انّ المشترى اذا اغترم للمالك غير الثّمن فاما ان يكون من مقابل العين كزيادة القيمة على الثّمن اذا رجع المالك بها على المشترى كان كان القيمة المأخوذة منه عشرين والثّمن عشرة [٢] و اما ان يكون فى مقابل ما استوفاه المشترى كسكنى الدّار ووطى الجارية و اللّبن والصّوف والثّمرة [٣] و اما ان يكون غرامة لم يحصل له فى مقابلها نفع كالنّفقة و ماصرفه فى العمارة و ما تلف منه اوضاع من الغرس و الحفر واعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً و نحو ذلك [٤] او نقص من الصّفات والأجزاء [٥] ثمّ المشترى ان كان عالماً فلا رجوع فى شىء من هذه الموارد لعدم الدّليل عليه [٦] و ان كان جاهلاً فاما الثّالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما فى ض و عن الكفاية رجوع المشترى الجاهل بها على البايع بل فى كلام بعض تبعاً للمحكى عن فخر الأسلام فى شرح الأرشاد دعوى

١ـ لايخفى أن البحث فى هذا العنوان انما هو فى مورد الرد دون الاجازة مع جهل المشترى لانه مع علم المشترى لايجوز له الرجوع فى المنافع الغير المستوفات مطلقا و فى غيرها على الاشكال كما ياتى منه و ايضاً انما الكلام بعد الاغترام لاقبله ولافيما اذا ابرئه المالك اودفع عنه متبرع او حسبه خمساً او زكوة او صدقة اوصالحه على شىء .

٢ـ كما لو تلفت العين وكانت قيمتها اكثر من الثمن الذى رجع به اولكونه يسوى حين البيع عشرين فان هذه الزيادة يستحقها عليه المالك وله الرجوع بها كلها.

٣ـ و ركوب الدابة واستخدام العبد وغير ذلك .

٤ـ كاجرة كتابة القبالة و أجرة الدلال وحراسة البستان وسقيه مما لايرجع نفعه اليه والظاهر أن المصنف ادرج المنافع الغير المستوفاة فى هذا القسم او فى القسم الاتى حيث لم يتعرض له اصلا.

٥ـ من صوف اولبن اوسمن و غيرها.

٦ـ حيث لاغرور هنا حينئذ الا أن يدعى البايع الاذن من قبل المالك.

الاجماع على الرجوع بمالم يحصل فى مقابله نفع وفى يرانه يرجع قولا واحداً وفى كلام المحقق والشهيد الثانيين فى كتاب الضمان نفى الاشكال عن ضمان البايع لدرك مايحدثه المشترى اذا قلعه المالك .

و بالجملة فالظّاهر عدم الخلاف فى المسئلة للغرور [1] فان البايع مغرر للمشترى وموقع اياه فى خطرات الضّمان و متلف عليه مايغرمه فهو كشاهد الزور الذّى يرجع اليه اذا رجع من شهادته و لقاعدة نفى الضّرر [2] مضافاً الى ظاهر رواية جميل اوفحويها عن الرّجل يشترى الجارية من السّوق فيولدها ثم يجىء مستحقّ الجارية قال ياخذ الجارية المستحقّ ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التى اخذت منه فان حرّيّة ولد المشترى امّا ان يعد نفعاً عايداً اليه اولا وعلى التّقديرين يثبت المطلوب [3] مع انّ فى توصيف قيمة الولد بانّها اخذت منه نوع اشعار لعليّة الحكم فيطّرد فى ساير ما

١ـ لما قال(ص) المغرور يرجع الى من غره ولقوله(ع) فى النصوص الواردة فى خيار التدليس «لانه دلسها» وقوله (ع) كماغر الرجل وخدعه عليه فتكون قاعدة الغرور قاعدة تعبدية اجماعية مستقلة غير مرتبط الى قاعدة الضرر وقاعدة التسبيب اومستنبطة من الاخبار اذبينها و بين التسبيب عموم من وجه لان التسبيب لايستند النقل الى السبب بل الى المباشر الافى تأجيج النار عند هبوب الريح ونحوه واما فى الغرور فيختص مورده بمااذاكان المباشر قاصداً للاتلاف .

٢ـ فانه لولم يجز رجوع المشترى فيما اغترمه الى البايع لزم الضرر عليه وهو منفى فى الشريعة فلابدمن ضمان البايع له لكن القول بهافيما اذااغترم فى مقابل المنافع المستوفاة مشكل جداً لعدم الضرر معها لان هذه القاعدة مشروعة على نوع لامة:

٣ـ لانه على الاول يكون الدلالة بالفحوى حيث انه مع عود النفع اليه اذاكان مستحقاً للرجوع على البايع فمع عدمه بطريق اولى وعلى الثانى تكون الدلالة من باب ظهور لفظه لان حرية الولد من جملة افراد موضوع المسئلة ووجه الدلالة بالفحوى فى الاول عدم دلالة الرجوع بقيمة الولد عرفاً على الرجوع بساثر مااغترمه.

اخذت منه .

و اما السّكوت [1] عن رجوع المشترى الى البايع فی بعض الاخبار فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك كرواية زرارة فی رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولاداً ثم اتاها من يزعم انّها له واقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوّضه من قيمة ما اصاب من لبنها.

ورواية زريق قال كنت عند ابی عبدالله (ع) يوماً اذ دخل عليه رجلان فقال احدهما انّه كان على رجل من بنی عمّ اردين و له بذلك ذكر حقّ وشهود فاخذ المال و لم استرجع عنه الذّكر بالحقّ ولا كتبت عليه كتاباً [2] ولا اخذت منه برائةً بذلك وذلك لأنّی وثقت به وقلت له مزق الذّكر الحقّ الذّی عندك فمات وتهاون بذلك و لم يمزقه وعقيب هذا طالبنی بالمال وراثه وحاكمونی واخرجوا بذلك ذكر الحقّ واقاموا العدول فشهد واعند الحاكم فاخذت بالمال و كان المال كثيرا فتوا ريت عن الحاكم فباع على قاضی الكوفة معيشة لی و قبض القوم المال و هذا رجل من اخواننا ابتلی بشراء معيشتی من القاضی .

ثمّ انّ ورثة الميّت اقرّوا انّ اباهم قدقبض المال و قدسألوه ان يرد على معيشتی و يعطونه الثّمن فی انجم معلومة فقال انی احب ان اسئل اباعبدالله (ع) عن هذا فقال الرجل يعنی المشترى كيف اصنع جعلت فداك قال تصنع ان ترجع [3] بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها وتخرج يدك عنها قال فاذا فعلت ذلك له ان يطالبنی بغير هذا قال: نعم له أن يأخذ منك ما اخذت من الغلّة من ثمن الثّمار وكلّ ما

---

١ ـ هذا جواب عما اختاره صاحب الحدائق من عدم الرجوع واورده فی رواية زريق التی ذكرها المصنف ره بعد هذه الرواية مع ان رواية زريق صرحت بان الرجوع بما غرمه على ذلك المبيع انما هو على المالك لا على البايع وانما يرجع على البايع بالثمن خاصة .

٢ ـ ای القرطاس الذی فيه ذكر الحق المعروف بالقبض.

٣ ـ ای تصنع بالرجوع الى الورثة لان «ان» فی موضع نصب على المفعولية .

كان مرسوماً في المعيشة[1] يوم اشتريتها يجب ان تردذلك الا ماكان من زرع زرعته[2] انت فانّ للزارع امّا قيمة الزرع واماّ ان يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع فان لم يفعل ذلك كان ذلك له ورد عليك القيمة وكان الزرع له قلت جعلت فداك فان كان هذا قداحدث فيها بناء اوغرساً قال له قيمة ذلك اويكون ذلك المحدث بعينه يقلعه[3] و يأخذه قلت ارايت ان كان فيها غرس اوبناء فقلع الغرس وهدم البناء فقال يردّ ذلك الى ماكان[4] اويغرم القيمة لصاحب الارض فاذا رد جميع ما اخذ من غلاتها على صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث الى ماكان اورد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض ان يرد عليه كلّما خرج منه في اصلاح المعيشة من قيمة غرس اوبناء اونفقة في مصلحة المعيشة ودفع النّوائب كلّ ذلك مردود اليه انتهى .

وفيه[5] مع انّا نمنع ورودها الآفي مقام حكم المشترى مع المالك انّ السّكوت في مقام البيان لا يعارض الدّليل مع انّه رواية زرارة ظاهرها عدم التّمكن من الرّجوع الى البايع مع انّ البايع في قضيّة زريق هو القاضي فان كان قضائه صحيحاً لم يتوجّه اليه غرم[6]

١ـ هذا قيد لاخراج الغير المرسومة في المعيشة .

٢ ـ هذا استثناء امامن قوله ما احدث من الغلة اومن قوله ماكان مرسوماً في المعيشة فعلى الاول متصل و على الثاني منقطع اذ المفروض احداث الزرع من جانب المشترى بعد يوم الاشتراء فلايكون من افراد ما كان مرسوماً في المعيشة يوم الاشتراء .

٣ـ حاصله ثبوت الخيار للمالك بين الامور الثلاثة: الصبر واخذ الاجرة ، و التملك واعطاء القيمة ،والقلع كما أن للزارع الصبر من رضا المالك اواخذ القيمة.

٤ـ يعني (ع) يسوى التراب اويغرم قيمة التسوية لصاحب الارض.

٥ـ هذا رد على ماذكره صاحب الحدائق من افادة السكوت حصر رجوع المشترى على البايع في الثمن فقط وحاصل الجواب انا نمنع ورودها الافي مقام بيان حكم المشترى مع المالك ماحكم المشترى مع البايع فلاتعرض له مضافاً الى أن السكوت في مقام البيان لايعارض الدليل .

٦ ـ يعني من ماله

لان الحاکم من قبل الشارع لیس غارا من جهة حکمه علی طبق البینة المامور بالعمل بها و ان کان قضائه باطلاً کما هو الظاهر فالظاهر علم [1] المشتری ببطلان قضاء المخالف و تصرفه فی امور المسلمین فهو عالم بفساد البیع فلا رجوع له.

واما الثانی وهو ماغرمه فی مقابل النفع الواصل الیه من المنافع و النماء ففی الرّجوع بها خلاف اقویها الرجوع وفاقاً للمحکی عن ط والمحقق والعلامة فی التجارة والشهیدین والمحقّق الثّانی وغیرهم و عن التنقیح ان علیه الفتوی لقاعدة الغرور المتفّق علیها ظاهراً فی من قدم مال الغیر الی غیره الجاهل فاکله [2].

ویؤیّده قاعدة نفی الضّرر فان تغریم من اقدم علی اتلاف شیء من دون عوض مغروراً من آخر بان له ذلك مجاناً من دون الحکم برجوعه الی من غره فی ذلك ضرر عظیم ومجرد رجوع عوضه الیه لایدفع الضّرر [3]

وکیف کان فصدق الضّرر واضرار الغارّ به ممّا لایخفی خصوصاً فی بعض الموارد [4] فما فی الریاض من انه لادلیل علی قاعدة الغرور اذا لم ینطبق مع قاعدة نفی الضرر المفقود فی المقام لوصول العوض الی المشتری لایخلو عن شیء [5] مضافاً الی ما قیل [6] علیه من منع مدخلیة الضّرر فی قاعدة الغرور بل هی مبنیة علی

١ـ سواء کان العلم بالحکم او بالموضوع مثل کون القاضی مخالفاً او من اهل الحق

٢ـ فان المالك اذا رجع الی الاکل بالبدل رجع الاکل الی الباذل اجماعاً مع أنة أقدم علی الانتفاع به مجاناً.

٣ـ یعنی أن حصول عوض ما اغترمه له وهو ما أکله لایدفع الضرر حیث انه لو کان عالماً باغترام ما أکله لم یأکله قطعاً فلابد من القول بجواز الرجوع علی من غره بما اغترمه.

٤ـ مثل ما اذا لم یکن ما اکله متقوماً لمعاشه بل یکون زائداً منه و لم یکن معیناً للاعاشة.

٥ـ لظهور وجود الضرر فی المقام.

٦ـ القائل هو صاحب الجواهر.

قوة السبب على المباشر .

لكنه [١] لايخلو من نظر لانه انما يدعى [٢] اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والاجماع بصورة الضرر [٣] واما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور الا اذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً اليه كما [٤] فى المكره و كما فى الريح العاصف الموجب للاحراق والشمس الموجبة لاذابة الدهن واراقتها [٥] والمتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلاً كما نسب الى ظاهر الاصحاب فى المكره لكون المباشر بمنزلة الآلة واما فى غير ذلك فالضمان اوقرار الضمان فيه يحتاج الى دليل مفقود فلابد من الرجوع بالاخرة الى قاعدة الضرر او الاجماع المدعى فى الايضاح على تقديم السبب اذا كان اقوى او بالاخبار الواردة فى الموارد المتفرقة او كون الغار سبباً فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور فى ضمان مايؤخذ لشهادته ولاريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه اما الآخير فواضح واما الاول

١ـ يعنى كلام صاحب الجواهر.

٢ـ المدعى صاحب الرياض.

٣ـ ولعل حكم الشارع بالرجوع الى الغار هو قوته لا الى قاعدة تضمين السبب بل قد يقال ان القاعدة تقتضى اختصاص الضمان بالمباشر الذى هو المكره والمغرور وان أثم المكره و الغار لاستقلال المباشر بالاتلاف كما اذا امر بقتل شخص فقتله.

٤ـ اى و كما اذا اجج النار فى الريح العاصف انتهى.

٥ـ يعنى اذا فتح فم قربة السمن فاريق او ذابته الشمس وكمن فتح قفص الطائر فطار منه وكمن شاهد شهادة الزور فحكم الحاكم به لعدم علم الحاكم بكذب الشهود و كمن حفر بئراً فى طريق المسلمين فوقع فيه احد فمات وكمن نصب فى مكان سكيناً فمات احد به وكمن قدم الى غيره طعاماً لياكله مجاناً فتبين عدم كون الطعام له فان الضمان فى كلها راجع الى السبب و ان كان فى بعضها برجوع المباشر اليه بعد رجوع المالك الى المباشر.

فقدعرفته واماّ الأجماع والأخبار فهما وان لم یردا فی خصوص المسئلة الا انّ تحققّهما فی نظایر المسئلة کاف فانّ رجوع اکل طعام الغیر الی من غره بدعوی تملّکه وابـاحته له مـورد الأجمـاع ظاهـراً ورجوع المحکوم علیه الی شاهدی الزّور مورد الأخبار ولا یوجد فرق بینهما وبین مانحن فیه اصلاً.

وقدظهر ممّاذکرنا فساد منع الغرور فیمانحن فیه کما فی کلام بعض[1] حیث عدل فی ردّ مستند المشهور عماّ فی الرّیاض من منع الکبری الی منع الصّغری فانّ الأنصاف انّ مفهوم الغرور الموجب للرّجوع فی باب الأتلاف وان کان غیر منقّح الاّانّ المتیقّن منه ماکان اتلاف المغرور لمال الغیر و اثبات یده علیه لابعنوان انّه مال الغیر بل قصده الی اتلافه مال نفسه اومال من اباح له الأتلاف فیکون غیر قاصد لأتلاف مال الغیر فیشبه المکره فی عدم القصد هذاکلّه مضافاً الی ماقدیقال من دلالة روایة جمیل المتقدّمة بناء علی انّ حرّیة الولد منفعة راجعة الی المشتری و هو الّذی ذکره المحقّق احتمالاً فی بیع[2] فی باب الغصب بناء علی تفسیر لکّ وفیه تأمّل .

ثمّ انّ ممّاذکرنا فی حکم هذاالقسم یظهر حکم مایغرمه فی مقابل العین من

١ـ هو صاحب الجواهر فی کتاب الغصب قال فیه المتجه ماذکرناه من منع تحقق الغرور الذی یترتب علیه الضمان.

٢ـ قال فی بیع و مـا یغرمه المشتری ممـا لم یحصل فی مقابلته نفع کالنفقة و العمارة فله الرجوع به علی البایع ولو اولدها المشتری کان حراً فیلزم قیمة الولد و یرجع بها علی البایع وقیل له مطالبة ایهما شاء لکن لوطالب المشتری رجع علی البایع ولوطالب البایع لم یرجع علی المشتری وفیه احتمال آخر انتهی وقال صاحب لك أن مراده من هذا الاحتمال الحاق عوض الولد بما حصل له نفع فی مقابلته لان حریة الولد منفعة عائدة الیه عرفـاً و قال فی الجواهر انه یمکن أن یرید به احتمال عدم التخییر بل یتعین رجوع المالك ابتداء علی البایع بناء علی کونه الغار انتهی ولعل المصنف اشار بقوله فیه تأمل الی ماذکره صاحب الجواهر.

زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد كما لوباع مايسوّى عشرين بعشرة فتلف فاخذ منه المالك عشرين فانّه لايرجع بعشرة الثمن والآلزم تلفه من كيس البايع من دون ان يغرّه في ذلك لأنّه لو فرض صدق البايع في دعوى الملكيّة لم يزل غرامة المشترى للثمن بازاء المبيع التّالف فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البايع واماّ العشرة الزّائدة فانّما جاء غرامتها من كذب البايع في دعواه فحصل الغرور فوجب الرّجوع[1].

وممّاذكرنا يظهر اندفاع ماذكر[2] في وجه عدم الرّجوع من انّ المشترى انّما اقدم على ضمان العين وكون تلفه منه كما هوشأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحه ومع الأقدام لاغرور ولذالم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الأندفاع انّ الأقدام انّما كان على ضمانه بالثمن الآانّ الشّارع[3]

١ـ السرفيه عدم اقدام المغرور بضمان ما يستوفيه و انما القاه الغار في الضمان فيجب على الغار غرامة مايغرمه المغرور زائداً على القيمة المسماة حال العقد فانه وان اقدم على ان يكون ضمان العين و تلفها منه الا انه اقدم على مقدار ماسماه من القيمة لازائداً عليها بل و لو اشترى ما يسوى عشرة بعشرة ولكنه زادت قيمته و تلفت فالزائد على العشرة ليس ضمانه مسبباً عن الاقدام بل عن التغرير فقرار ضمان الزائد على الغار و بالجملة جميع مايغرمه المشترى يرجع الى البايع الغار الا القيمة التى وقع المبيع بازائها.

٢ـ هذا الوجه مستند الى الشيخ ره و حاصله انه كما أن الاقدام في العقود الفاسدة موجب لضمان تمام القيمة فكذلك فيما نحن فيه لعدم الغرور كما لاغرور في العشرة المقابلة للثمن .

٣ـ محصله أن الاقدام يوجب لضمان تمام القيمة اذ الم يكن رافعاً للغرور و اما الاقدام الرافع للغرور فلايوجب الا بالنسبة الى ماأقدم عليه لا بالنسبة الى ما يلزمه زائداً .

جعل القبض علی هذا النحو من الأقدام مع فساد العقد وعدم امضاء الشّارع له سبباً لضمان المبیع بقیمته الواقعیّة فالمانع من تحقّق الغرور وهو الاقدام لم یکن الا فی مقابل الثّمن والضمان المسبّب عن هذا الاقدام لما کان لاجل فساد العقد المسبب عن تغریر البایع کان المترتّب علیه من ضمان العشرة الزایدة مستقراً علی الغار فغرامة العشرة الزّایدة و ان کانت مسبّبة عن الأقدام الّا انّها لیست مقدّماً علیها هذا کله مع انّ التّحقیق علی ماتقدّم سابقاً ان سبب الضّمان فی العقد الفاسد هو القبض الواقع لاعلی وجه الایتمان [1] وان لیس الأقدام علی الضّمان علّة له مع عدم امضاء الشارع لذلك الضّمان وان استدل به الشیخ واکثر من تأخّر عنه وقد ذکرنا فی محله توجیه ذلك بما یرجع الی الاستدلال بالید فراجع.

وکیف کان فجریان قاعدة الغرور فیما نحن فیه اولی [2] منه فیما حصل فی مقابلته نفع هذا اذا کانت الزّیادة موجودة وقت العقد و لو تجدّدت [3] بعده فالحکم بالرّجوع فیه اولی [4] هذا کله فیما یغرمه المشتری بازاء نفس العین التالفة واما مایغرمه

١ـ حاصله أن سبب الضمان هو الید لا الاقدام حتی یقال أن لازمه الضمان بتمام القیمة وهی وان کانت موجبة لتمام القیمة ایضاً الا انه بالنسبة الی مازاد عن الثمن یرجع به علی البایع لجهة غروره.

٢ـ حاصله أن جریان قاعدة الغرور فی زیادة قیمة العین اولی منه فی المنافع المستوفات و وجه الاولویة ان المنافع و النماء من قبیل التوابع الغیر الموجودة فی حال البیع وقد تحصل وقد لا تحصل ولیست مما یقابله المشتری بالمال عند البیع بخلاف العین فانه لیس مقصده الاصلی الا تحصیلها بتمامها بازاء الثمن المبذول فیکون المقصود اولی من غیر المقصود.

٣ـ کما اذا اشتری مایسوی عشرة بعشرة الا انه زادت قیمته و تلف و قدمر منا ذلك.

٤ـ وجه الاولویة أن المشتری لم یقدم علی ضمان هذه الزیادة اصلا علی أن ←

بازاء اجزائه التالفة فالظاهر انّ حكمه حكم المجموع فى انّه يرجع فى الزّائد على مايقابل ذلك الجزء لافيما يقابله على ما اخترناه ويجيء على القول الآخر عدم الرّجوع فى تمام مايغرمه واماّ مايغرمه بازاء اوصافه فان كان ممّا لايقسّط عليه الثّمن كما عدا وصف الصّحة [1] من الأوصاف التّى يتفاوت بها القيمة كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابة عند المشترى فرجع المالك عليه بالتّفاوت فالظّاهر رجوع المشترى على البايع لأنّه لم يقدم على ضمان ذلك .

ثمّ انّ ماذكرنا كلّه من رجوع المشترى على البايع بمايغرمه انّما هو اذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البايع غير مالك امّا لو كان فاسداً من جهة اخرى فلا رجوع على البايع لأنّ الغرامة لم تجيء من تغرير البايع فى دعوى الملكيّة وانّما جائت من جهة فساد البيع [2] فلو فرضنا البايع صادقاً فى دعواه لم تزل

الزيادة المتجددة لم تكن حال العقد حتى يحتمل المؤاخذة بها بخلاف الزيادة والموجودة حال العقد و بعدا تيان شبهة الاقدام فيه على الضمان الزيادة فى الموجودة .

١ ـ اعلم أن المصنف قال فى الزيادة التى اغترمها بازاء وصف الصحة لا يرجع بها الى البايع لان هذا الوصف بمنزلة الجزء يقسط عليه الثمن فتلفه على المشترى لانه اقدم عليه كاقدامه فى الجزء و اما عن وصف الصحة كالكتابة و نحوها فاذا اغترم لتلفه يرجع به الى البايع لان الوصف حاله حال ضمان المنافع و النماء لاشتراك الجميع فى الغرور الموجب للرجوع على البايع ولو رجع عليه ببدله لكونه مضموناً عليه باليد والفرق بين وصف الصحة وغيره من الاوصاف و ثبوت الارش فى خيار العيب تعبدى لالكون وصف الصحة طرفاً للمعاوضة ولذا لم يتعين الرجوع الى الارش فيه.

٢ ـ وجهه أن فقد سائر الشرائط اسبق علل الفساد فلا يكون الغاصب منشأ الفساد ولا المجموع بالتشريك لان العقد الفاسد من جهة كون البايع غير مالك بمنزلة وجود المانع والفاسد من جهة فقد سائر الشرائط بمنزلة عدم المقتضى فلا محالة يستند الفساد الى عدم المقتضى لا الى وجود المانع حيث كان المشترى ضامناً سواء كان ←

الغرامة غاية الامر كون المغروم له هو البايع على تقدير الصدق والمالك على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشترى به على تقديرى صدق البايع و كذبه.

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان كلما يرجع المشترى به على البايع اذا رجع اليه [1] فلا يرجع البايع به على المشترى [2] اذا رجع عليه لان المفروض قرار الضمان على البايع واما مالا يرجع المشترى به على البايع كمساوى الثمن من القيمة فيرجع البايع به على المشترى. ـ اغرمه للمالك والوجه فى ذلك حصول التلف فى يده.

فان قلت [3] ان كلا من البايع والمشترى يتساويان فى حصول العين فى يدهما

البايع صادقاً ام كاذباً فلا وجه لرجوعه الى البايع هذا توضيح ما افاده المصنف لكن ههنا وجه للرجوع ايضاً و هو أن الموجب للضمان ليس الفساد فقط بل الموجب القبض و موجبه البايع الغار اذ لولم يغيره الغاصب لما وقع فى القبض الجارى على ذلك الشراء المستتبع للضمان لان شرائه كان عن اعتقاد كون البايع مالكاً.

١ـ يعنى اذا رجع المالك الى المشترى.

٢ـ توضيح كلامه انه كما يجوز رجوع المالك على المشترى بالعين ومنافعها المستوفات بل و غير المستوفات و الزيادات من اللبن و الصوف و الثمرة و نحوها يجوز ايضاله الرجوع على البايع بجميع ذلك فالمالك مخير فى الرجوع على أيهما شاء واذا رجع المالك الى البايع فى الغرامات التى لو رجع فيها الى المشترى كان هو يرجع فيها الى البايع لقاعدة الغرور فلا يرجع هو الى المشترى لان المفروض أن قرار الضمان على البايع الغار فلا وجه لرجوعه الى المشترى فيما اخذه المالك منه وفيما لا يرجع فيه المشترى الى البايع كمساوى الثمن اذا رجع المالك الى البايع فهو يرجع الى المشترى لان قرار الضمان فيه على المشترى لعدم جريان قاعدة الغرور فيه.

٣ـ حاصله أن المبيع كان تحت استيلاء البايع و منه انتقل الى المشترى فكما يجوز للمالك الرجوع الى المشترى فكذلك يجوز الرجوع للبايع لكونه ضامناً ايضاً فاذا رجع المالك اليه فلا وجه لرجوعه الى المشترى و مقتضى على اليد رجوعه الى

العادية التى هى سبب للضمان و حصول التالف فى يد المشترى لادليل على كونه سبباً لرجوع البايع عليه.

نعم لو اتلف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

قلت توضيح ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من البدين ببدل التالف وصيرورته فى عهدة كل منهما مع ان الشيء الواحد لايقبل الاستقرار الافى ذمة واحدة و ان الموصول فى قوله على اليد ما اخذت شيء واحد كيف [1]

←ايهما شاء ومجرد حصول التلف فى يد المشترى لايوجب الرجوع اليه نعم لو اتلفه المشترى فيكون قرار الضمان عليه من جهة قاعدة الاتلاف والتسبيب.

١ ـ هذا جواب عن دعوى صاحب الجواهر من استحالة صيرورة البدل فى ذمم متعددة لاستحالة كون الموجود الخارجى فى امكانين لان الذمة للمال كالمكان للمتحيز وقال فى الجواهر ايضاً فى اول كتاب الضمان ان المشغول به فى تعاقب الايدى على المغصوب ذمة واحدة و هو من تلف فى يده المال و ان جاز له الرجوع على كل واحد منهم هذا ولكن بعض المحققين و منهم المصنف ره اثبت معقوليته وثبوته فى التكاليف اذ لافرق بين الوضع والتكليف فانه كما يجوز كون المالك اشخاصاً متعددة على سبيل البدل مع كون المملوك واحداً كما فى مالكية السادة و الفقراء للخمس والزكوة و مالكية كل واحد من الورثة لحق الخيار الثابت للمورث بناء على احد الاقوال من أن كلا منهم مستقل فى مالكية الخيار و غير ذلك، فكذا ما نحن فيه فلابد اولا من تنقيح البحث وأن النزاع فى كون المال الواحد فى عهدة شخصين او اشخاص متعددة على نحو الاستقلال فى عرض واحد بان يجب تكليفاً على كل منهما عيناً الخروج عن عهدته و يتعلق بذمة كل منهما وضعاً فى عرض واحد و اما فى الضمان الطولى فلانزاع الا فى بعض الصور و كذا اذا كان فى البين غرور يكون قرار الضمان على الغار وكذلك لو اتلف واحد من ذوى الايدى يكون الضمان عليه و ايضاً لو كانت العين باقية كان المكلف بالاداء من هى بيده فحينئذ نقول اشتغال ذمم متعددة يتصور على وجوه الاول ثبوت ابدال ←

يكون على كلّ واحدة من الأيادى المتعدّدة.

فنقول معنى كون العين الماخوذة على اليد كون عهدتها ودركها بعد التّلف عليه فاذا فرض ايدى متعدّدة يكون العين الواحدة فى عهدة كلّ من الآيادى لكن ثبوت الشّىء الواحد فى العهدات المتعدّدة معناه لزوم خروج كلّ منها عن العهدة عند تلفه [1] وحيث انّ الواجب هو تدارك التّالف الذّى يحصل ببدلٍ واحد لا ازيد كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلّ منهم الخروج [2] عن العهدة عند تلفه فهو يملك ما فى ذمة كلّ منهم على البدل بمعنى انّه اذا استوفى احدها [3] سقط الباقى لخروج

ـ متعددة فى ذمم متعددة على ان يكون كل ذمة مشغولة ببدل تام الثانى ثبوت بدل واحد فى ذمة الجميع على سبيل التوزيع والتقسيط فيشتغل كل ذمة بجزء من ذلك البدل و تشتغل الجميع بالجميع بنسبة عددهم اولا بتلك النسبة الثالث ثبوت بدل واحد معين فى ذمة هذا ثم فى ذمة ذلك وهكذا الى الاخر الرابع ثبوت بدل واحد على سبيل البدل فى ذمم اشخاص متعددين فهذه اربع صور ولا اشكال فى معقولية الاولين و عدم معقولية الثالثة للزوم كون الذمم المتعددة ذمة واحدة و الرابعة فهى فى الشباهة كالواجب الكفائى فى كونه متعلقاً بواحد على سبيل البدل و الذى يمكن أن يستفاد من الادلة هو أن دليل اليد يدل على ضمان الكل لاستقلال الكل باليد على العين و اما السقوط باداء البعض فذلك ليس منحصراً بدلالة الدليل بل ذلك من باب ارتفاع الخطاب بارتفاع موضوعه.

١ـ اشارة الى رد الوجه الاول ومحصله أن معنى الضمان هو التعهد والالتزام يعنى أن المال فى عهدته و انه ملتزم به وينحل ذلك الى قضيتين منجزتين احديهما وجوب رد العين مادامت باقية والاخرى رد بدلها ان كانت تالفة لان رد البدل رد للمبدل حكماً.

٢ـ هذا مفعول ثان للمطالبة.

٣ـ اى احد الابدال.

الباقى عن كونها تداركاً لأنّ المتدارك لايتدارك والوجه فى سقوط حقّه[1] بدفع بعضهم عن الباقى انّ له مطالبته مادام لم يصل اليه المبدل ولابدله فايّهما حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقى شيء له فى ذمّة واحدة لم يكن بعنوان البدليّة و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر .

ويتحقّق ممّا ذكرنا انّ المالك انّما يملك البدل على سبيل البدليّة ويستحيل اتّصاف شيء منهما بالبدليّة بعد صيرورة احدهما بدلاً عن التّالف واصلاً الى المالك و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث انّه ضمّ ذمّة الى ذمّة اخرى[2] و ضمان عهدة العوضين[3] لكلّ من البايع و المشترى عندنا كما فى الأيضاح وضمان الأعيان المضمونة[4] على ما استقرّبه فى كره وقوّاه فى الأيضاح و ضمان الأثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة وقد حكى فخر الدّين والشّهيد عن العلّامة فى دروسه انّه نفى المنع من ضمان الأثنين على وجه الأستقلال[5] قال ونظيره فى

١ـ محصله أن معنى قوله حتى تؤدى يعنى حتى يحصل الوصول فى الخارج و لاضير فى كون شيء واحد غاية لجميع التعهدات المتعلقة بالذمم فاذا حصل الاداء فى الخارج ولومن واحد برءذمة الباقى عما تعهد به .

٢ـ هذا علة لقوله لم يكن بعنوان البدلية و المرادمن المال الدين .

٣ ـ يعنى ضمان شخص عهدة الثمن غير البايع و عهدة المثمن للمشترى عند انكشاف بطلان البيع او خروج احدالعوضين مستحقاً للغير و معنى ضمان العين رجوع المضمون له الى الضامن بعوض المضمون عند التخلف فيكون كل من المبيع والثمن فى عهدة شخصين المتعهد والبايع اوالمشترى.

٤ ـ كالعارية المضمونة و العين المغصوبة والامانات اذا خان فيها او تعدى فاختلف الفقهاء فى جواز ضمان الاعيان المضمونة وعدمه بعد اتفاقهم على عدم جواز ضمان الاعيان الغير المضمونة وكيف كان أن ضمان المال ناقل كماقال العلامة فى التذكرة .

٥ـ يعنى ضمان كل واحد مجموع ما ثبت فى ذمة الغير من غير أن يختص ضمانه

العبادات الواجب الكفائي وفي الاموال الغاصب من الغاصب هذا حال المالك بالنسبة الى ذوي الايدي واما حال بعضهم بالنسبة الى بعض فلاريب في ان اللاحق اذا رجع عليه لا يرجع الى السابق ما لم يكن السابق موجباً لايقاعه في خطر الضمان[1] كما لاريب في ان السابق[2] اذا رجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع اليه اذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له فالمقصود بالكلام ما اذا لم يكن غاراً له.

فنقول: ان الوجه في رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته بالبدل[3] قبل اللاحق فاذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاه بدل فهذا الضمان[4] يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل اذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل والا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثاني فانما هو تدارك لما استقر

ببعض ذلك غير البعض الذي ضمنه صاحبه او المعنى انها كل واحد يضمن للمالك ما هوله في ذمة الغير في عرض الاخر لا في طوله ليكون احدهما ضامناً للمالك والاخر ضامناً للضامن كما يجوز فيما اذا قبل للمالك الق متاعك في البحر و على كل واحد منا ضمانه.

١ـ يعني مالم يكن غاراله فلا يرجع عليه.

٢ـ محصله انه لابد ان يكون الايدي في الضمان في عرض واحد فلو لم يكن كك بان كان السابق غاراً للاحقه او يكون اللاحق متلفاً للعين لم يرجع كل واحد الى الاخر.

٣ـ الظاهر أن نظر المصنف الى أن توجه التكليف الى السابقين يكون قبل اللاحقين والا فمجرد تلف العين في يد اللاحق تشتغل تمام الذمم بالبدل في مرتبة واحدة بلا سبق ولا لحوق.

٤ـ يعني ضمان اللاحق شيئاً له بدل يرجع الى ضمانه واحداً من البدل للسابق و المبدل للمالك على البدل.

تدارك في ذمة الاول بخلاف مايدفعه الاول فانه تدارك نفس العين معيناً اذ لم يحدث له تدارك آخر بعد فان اداه الى المالك [1] سقط تدارك الاول له و لايجوز دفعه الى الاول قبل دفع الاول الى المالك لانه من باب الغرامة والتدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك وليس من قبيل العوض لما في ذمة الاول فحال الاول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في انه لايستحق الدفع اليه الا بعد الاداء .

والحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لاحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد ويشتغل ذمته امابتدارك العين وامابتدارك ماتداركها و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان في الايدي المتعاقبة اشتغال ذمة اشخاص على البدل بشيء واحد لشخص واحد.

و ربما يقال [2] في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه ان ذمة من تلف في يده مشغولة للمالك بالبدل و ان جاز له الزام غيره [3] باعتبار الغصب باداء ما اشتغل ذمته به فيملك حينئذ من ادى بادائه ماللمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية قال وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالاداء شرعي لاذمي اذ لادليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد فحينئذ يرجع عليه ولايرجع هو انتهى .

وانت خبير بانه لاوجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بان خطابه ذمي وخطاب غيره شرعي مع كون دلالة على اليد ماأخذت بالنسبة اليهما على-

---

١ـ يعني فان ادى الضامن الثاني الى المالك .

٢ـ القائل صاحب الجواهر في كتاب الغصب .

٣ـ ضمير له راجع الى المالك وضمير غيره وذمته راجع الى قوله من في قوله من تلف في يده وضمير بهو ادائه راجع الى ما في قوله ما اشتغل ذمته وما في قوله ماللمالك مفعول يملك وضمير ذمته راجع الى من في من تلف وقوله بالمعاوضة متعلق بيملك .

السّواء والمفروض انّه لاخطاب بالنّسبة اليهما غيره مع انّه لايكاد يفهم الفرق[1] بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذّمّى مع انّه لايكاد يعرف خلاف من احد فى كون كلّ من ذوى الأيدى مشغول الذّمّة بالمال فعلاً مالم يسقط باداء احدهم اوابرء المالك نظير الأشتغال بغيره من الدّيون فى اجباره على الدّفع او الدّفع عنه من ماله وتقديمه على الوصايا والضّرب فيه مع الغرماء و مصالحة المالك عنه مع آخر الى غير ذالك من احكام مافى الذّمّة مع انّ تملّك غير من تلف المال بيده لمافى ذمة من تلف المال بيده بمجرّد دفع البدل لايعلم له سبب اختيارىّ ولاقهرىّ[2] .

بل المتّجه على ماذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف فى يده بمجرّد اداء غيره لعدم تحقّق موضوع التّدارك بعد تحقّق التّدارك مع انّ اللّازم ممّاذكره ان لايرجع الغارم بمن لحقه فى اليد العادية الّا الى من تلف فى يده مع انّ الظّاهر خلافه فانّه يجوز له ان يرجع الى كلّ واحد ممّن بعده .

نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع الى احد لواحقه الى ان يستقرّ على من تلف فى يده .

---

١ ـ غرضه قده عدم الفرق بين الخطابين من حيث عدم جواز رجوع كل واحد منها الى صاحبه والا فالفرق بينهما واضح لان خطاب من تلف بيده ذمى يستتبع الوضع بخلاف غيره و نظير الاول فى الشريعة مسألة وجوب النفقة على الزوجة حيث انه لو مضيت مدة ولم يعطها النفقة عصياناً اولعذر صارت ديناً عليه لانه من الخطاب الذمى ونظير غير من تلف بيده مثل وجوب نفقة الاقارب حيث انه خطاب شرعى لايستتبعها الا العصيان وسيشير المصنف الى الفرق بينهما فى الايراد الاتى.

٢ ـ وجه السيد فى حاشيته رجوع السابقين الى اللاحقين بوجه آخر غير توجيه المصنف وصاحب الجواهر قدس سرهما و هو أنه اذا ادى العوض الى المالك فقد ملك العين التالفة بالمعاوضة القهرية فيقوم مقام المالك فى جواز الرجوع الى الايدى المتأخرة الى ان يستقر الضمان على من تلف فى يده.

هذا كلّه اذا تلف المبيع فی يد المشتری وقد عرفت الحكم ايضاً فی صورة بقاء العين وانّه يرجع المالك بها على من فی يده او من جرت يده عليها فان لم يمكن انتزاعها ممّن هی فی يده غرم للمالك بدل الحيلولة وللمالك استردادها فيردّ[1] بدل الحيلولة ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأوّل بمجرّد تمكّنه من الأسترداد من الثّانی لأنّ عهدتها على الأوّل فيجب عليه تحصيلها وان بذل ما بذل[2] نعم ليس للمالك اخذ مؤنة الأسترداد ليباشر بنفسه ولو لم يقدر على استردادها الّا المالك وطلب من الأول عوضاً عن الأسترداد فهل يجب عليه بذل العوض او ينزّل منزلة التّعذّر فيغرم بدل الحيلولة او يفرّق بين الأجرة المتعارفة للأسترداد وبين الزّايد عليها مما يعدّ اجحافاً على الغاصب الأوّل وجوه .

هذا كلّه مع عدم تغيّر العين واما اذا تغيّرت فيجیء صور كثيرة لا يناسب المقام التّعرض لها وان كان كثير ممّا ذكرنا ايضاً مما لا يناسب ذكره الّا فی باب الغصب الّا انّ الأهتمام بها دعانی الى ذكرها فی هذا المقام بادنى مناسبة اغتناماً للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم والعمل انّه غفار الزّلل.

مسئلة لو باع الفضولی[3] مال غيره مع مال نفسه[4] فعلى القول ببطلان الفضولی فالظّاهر انّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله والحكم فيه الصّحة لظهور الأجماع بل دعواه عن غير واحد مضافاً الى صحيحة الصّفار المتقدّمة فی ادلّة بطلان الفضولی من قوله (ع) لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشّراء فيما يملك ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولی كالشّيخ وابن زهره والحلّی وغيرهم نعم لولا النّص والأجماع

---

١ ـ اى يجوز للمالك طلب رد العين ممن هی فی يده فيأخذ العين ويرد بدل الحيلولة .

٢ ـ يعنی بذل فی تحصيل العين واخذها من الثانی .

٣ ـ يعنی بصفقة واحدة .

٤ ـ او مال موكله او المولى عليه.

امكن الخدشة فيه بما سيجيء[1] في بيع مايملك وما لايملك واما على القول بصحة الفضولي فلاينبغي الريب في الصحة مع الأجازة بل وكذا مع الرد[2] فانه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك[3] غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن كره وسيجيء في اقسام الخيار بل عن الشيخ في تقوية ثبوت الخيار للبايع لكن عن الغنية الجزم بعدمه .

و يؤيده صحيحة الصفار و ربما حمل كلام الشيخ على ما اذا ادعى البايع الجهل او الأذن و كلام الغنية على العالم .

ثم ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات بما اذا لم يتولد من عدم الأجازة مانع شرعي كلزوم ربا[4] وبيع ابق من دون ضميمة وسيجيء الكلام

---

١ ـ من عدم جواز التفكيك بين الاجزاء لان الصحة في بعض الاجزاء وعدمه في بعض لايعقل حيث ان العقد واحد بسيط مع ان الكل مشمول بخطاب اوفوا ومن عدم رضى المالك بتبعض الصفقة و من كون الثمن الواقع بازاء الجزء المملوك مجهولا و من عدم قصد ماوقع وعدم وقوع ماقصد ومن الغرر اوغير ذلك من الاشكالات التي تأتي مع جوابها.

٢ ـ يعني يصح البعض المملوك مع رد المالك ايضاً .

٣ـ هذا مثال لصورة الجهل واشارة الى أن البحث لااختصاص فيه بصورة العلم فقط غاية الامر يثبت له الخيار من جهة تخلف الشرط الضمني ولتبعض الصفقة ولا يثبت الخيار مع العلم الا اذا ادعى البايع الجهل يعني اذا ادعى البايع كونه جاهلا بان بعضه مال الغير اوادعى كونه مأذوناً في بيع حصة الغير فيكون له الخيار كالمشتري الجاهل .

٤ـ توضيحه أن القول بالصحة في مال نفسه على تقدير البطلان في مال غيره انما هو من حيث ضم مال غيره الى مال نفسه لامطلقا والا فلو كان مانع من غير هذه الجهة تبطل المعاملة رأساً كما لو لزم الربا فيما اذا باع دينار ه ودرهم غيره بدينارين فانه لو بطل البيع في الدرهم لزم

في محلها .

ثمّ انّ البيع المذكور صحيح بالنّسبة الى المملوك بحصّته من الثّمن و موقوف في غيره[1] بحصّته وطريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثّمن في غير المثلى ان يقوم كلّ منهما منفرداً فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثّمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين مثاله كما عن ثرما: اذا كان ثمنها ثلث دنانير وقيل انّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان فيرجع المشترى بثلثي الثّمن وماذكرنا من الطريق هو المصرّح

بيع دينار ه باكثر من دينار فيلزم الرباء حينئذ وكذا لو باع عبده الابق بضميمة من غيره فلو بطل البيع في الضميمة لزم بيع الابق بلاضميمة و هو غير صحيح فلابد من الحكم بالبطلان من هذه الجهة الا أن يصحح بطريق آخر وهو أن كلا من الجنسين ينصرف الى ما يخالفه فيكون الثمن في مقابل دينار البايع هو بالدرهمان ويبطل بالنسبة الى الدرهم وما يقابله من الدينار ومن ثم حكى عن المحقق والشهيد الثانيين الميل الى الصحة.

١ ـ توضيحه أن صحة البيع في مال نفسه بحصة من الثمن وتوقفه في نصفه الاخر على اجازته يقتضي ان يفرق الثمن على اجزاء المبيع بقيمتها الواقعية فيرد على المشترى مايقابل مال الغير و طريق توزيعه في القيمي الذى هو محط الكلام على انحاء ثلاث ذكره المصنف في المقام الاول ماذكره بقوله « وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن في غير المثلى ان يقوم» و حاصله أن يقوم كل واحد منهما منفرداً فتنسب قيمة كل منهما الى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة مثل ما لو كان الثمن ثلاثة وكانت قيمة مال نفسه اربعة وقيمة مال غيره اثنين رجع المشترى بثلث الثمن اعنى واحداً لان نسبة مال غيره اعنى الاثنين الى مجموع القيمتين اعنى السنة الثلث وكذا سائر الكسور كالنصف والربع والخمس وغيرها وهذا هو الذى نسب الى السرائر والارشاد وحكى عن المحقق والشهيد الثانيين واختاره المصنف ايضاً ومثل في السرائر بثلاث دنانير وهوما اذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير وقوم مال الغير باربع دنانير و مال البايع بدينارين فيرجع المشترى بثلثي الثمن الثاني ما←

به في الأرشاد حيث قال ويسقط المسمّى على القيمتين ولعلّه ايضاً مرجع ما في بيع وعدّ واللّمعة من انّهما يقوّمان جميعاً ثم يقوّم احدهما ولذا فسّر بهذه العبارة المحقّق الثّاني عبارة الأرشاد حيث قال طريق تقسيط المسمّى على القيمتين الخ .

لكنّ الأنصاف ان هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الأرشاد التّي اخترناها في طريق التّقسيط واستظهرناه من ثمر اذ لو كان المراد

← اشار اليه «بقوله ولعله ايضاً مرجع ما في بيع وعد واللمعة من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم احدهما » يعني انه يقوم مجموع المالين ثم يقوم مال غيره وينسب قيمته الى قيمة المجموع ثم يؤخذ بتلك النسبة فاذا كان قيمة مصراعي الباب عشرة وقيمة احدهما اثنين رجع المشترى بخمس الثمن الثالث ما اختاره السيد الطباطبائي في حاشيته و هو ان يقوم كل منهما منفرداً لكن بملاحظة حال الانضمام لا في حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين فالطريق الثاني مرجعه الى الطريق الاول كما احتمله المصنف حيث انه لو اريد من تقويم احدهما منفرداً ما يقابل تقويمهما جميعاً يكون قولهم منفرداً حالا مؤكدة فلا ينافي تقويمه في حال الانضمام كما احتمله في الجواهر ايضاً و اما الطريق الثالث فلعله امتن الطرق واحوطها لان هيئة الاجتماع قد توجب زيادة في قيمة كل من المالين.

١ ـ محصله أن عبارة بيع وغيره التي تدل على الطريق الثاني لا يرجع الى الطريق الاول لان قوله جميعاً حال للضمير يعني يقومان حال كونهما مجتمعين اذ لو كان المراد ملاحظة هيئة كل منهما منفرداً لم يحتج الى جعل قوله جميعاً حالا مضافاً الى أن قوله ثم يقوم كل منهما منفرداً تكرار بلا طائل حيث كان يكفي قوله ثم ينسب قيمة احدهما الى المجموع مع انه بملاحظة قيمة كل منهما منفرداً يعلم منها قيمة احدهما فلا معنى لتقويمه ثانياً فمحصل طريق بيع تقويم المالين مجتمعين ثم تقويم كل منهما منفردين ونسبة قيمة كل منهما الى قيمة المجموع لا القيمتين ثم اخذ الثمن بتلك النسبة فلو كان قيمة المجموع عشرة وكل منهما اثنان يؤخذ بخمس الثمن لان نسبة الاثنين الى العشرة نسبة الخمس ونأخذ بالنصف لان نسبة الاثنين الى الاربعة كك :

من تقويمهما معاً تقويم كلّ منهما لا تقويم المجموع لم يحتج الى قولهم ثمّ يقوّم احدهما ثمّ تنسب قيمته اذ ليس[1] هنا الّا امران تقويم كلّ منهما ونسبة قيمته الى مجموع القيمتين فالظّاهر ارادة قيمتهما مجتمعين ثمّ تقويم احدهما بنفسه ثمّ ملاحظة نسبة قيمة احدهما الى قيمة المجموع.

و من هنا انكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد اطلاق القول بذلك اذ لا يستقيم ذلك فيما اذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصراعى باب وزوج خفّ اذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم احدهما بدرهمين وكان الثّمن خمسة فانّه اذا رجع المشترى بجزء من الثّمن نسبته اليه كنسبة الأثنين الى العشرة استحقّ من البايع واحداً من الخمسة فيبقى للبايع اربعة فى مقابل المصراع الواحد مع انّه لم يستحقّ من الثّمن الّا مقداراً من الثّمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر اعنى درهمين ونصفاً.

والحاصل انّ البيع انّما يبطل فى ملك الغير بحصّة من الثّمن يستحقّها الغير مع الأجازة ويصحّ فى نصيب المالك بحصّة كان يأخذها مع اجازة المالك الجزء الآخر هذا ولكنّ الظّاهر انّ كلام الجماعة امّا محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالأجتماع او مرادهم من تقويمهما تقويم كلّ منهما منفرداً ويراد من تقويم احدهما ثانياً ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين و الّا ففساد الضّابط المذكور فى كلامهم لا يحتاج الى النّقض بصورة مدخليّة الأجتماع فى الزّيادة التّى يمكن القول فيها وان كان ضعيفاً باخذ النّسبة للمشترى بين قيمة احدهما المنفرد وبين قيمة المجموع بل ينتقض بصورة مدخليّة الأجتماع فى نقصان القيمة بحيث يكون قيمة احدهما منفرداً مثل قيمة المجموع او ازيد فانّ هذا فرض ممكن كما صرّح به فى رهن جامع المقاصد وغيره فانّ الالتزام هنا بالنّسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثّمن والمثمن كما لو باع جارية مع امّها قيمتها مجتمعين عشرة وقيمة

١ـ اى فى الطريق الاول.

كلّ واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية فان نسبة قيمة احديهما المنفردة الى مجموع القيمتين نسبة الشّيء الى مماثله فرجع بكلّ الثّمانية وكان من اورد عليهم ذلك غفل عن هذا او كان عنده غير ممكن فالتّحقيق في جميع الموارد ماذكرنا من ملاحظة قيمة كلّ منهما منفرداً ونسبة قيمة احدهما الى مجموع القيمتين .

فان[1] قلت انّ المشترى اذا بذل الثّمن في مقابل كلّ منهما مقيّداً باجتماعه مع الآخر وهذا الوصف لم يبق له مع ردّ مالك احدهما فالبايع انّما يستحقّ من الثّمن مايوزّع على ماله منفرداً فله من الثّمن جزء نسبته اليه كنسبة الدّرهمين الى العشرة و هو درهم واحد فالزّيادة ظلم على المشترى وان كان ما اوهمه عبارة الشّرايع وشبهها من اخذ البايع اربعة والمشترى واحداً اشدّ ظلماً كما نبّه عليه في بعض حواشي الرّوضة[2] فاللّازم ان يقسّط الثّمن على قيمة كلّ من الملكين منفرداً وعلى هيئته الأجتماعية ويعطى البايع من الثّمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً ويبقى للمشترى بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً وقيمة هيئته الأجتماعية .

قلت[3] فوات وصف الأنضمام كساير الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس

---

١ ـ محصله أن المشترى بذل بعض الثمن بازاء الهيئة فاخذ تمام الثمن منه ظلم بل لابد من تثليثه واخذ الثلث منه ورد الثلثين اليه اذ لم يسلم له الا ثلث ما بذل عليه و حينئذ لو كان الثمن ستة فيما لو كان المجموع عشرة ومجموع القيمتين اربعة اخذ منه اثنان لانه الذى بذله فى مقابل المجاز و الثلثان الاخران انما بذلهما بازاء الهيئة والمردود.

٢ ـ الظاهر هو الد يلماج كما يظهر من كلامه فيها .

٣ ـ محصله أن الثمن لم يقع بازاء الهيئة حتى تكون مضمونة بل بازائهما منفردين فحينئذ ان كان عالماً بكون البيع فضولياً فقد أقدم هو على ضرره وحيث اشترى بازيد من القيمة نظر الى الهيئة التى لم يسلم له فلا بأس وان كان جاهلا انجبر ضرره بالخيار .

مضموناً في باب المعاوضات وان كان مضموناً في باب العدوان غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البايع وملك غيره متعددين في الوجود كعبدو جارية او متحداً كعبد ثلثه للبايع وثلثاه لغيره فانه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع اثلاثاً لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه اقل رغبة منه بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة هذا كله في القيمي اما المبيع المثلي فان كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصتي البايع والأجنبي بما يخصه وان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي [1] من ملاحظة قيمتي الحصتين وتقسيط الثمن على المجموع فافهم [2].

مسئلة لو باع [3] من له نصف الدار نصف تلك الدار فان علم انه اراد نصفه او نصف الغير [4] عمل به والا فان علم انه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان حمله على نصفه المملوك له وحمله على النصف المشاع

---

١ ـ لامكان اختلافهما في القيمة من حيث الجودة والرداءة.

٢ ـ لعله اشارة الى أن الاختلاف قد يجيء من جهة القلة والكثرة ومن جهة تعلق الاغراض وغيرها.

٣ ـ الظاهر أن محل البحث فيمن كان له النصف المشاع من الدار لا النصف المعين ولا النصف الكلي في المعين كما أن الظاهر ان البحث فيما اذا علم كون مراد البايع من النصف شيئاً معيناً من نصفه في الحصتين ولم يعلم التعيين فيكون الغرض تشخيص مراده ثم لا يخفى أن الكلام الى هنا كان في الفضولي والان شرع في حكمه مع الشك فيه من جهة الشك في وقوعه على مال الغير او على مال العاقد لكون المحل قابلا لان يكون العاقد اصيلا وغير اصيل.

٤ ـ وكذا يصح لو اراد نصف النصفين ونصفاً في النصفين ولو بان يكون ربعه اي ربع النصف وثلاثة ارباعه من الاخر او ثلثه من احدهما وثلثيه من الاخر او نحوهما وبالجملة ←

بينه وبين الأجنبي[١] ومنشأ الأحتمالين اما تعارض ظاهر النّصف اعني الحصّة المشاعة في مجموع النّصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التّصرّف الى نصفه المختصّ وان لم يكن له هذا الظّهور في غير المقام ولذا يحمل الأقرار على الأشاعة كما سيجيء او مع ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه لأنّ بيع مال الغير[٢] لابدّ فيه اما من نيّة الغير او اعتقاد كون المال لنفسه واما من بنائه على تملّكه للمال عدواناً كما في بيع الغاصب والكلّ خلاف المفروض هنا .

وممّا ذكرنا[٣] يظهر الفرق بين مانحن فيه وبين قول البايع بعت غانماً مع كون الأسم مشتركاً بين عبده وعبد غيره حيث ادّعى فخر الدّين الأجماع على انصرافه الى عبده فقاس عليه مانحن فيه اذ ليس للفظ المبيع هنا[٤] ظهور في عبد الغير فبقي

ينتقل منه مقدار ماراد من الكسور من النصف و الثلث و الربع وغيرها ويزول علقة المالك بالبيع ويشاركه المشترى في العين شركة اشاعية بمقدار ذلك الكسر .

١ ـ ظاهر هذا العنوان اختصاص مورد البحث بهذا الوجه لكن الظاهر تعميم النزاع لماذكرنا سابقاً .

ثم الظاهر ايضاً تعميم النزاع بما كان المشاع بين الاجنبى وبين الولى والوكيل كماسيجيء في طى المبحث لكن فرق بعضهم بين الاجنبى والولى والوكيل فحمل النصف على نصفه المختص لاعلى الاشاعة ولا يخفى أن العبارة لاتخلو عن الركاكة ـ مضافاً الى عدم المعادل لقوله اما .

٢ ـ اضافة النصف الى الدار تدل على الشركة والوضع للنصفين لانصف احد النصفين الذى هو نصف البايع وحينئذ يكون البيع لنفسه ويحمل على نصف نفسه .

٣ ـ يعنى من ظهور لفظ النصف في النصف المشاع يظهر انتهى .

٤ ـ يعنى ليس للفظ المبيع ـ وهو لفظ غانم في قوله بعت غانماً ـ ظهور حيث انه من جهة كونه مشتركاً لفظياً لاظهور له في عبد نفسه بل هو مجمل مردد بينه و بين عبد غيره فلا معارض لما يقتضى الحمل على عبده من الظهورين ـ ظهور التصرف وظهور التملك في الاصالة .

ظهور البيع فى وقوعه لنفس البايع وانصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيفسر بهما اجمال لفظ المبيع .

ثم انه لو كان البايع وكيلا[1] فى بيع النصف اوولياً عن مالكه فهل هو كالاجنبى وجهان مبنيان على ان المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ المبيع الى مال البايع فى مقام التصرف او ظهور التمليك فى الاصالة الاقوى هو الاول[2] لان ظهور التمليك فى الاصالة[3] من باب الاطلاق وظهور النصف فى المشاع وان كان

---

١ ـ يعنى لو كان البايع الذى هو مالك نصف الدار وكيلا اوولياً فى بيع النصف الآخر الذى ليس مملوكاً له فهل هو كالاجنبى فى جريان الاحتمالين ـ احتمال الحمل على الاشاعة بين الحقين واحتمال اختصاصه بنصفه ـ ام لا لعدم مايوجب تسلطه فلا يكون فيه الا احتمال واحد وهو الحمل على الاشاعة وجهان وحاصل الوجهين أن المعارض لظهور النصف فى المشاع بين النصيبين المقتضى للحمل على الاشاعة هو ظهور مقام التصرف فى انصراف لفظ المبيع كالنصف الى مال البايع حتى لا يكون فيه الا احتمال واحد أعنى احتمال الحمل على الاشاعة لانتفاء المعارض المذكور فى فرض الوكالة والولاية اوظهور انشاء البيع فى البيع لنفسه فتكون المسألة ذات احتمالين احتمال تقديم الظهور الاول واحتمال تقديم الظهور الثانى .

٢ ـ يعنى الاقوى أن المعارض لظهور النصف فى الاشاعة هو الظهور الاول ـ وهو ظهور مقام التصرف ـ لاكلاهما ولا الثانى فيتعين الاشتراك هنا لان المعارض الاول لا يعارض فى المقام والمعارض الثانى غير قابل للمعارضة فيكون هذا القرض ذا احتمال واحد و يكون الفرق بين الاجنبى والوكيل او الولى بان العمل فى الاخيرين على ظهور النصف فى المشاع فى النصفين لعدم المعارض لان النصف الراجع فى الوكيل والولى ويجوز للبايع فيها التصرف .

٣ ـ هذا علة النفى صلاحية ذلك أن يكون ظرف المعاوضة لظهور النصف فى الاشاعة ومحصل العلة أن ظهور النصف فى المشاع من باب ظهور القيد لان النصف مفعول للبيع فى قوله بعت نصف الدار حيث أن ذات القيد وارد على اطلاق المطلق

كك ايضاً الّا انّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق وما ذكره الشّهيد الثّانى[1] من عدم قصد الفضولى الى مدلول اللّفظ وان كان مرجعه الى ظهور وارد على ظهور المقيّد الّا انّه مختصّ بالفضولى لأنّ القصد الحقيقى موجود فى الوكيل والولىّ فالأقوى فيهما[2] الأشتراك فى المبيع تحكيما[3] لظاهر النّصف الّا انّ يمنع ظهور النّصف[4] الّا فى النّصف المشاع فى المجموع واما ملاحظة حقى المالكين وارادة الأشاعة فى الكلّ من حيث انّه مجموعهما فغير معلومة بل معلوم العدم بالفرض ومن المعلوم انّ النّصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ فقد ملك كلّاً يملك مصداقه فهو كما لو باع كلّاً[5] سلفاً مع كونه مأذوناً فى بيع ذلك من غيره ايضاً لكنّه لم يقصد الّا مدلول اللّفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه او عن غيره فانّ الظّاهر وقوعه لنفسه لأنّه

---

١ ـ هذا جواب عن سؤال مقدر فكانه يقال أن مجرد ظهور القيد والمتعلق اعنى النصف على ظهور الفعل المطلق وهو البيع لا يقتضى الحمل على الاشتراك بل لابد من عدم وجود المعارض ايضاً والمعارض موجود فى المقام وهو ظهور ارادة المتكلم مدلول اللفظ فيكون ماذكره الشهيد من عدم ارادة المدلول بالنسبة الى الربع .

ومحصل جواب المصنف أن هذا الايراد بعد الغض عن فساد مبناه مختص بالفضولى وهو الفرض الاول ولا يجرى فى هذا الفرض لوجود القصد الحقيقى فى الوكيل و الولى .

٢ ـ اى فى الوكيل والولى ؟

٣ ـ يعنى عملا بظهور النصف فى الاشاعة بين الحقين مع عدم المعارض له .

٤ ـ حاصله أن النصف وان كان ظاهراً فى الاشاعة الا ان الاشاعة لا يقتضى الاشاعة فى الحصتين حتى يكون المبيع ربعاً من حصة نفسه وربعاً من غيره بل مقتضى الاضافة الى الدار هى الاشاعة بالنسبة الى المضاف اليه لان الاشاعة فى المضاف تابعة للمقصود من المضاف اليه والمفروض أنه لم يعلم قصد البايع الا مفهوم اللفظ اى بعت نصف الدار .

٥ ـ كما لو باع مناً من الحنطة من دون اضافتها الى ذمة فانه يقع فى ذمته ولو كان وكيلا فى بيع هذا المقدار فضلا عما لو كان اجنبياً .

عقد على مايملكه فصرفه الى الغير من دون صارف لاوجه له .

ولعلّه لما ذكرنا[1] ذكر جماعة كالفاضلين و الشّهيدين وغيرهم لوانّه صدق المرأة عيناً فوهبت نصفها المشاع قبل الطّلاق استحقّ الزّوج بالطّلاق النّصف الباقي لانصف الباقي وقيمة نصف الموهوب ذكروا ذلك احتمالاً وليس الّا من جهة صدق النّصف على الباقي فيدخل في قوله تعالى: فَنِصْفُ مافَرَضْتُمْ[2].

و ان كان يمكن توجيه هذا الحكم[3] منهم بانّه لما كان الرّبع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للرّبع التّالف من الزّوج ومساوياً له من جميع الجهات بل لاتغاير بينهما الّا بالأعتبار فلاوجه لأعتبار القيمة نظير مالودفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية لكنّ الظّاهر انّهم لم يريدوا هذا الوجه[4]

---

١ ـ يعني لما ذكرنا من عدم التنافي بين ظهور النصف في الاشاعة وانطباق المبيع على نصفه المختص من باب انه من ملك كلياً ملك مصداقه ذكر جماعة انه لو اصدق المرئة عيناً فوهبت نصفها المشاع للزوج قبل الطلاق استحق النصف الباقي بالطلاق لا نصف الباقي وقيمة النصف الموهوب لصدق النصف على الباقي فلاوجه للقول بان النصف الراجع الى الزوج بالطلاق مشاع في النصفين الموهوب والباقي وذلك أن الطلاق كالفسخ في رجوع نصف المهر الى الزوج .

٢ ـ يعني انه ايضاً ينطبق على النصف الباقي وتمليك الزوجة الزوج نصف الصداق ينطبق على النصف الاخر من العين .

٣ ـ محصله أن مقتضى القاعدة وان كان هي الاشاعة المقتضية للاستحقاق الزوج من النصف الباقي لا النصف لكن حكمهم باستحقاقه تمام النصف من جهة كون هذا النصف تداركاً وغرامة عن الربع الذي اتلفه بالهبة ولو كان الصداق قيمياً لان الاصل في الغرامة هو المثل وانما يعدل الى القيمة للتعسر او التعذر وهو لا يأتي في محل الفرض .

٤ ـ يعني لم يريدوا هذا التوجيه الذي ذكرناه نحن من قبلهم والتوجيه هو قوله: وليس الا من جهة صدق النصف على الباقي و ذلك لان مقتضاه جواز دفع الباقي لاوجوبه

وانهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدر حقه فلا يخلو عن منافات[1] لهذا المقام و نظيره في ظهور المنافات[2] لما هنا ما ذكروه في باب الصلح من انه اذا اقر من بيده المال لاحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالارث فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما فان اجاز شريكه نفذ في المجموع والا نفذ في الربع فان مقتضى ماذكروه هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له لانه ان اوقع الصلح على نصفه الذي اقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الاقرار غير المقر او معه وان اوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف ايضاً الى حصته فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه و لذا اختار سيد[3] مشايخنا قدس الله اسرارهم اختصاصه بالمقر له وفصل في ذلك بين ما لو وقع الصلح على نصفه او مطلق النصف وبين ما اذا وقع على النصف الذي اقر به ذو اليد فاختار مذهب المشهور في

---

١ ـ وكون الزوج مستحقاً له مع انهم عللوا استحقاقه بكون مقدار حقه باقياً فليس هذا التعليل مناسباً لهذا التوجيه و لذا لا نقول في باب القرض باستحقاق المقرض للعين المقروضة بل نقول يجوز للمقرض الدفع ويجب على الآخر القبول.

٢ ـ لكون مسئلة هبة الصداق منافياً لظهور النصف في مسئلة البيع حيث ان ظاهر النصف في هبة الصداق هو النصف المشاع مع انهم أفتوا بالمختص.

٣ ـ هذا تأييد لما ذكره اولا من ظهور النصف في الاشاعة ونقض على ما ذكره ثانياً من ظهوره في الكلي المتصرف الى نصفه وعلة المنافاة ان الصلح ليس نظيراً للطلاق بل هو منافٍ له بل لا دخل له في المقام وذلك لان الاقرار ولو لاجل كونه اخباراً من ذي اليد انما اقتضى ثبوت النصف للمقر له على نحو الاختصاص حسبما يدعيه المقر له ولا وجه للاشتراك فيه بينه وبين شريكه في سبب الملك ومجرد الاعتراف بوحدة السبب الملك لا يقتضيه وحينئذ فلو صالحه على نصف المال مشاعاً انصرف البيع الى البيع عن نفسه فيختص بنصفه كما سيأتي عن المصنف.

٣ ـ اراد استاذه الشريف.

الثالث لأن الاقرار منزل على الاشاعة وحكم بالاختصاص في الاولين لاختصاص النصف وضعاً في الاول وانصرافاً في الثاني الى النصف المختص واعترضه في مجمع الفائدة بان هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به وتمام الكلام في محله .

وعلى كل حال [1] فلا اشكال في ان لفظ النصف المقر به اذا وقع في كلام المالك [2] للنصف المشاع مجرداً عن حال او مقال يقتضي صرفه الى نصفه يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه ولهذا افتوا ظاهراً على انه لو اقر احد الرجلين [3] الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين بان ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع في النصيبين فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر له الى المقر نصف ما في يده

---

١ ـ حاصله أن القول بحمل لفظ النصف الى نصفه المختص مع وجود القرينة والا فمع عدم القرينة يحمل على الاشاعة بلا كلام كما حملوا على الاشاعة في مسئلة الاقرار .

٢ ـ اى المالك الظاهري والا فاقراره كاشف عن عدم ملكه لتمام النصف واقعاً بل النصف وهو الربع .

٣ ـ مثاله ما لو كان اصل المال اثنى عشر وكان يد كل منهما على ستة فاقر احدهما الاخر بثلث المال فبعد تنزيله على الاشاعة يجب أن يدفع المقر الى المقر له ثلاثة اما الاثنان فلانهما نصف الثلث الذى اقر انه له وهو تحت يده واما الواحد فلان المنكر باعتقاد المقر ظالم في السدس وهو الاثنان و حيث ان الغصب ينزل على الاشاعة فيوزع عليهما فيكون الواحد للمقر والاخر للمقر له فيدفع المقر اليه الواحد فيكون المجموع ثلاثة ويبقى من مال المقر له عند المنكر واحد واما لو كان الاقرار ظاهراً في ثلث نصيبه في المثال فيجب أن يدفع الى المقر له ثلث ما في يده وهو اثنان لا النصف وهو الثلاثة واما وجه الحمل على الاشاعة في الاقرار دون البيع فهو ان الاقرار ليس تصرفاً في العين بل هو عبارة عن ضيق دائرة ملك الشريكين بقدر ما تعلق به الاقرار بخلاف البيع فانه ازالة للملك بعد ثبوته .

لأنّ المنكر بزعم المقرّ ظالم للسّدس بتصرّفه فى النّصف لأنّه باعتقاده انّما يستحقّ الثّلث فالسّدس الفاضل فى يد المنكر نسبته الى المقرّ و المقرّ له على حدّ سواء فانه قدّر تالف من العين المشتركة فيوزّع الأستحقاق .

ودعوى[1] انّ مقتضى الأشاعة تنزيل المقرّ به على ما فى يد كلّ منهما فيكون فى يد المقرّ سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرّح بذلك و قال انّ له فى يد كلّ منهما سدساً .

و اقراره بالنّسبة الى ما فى يد الغير غير مسموع فلا يجب الاّ ان يدفع اليه ثلث ما فى يده و هو السّدس المقرّ به و قد تلف السّدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر .

مدفوعة بانّ ما فى يد الغير ليس عين ماله فيكون كما لو اقرّ شخص بنصف كلّ من داره و دار غيره و هو مقدار حصّته المشاعة كحصة المقرّ و حصة المقرّ له بزعم المقرّ الاّ انّه لما لم يجبر المكذّب على دفع شىء مما فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ و المقرّ له فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده الاّ على احتمال ضعيف[2] و هو تعلّق الغصب بالمشاع و صحّة تقسيم الغاصب مع الشّريك فيتمحّض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه الشّريك لنفسه

---

١ ـ هذا اشكال على المشهور و محصله أن المشاع بعد القسمة لكون يد كل منهما على النصف كالمالين الممتازين فى نفوذ اقراره بثلث ما فى يده فلا وجه للالزام بالزائد .

ومحصل الدفع وجود الفرق بين المميز و المشاع حيث ان ملكية ما فى يد كل منهما متميز عن الاخر بخلاف المشاع فان ما فى يد احدهما لا يتميز عن الاخر بحسب الملكيه بل هو مشترك بين ما فى يده و يد شريكه و اللازم فى صورة عدم نفوذ اقراره فى حق الشريك وعدم التزامه بشىء ان يكون المتلف موزعاً على المقر و المقر له بنسبة المالين دون المقر له وحده .

٢ ـ هذا الاحتمال ذكره فى ضمان الجواهر و محصله أن الغاصب اذا قسم المال

لكنّه احتمال مضعّف في محلّه و ان قال به او مال اليه بعض [1] على ما حكي للحرج او السّيرة .

نعم يمكن ان يقال [2] بانّ التّلف في هذا المقام حاصل باذن الشّارع للمنكر الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ والشّارع انّما اذن له في اخذ ما يأخذه على انّه من مال المقرّ له فالشّارع انّما حسب السّدس في يد المنكر على المقرّ له فلا يحسب منه على المقرّ شيء و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون اذن الشّارع حتّى يحسب على كلا الشّريكين.

والحاصل انّ اخذ الجزء كان باذن الشّارع وانّما اذن له على ان يكون من مال المقرّ له ولعلّه لذا ذكر الأكثر بل نسبه في الأيضاح الى الأصحاب في مسئلة الأقرار بالنّسب ان احد الأخوين اذا اقرّ بثالث دفع اليه الزّائد عمّا يستحقّه باعتقاده وهو

← المشترك ودفع احدى الحصتين الى صاحبه وغصب الحصة الاخرى فالقسمة صحيحة و يحسب الحصة المغصوبة على المغصوب منه فليكن المقام كذلك و يكون المقر كالغاصب والمقر له كالمغصوب منه ولازمه عدم الخسارة على المقر بشيء عدى الثلث الذى تحت يده في المثال .

١ ـ يحتمل كونه صاحب انوار الفقاهة كما يظهر من ظاهر كلامه .

٢ ـ حاصله أن الغصب هناك بحكم الشارع و الشارع انما اذن في احتسابه من المقر له لا المقر له والمقر جميعاً .

والوجه في كون الغصب باذن الشارع في احتسابه على المقر له فقط أن تحقق الغصب لو فرض تحققه واقعاً انما هو باعتبار حكم الشارع بتصديق ذى اليد لما في يده وعدم تصديق شريكه عليه واعتبار قول ذى اليد انما يكون بالنسبة الى من يكون يده خارجة عن الدار رأساً لا بالنسبة الى الشريك معه في اثبات يده على الدار لوضوح انه لا يؤثر يد احد الشريكين في عدم ملكية ما بيد شريكه الآخر فيد الشريك انما يؤثر في رفع اليد الخارجية لا الداخلية فتلف السدس يكون محتسباً على الخارج لا الداخل .

الثلث ولايدفع اليه نصف مافى يده نظراً الى انه اقرّ بتساويهما فى مال المورث فكلّ ما حصل كان لهما وكلّما ثوى كان كذلك هذا ولكن لايخفى ضعف هذا الاحتمال [1] من جهة انّ الشّارع الزم بمقتضى الاقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذى اقرّبه ومن المعلوم انّ مقتضى الواقع لوفرض العلم بصدق المقرّ هو كون مافى يده على حسب اقراره بالمناصفة واماّ المنكر عالماً فيكون ما فى يده مالاً مشتركاً لايحلّ له منه الاّ ماقابل حصّته عما فى يدهما والزائد حق لهما عليه .

واماّ مسئلة الأقرار بالنّسب [2] فالمشهور وانْ صاروا الى ماذكروحكاه الكلينى عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد بل ظاهره جعل فتواه كروايته الاّ انه صرّح جماعة ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعدة حتّى قوّى فى لك الحمل على الاشاعة وتبعه سبطه وسيد الرّياض فى شرح النافع والظاهر انّ مستند المشهور بعض الروايات الضّعيفة المنجبر بعمل اصحاب الحديث كالفضل والكلينى بل وغيرهما فروى الصدوق مرسلاً والشّيخ مسنداً عن ابى البخترى ووهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه (ع) قال قضى امير [3] المؤمنين (ع) فى رجل مات وترك ورثة فاقر احد الورثة بدين على ابيه انّه يلزم ذلك فى حصّته بقدر ماورث ولايكون ذلك فى ماله كلّه وان اقر اثنان من الورثة وكانا عدلين اجيز ذلك على الورثة وان لم يكونا عدلين الزما فى حصتهما بقدر

---

١ ـ حاصله أن الاقرار فى حكم العلم بالشركة الواقعية ولا ريب انه لوكانت الشركة الواقعية معلومة كان التلف محتسباً على الجميع فكذا مع الاقرار القائم مقام العلم بحكم الشارع .

٢ ـ محصله أن الحكم بعد دفع الزائد عن الثلث وان كان مخالفاً لما ذكروه فى الفرع السابق الاّ ان الفارق هو النص .

٣ ـ لايخفى أن التمسك من ذيل الخبر لامن صدره لان صدره فى الدين ولادخل له بما نحن فيه .

ماورثاوكك ان اقرّ احدالورثة باخ او اخت فانّما يلزمه ذلك فى حصّته وبالأسناد قال قال على (ع) من اقرّ لأخيه فهو شريك فى المال ولا يثبت نسبه فان اقرّ اثنان فكك الآن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب فى الميراث معهم وعن قرب الأسناد رواية الخبرين عن السندى بن محمد وتمام الكلام فى محله من كتاب الأقرار والميراث انشاء....

مسئلة لو باع مايقبل التّملّك [1] ومالا يقبله كالخمر و الخنزير صفقةً بثمن و احدٍ صحّ فى المملوك عندنا كما فى مع صدو اجماعاً كما عن الغنية و يدلّ عليه اطلاق مكاتبة الصّفار المتقدّمة [2].

ودعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير [3].

ممنوعة بل لامانع من جريان قاعدة الصّحة [4] بل اللّزوم فى العقود عدامايقال [5] من انّ التّراضى والتّعاقد انّما وقع على المجموع الذّى لم يمضه الشّارع قطعاً

---

١ ـ الاولى تعميم عنوان البحث بالنسبة الى مالا يقبل التملك من حيث عدم قابلية له شرعاً كالخمر والخنزير مع كونهما مالا عرفاً وعدم قابليته لاعرفاً ولاشرعاً كالخنفساء والاوساخ وكذا مالا يصلح لها فعلا لا شأناً كالحر القابل لها بالاسترقاق وكذا ماكان عدم الملك من جهة كونه غير قابل له لاجل كونه وقفاً وغيرذلك وكذلك الاولى تعميم العنوان ايضاً على كون البايع والمشترى عالمين اوجاهلين اومختلفين بالموضوع اوبالحكم .

٢ ـ يعنى فى ادلة بطلان الفضولى ووجه الاطلاق من قوله (ع) لايجوز بيع ماليس يملك وقد وجب الشراء على مايملك بناءاً على قرائة يملك مبنياً للفاعل .

٣ ـ يعنى ليكون السئوال عن نفوذ بيع ماليس يملك من حيث كونه صادراً من غير المالك .

٤ ـ قاعدة الصحة مادل على صحة البيع واللزوم وهى عمومات حل البيع ونفوذ التجارة

٥ ـ القائل هو المحقق الثانى ومحصل ماقال ان العقود تابعة للقصود و المقصود هو بيع المجموع من حيث المجموع والحكم بالصحة فى البعض والفساد فى الآخر التزام بوقوع مالم يقصد وعدم وقوع ماقصد .

فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً الاّ في ضمن المركّب يحتاج الى دليل آخر غير مادلّ على حكم العقود والشّروط والتّجارة عن تراض ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه وقد نبّه عليه في مع صدّ في باب فساد الشّرط وذكر انّ في الفرق بين فساد الشّرط والجزء عسراً وتمام الكلام في باب الشّروط[1] ويكفي هنا الفرق بالنّص والأجماع .

نعم ربما يقيّد الحكم[2] بصورة جهل المشترى لما ذكره في لك وفاقاً للمحكيّ في التّذكرة عن الشّافعي من جهة افضائه الى الجهل بثمن المبيع[3] قال في التّذكرة بعد ذلك و ليس عندي بعيداً من الصّواب الحكم بالبطلان فيما اذا علم المشترى حرمة الآخر او كونه ممّا لاينقل اليه انتهى.

ويمكن دفعه[4] بانّ اللاّزم هو العلم بثمن المجموع الذّى قصد الى نقله عرفاً

---

١ ـ حيث يجيب هناك بأن مخالفة العقد للقصد انما لا يجوز اذا كان على وجه التباين بان اوقعه على الغنم ووقع النقل على البقر واما اذا كان الاختلاف من قبيل الاقل و الاكثر فلا يضر المخالفة لان العقد الواقع كالعقود المتعددة فيؤثر في موضوع قابل للتأثير لوجود شرايطه ولا يؤثر الآخر في متعلقه لفقد الشرط والفارق بين الشرط والجزء النص والاجماع وقوله لذا حكموا انتهى اشكال آخر ذكره في مع صد .

٢ ـ يعنى يقيد الحكم بالصحة في المملوك بصورة جهل المشترى بالفساد نظراً الى أنه مع العلم به يكون المبذول بازاء ما يقبل الملك مجهولا فيبطل .

٣ ـ يعنى اذا كان المشترى عالماً بان بعض المبيع مما لا يقبله التملك يبطل البيع لان الجهل بما يوجب التقسيط يفضى الى الجهل بثمن المبيع حال البيع لانه في قوة قوله: بعتك العبد بما يخصه من الالف اذا وزعت عليه وعلى شيء آخر وهو باطل ؛

٤ ـ محصل الدفع أن الغرر المنهى هو ما كان مجهولا في نفسه مع قطع النظر عن امضاء الشارع للبيع والجهل هنا ناش عن حكمه بفساد البيع والا فاجزاء العوضين الى نفسه كان مبيناً عرفاً وعلمه بالفساد لا ينافي تحقق المعاملة عرفاً والجهل الطارى لا يوجب الفساد .

و ان علم الناقل بعدم امضاء الشارع له فانّ 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 عن الشارع مع[1] انه لو تمّ ماذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا البطلان لأنّ المشترى القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن كما صرّح به الشهيد في محكيّ الحواشي المنسوبة اليه حيث قال انّ هذا الحكم مقيّد بجهل المشترى بعين المبيع و الاّ لكان البذل بازاء المملوك ضرورة انّ القصد الى الممتنع كلا قصد انتهى لكن ماذكره ره[2] مخالف لظاهر المشهور حيث حكموا بالتقسيط و ان كان مناسباً لماذكروه في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن الى البايع لأنه سلّطه عليه مجّاناً فانّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشترى بقسط غير المملوك امّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي وامّا لبقاء ذلك القسط له مجّاناً كما قد يلوح من مع صدو لك.

الاّ انك قد عرفت انّ الحكم هناك لايكاد ينطبق على القواعد ثمّ انّ طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف ممّا تقدّم في بيع ماله مع مال الغير من انّ العبرة بتقويم كلّ منهما منفرداً و نسبة قيمة المملوك الى مجموع القيمتين لكنّ الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك وقد ذكروا انّ الحرّ يفرض عبداً

١ ـ ظاهر العبارة انه اشكال على العلامة ره ومن يقول بالفساد وليس كذلك لان لازم الغرر هو البطلان لا بطلان التوزيع بل هو اشكال آخر على من يقول بالتوزيع في صورة علم المشترى ومحصله أن العلم بعدم انتقال البعض يوجب امتناع قصد نقله ووضع الثمن بازائه فكان قصده اليه كلا قصد فيقع الثمن بتمامه بازاء المملوك.

٢ ـ هذا اشكال آخر على التوزيع في صورة علم المشترى ذكره في المسالك و محصله أن المشترى ان اعلم بالفساد كان تسليطه لما بازائه مجاناً فلا يرجع فيه الى البايع بل الجميع له نصف مثلا بالاستحقاق والاخر بالتسليط عليه.

بصفاته و يقوّم والخمر والخنزير يقوّمان بقيمتهما عند من يراهما مالاً ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطّلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر او مجاورين للكفّار و يشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتهما اذا باع الخنزير [1] بعنوان انّها شاة والخمر بعنوان انّها خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعض [2] هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخلّ و الشّاة.

مسئلة يجوز للأب والجدّ [3] ان يتصرّفا في مال الطّفل بالبيع والشّراء ويدلّ عليه

---

١ ـ اعلم أنه لا اشكال في أنه لو ضم الخمر الى الخل و الخنزير الى الشاة وبيع بعنوان انه خمر او خنزير يقوم عند مستحليه و اما لو بيعا بعنوان أنهما خل اوشاة فقد يشكل هذا التقويم سكت المصنف عن جوابه وسكوته كاشف عن اعترافه به ولعل منشأ الاشكال أنه لا وجه لملاحظة قيمة الخمر عند مستحليه بل يقوم بما أنه خل يعني بفرض كونه خلا على طبق عنوان البيع فان له دخلا في القيمة بل سيجيء أن مناط مالية الاموال هو عناوينها اى صورها النوعية لا المادة الهيولائية ولذا يكون تخلفها موجباً للفساد وان جعلها وصفاً او شرطاً للمبيع فقال بعتك هذا الذى هو عبد او بعتك هذا ان كان عبداً وتبين كونه حماراً بل وان تبين كونه امة لان العبد والامة جنسان عند العرف لكنه لا يخفى ما فيه فان العناوين الجنسية وان كانت هي مناط مالية الاموال في باب البيع الا أنها في باب التقويم من الدواعي التي لا يوجب تخلفها الى تبدل الموضوع فحينئذ نقول أن تقويم مالا يصح بيعه لابد ان يكون بلحاظ العنوان الذى لاحظه المشترى مصححاً لبذل المال سواء كان خطأ منه كما لو اشترى شاة وخنزيراً على أنه شاة ام عمداً كما لو اشترى عبداً وحراً تشريعاً منه في كونه عبداً.

٢ ـ قيل هو صاحب المستند.

٣ ـ هذه المسئلة من فروع مسئلة شروط المتعاقدين حيث قال ومن شروطها ان يكونا مالكين او المأذونين من المالك او الشارع فالمأذون من المالك هو الوكيل والمأذون من الشارع هو من له الولاية على التصرف في مال الغير والذاتي الاجباري

قبل الأجماع الأخبار المستفيضة [١] المصرّحة فى موارد كثيرة وفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح والمشهور عدم اعتبار العدالة [٢] للأصل والأطلاقات و فحوى الأجماع المحكىّ عن كره على ولاية الفاسق فى التزويج خلافاً للمحكىّ عن الوسيلة والأيضاح فاعتبراها فيهما مستدلاً فى الأخير بانها ولاية على من لايدفع عن نفسه ولايصرف عن ماله و يستحيل من حكمة الصّانع ان يجعل الفاسق اميناً يقبل اقراراته واخباراته عن غيره مع نصّ القرآن على خلافه انتهى ولعلّه اراد بنصّ

منها هى ولاية الاب والجد على اليتيم و ماله فقد سما المصنف واوصافها من اعتبار العدالة واعتبار المصلحة او عدم المفسدة و غيرها من الشرائط ولكن لم يتعرض لاوصاف الصغير وغيره .

١ ـ مثل ماورد فى جواز اتجار الوصى بمال الطفل اذا كان قد اوصى ابوه بذلك و تقويم الاب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ماشاء ولكن قد يشكل بأن الاخبار المذكورة ليس عنوانها نفوذ معاملات الاب فى حق ابنه وانما عنوانها جواز استيلاء الاب على مال ابنه واكله منه وتصرفه فيه استقلالا كتصرف الملاك فى املاكهم لا التصرف فيه لاجل ابنه بعنوان الولاية عليه.

٢ ـ هذا شروع فى بيان اوصاف الاولياء الاجبارية وذكر العدالة يغنى عن قيد الاسلام اذا كان المولى عليه مسلماً و المراد بالاصل هو اصل العدم الذى اعتبره المحقق ايضاً فيما يعم به البلوى فلو كان العدالة معتبرة فى الاب و الجد على سبيل الموضوعية كما فى المجتهد والقاضى و البينة وامام الجماعة كان اللازم على الشارع بيانه فمتى لم يبين فالاصل عدم اعتبارها والاصل الاولى عدم ثبوت ولاية الفاسق وعدم نفوذ تصرفه لكن المقام ليس مما اشترط فيه العدالة لان مجرد الشفقة يكفى لجعل هذه الولاية له فالشفقة حاصلة للفاسق ايضاً والمراد من الاطلاقات اطلاقات ولاية الاب والجد اوالاعم الشامل لاطلاقات العقد .

القرآن آية الرّكون الى الظالم التى اشار اليها فى مع صدو فى دلالة الآية نظر واضعف منها ماذكره فى الايضاح من الاستحالة اذ المحذور يندفع كما فى مع صد بانّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلاف حال الطفل [٢] عزله ومنعه من التّصرّف فى ماله واثبات اليد عليه وان لم يظهر خلافه فولايته ثابتة و ان لم يعلم استعلام حاله بالاجتهاد وتتبّع سلوكه و شواهد احواله انتهى.

وهل يشترط فى تصرّفه المصلحة او يكفى عدم المفسدة ام لا يعتبر شىء وجوه يشهد للأخير اطلاق مادلّ على انّ مال الولد للوالد [٣] كما فى رواية سعد بن يسار

١ـ لان نفوذ تصرفات الاب الفاسق ليس ركوناً اليه والا كانت المعاملة مع الفاسق ركوناً اليه وكانت فاسدة مع ان الكلام فى انه هل جعل الشارع للفاسق منهما ولاية ام لا لافى جواز تفويض المولى عليه امره الى الاب و الجد الفاسقين حتى يتوجه اليه النهى والاية تفيد النهى عن الركون الى الظالم وهو حكم تكليفى لايصح توجيهه الى الصغير .

٢ـ يعنى آثار ضيق المعاش عليه من هزال جسمه و تغير بدنه ورثاثة لباسه حيث تدل ذلك على عدم مراعاة الولى له ويمكن ان يكون المراد الاطلاع على حركاته وسكناته فى سوء التصرف ولكن فيه انه كيف يمكن الاطلاع على اولياء الدنيا ثم من اين ثبت وجوب الاستطلاع عليهم بمصيطر مع أن عدم وجوب الفحص فى الشبهات الموضوعية اجماعى.

٣ـ فتدل على عدم اعتبار شىء من وجوه المصلحة وعدم المفسدة فيجوز حينئذ تصرف الاب والجد ولو مع المفسدة وذلك لكون نفسه و ماله لابيه فكما يجوز تصرف الجد او الاب فى مال نفسه ولو كان ضررياً فكذا فى مال المولى عليه الا ان ينعقد اجماع على خلافه او يتمسك بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن واطلاقه لم يشمل الاب لعدم صدق اليتيم مع وجوده الا ان نقول بعدم القول بالفصل بين الاب والجد .

وانه وماله لأبيه كما فى النبوىّ المشهور وصحيحة ابن مسلم انّ الوالد يأخذ من مال ولده ماشاء ومافى العلل عن محمّد بن سنان عن الرّضا (ع) من انّ علّة تحليل مال الولد لوالده انّ الولد موهوب للوالد فى قوله:

تعالى: يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ.

ويؤيّده اخبار جواز تقويم جارية الأبن على نفسه لكنّ الظّاهر[1] منها تقييدها بصورة حاجة الأب كما يشهد له قوله (ع) فى رواية الحسين بن ابى العلا قال قلت لأبى عبدالله (ع) مايحلّ للرّجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف اذا اضطرّ اليه قال: فقلت له: قول رسول الله (ص) للرّجل الذّى اتاه فقدّم اباه فقال له انت ومالك لابيك فقال انّما جاء بابيه الى النّبىّ صلى الله عليه وآله وسلم فقال يارسول الله (ص) هذا ابى ظلمنى ميراثى من امّى فاخبره الأب انّه قد انفقه عليه وعلى نفسه فقال النّبىّ صلى الله عليه وآله وسلم انت ومالك لأبيك ولم يكن عند الرّجل اوكان رسول الله (ص) يحبس الأب للأبن ونحوها صحيحة ابى حمزة الثّمالى عن ابى جعفر عليه السلام قال قال رسول الله (ص) انت ومالك لأبيك ثمّ قال لانحب ان يأخذ من مال ابنه الاّما يحتاج اليه ممالابدّ منه إِنَّ اللهَ لاَ يُحِبُّ الْفَسَادَ.

فانّ الاستشهاد بالآية يدلّ على ارادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة وانّه لايجوز له التّصرف بمافيه مفسدة للطّفل هذا كلّه مضافاً الى عموم قوله تعالى: وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ.

فانّ اطلاقه يشمل الجدّ ويتمّ فى الأب بعدم القصل و مضافاً الى ظهور الأجماع على اعتبار عدم المفسدة بل فى[2] مفتاح الكرامة استظهر الأجماع تبعاً لشيخه فى شرح القواعد على اناطة جواز تصرّف الولىّ بالمصلحة وليس ببعيد فقد صرّح به فى محكىّ المبسوط حيث قال: ومن يلى امر الصّغير والمجنون خمسة الأب

---

١ ـ هذا رجوع عن الاستدلال بالاخبار المذكورة بعدم اعتبار شىء من المصلحة وعدم المفسدة.

٢ ـ هذا شروع فى الاستدلال على الوجه الاول.

والجدّ للأب ووصيّ الأب والجدّ والحاكم ومن يامره ثمّ قال: وكلّ هؤلاء الخمسة لايصحّ تصرّفهم الأعلى وجه الأحتياط والحظّ الصّغير لأنّهم انّما نصبوا لذلك فاذا تصرّف فيه على وجه لاحظّ فيه كان باطلاً لأنّه خلاف ما نصب له انتهى و قال الحلى فى السرائر: لايجوز للولىّ التّصرّف فى مال الطّفل الّا بما يكون فيه صلاح المال ويعود نفعه الى الطّفل دون المتصرّف فيه وهذا الّذى يقتضيه اصول المذهب انتهى.

و قد صرّح بذلك ايضاً المحقّق و العلّامة والشّهيدان و المحقّق الثّانى و غيرهم بل فى شرح الرّوضة للفاضل الهندى انّ المتقدّمين عمّموا الحكم باعتبار [1] المصلحة من غير استثناء واستظهر فى مفتاح الكرامة من عبارة التّذكرة فى باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين وقد حكى عن الشّهيد فى حواشى القواعد انّ قطب الدّين قدّس سرّه نقل عن العلّامة رحه انّه لو باع الولىّ بدون ثمن المثل لم لاينزل منزلة الأتلاف بالأقتراض لأنّا قائلون بجواز اقتراض ماله وهو يستلزم جواز اتلافه قال: وتوقّف زاعماً انّه لايقدر على مخالفة الأصحاب هذا و لكنّ الأقوى كفاية عدم المفسدة وفاقاً لغير واحد من الأساطين الّذين عاصرناهم لمنع دلالة الرّوايات على اكثر [2] من النّهى عن الفساد فلاتنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدّمة الظّاهرة فى سلطنة الوالد على الولد وماله واما الآية الشّريفة فلو سلّم دلالتها [3]

---

١ ـ الجار متعلق بالحكم.

٢ ـ يعنى قال قطب الدين وتوقف العلامة فى جواز بيع الولى بدون المصلحة بزعم أن القول بالجواز مخالفة للاصحاب القائلين بعدم جوازه وهو لايقدر عليها.

٣ ـ المراد من الاية آية ولاتقربوا مال اليتيم انتهى ووجه منع دلالتها على اعتبار المصلحة هو ان لفظ احسن فيها ليس مسوقاً لبيان افادة معنى التفضيل كما يساعد عليه العرف فهو بمعنى الحسن الذى هو عبارة عما لاحرج فيه و هذا المعنى يتم مع عدم المفسدة ولايستلزم وجود المصلحة.

فهي مخصّصة بمادلّ على ولايـة الجدّ وسلطنته الظّاهرة[1] في انّ له انيتصرّف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له فانّ مادلّ على ولاية الجدّ فيالنّكاح معلّلاً بانّ البنت و اباها للجدّ و قوله (ص) انت ومالك لأبيك خصوصاً مع استشهاد الأمام(ع) به في مضيّ نكاح الجدّبدون اذنالأب ردّاً على من انكرذلك وحكم ببطلانذلكمن العامّة فيمجلس بعض الأمراء وغيرذلك يدلّ على ذلك.

مع انّه لو سلّمنا عدم التّخصيص وجب الأقتصارعليه فيحكم الجدّدون الأب ودعوى عدم القولبالفصل ممنوعة فقد حكي عن بعض متأخّري المتأخّرين القول بالفصل بينهما في الأقتراض مع عدم اليسر.

ثمّ لاخلاف ظاهرًا كما ادّعى في انّ الجدّ وان علا يشارك[2] الأب في الحكم ويدلّ عليهمادلّ علىانّ الشّخص ومالهالّذي منهمال ابنهلأبيهومادلّ على انّ الولد ووالدهلجدّه.

ولوفقد الأب و بقي الجدّ فهل ابوه وجدّه يقوممقامه في المشاركة اويخصّ[3] هوبالولاية قولان: من ظاهر[4] انّ الولدووالدهلجدّه وهو المحكيّ عن ظاهرجماعة و من انّ مقتضى[5] قوله تعالى: وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ كون القريب اولى بقريبه من البعيد فنفى ولاية البعيد و خرج منه الجدّ مع الأب و بقي ـ الباقي و ليس المراد من لفظ الأولى التّفضيل مع الأشتراك في المبدء بلهو

١ـ هي صفة للسلطنة وقيل هيصفة للموصول في قوله : بمادل ثم المرادبالاب هو الاب النسبي لاالرضاعي ولاالسفاحي بلولاالكافر سيما اذا كانالمولىعليهمسلماً.

٢ ـ يعني مع عدم وجود الجد الادنى والا فمع وجوده لاتصل النوبة الى الابعد.

٣ـ محل الخلاف هو اجتماع الجدين كالجدوجد الجد مع فقدالاب.

٤ـ هذاوجه لاثبات الولايةلجد الجد ومن علاه مع وجود الادنى من الطبقات.

٥ـ هذا وجه لعدم اثبات الولاية للجدالاعلى مع وجودالادنىلانه اقرب.

نظير قولك هو احقّ بالأمر من فلان ونحوه وهذا محكيّ عن مع صدوك والكفاية وللمسئلة مواضع أخر تأتي انشاء ....

مسئلة من جملة اولياء التصرّف في مال من لا يستقلّ[1] بالتصرّف في ماله الحاكم والمراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالاً لأمر اكثر حضّار مجلس المذاكرة فنقول مستعيناً بالله للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلثة .

احدها الأفتاء[2] فيما يحتاج اليها العامي في عمله وموردة المسائل الفرعيّة والموضوعات الأستنباطية من حيث ترتّب حكم فرعيّ عليها ولا اشكال ولا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه الآمن لا يرى جواز التقليد للعامي وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول الى مباحث الأجتهاد والتقليد .

الثاني الحكومة فله الحكم بما يراه حقّاً في المرافعات وغيرها في الجملة وهذا المنصب ايضاً ثابت له بلا خلاف[3] فتوىً ونصّاً وتفصيل الكلام فيه من حيث شرائط

١ـ لكونه مهجوراً عليه لصغر وسفه وفلس وغيبة وغيرها.

٢ـ يعني نفوذ الفتوى وجواز العمل على طبقها او وجوبه.

٣ـ الولاية الثابتة للفقيه اعم من القاضي لثبوت منصب القضاء والافتاء للفقيه دون القاضي فبينهما اعم و اخص مطلق لجواز العمل للفقيه بما هو للقاضي كاخذ المدعى به من المحكوم عليه وحبس الغريم المماطل والتصرف في بعض الامور الحسبية كحفظ مال الصغير و الغائب بل للفقيه ما للولاة ايضاً من نظم البلاد و انتظام امور العباد وسد الثغور والجهاد مع الاعداء والدفاع عنهم وغيرها من الامور السياسية وله ايضاً ما هو المشكوك في أنها من منصب القاضي او الوالي كاجراء الحدود واخذ الزكوات و اقامة الجمعة و غيرها هذا كله في مقام الثبوت واما مقام الاثبات فقد اجتمعت السلطنة مع مقام النبوة كما في سليمان بن داود (ع) حيث كان نبياً وسلطاناً على امته وقد يعين النبي للسلطنة شخصاً كتعيين طالوت من قبل نبي زمانه باشارة من الله تعالى وقد تجتمع النبوة والسلطنة و القضاوة وفصل الخصومة كلها لشخص واحد كما في نبينا (ص).

الحاكم والمحكوم به والمحكوم عليه موكول الى كتاب القضاء.

الثالث ولاية التصرف في الاموال او الأنفس وهو المقصود بالتفصيل هنا فنقول الولاية تتصور على وجهين

الاول استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً باذنه او غير منوط به ومرجع هذا الى كون نظره سبباً [1] في جواز تصرفه (الثاني) عدم استقلال غيره بالتصرف وكون تصرف الغير منوطا باذنه وان لم يكن هو مستقلا بالتصرف ومرجع هذا الى كون نظره شرطاً [2] في جواز تصرف غيره و بين موارد الوجهين عموم من وجه [3] ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير اما ان يكون على وجه الأستنابة كوكيل الحاكم واما ان يكون على وجه التفويض و التولية كمتولي الأوقاف [4] من قبل الحاكم واما ان يكون على وجه الرضا كاذن الحاكم لغيره في

١- يعني علة تامة لجواز التصرف.

٢- يعني أن نظر الغير وارادته مقتض لجواز تصرفه و نظر الفقيه وارادته شرط لجوازه.

٣- حيث ان القضاء لابد ان يكون بمباشرته بنفسه والتقاص من المقاص يكون باذنه لا بمباشرته وبيع المحتكر عند حاجة الناس يكون بامره لا بمباشرته و صرف سهم الامام الى المستحقين قد يكون بمباشرته وقد يكون باذنه و مباشرة من يخرجه عن ماله فمادة الاجتماع ماصدر من كليهما مع أن المباشرة الحقيقية غير شرط فيهما فان اقامة الحدود والتعزيرات للوالي فقط وهي من مادة الافتراق ولا يباشر بنفسه حقيقة فليس المراد بالاستقلال المباشرة بل هو اعم منها ومن التوكيل وجامعه ان يكون رأيه ونظره تمام الدخيل والمؤثر.

٤- الفرق بين توكيل الامام و بين توليته هو أن الوكالة تبطل بمجرد موت الامام ولا يصح له التصرف حتى يوكله الامام اللاحق بخلاف التولية فانه لا يزول بموته (ع) بل يبقى ولايته مالم يعزله الامام اللاحق.

الصّلوة علی میّت لاولیّ له .

اذا عرفت هذا فنقول مقتضی الأصل عدم ثبوت الولایة[1] لأحد بشیء من الامور المذکورة خرجنا عن هذا الأصل فی خصوص النّبیّ والأئمة صلوات الله علیهم اجمعین بالأدلة الاربعة قال الله تعالیٰ النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ وَإِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ الآیة الی غیر ذلك.

وقال النّبیّ صلی الله علیه وآله وسلم کما فی روایة ایوب بن عطیّة انا اولی بکلّ مؤمن من نفسه وقال فی یوم غدیر خم: الست اولی بکم من انفسکم قالوا: بلی قال من کنت مولاه فهذا علیّ مولاه .

و الأخبار فی افتراض طاعتهم و کون معصیتهم کمعصیة الله کثیرة یکفی فی ذلك .

منها مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة ابی خدیجة و التّوقیع الآتی حیث علّل فیها حکومة الفقیه و تسلّطه علی النّاس بانی قد جعلته کذلك و انه حجتی علیکم و اما الاجماع ففیر خفی و امّا العقل القطعی فالمستقل منه حکمه بوجوب شکر المنعم بعد معرفة انّهم اولیاء[2]

١ـ یعنی اصالة عدم تأثیر عقده و ایقاعه وغیرها.

٢ـ یعنی الانعام التکوینی اذهم علل الایجاد ومبادی سلسلة الاکوان والتشریعی لکونهم واسطة فی تبلیغ احکام الله وشرایعه واعلام الناس بمصالحهم ومضارهم ومبنی شکر المنعم هو استقلال العقل بوجوب دفع الضرر المظنون او المحتمل وذلك یقتضی اطاعتهم فیما یصدر عنهم من الاوامر والنواهی لان ضرر المخالفة فی الامور الاخرویة اعظم واشد من الامور الدنیویة الا ترى أن العقلاء یشربون الادویة لدفع احتمال الضرر مع ان فی شربها ضرراً مالیاً وبدنیاً.

النعم و الغير المستقل حكمه بان الابوّة [١] اذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن في الجملة كانت الأمامة مقتضية لوجوب طاعة الأمام على الرّعيّة بطريق اولى لان الحق هنا اعظم بمراتب فتأمل [٢] والمقصود من جميع ذلك دفع مايتوهّم [٣] من ان وجوب طاعة الامام مختصّ بالأوامر الشّرعية وانّه لادليل على وجوب طاعته في اوامره العرفيّة او سلطنته على الأموال والانفس.

وبالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التّتبّع و التّامّل ان للأمام سلطنة

---

١ ـ لايخفى قد يكون مطلوب الشارع في تعيين شخص في امر من الامور لدخالة هذا الشخص في هذا الامر وقد لايكون كك بل يصح صدوره من اى شخص كان كالامر بالمعروف و النهى عن المنكر فليس لاشخاص في ذلك أى نظر اصلا و اما اذا كان للدخالة حد فلا يتجاوزه عن حده الذى عين له كدخالة نظر الاب والجد في مال الطفل فانهما لا يتجاوز موقد يكون موسعاً كدخالة نظر النبى والامام والفقيه العادل فتكون الولاية بالشدة والضعف، وحينئذ اذا اقتضت الابوة نفوذ معاملات الاب وتصرفاته في مال ابنه وجواز اكله من ماله وكون ماله و نفسه مال ابيه اقتضت الامامة ايضاً ذلك بطريق اولى لان الامام (ع) اب روحانى وسائر الاباء آباء جسمانيون .

٢ ـ لعله اشارة الى أنه من اين ثبت ان وجوب اطاعة الاب من جهة كونه ذا حق على الابن ليستدل به على الامام (ع) بالفحوى فلعله تعبد محض كما في وجوب اطاعة المالك بملك اليمين مع عدم ثبوت حق خارجى له .

٣ ـ وجه التوهم هو أن الامام (ع) لايأمر الا بامر الله فكلما امرنا او نهينا فهو حكم الله الشرعى فلايأمر بالاوامر العرفية اصلا ودفعه أن الاوامر العرفية ايضاً هى التى تصدر عنهم (ع) منتزعة عن الاوامر الشرعية والمصلحة الواقعية فاذا امروا بشىء من الاحكام اوغيرها فلابد من اطاعته كما في امر الامام السابع لعلى بن يقطين في امر الوضوء ورد الثوب فلهم (ع) اخذ الحق من المماطل وحبسه وبيع ماله و التصرف في اموال القصير ونصب القيم عليهم وغير ذلك.

مطلقة علی الرّعیّة من قبل الله تعالی و انّ تصرّفهم نافذ علی الرّعیّة ماض مطلقا[1] هذا کلّه فی ولایتهم بالمعنی الأول و امّا بالمعنی الثّانی اعنی اشتراط تصرّف الغیر باذنهم فهو و ان کان مخالفاً للأصل الّا انّه قد ورد اخبار خاصّة بوجوب الرّجوع الیهم و عدم جواز الأستقلال لغیرهم بالنّسبة الی المصالح المطلوبة للشّارع الغیر المأخوذة علی شخص معیّن[2] من الرّعیّة کالحدود و التّعزیرات و التّصرّف فی اموال القاصرین و الزام النّاس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك ویکفی فی ذلك مادلّ علی انّهم اولوا الامر و ولاته فانّ الظّاهر من هذا العنوان عرفاً من یجب الرجوع الیه فی الأمور العامّة الّتی لم تحمل فی الشّرع علی شخص خاصّ و کذا مادلّ علی وجوب الرّجوع فی الوقایع الحادثة الی رواة الحدیث معلّلاً بانّهم حجّتی علیکم و انا حجّة الله فانّه دلّ علی انّ الأمام هو المرجع الأصلی[3] و ما عن العلل بسنده الی الفضل بن شاذان عن مولینا ابی الحسن الرّضا (ع) فی علل حاجة النّاس الی الأمام(ع) حیث قال بعد ذکر جملة من العلل: ومنها انّا لانجد فرقةً من الفرق ولاملّة من الملل بقوا وعاشوا الّابقیّم ورئیس لمالابدّ لهم منه فی امر الدّین والدّنیا فلم یجز فی حکمة الحکیم ان یترك الخلق بمایعلم انّه لابدّ لهم منه و لاقوام لهم الّا به هذا مضافاً الی ماورد فی خصوص الحدود والتّعزیرات والحکومات و انّها لأمام المسلمین وفی الصّلوة علی الجنائز من انّ سلطان الله احقّ بها من کلّ احد و غیر ذلك ما یعثر علیه المتتبّع.

وکیف کان فلااشکال فی عدم جواز التّصرّف فی کثیر من الأمور العامّة

---

[1] ـ یعنی فی کل الامور دنیویة واخرویة.

[2] ـ المراد من ذلك مایشمل الواجب الکفائی فانه ایضاً مأخوذ علی الاشخاص المعینین غایة الامر أنه یسقط التکلیف بفعل واحد منهم.

[3] ـ یعنی فی کل الامور الحادثة حیث ان المراد بالحوادث لیس هی الاحکام الکلیة الالهیة لانها لاتتجدد بل المراد الامور الحادثة فی کل زمان ومکان.

بدون اذنهم و رضاهم لكن لاعموم يقتضى اصالة توقف كل تصرف على الأذن نعم الأمور التى يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم لايبعد الأطراد فيها بمقتضى كونهم اولى الأمر وولاته و المرجع الأصلى فى الحوادث الواقعة والمرجع فى غير ذلك من موارد الشك الى اطلاقات ادلة تلك التصرفات ان وجدت على الجواز او المنع والا فالى الأصول العملية[1] لكن حيث كان الكلام فى اعتبار اذن الأمام او نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز اجراء الأصول لأنها لاتنفع مع التمكن من الرجوع الى الحجة وانما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع اليها لبعض العوارض .

وبالجملة فلايهمنا التعرض لذلك انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه باحد الوجهين المتقدمين .

---

١ ـ توضيح كلامه ره أن ادلة ولاية الحاكم قضايا مهملة فى قوة الجزئية او قضايا كلية لها تقييدات و تخصيصات ونعلم أن بعض الموضوعات داخلة تحت ولايتهم لكونها من شئون القضاء والحكومة اولكونها مراداً للشارع ولولم يكن من الحاكم كحفظ مال الغايب و انقاذ النفوس المشرفة على الهلاك و غيرها مما هو معاش العباد ونظام احوالهم ونشك فى بعض الامور كالتصرف فى اموال الغائبين والمجانين والمغمى عليهم والاموات الذين لاولى لهم التى علم مشروعيتها وشك فى اطلاقها او اختصاصها بالفقيه اوكفائياوعينياً له سيما اذاكان مثل البيع والشراء والتزويج كما لو كان من له الخيار فى البيع و نحوه غايباً وكان زمان الخيار مشرفا على الانقضاء وكان الغايب ممن يصيبه الضرر بلزوم البيع فهل للحاكم حينئذ ولايته مباشرة الفسخ ام لا ومثل مالو غصب الجزء المشاع غاصب فهل يجوز للحاكم أن يتولى قسمة العين بين الغاصب وشريك المغصوب منه ام لافبعض أثبت ولاية الحاكم فى امثال ذلك وبعض نفاها لكن فيما كان الموضوع مطلوباً للشارع يكون الاصل ثبوت ولايته الا ماخرج بالدليل اوعلم عدم المطلوبية فالى اصل العدم والافالى الاصول العملية .

فنقول امّا الولایة علی الوجه الاول اعنی استقلاله فی التّصرف فلم یثبت بعموم عدامـا ربما یتخیّل من اخبار واردة فی شأن العلماء مثل ان العلماء ورثة الأنبیاء وانّ الانبیاء لم یورّثوا دینارا ولا درهما ولکن ورثوا احادیث من احادیثهم فمن اخذ بشیء منها اخذ بحظّ وافر وانّ العلماء امناء الرّسل وقوله علیه السلام مجاری الامور بید العلماء بالله الأمناء علی حلاله وحرامه وقوله (ص) علماء امتی کانبیاء بنی اسرائیل وفی المرسلة المرویّة فی الفقه الرّضوی انّ منزلة الفقیه فی هذا الوقت کمنزلة الأنبیاء فی بنی اسرائیل و قوله (ع) فی نهج البلاغة اولی النّاس بالأنبیاء اعلمهم بما جاؤا به إنّ اولی النّاس بابراهیم للّذین اتّبعوه الایة وقوله صلی الله علیه وآله ثلثاً: اللّهمّ ارحم خلفائی قیل ومن خلفائك یارسول الله قال الّذین یأتون بعدی ویروون حدیثی وسنّتی وقوله: (ع) فی مقبولة ابن حنظلة قد جعلته علیکم حاکماً و فی مشهورة ابی خدیجة جعلته علیکم قاضیاً وقوله عجّل الله فرجهم حجّتی علیکم وانا حجّة الله الی غیر ذلك ممایظفر به المتتبّع .

لکن الانصاف بعد ملاحظة سیاقها اوصدرها اوذیلها یقتضی الجزم بانّها فی مقام بیان وظیفتهم من حیث الأحکام الشّرعیّة لاکونهم کالنبی والائمّة صلوات الله علیهم فی کونهم اولی بالناس فی اموالهم فلو طلب الفقیه الزکوة والخمس من المکلّف فلادلیل علی وجوب الدّفع الیه شرعاً نعم لو ثبت شرعاً اشتراط صحّة ادائهما بدفعه الی الفقیه مطلقا او بعد المطالبة وافتی بذلك الفقیه وجب اتّباعه ان کان ممّن یتعیّن تقلیده ابتداء [1] او بعد الاختیار فیخرج عن محل الکلام هذا مع انه لوفرض العموم فیما ذکر من الأخبار وجب حملها علی ارادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظیفته (ص) من حیث کونه رسولاً مبلغاً والازم تخصیص اکثر افراد العامّ

---

١ ـ التقلید الابتدائی فیما یکون المفتی اعلم من غیره فانه یتعیّن تقلیده ابتداء علی مذهب المصنف من وجوب تقلید الاعلم والتقلید الاختیاری فیما اذا کان المفتی مساویاً لغیره فی مرتبة العلم.

لعدم سلطنة الفقيه على اموال النّاس وانفسهم الاّفي موارد قليلة بالنّسبة الى موارد عدم سلطنته .

وبالجملة فاقامة الدّليل على وجوب طاعة الفقيه كالأمام الاّماخرج بالدّليل دونه خرط القتاد .

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثّانى اعنى توقّف تصرّف الغير على اذنه فيما كان متوقّفا على اذن الأمام (ع) و حيث انّ موارد التّوقّف على اذن الأمام غير مضبوط فلابدّ من ذكر مايكون كالضّابط لها . [1]

فنقول: كلّ معروف علم من الشّارع ارادة وجوده فى الخارج انعلم كونه وظيفة شخص خاصّ كنظر الأب فى مال ولده الصّغير اوصنف خاصّ كالأفتاء والقضاء اوكلّ من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلااشكال فى شىء من ذلك وان لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطاً فى وجوده اووجوبه بنظر الفقيه وجب الرّجوع فيه اليه .

ثمّ انّ علم الفقيه من الأدلّة جواز تولّيه لعدم اناطته بنظر خصوص الأمام او نائبه الخاصّ تولاّه مباشرةً او استنابةً ان كان ممّن يرى الأستنابة فيه والاّ عطّله فانّ كونه معروفاً لاينافى اناطته بنظر الأمام عليه السلام و الحرمان عنه عند فقده كساير البركات التّى حرمناها بفقده عجّل الله فرجه ومرجع هذا الى الشّك فى كون المطلوب مطلق وجوده [2] اووجوده من موجد خاصّ اماوجوب الرّجوع الى الفقيه فى الأمور المذكورة فيدلّ عليه مضافاً الى مايستفاد من جعله حاكماً كمافى مقبولة ابن حنظلة

---

١ ـ يعنى لولايته على الوجه الثانى.

٢ ـ يعنى أن مرجعه الى كون الشىء واجباً عينيا على الامام كاقامة الحدود مثلا او واجباً كفائياً والاصل هو البرائة فيجوز للفقيه تعطيله لان كونه معروفاً لاينافى اناطته بنظر الامام (ع) بل قيل انه لايجوز التمسك بعموم الولاية و النيابة لانه تمسك بالاطلاقات والعمومات فى الشبهات المصداقية .

الظّاهر فى كونه كساير الحكّام المنصوبة فى زمان النّبىّ (ص) والصّحابة فى الزام النّاس بارجاع الأمور المذكورة اليه والأنتهاء فيها الى نظره بل المتبارد عرفاً من نصب السّلطان حاكماً وجوب الرّجوع فى الأمور العامّة المطلوبة للسّلطان اليه و الى ماتقدّم من قوله عليه السلام مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه التّوقيع المروىّ فى اكمال الدّين وكتاب الغنية واحتجاج الطّبرسى الوارد فى جواب مسائل اسحق بن يعقوب التى ذكر انّى سالت العمرى رضى الله عنه ان يوصل الى الصاحب عجّل الله فرجه كتاباً فيه تلك المسائل التى قد اشكلت على فورد التّوقيع بخطّه عليه آلاف الصّلوة والسّلام فى اجوبتها وفيها واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانّهم حجتى عليكم وانا حجّة الله فانّ المراد بالحوادث ظاهراً مطلق الأمور التى لابدّ من الرّجوع فيها عرفاً او عقلاً او شرعاً الى الرّئيس مثل النّظر فى اموال القاصرين لغيبة اوموت اوصغر او سفه واما تخصيصها بخصوص المسائل الشّرعية فبعيد من وجوه [1].

منها ان الظّاهر وكول نفس الحادثة اليه ليباشر امرها مباشرةً او استنابةً لا الرّجوع فى حكمها اليه.

ومنها التّعليل بكونهم حجّتى عليكم وانا حجّة الله فانّه انّما يناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرّأى والنّظر فكان هذا منصب ولاة الأمام من قبل نفسه لا انّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الأمام والاّ كان المناسب ان يقول انّهم حجج الله عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بانّهم امناء الله على الحلال والحرام.

و منها انّ وجوب الرّجوع فى المسائل الشّرعية الى العلماء الذى هو من بديهيّات الأسلام من السّلف الى الخلف ممّا لم يكن يخفى على مثل اسحق بن يعقوب

---

١ ـ الظاهر ان البعيد تخصيص الحوادث بما له التفت الجاهل الى الاحكام فامر بالرجوع الى الرواة حينئذ.

حتّى يكتبه فى عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرّجوع فى المصالح العامّة الى رأى احد ونظره فانّه يحتمل انيكون الأمام (ع) قدوكّله فى غيبته الى شخص اواشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان.

و الحاصل انّ الظّاهر انّ لفظ الحوادث ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات ثمّ انّ النّسبة بين مثل هذا التّوقيع و بين العمومات الظّاهرة فى اذن الشّارع فى كلّ معروف لكلّ احد مثل قوله:(ع) كلّ معروف صدقة وقوله (ع) عون الضّعيف من افضل الصّدقة و امثال ذلك وان كانت عموماً من وجه[1] الّا انّ الظّاهر حكومة هذا التّوقيع عليها[2] و كونها بمنزلة المفسّر الدّالّ على وجوب الرّجوع الى الأمام(ع)اونائبه فى الأمور العامّة التّى يفهم عرفاً دخولها تحت الحوادث الواقعة وتحت عنوان الأمر فى قوله:اولى الأمر وعلى تسليم التّنزّل عن ذلك فالمرجع بعد تعارض العمومين الى اصالة عدم مشروعيّة ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولىّ الأمر هذا لكن السنه لاتخلو عن اشكال وان كان الحكم به مشهوريّاً

---

١ ـ اعمية الوقايع الحادثة التى يكون المرجع فيها الفقيه كونهامعروفاً ؛ علم من الشارع وجوب وجودها فى الخارج امّلا، كحكمه بثبوت الهلال ونحو ذلك واعمية المعروف من جهة شموله للامور الكلية والجزئية اولشموله فى عصر الائمة وعصر الغيبة و مادة اجتماعهما واضح.

٢ ـ لان ثبوت الولاية للفقيه مانع عن تصرف غيره فى مورد ولايته حيث أن هذا التصرف وان كان احسانا ومعروفاً من كل أحد الا أن هذا الاحسان فيما اذالم يزاحم بحق ذيحق ولم يكن منافياً بسلطنة شخص آخر والا فيخرج عن كونه معروفاً فللحاكم حق لايجوز مزاحمة الغير عليه لان الفقيه هو القدر المتيقن من الناس بعد ثبوت اصل مشروعيتها واختلال نظام امور الناس مع عدم هذه التصرفات كضياع مال الصغير عند نصب القيم.

وعلى أيّ تقدير فقد ظهر [1] ممّا ذكرنا انّ مادلّ عليه هذه الأدلّة هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التّي يكون مشروعيّة ايجادها في الخارج مفروغاً عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على النّاس القيام بها كفاية وامّا مايشكّ في مشروعيّته كالحدود لغير الأمام وتزويج الصّغير لغير الأب والجدّ وولاية المعاملة على مال الغايب بالعقد عليه وفسخ العقد الخيارى عنه وغير ذلك فلايثبت من تلك الأدلّة مشروعيّتها للفقيه بل لابدّ للفقيه من استنباط مشروعيّتها من دليل آخر .

نعم الولاية على هذه وغيرها ثابتة للأمام (ع) بالأدلة المتقدّمة المختصّة به مثل آية اولى بالنّاس من انفسهم وقد تقدّم انّ اثبات عموم نيابة الفقيه عنه (ع) في هذا النّحو من الولاية على النّاس ليقتصر في الخروج عنه على ما خرج بالدّليل دونه خرط القتاد [2] .

و بالجملة فههنا مقامان.

احدهما وجوب ايكال المعروف المأذون فيه اليه ليقع خصوصيّاته عن نظره ورأيه كتجهيز الميّت الذّى لاولىّ له فانّه يجب ان يقع خصوصيّاته من تعيين الغاسل والمغسل وتعيين شيء من تركته للكفن وتعيين المدفن عن رأى الفقيه.

الثّاني مشروعيّة تصرّف خاصّ في نفس اومال اوعرض والثّابت بالتّوقيع وشبهه هو الأوّل دون الثّاني وان كان الأفتاء في المقام الثّاني بالمشروعية و عدمها ايضا من وظيفته الاّ انّ المقصود عدم دلالة الأدلّة السّابقة على المشروعيّة.

---

١ ـ يعنى ماذكره في تقريب دلالة المقبولة من قوله الظاهر في كونه كسائر الحكام انتهى .

٢ ـ لان الولاية المطلقة العامة الثابتة في الانفس و الاموال مختصة للامام (ع) وغير قابلة للانتقال عنهم (ع) الى احد و انما الكلام في بقية المناصب الثابتة لهم من الافتاء و القضاوة و تبليغ الاحكام وولايتهم في الامور السياسى الراجعة الى تنظيم المملكة وغير ذلك مما كان قابلا للانتقال .

نعم لو ثبت ادلّة النّيابة عموماً تمّ ماذكر .

ثمّ انّه قد اشتهر فى الألسن وتداول فى بعض الكتب رواية انّ السّلطان ولىّ من لاولىّ له وهذا ايضاً بعد الأنجبار سنداً اومضموناً [1] يحتاج الى ادلّة عموم النّيابة وقدعرفت مايصلح انيكون دليلاً عليه وانّه لايخلوعن وهن فى دلالته مع قطع النّظر عن السّند كما اعترف به جمال المحقّقين فى باب الخمس، بعد الأعتراف بانّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نوّاب الأمام.

ويظهر من المحقّق الثّانى ايضاً فى رسالته الموسومة بقاطع اللّجاج فى مسئلة جواز اخذ الفقيه اجرة اراضى الأنفال من المخالفين كمايكون ذلك للأمام (ع) اذا ظهر (ع) للشّك فى عموم النّيابة وهو فى محلّه .

ثمّ انّ قوله من لاولىّ له فى المرسلة المذكورة ليس مطلق من لاولىّ له بل المراد عدم الملكة يعنى انّه ولىّ من شأنه ان يكون له ولىّ بحسب شخصه او صنفه او نوعه او جنسه فيشمل الصّغير الذى مات ابوه والمجنون بعد البلوغ والغايب والممتنع والمريض والمغمى-عليه والميّت الذى لاولىّ له وقاطبة المسلمين اذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة والموقوف عليهم فى الأوقاف العامّة ونحو ذلك لكن يستفاد منه [2] ، مالم يكن يستفاد من التّوقيع المذكور وهو الأذن فى فعل كلّ مصلحة لهم فثبت به مشروعيّته مالم يثبت مشروعيّته بالتّوقيع المتقدّم فيجوز له القيام بجميع مصالح الطّوائف المذكورين .

---

١ ـ الترديد من جهة كونها رواية بهذا اللسان او أنها مضمونها ثم انه يظهر من المصنف عمومية لفظ السلطان على الامام والفقيه والا فلوكان حمله على خصوص الامام كانت النسبة بينه و بين التوقيع هو التباين ويحتمل ان يكون نظره من السلطان الامام فقط نظراً الى أن اللام فيه عوض المضاف اليه و هو الله تعالى ولذا يحتاج فى تعدى الحكم الى الفقيه الى عموم النيابة .

٢ ـ يعلم الاستفادة من اضافة الولى الى الموصول بلحاظ أن الاضافة هنا بمعنى اللام وهى للانتفاع .

نعم لیس له فعل شیء لا یعود مصلحته الیهم وان کان ظاهر الولیّ یوهم ذلك اذ بعد ماذکرنا من انّ المراد بمن لا ولیّ له من شأنه ان یکون له ولیّ یراد به کونه ممّن ینبغی ان یکون له من یقوم بمصالحه لا بمعنی، انّه ینبغی ان یکون علیه ولیّ له علیه ولایة الاجبار بحیث یکون تصرفه ماضیاً علیه .

والحاصل انّ الولیّ المنفیّ هو الولیّ للشّخص لا علیه فیکون المراد بالولیّ المثبت ذلك ایضاً فمحصّله انّ الله جعل الولیّ الذّی یحتاج الیه الشّخص وینبغی ان یکون له هو السّلطان فافهم .

مسئلة فی ولایة عدول المؤمنین اعلم انّ ما کان من قبیل ماذکرنا فیه ولایة الفقیه وهو ما کان تصرّفاً مطلوب الوجود للشّارع اذا کان الفقیه متعذّر الوصول فالظّاهر جواز تولّیه لآحاد المؤمنین لأنّ المفروض کونه مطلوباً للشّارع[1] غیر مضاف الی شخص واعتبار نظارة الفقیه فیه ساقط بفرض التّعذّر وکونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختیاریّاً مخالف لفرض العلم بکونه مطلوب الوجود مع تعذّر الشّرط لکونه من المعروف الذّی امر باقامته فی الشّریعة .

١ـ توضیحه أنه بعد ماثبت الولایة العامة للفقیه فحینئذ اذا تعذر الرجوع الیه فی الامور التی یتوقف حفظ النظام علیها یسقط مباشرته و اذنه ویجوز لاحاد المسلمین مباشرته لکون هذه الامور مطلوب الوجود للشارع لعدم دخالة خصوص الاشخاص فیها والا لزم الهرج والمرج واختلال النظام والظاهر انه مع وجود العدل یکون هو المتعین ومع فقده فمطلق الثقة ومع عدمه فکل من کان صالحاً و الظاهر ایضاً استثناء مثل الافتاء و القضاء واقامة الجمعة وغیرها لکونها محتاجة الی وجود الفقیه ثم هل یجب للعدل تعییناً او کفایة لبقاء التکلیف مع التمکن ولقاعدة الاشتغال ام لا بل یمکن له اجراء اصل البراءة کغیره من الاشخاص؟ خلاف حیث انهم ایضاً مکلفون بالقیام به اذا لم یکن العدل موجوداً والدلیل علی ذلك مضافاً الی القواعد العامة الادلة الخاصة کروایة علی بن رئاب وروایة عبدالحمید وروایة اسماعیل بن سعد وروایة اسماعیل بن بزیع وغیرها.

نعم لو احتمل كون مطلوبيّته مختصّة بالفقيه او الأمام صحّ الرّجوع الى اصالة عدم المشروعيّة كبعض مراتب النّهى عن المنكر حيث انّ اطلاقاته لاتعمّ ماذا بلغ حدّ الحرج قال الشّهيد ره: فى قواعده يجوز للآحاد مع تعذّر الحكّام تولية آحاد التّصرّفات الحكميّة على الأصحّ كدفع ضرورة اليتيم لعموم وَتَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوىٰ و قوله عليه السلام و الله تعالى فى عون العبد ماكان العبد فى عون اخيه و قوله كلّ معروف صدقة و هل يجوز اخذ الزّكوات و الأخماس من الممتنع وتفريقها فى اربابها وكذا بقيّة وظائف الحكّام غير ما يتعلّق بالدّعاوى فيه وجهان وجه الجواز[1] ماذكرنا ولأنّه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال وهى مطلوبة لله تعالى وقال بعض متاخرى العامة: انّ القيام بهذه المصالح اعمّ من ترك تلك الأموال بايدى الظّلمة[2] يأكلونها بغير حقّها ويصرفونها الى غير مستحقّها فان توقّع امام يصرف ذلك فى وجهه حفظ المتمكّن تلك الأموال الى حين تمكّنه من صرفها اليه وان يئس من ذلك كما فى هذا الزّمان تعيّن صرفه على الفور فى مصارفه لما فى ابقائه من التّعزير وحرمان مستحقّيه من تعجيل اخذه مع مسيس حاجتهم اليه و لو ظفر باموال مغصوبة حفظها لأربابها حتّى يصل اليهم ومع اليأس يتصدّق بها عنهم و عند العامّة تصرّف فى المصارف العامّة انتهى والظّاهر انّ قوله فان توقّع الى آخره من كلام الشّهيد ره ولقد اجاد فيما افاد الّا انّه لم يبيّن وجه عدم الجواز ولعلّ وجهه انّ مجرّد كون هذه الأمور من المعروف لاينافى اشتراطها بوجود الأمام اونائبه كما فى قطع الدّعاوى واقامة الحدود كما فى التّجارة بمال الصّغير الّذى له اب وجد فان كونها من المعروف لاينافى وكوله الى شخص خاصّ.

نعم لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقا كحفظ اليتيم من

---

١ ـ من الادلة.

٢ ـ الظاهر ان المراد من الظلمة اعم من الغاصب ومن لا يخرج زكوة ماله ومن اخذ الحقوق وصرفها فى غير محلها.

الهلاك الذّی یعلم رجحانه علی مفسدة التّصرّف فی مال الغیر بغیر اذنه صحّ المباشرة بمقدار یندفع به الضّرورة او فرض علی وجه یفهم من دلیله جواز تصدّیه لکل احد الاّ انّه خرج ما لو تمکّن من الحاکم حیث دلّت الأدلّة علی وجوب ارجاع الأمور الیه و هذا کتجهیز المیّت والاّ فمجرّد کون التّصرّف معروفا لاینهض فی تقیید ما دلّ علی عدم ولایة احد علی مال احد او نفسه ولهذا لایلزم عقد الفضولی علی المعقود له بمجرّد کونه معروفاً و مصلحة ولایفهم من ادلّة المعروف ولایة للفضولی علی المعقود علیه لانّ المعروف هو التّصرّف فی المال او النّفس علی الوجه المأذون فیه من المالك او العقل او الشّارع من غیر جهة نفس ادلّة المعروف.

وبالجملة تصرّف غیر الحاکم یحتاج الی نصّ عقلیّ او عموم شرعیّ او خصوص فی مورد جزئیّ فافهم [1] بقی الکلام فی اشتراط العدالة فی المؤمن الذّی یتولّی المصلحة عند فقد الحاکم کما هو ظاهر اکثر الفتاوی حیث یعبّرون بعدول المؤمنین وهو مقتضی الأصل [2].

ویمکن ان یستدلّ علیه ببعض الأخبار ایضاً ففی صحیحة محمّد بن اسمعیل رجل مات من اصحابنا بغیر وصیّة فرفع امره الی قاضی الکوفة فصیّر عبدالحمید لقیّم بماله وکان الرّجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواری فباع عبدالحمید المتاع فلمّا اراد بیع الجواری ضعف قلبه عن بیعهنّ اذ لم یکن المیّت صیّر الیه وصیّة وکان قیامه فیها بامر القاضی لأنّهن فروج فماتری فی ذلك قال اذا کان القیّم مثلك ومثل عبدالحمید فلا باس الخبر بناء علی انّ المراد من المماثلة امّا المماثلة فی التّشیّع او فی الوثاقة وملاحظة مصلحة الیتیم وان لم یکن شیعیّاً او فی الفقاهة بان یکون من نوّاب الأمام عموماً فی القضاء بین المسلمین او فی العدالة او احتمال الثّالث مناف لأطلاق المفهوم الدّالّ علی ثبوت البأس مع عدم الفقیه ولو مع تعذّره وهذا بخلاف

---

١ ـ لعله اشارة الی ان انتظار اذن الفقیه یفضی الی ترك الاموال والحقوق.

٢ ـ یعنی اصالة عدم نفوذ تصرف الفاسق وحصول النقل بفعله.

الاحتمالات الاخر فان الباس ثابت للفاسق او الخائن او المخالف وان تعذر غيرهم فتعين احدها الدائر بينها فيجب الاخذ في مخالفة الاصل بالاخص منها وهو العدل

لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الامانة وملاحظة مصلحة اليتيم فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة ففي صحيحة علي بن رئاب رجل مات وبيني وبينه قرابة وترك اولاداً صغاراً ومماليك غلماناً وجواري ولم يوص فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية ويتخذها ام ولد وما ترى في بيعهم قال فقال ان كان لهم ولي يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم وكان ماجوراً فيهم قلت فما ترى فيمن يشترى منهم الجارية ويتخذها ام ولد فقال لاباس بذلك اذا باع عليهم القيم بامرهم الناظر فيما يصلحهم وليس لهم ان يرجعوا فيما فعله القيم بامرهم الناظر فيما يصلحهم وموثقة زرعة عن سماعة في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقر كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلاباس بناء على ان المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وان لم يكن فيه ملكة العدالة لكن في صحيحة اسمعيل بن سعد مايدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة قال سألت الرضا (ع) عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة ايطيب الشراء منه ام لا قال (ع) اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلاباس اذ ارضى الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك .

هذا والذي ينبغي ان يقال انك قد عرفت ان ولاية غير الحاكم لاتثبت الا في مقام يكون عموم عقلي او نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف او يكون هناك دليل خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما او خصوصاً فقد يشمل الفاسق وقد لايشمل و اما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة الى نفسه و انه هل يكون ماذونا من الشرع في المباشرة ام لا وقد يكون بالنسبة الى مايتعلق من فعله بفعل غيره اذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة كالشراء منه مثلا .

اما الأوّل فالظّاهر جوازه وانّ العدالة لیست معتبرة فی منصب المباشرة لعموم ادلّة فعل ذلك المعروف ولو مثّل قوله (ع) عون الضّعیف من افضل الصّدقة وعموم قوله تعالیٰ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ونحو ذلك وصحیحة محمد بن اسماعیل السّابقة قدعرفت انّها محمولة علی صحیحة علی بن رئاب المتقدّمة بل وموثّقة زرعة وغیر ذلك ممّاسیأتی ولو ترتّب حکم الغیر علی الفعل الصّحیح منه کما اذا صلّی فاسق علی میّت لاولیّ له فالظّاهر سقوطها عن غیره اذا علم صدور الفعل منه وشكّ فی صحّته[1] ولو شكّ فی حدوث الفعل منه واخبر به ففی قبوله اشكال[2].

و اما الثّانی فالظّاهر اشتراط العدالة فیه فلایجوز الشّراء منه و ان ادّعی کون البیع مصلحة بل یجب اخذ المال من یده ویدلّ علیه بعد صحیحة اسمعیل بن سعد المتقدّمة بل وموثّقة زرعة بناء[3] علی ارادة العدالة من الوثاقة انّ عموم ادلّة القیام بذلك المعروف لایرفع الید عنه[1] بمجرّد تصرّف الفاسق فانّ وجوب اصلاح مال الیتیم ومراعاة غبطته لاترتفع عن الغیر بمجرّد تصرّف الفاسق ولا یجدی هنا حمل فعل المسلم علی الصّحیح کما فی مثال الصّلوة المتقدّم لأنّ الواجب هناك هی صلوة صحیحة وقدعلم صدور اصل الصّلوة من الفاسق واذا شكّ

---

۱ ـ علة ذلك قاعدة حمل فعل المسلم علی الصحیح و التقیید بصورة انتفاء الاحتراز عما لوکان له ولی لانه ان کان فعله باذن الولی صح والا بطل فحینئذ اذا صلی الفاسق علی میت له ولی فشك فی صحتها فاصالة الصحة تجری فیها ایضاً.

۲ ـ من جریان اصالة الصحة علی کون الاخبار فعلا ومن دلالة آیة النبأ بمنطوقها علی اشتراط قبول خبر الفاسق بالتبین.

۳ ـ حیث انه وقع السئوال فیها عن حل شراء شیء من خدم المیت الذی لاوصی له ومن متاعه فاجاب (ع) بنفی البأس مع قیام عدل ببیع سهام الورثة وتدل بمفهومها علی ثبوت الباس مع عدم قیام العدل بذلك.

فی صحّتها احرزت باصالة الصّحة [١] و اما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التّصرّف الصّحيح وانّما حمل على موضوع هو اصلاح المال ومراعاة الحال والشّك فی اصل تحقّق ذلك فهو كمالو اخبر فاسق باصل الصّلوة مع الشّك فيها.

وان شئت قلت انّ شراء مال اليتيم لابدّ ان يكون مصلحة له ولايجوز ذلك باصالة صحّة البيع من البايع كمالو شكّ المشترى فی بلوغ البايع فتأمّل [٢].

نعم اووجد فی يد الفاسق ثمن من مال الصّغير لم يلزم الفسخ مع المشترى واخذ الثّمن من الفاسق لأنّ مال اليتيم الّذی يجب اصلاحه وحفظه من التّلف لايعلم انّه الثّمن او المثمن واصالة صحّة المعاملة من الطّرفين يحكم بالأوّل فتدبّر [٣].

ثمّ انّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين فالظّاهر انّه على وجه التّكليف الوجوبیّ اوالنّدبی لاعلى وجه النّيابة من حاكم الشّرع فضلاً عن كونه على وجه النّصب من الأمام فمجرّد وضع العدل يده على مال يتيم لايوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه.

ولو نقله بعقد جايز فوجد الآخر المصلحة فی استرداده جاز الفسخ اذا كان الخيار ثابتاً باصل الشّرع اوبجعلهما مع جعله للصّغير اومطلق وليّه من غير تخصيص بالعاقد واما لو اراد بيعه من شخص و عرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع

١ـ لان ذلك مقتضى حكم الشارع بالبناء على وقوع ما شك فی صحته فيما يكون من الامور التعبدية.

٢ ـ قيل انه اشارة الى الفرق بين المشبه والمشبه به من جهة أنه يمكن ان يقال : ان عدم نهوض اصالة الصحة فی المشبه به انما هو من جهة حكومة استصحاب عدم بلوغ البايع عليها بخلافه هنا.

٣ ـ يعنی لايلزم عليه فسخ المعاملة و اخذ المثمن من المشترى لو كان فاسقا ولااخذ الثمن من الفاسق لعدم علمه بفساد البيع حتى يكون ماله المثمن فيلزم اخذه من المشترى لوفرض فسخه و لابصحته حتى يكون ماله الثمن فيلزم اخذه من البايع الفاسق .

المصلحة وان كان فى يد الاول.

وبالجملة فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لايزيد عن حكم الاب والجد من حيث جواز التصرف لكل منهما مالم يتصرف الاخر واما حكام الشرع فهل هم كذلك فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لاولى له اومن يلى امواله او وضع اليد على مال يتيم فهل يجوز للاخر مزاحمته ام لا الذى ينبغى ان يقال انه ان استندنا فى ولاية الفقيه الى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم لان المخاطب بوجوب ارجاع الامور الى الحكام هم العوام[1] فالنهى عن المزاحمة يختص بهم[2].

واما الحكام فكل منهم حجة من الامام (ع) فلا يجب على واحد منهم ارجاع الامر الحادث الى آخر فيجوز له مباشرته وان كان الاخر دخل فيه ووضع يده عليه فحال كل منهم حال كل من الاب والجد فى ان النافذ تصرف السابق ولاعبرة بدخول الاخر فى مقدمات ذلك وبنائه على مايغاير تصرف الاخر كما يجوز لاحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الاخر وان حضر المرافعان عنده واحضر الشهود وبنى على الحكم واما لو استندنا فى ذلك على عمومات النيابة وان فعل الفقيه كفعل الامام و نظره كنظره الذى لايجوز التعدى عنه لامن حيث ثبوت الولاية له على الانفس والاموال حتى يقال انه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك بل من حيث وجوب ارجاع الامور الحادثة اليه المستفاد من تعليل الرجوع فيها الى

---

١ ـ محصل ما افاده ره فى جواز مزاحمة الحكام بعضهم بعضاً أن مستند ولاية الفقيه فى الامور العامة اذا كان منحصراً بالتوقيع الذى مفاده ارجاع القضية الى الفقهاء يجوز المزاحمة و اما لو كان المدرك عمومات النيابة فلا تجوز و الذى يظهر من المصنف هو الثانى كما يستفاد من كلامه هنا.

٢ ـ يعنى النهى عن المزاحمة للفقيه المستفاد من الامر يختص بالعوام لاختصاص الامر بالارجاع بهم.

الفقيه بكونه حجة منه (ع) على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى امر ووضع يده عليه[1] وبنى فيه بحسب نظره على تصرف وان لم يفعل نفس ذلك التصرف لان دخوله فيه كدخول الامام عليه السلام فدخول الثانى فيه وبنائه على تصرف آخر مزاحمة له فهو كمزاحمة الامام عليه السلام فادلة النيابة عن الامام عليه السلام لا يشمل ما كان فيه مزاحمة الامام (ع) فقد ظهر مما ذكرنا[2] الفرق بين الحكام وبين الاب و الجد لاجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة وبين كون كل واحد منهم نائباً.

وربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء المتعددين فى ان بناء واحد منهم على امر ماذون فيه لا يمنع الاخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الاول.

و يندفع بان الوكلاء اذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من احدهم كان الاخر ماذوناً فى تصرف مغاير وان بنى عليه الاول ودخل فيه اما اذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون الزامهم كالزامه ودخولهم فى الامر كدخوله وفرضنا ايضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الاذن فى مخالفة نفس الموكل والتعدى عما بنى هو عليه مباشرة او استنابة كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة ولا نقيصة والوهم انما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعددين المتعلقة بنفس ذى المقدمة فتأمل[3] هذا كله مضافا الى

---

١ ـ بخلاف الاب والجد.

٢ ـ حاصله انه لو كان كل الحكام حجة كان نسبة كل اثنين منهم نسبة كل من الاب والجد الى الاخر فى ان النافذ تصرف السابق ولا عبرة بدخول الاخر لكن لما استفدنا من الادلة كون كل منهم نائبا عن الامام فيفرق عن كون كل منهم حجة بدون اضافة لفظها الى الامام فكما انه لا يجوز الدخول فى الامر عند شروع المنوب عنه فى مقدماته كذلك لا يجوز فى النائب.

٣ ـ لعله اشارة الى عدم الفرق بين الحكام والوكلاء.

لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة الى الحكّام سيمّا في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظايف الحكّام ممّن يدّعي الحكومة.

وكيف كان فقد تبيّن ممّا ذكرنا [1] عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كلّ الزام قولي او فعلي يجب الرّجوع فيه الى الحاكم فاذا قبض مال اليتيم من شخص او عين شخصاً لقبضه او جعله ناظراً عليه فليس لغيره من الحكّام مخالفة نظره لأنّ نظره كنظر الأمام وامّا جواز تصدّي مجتهد المرافعة تصدّاها مجتهد آخر قبل الحكم فيها اذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلأنّ وجوب الحكم فرع سئوال من له الحكم.

ثمّ انّه هل يشترط في ولاية غير الأب والجدّ [2] ملاحظة الغبطة لليتيم ام لا ذكر الشّهيد في قواعده انّ فيه وجهين ولكنّ ظاهر كثير من كلماتهم انّه لا يصح الاّ مع المصلحة بل في مفتاح الكرامة انّه اجماعيّ وانّ الظّاهر من التّذكرة في باب الحجر كونه اتّفاقياً بين المسلمين وعن شيخه في شرح القواعد انّه ظاهر الأصحاب وقد عرفت تصريح الشّيخ والحلّي بذلك حتّى في الأب والجدّ يدلّ عليه بعدما عرفت من اصالة عدم الولاية لأحد على احد عموم قوله تعالى: وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ.

وحيث انّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم اجده في كلام احد من المتعرّضين لبيان آيات الاحكام فلا باس بتوضيح ذلك في هذا المقام فنقول انّ القرب في الآية يحتمل معاني اربعة.

الأوّل مطلق التّقليب والتّحريك حتى من مكان الى آخر فلا يشمل مثل ابقائه على حال او عند احد.

---

١ ـ من الادلة.

٢ ـ هذا اشارة الى ماذكره سابقاً من أنه يلزم اعتبار المصلحة او انه يكفي عدم المفسدة حيث اختار المصنف الثاني منهما في الاب والجد وعطف غيرهما عليهما هنا مع الميل الى الاول ايضاً.

الثّانى وضع اليد عليه بعد ان كان بعيداً عنه ومجتنباً فالمعنى تجتنبوا عنه ولا تقربوه الّا اذا كان القرب احسن فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثّالث ما يعدّ تصرّفاً عرفاً كالاقتراض والبيع والاجارة وما اشبه ذلك فلا يدلّ على تحريم ابقائه بحاله تحت يده اذا كان التّصرّف فيه احسن منه الابتنقيح المناط.

الرّابع مطلق الأمر الأختيارى المتعلّق بمال اليتيم اعمّ من الفعل والتّرك و المعنى لاتختاروا فى مال اليتيم فعلاً او تركاً الّا ما كان احسن من غيره فيدلّ على حرمة الأبقاء فى الفرض المذكور لأنّ ابقائه قرب له بما ليس احسن واما لفظ الأحسن فى الآية فيحتمل ان يراد به ظاهره من التّفضيل ويحتمل ان يراد به الحسن و على الأوّل فيحتمل التّصرّف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض ويحتمل ان يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه ومن غيره من التّصرّفات وعلى الثّانى فيحتمل ان يراد مافيه مصلحة ويحتمل ان يراد به مالا مفسدة فيه على ماقيل من انّ احد معانى الحسن مالاحرج فى فعله.

ثمّ انّ الظّاهر من احتمالات القرب هو الثّالث [1] ومن احتمالات الأحسن هو الأحتمال الثّانى [2] اعنى التّفضيل المطلق وحينئذ فاذا فرضنا انّ المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثمّ فرضنا انّه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدّراهم او جعلها دينارا فاراد الولىّ جعلها ديناراً فلا يجوز لأنّ هذا التّصرّف ليس اصلح من تركه وان كان يجوز لنا من اوّل الأمر بيع المال بالدّينار لفرض عدم التّفاوت بين الدّراهم والدّينار بعد تعلّق المصلحة بجعل المال نقداً اما لو جعلنا الحسن بمعنى مالا مفسدة فيه فيجوز.

وكذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرّابع لانّا اذا فرضنا انّ القرب يعمّ ابقاء مال

---

١ ـ اى الظهور فى نظر العرف.

٢ ـ قيل هو الثانى من الاحتمالين فى الاحتمال الاول و الظاهر أن منشأ هذا الاحتمال هو حذف المتعلق وترك ذكر المفضل عليه كما اذا قيل زيد افضل اوطلق.

اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور اذ بعد كون الاحسن هو جعل مال اليتيم نقدا فكما انه مخير في الابتداء بين جعله دراهم او دينارا لان القدر المشترك احسن من غيره واحد الفردين فيه لامزية لاحدهما على الاخر فيخير فكك بعد جعله دراهم اذا كان كل من ابقاء الدراهم على حالها وجعلها دينارا قربا و القدر المشترك احسن من غيره فاحد الفردين لامزية فيه على الاخر فهو مخير بينهما .

والحاصل انه كلما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء الكون القدر المشترك بينهما احسن وعدم مزية لاحد الفردين تحقق التخيير لاجل ذلك استدامة فيجوز العدول من احدهما بعد فعله الى الاخر اذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة الى حال اليتيم وان كان فيه نفع يعود الى المتصرف .

لكن الانصاف ان المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة الى المعنى الثالث و ان كان الذي يقتضيه التدبر في عرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام ان لا يختاروا في امر مال اليتيم الا ما كان احسن من غيره [1] .

نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان مناط حرمة التصرف هو الضرر لا ان مناط الجواز هو النفع .

ففي حسنة الكاهلي قال لابي عبدالله عليه السلام انا لندخل على اخ لنا في بيت ايتام ومعهم خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم ونرى بما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك قال ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وان كان فيه ضرر فلا بناء على ان المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر في الذيل [2] ان لا يصل

---

١ ـ فيكون المعول هو المعنى الرابع على مذاق المصنف .

٢ ـ محصله أن المراد بالمنفعة عدم الضرر فيقابله الضرر في ذيل الكلام لاشتمال خول على النفع فقط ولعل التعارض في صورة مساواة الضرر والنفع .

الى الايتام مايوازى ذلك فلاتنافى بين الصدر والذيل على مازعمه بعض المعاصرين من ان الصدر دال على اناطة الجواز بالنفع والذيل دال على اناطة الحرمة بالضرر فيتعارضان فى مورد يكون التصرف غير نافع ولامضر وهذا منه مبنى على ان المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول مابازاء مال اليتيم اليه[1] بمعنى ان يكون المنفعة فى معاوضة مايتصرف من مال اليتيم بمايتوصل اليهم من ماله كان يشرب ماء فيعطى فلساً بازائه وهكذا.

وانت خبير بانه لاظهور للرواية[2] حتى يحصل التنافى وفى رواية ابن المغيرة قلت لابى عبدالله (ع) ان لى ابنة اخ يتيمة فربما اهدى لها الشيء فاكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشيء من مالى فاقول يارب هذا بهذا قال لاباس فان ترك الاستفصال من مساوات العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة الاان يحمل على الغالب من كون التصرف فى الطعام المهدى اليها واعطاء العوض بعد ذلك اصلح اذ الظاهر ان الطعام المهدى اليها هو المطبوخ وشبهه.

وهل يجب مراعاة الاصلح ام لا[3] وجهان قال الشهيد ره فى القواعد هل يجب على الولى مراعاة المصلحة فى مال المولى عليه اويكفى نفى المفسدة يحتمل الاول لانه منصوب لها ولاصالة بقاء الملك على حاله ولان النقل والانتقال لابد لهما من غاية والعدميات لاتكاد تقع غاية[4] وعلى هذا[5] هل يتحرى الاصلح ام يكتفى

---

١ ـ بان يكون العوض ازيد من مال اليتيم ومال اليتيم انقص فيتحقق المنفعة دون الضرر.

٢ ـ محصله انه ليس ظهور فى اعتبار النفع الزائد عن عدم الضرر بمعنى انه يجب ان يزيد النفع على الضرر.

٣ ـ هذا بعد البناء على عدم كفاية عدم المفسدة ولزوم مراعاة المصلحة.

٤ ـ محصله أن عدم المفسدة من العدميات والعدميات لاتكون غاية لشيء عند العقلاء بل لابد من امر وجودى وهو مفقود فى المقام.

٥ ـ اى بناء على وجوب ملاحظة المصلحة.

بمطلق المصلحة فيه وجهان نعم لمثل ما قلنا لا لأنّ ذلك لا يتناهى وعلى كلّ تقدير لو ظهر في الحال الاصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الاصلح و يترتّب على ذلك [1] اخذ الولىّ بالشفعة للمولّى عليه حيث لا مصلحة ولا مفسدة و تزويج المجنون حيث لا مفسدة وغير ذلك انتهى الظاهر: ان فعل الاصلح في مقابل ترك التّصرف راسا غير لازم لعدم الدّليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الأتجار به اصلح منه لم يجب الاتجار بنا على المعنى الرّابع من معانى القرب فى الآية بان يراد لا تختاروا فى مال اليتيم امراً من الأفعال او التّروك الّا ان يكون احسن من غيره وقد عرفت الاشكال فى استفادة هذا المعنى بل الظّاهر التّصرّفات الوجوديّة فهى المنهىّ عن جميعها [2] الّا ما كان احسن من غيره ومن التّرك فلا يشمل ما اذا كان فعل احسن من التّرك نعم ثبت بدليل خارج حرمة التّرك اذا كان فيه مفسدة واما اذا كان فى التّرك مفسدة ودار الامر بين افعال بعضها اصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه بل ربّما يعدّ العدول فى بعض المقامات افساداً كما اذا اشترى فى موضع بعشرة وفى موضع آخر قريب منه بعشرين فانّه يعدّ بيعه فى الأوّل افساداً للمال ولو ارتكبه عاقل عدّ سفيها ليس فيه ملكة اصلاح المال وهذا هو الذّى اراده الشّهيد بقوله ولو ظهر فى الحال الخ .

---

١ ـ اى على المسئلة الاولى من انه يجب مراعاة المصلحة او يكفى عدم المفسدة ففى صورة اخذ الولى الشفعة لو اعتبرنا المصلحة لم يجز والاجاز .

ثم انا حذفنا من هنا الى مسئلة بيع المصحف لان بيع العبيد والاماء لا فائدة فى ذكرها فى هذا الزمان فلا نورده ونذكر بيع المصحف.

٢ ـ قيل ماذكره بعد اداة الاستثناء اشارة الى ما اختاره فى معنى الاحسن من التفضيل المطلق و المراد من قوله : وغيره ماكان من الامور الوجودية و لهذا عطف عليه الترك يعنى يستثنى من المنهى عنه فعل وجودى و هو احسن من غيره من الامور الوجودية ومن ترك ذلك الفعل جميعاً ولهذا فرع عليه عدم شموله لما اذا كان فعل احسن من تركه فقط .

نعم قد لا يعدّ العدول من السّفاهة كما لو كان بيعه مصلحة وكان بيعه في بلد آخر اصلح مع اعطاء الأجرة منه ان ينقله اليه و العلم بعدم الخسارة فانّه قد لا يعدّ ذلك سفاهة لكنّ ظاهر الآية وجوبه .

مسئلة: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر ذكره الشّيخ والمحقّق في الجهاد والعلّامة في كتبه و جمهور من تاخّر عنه وعن الأسكافي انّه قال: و لا اختار ان يرهن الكافر مصحفاً و مايجب على المسلم تعظيمه ولا صغيراً من الأطفال انتهى واستدلّوا عليه بوجوب احترام المصحف وفحوى[2] المنع من بيع العبد المسلم من الكافر وماذكروه حسن وان كان وجهه لا يخلو عن تامّل او منع[3]

---

١ ـ توضيحه أنه لو كان بيع مال اليتيم في بلد مصلحة وكان بيعه في بلد الثاني اصلح ولو مع اعطاء الاجرة اما لكون الثمن في الثاني نقداً او المشترى اسرع وفاء او شراء المتاع فيه اسهل او غير ذلك لا يعد من السفاهة فيكون جايزاً ولكن ظاهر الاية وجوب بيعه في البلد الثاني بعد نقله اليه من جهة كونه احسن من البيع في البلد الاول مع كون النهى في الاية مولوياً ولذا اختار المصنف حرمة التصرف في مال اليتيم في اول مراتبه مثل : مسه ووضع يده عليه لا التصرف الاعتبارى .

٢ ـ لا يخفى أن الفقهاء بعد أن لم يجدوا في المقام دليلا من الروايات تمسكوا بتنقيح المناط والاولوية القطعية بمعنى أنه اذا لم يجز استيلاء الكافر على المسلم بآية نفي السبيل فعلى القرآن الذى هو اس اساس الاسلام لا يجوز بطريق اولى .

٣ ـ لعدم وضوح المناط المواجب للتكليف مع أن العمدة في بطلان بيع العبد المسلم على الكافر كان هو الاجماع وهو دليل لبى يقتصر فيه على مورده مضافاً الى انه لو حرم كان حراماً تكليفياً لا وضعياً .

و بالجملة لا اشكال في الكبرى وهو أنه لو استلزم البيع المهانة فهو حرام قطعاً الا ان الاشكال في الصغرى فان البيع ليس اهانة سيما اذا اشترى الكافر لان يستفيد من قوانينه كما في زماننا هذا حيث انهم اخذوا من قوانينه العامة ولذلك لا يعد شرائه مهانة ←

وفي الحاق الاحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في ط او الكراهة كما هو صريح يع ونسبه الصيمري الى المشهور قولان تردد بينهما العلامة في كره ولا يبعد ان يكون الاحاديث المنسوبة الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم من طرق الاحاد حكمها حكم ما علم صدوره منه (ص) وان كان ظاهر ما الحقوه بالمصحف هو اقوال النبي (ص) المعلوم صدورها عنه (ص) و كيف كان فحكم احاديث الائمة صلوات الله عليهم حكم احاديث النبي (ص) .

القول في شرايط العوضين[1] يشترط في كل منهما كونه متمولا لان البيع لغة مبادلة مال بمال وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة[2] مقصودة للعقلاء

←وذلة على القرآن بل يعد شرفاً وفخراً للاسلام والقرآن ولئلا يكون للناس على الله حجة بل يكون لله حجة بالغة و بذلك يعرف حكم الاحاديث بل كل ما ثبت احترامه شرعاً مثل التربة الحسينية (ع) ونحوها .

١ ـ اعلم أن البحث في شرائط المعاوضات في مقامات ثلاثة، شرائط العقد وشرائط المتعاقدين وشرائط العوضين ولما اشبع المصنف الكلام في الاولين فاشار الى الاخير هنا وقال يشترط في كل منهما ان يكون متمولا اى يبذل بازائه المال ولا ريب أن المالية اعتبار عقلائي ناشيء عن كون الشيء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه على نحو يتنافسون فيه و يتسابقون اليه اما لدفع ضروراتهم الاولية كالاقوات اللازمة أم العرضية كالادوية و العقاقير ام لتحصيل اللذة كبعض الفواكه و الاشربة وغيرها من مطالباتهم .

٢ ـ توضيحه أن شرط التمول كون الشيء ذا منفعة مقصودة من حيث قابليته للانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات و نحوها او للانتفاع به باتلافه او غيرها ذلك وبالجملة أنه يتفاوت الاغراض بالازمنة والامكنة والاقاليم والبلدان في امور دنياهم و عقباهم فقد يصير الغرض الواحد الرماد مالا يعوض بدراهم بامر آمر او غيره ولاجل ذلك صارت الطوابع المتعارفة في عصرنا مالا وكذا الاوراق النقدية المسماة بالنوت فالمالية ليست امراً←

محللة فى الشرع لان الاول ليس بمال عرفاً كالخنافس والديدان فانه يصح عرفاً سلب المصرف لها و نفى الفائدة عنها و الثانى ليس بمال شرعاً كالخمر والخنزير[1] ثم قسموا عدم الانتفاع الى ما يستند الى خسة الشيء كالحشرات و الى مايستندالى قلته كحبة حنطة[2] وذكروا انه ليس مالاوان كان يصدق عليه الملك[3] ولذا يحرم غصبه اجماعاً وعن التذكرة انه لوتلف لم يضمن اصلا واعترضه غير واحد ممن تاخر عنه بوجوب ردالمثل والاولى ان يقال ان ماتحقق انه ليس بمال عرفافلااشكال ولاخلاف فى عدم جواز وقوعه احد العوضين اذلا بيع[4] الافى ملك

← حقيقياًوانما هى صفة اعتبارية منتزعة من الاسباب المؤدية الى معاملة الناس كما انه قد يلغى مالية الشيء من جانب آمر مع كونه مالا عند الناس كما انه لو نهى السلطان عن اتخاذ آلات السلاح على نحو يؤدى الى الخوف .

١ـ نهى الشارع عن الخمر والخنزير .

٢ـ او يستند الى كثرته كالماء فى الشاطى و الحطب فى الغابات و الرمل فى بعض الصحارى .

٣ـ لعل وجه بقائه على الملكية هو استصحاب ملكيته فى ضمن الكثير ولان بين الملكية والمالية عموماً من وجه فان المعادن والحطب فى الفلات والسمك فى البحر وغيره من المباحات الاصلية اموال وليست باملاك لاحد كما ان مثل الاناء المكسور وحبة الحنطة ملك وليس بمال لعدم بذل المال بازائه فيترتب عليه جميع آثار الملك فيبطل التيمم بهذا التراب اذاكان غصباً و مادة الاجتماع واضحة .

ثم ان تحديد المال سالماً عن الاشكال مشكل جداًواما الملك فهو عبارة عن سلطنة اعتبرت بين المالك وملكه فلاجرم تحصيل مفهومه الى طرفين مالك وملك بخلاف المال فانه صفة اعتبارية تعتبر من نفس المال وان لم يكن هناك مالك كماهو كذلك فى المباحات الاصلية وغيرها عند بعض .

٤ ـ هذاذكر مدرك الحكم اجمالافالحديث الشريف دال على اعتبار الملكية فى ←

ومالم یتحقّق فیه ذلك فان كان اكل المال فی مقابله اكلاً بالباطل عرفاً فالظاهر فساد المقابلة ومالم یتحقّق فیه ذلك فان ثبت دلیل من نصّ او اجماع علی عدم جواز بیعه[1] فهو والّا فلا یخفی وجوب الرّجوع الی عمومات صحّة البیع والتّجارة وخصوص قوله (ع) فی المروی عن تحف العقول: وكلّ شیء یكون لهم فیه الصّلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلال بیعه الی آخر الرّوایة وقد تقدّمت فی اوّل الكتاب.

ثم انهم احترزوا[2] باعتبار الملكیّة فی العوضین من بیع ما یشترك فیه النّاس

← البیع لكن لا یمكن الاخذ بظاهره حیث یجوز بیع الكلیات الذمیة وآلات الوقف ونماء وقف المشاهد والمعابد مع انها لیست ملكاً للمالك فحمله علی ارادة بیان اعتبار السلطنة فی البیع وانه لا یصح بیع ما لیس للبایع اولی من البناء علی تخصیصه.

١ ـ لا یخفی أنه قد یتحقق المالیة و الملكیة بحسب الشرع والعرف معاً فلا اشكال فی جواز البیع حینئذ وقد یتحقق عند العرف دون الشرع لالغاء الشارع المالیة والملكیة معاً كما فی الخمر والخنزیر اولالغاء المالیة فی نظر العرف والشرع دون الملكیة كحبة الحنطة او للتعبد فقط كبیع الوقف فی عدم جواز البیع حینئذ ایضاً و اما مع الشك فی ثبوتهما عند العرف فهو مورد وجوب الرجوع الی عمومات صحة البیع والتجارة بل یجب الرجوع الیها فیما شك فی المالیة شرعاً بعد الفراغ عن ثبوتها عرفاً لرجوعه الی الشك فی التخصیص لانه بعد تنزیل العمومات علی البیع العرفی فنفی المالیة عند الشرع یكون من باب التخصیص ویكون من الشبهة المفهومیة لدورانه بین الاقل والاكثر.

٢ ـ حق العبارة ان یقال كما انه یشترط ان یكون متمولا كذلك یشترط ان یكون ملكاً فعلیاً لان كلام المصنف الی هنا كان فی اعتبار المالیة لا الملكیة فلابد من ذكر الملكیة اولا ثم ذكر الاحتراز ثانیاً وتوضیح كلامه أن الفقهاء احترزوا عن بیع الماء والكلاء والسمك فی الماء والطیور فی الهواء لعدم كونها ملكاً فعلیاً قبل اصطیادهما وكذلك الارض المفتوحة عنوة لعدم الملكیة بل عامة المسلمین مشتركون فیها جمیعاً هذا ←

كالماء والكلاء والسمك والوحوش قبل اصطيادها بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل واحترزوا به ايضاً عن الأرض المفتوحة عنوةً ووجه الاحتراز عنها انها غير مملوكة لملّاكها على نحو سائر الاملاك بحيث يكون لكلّ منهم جزء معين من عين الأرض وان قلّ ولذا لا يورث بل ولا من قبيل الوقف الخاصّ على معيّنين لعدم تملّكهم للمنفعة مشاعاً ولا كالوقف على غير معيّنين كالعلماء والمؤمنين ولا من قبيل تملّك الفقراء للزّكوة والسّادة للخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملّكهم لمنافعها[1] بالقبض لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملكيّة نحو مستقلّ من الملكية قد دل عليه الدّليل ومعناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك.

ثمّ ان كون هذه الارض للمسلمين مما ادّعي عليه الأجماع ودلّ عليه النّصّ كمرسلة حماد الطّويلة وغيرها وحيث جرى في الكلام ذكر بعض اقسام الأرضين فلا بأس بالأشارة اجمالاً الى جميع اقسام الأرضين واحكامها.

فنقول ومن الله الأستعانة الأرض اما موات واما عامرة وكل منهما اما ان يكون كذلك اصلية او عرض لها ذلك فالأقسام اربعة لا خامس لها.

الاوّل ما يكون مواتاً بالأصالة[2] بان لم تكن مسبوقة بعمارة ولا اشكال ولا

← ولكن يمكن ان يقال بعدم لزوم اعتبار الملكية في البيع بل ما هو المعتبر المال لان البيع مبادلة مال بمال

نعم لا بد من اعتبار السلطنة وهي مفقودة في المقام فلو كان البايع من له الولاية على بيعها صح بيعها منه وكانت ملكاً للمشترى وخرجت عن الاباحة الاصلية .

١ ـ كما يتملك في الوقف على غير معينين وكذا عدم تملكهم عينه مثل ما يتملكها الفقراء في الخمس والزكوة .

٢ ـ يعني من اصل الخلقة او أن المراد كونها مواتاً في بدء ظهور الاسلام وعند تلقي المسلمين للاراضي من الكفار.

خلاف منافي كونها للامام عليه السلام والاجماع عليه محكي عن ف والغنية ومع صدو لك وظاهر جماعة اخرى والنصوص بذلك مستفيضة بل قيل انها متواترة وهي من الانفال نعم ابيح التصرف فيها بالاحياء بلاعوض وعليه يحمل ما في النبوي موتان [1] الارض لله ورسوله (ص) ثم هي لكم مني ايها المسلمون ونحوه الاخر عادى [2] الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني.

وربما يكون في بعض الاخبار وجوب اداء خراجه الى الامام عليه السلام كما في صحيحة الكابلي قال وجدنا في كتاب علي (ع) ان الارض لله يورثها من يشاء والعاقبة للمتقين قال انا واهل بيتي الذين اورثنا الله الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن احيى من الارض من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما اكل منها الخبر

ومصححة عمر بن يزيد انه سأل رجل اباعبدالله (ع) عن رجل اخذ ارضاً مواتا تركها اهلها فعمرها واجرى انهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلا و شجرا فقال ابو عبدالله (ع) كان امير المؤمنين (ع) يقول من احيا ارضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها [3] يؤديه الى الامام (ع) في حال الهدنة فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان يؤخذ منه الخبر.

ويمكن حملها على بيان الاستحقاق ووجوب ايصال الطسق اذا طلبه الامام (ع)

---

١ ـ اضافة الموتان الى الارض من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف وهي بفتح الميم و سكون الواو او فتحها بمعنى الموات.

٢ ـ العادى الموات والظاهر أنه مأخوذ من العادى بمعنى القديم يقال البئر العادية اى القديمة والوجه في ذلك أن القديم يلزمه الاندراس والسقوط عن مرتبة العمارة.

٣ ـ طسق كقفل قال في الوافي بعد ذكر الحديث ما نصه الطسق بالفتح الوظيفة من خراج الارض فارسي معرب والهدنة السكون والاستقامة والمصالحة.

لكن الائمة (ع) بعد امير المؤ نين (ع) حللوا شيعتهم واسقطوا ذلك عنهم كما يدل عليه قوله (ع) ما كان لنا فهو لشيعتنا وقوله (ع) في رواية مسمع بن عبد الملك كلما كان في ايدى شيعتنا من الارض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيحبيهم طسق ما كان في ايديهم ويترك الارض في ايديهم واما ما كان في ايدى سواهم فان كسبهم في الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ويأخذ الارض من ايديهم ويخرجهم عنها صغرة الخبر[1].

نعم ذكر في كره انه لو تصرف في الموات احد بغير اذن الامام كان عليه طسقها.

ويحتمل حمل هذه الاخبار المذكورة على حال الحضور والا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال الامام في الاراضي في حال الغيبة بل الاخبار متفقة على انها لمن احياها وسياتي حكاية اجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء.

الثاني ما كانت عامرة بالاصالة اى لامن معمر والظاهر انه ايضا للامام (ع) وكونها من الانفال وهو ظاهر اطلاق قولهم وكل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام (ع) وعن كره الاجماع عليه وفي غيرها نفى الخلاف عنه لموثقة ابان بن عثمان عن اسحق بن عمار المحكى عن تفسير على بن ابراهيم عن الصادق (ع) حيث عد من الانفال كل ارض لا رب لها ونحوها المحكى عن تفسير العياشي عن ابى بصير عن ابى جعفر (ع) ولا يخصص[2] عموم ذلك بخصوص بعض الاخبار حيث جعل فيها من الانفال كل ارض ميتة

---

١ ـ الصفرة كالبررة من الصفر بمعنى الخالى وهذا بناء على بعض نسخ يب وفى الكافى وبعض نسخ يب الصغرة فيكون جمع صاغر بمعنى الذليل.

٢ ـ هذا دفع دخل وحاصله أن تقييد الارض فى مرسلة حماد وغيرها بالميتة فى مقام الحصر يدل بالمفهوم على أن المعمورة ليست للامام لكون القيد احترازيا فتكون هذه مخصصة لما دل بعمومها على كون الارض للامام عامرة وغامرة وحاصل دفع المصنف له أن الوصف ←

لاربلهابناءعلى ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لان الغالب فى الارض التى لامالك لها كونها مواتاً وهل يملك هذه بالحيازة وجهان من كونه مما الامام (ع) ومن عدم منافاته للتملك بالحيازة كما يملك الاموات بالاحياء مع كونه مال الامام فدخل فى عموم النبوى من سبق الى مالم يسبقه اليه مسلم فهو احق به [1].

الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيى فيصير ملكاله بالشروط المذكورة فى باب الاحياء [2] باجماع الامة كما عن المهذب وباجماع المسلمين كما عن التنقيح و عليه عامة فقهاء الامصار كما عن كره لكن يبالى من ط كلام يشعر بانه يملك التصرف لانفس الرقبة [3] فلابد من الملاحظة .

الرابع ماعرض له الموت بعد العمارة فان كانت العمارة اصلية فهى مال الامام (ع) وان كانت العمارة من معمر ففى بقائها على ملك معمرها اوخروجها

---

٦ وان كان له المفهوم الا أنه وارد مورد الغالب لان الغالب فى الارض التى لامالك لها كونها مواتاً .

١ ـ لايخفى أن الاحقية اعم من المالكية غاية الامر يدل على عدم جواز مزاحمته كما فى مثل الرباطات والخانات والمساجد والمدارس بل الحق ظاهر فى غير التملك كما أنه لايدل على الملك فى الارض المحياة قوله ﷺ من أحيى أرضاً فهى له لانه لايصدق عنوان الاحياء فى الاراضى المحياة.

٢ ـ وهى أن لايكون عليها يدمسلم وأن لايكون حريماً لعامر من بستان او داراوقرية وأن لايكون مشعراً للعبادة كعرفات ومنى ومشعروان لايكون مما اقطعه الامام (ع) لنفسه وأن لايسبق اليه سابق بالتحجير.

٣ ـ قال فى المبسوط اذا حجر ارضاً لم يصح بيعها ومن الناس من قال يصح وهو شاذ عندنا فلا يصح بيعه لانه لايملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك التصرف بشرط ان يؤدى للامام مايلزم عليها.

عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانياً خلاف معروف فى كتاب احياء الموات منشأه اختلاف الاخبار .

ثم القسم الثالث اما ان تكون العمارة فيه من المسلمين اومن الكفار فان كان من المسلمين فملكهم لايزول الابناقل اوبطر و الخراب على احد القولين[1] وان كان من الكفار فكك ان كان فى دارالاسلام وقلنابعدم اعتبار الاسلام[2] وان اعتبرنا الاسلام[3] كان باقيا على ملك الامام(ع) وان كان فى دارالكفر فملكهايزول بما يزول به ملك المسلم[4] وبالاغتنام[5] كساير اموالهم .

ثم ماملكه الكافر من الارض اما ان يسلم عليه طوعاً فيبقى على ملكه كساير املاكه واما انلايسلم عليه طوعاً فان بقى يده عليه كافراً فهى ايضا كساير املاكه تحت يده و ان ارتفعت يده عنها فاما ان يكون بانجلاء المالك عنها و تخليتها للمسلمين او بموت اهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للامام (ع) ويكون من الانفال التى لم يوجف عليها بخيل ولاركاب وان رفعت يده عنها قهراً وعنوة فهى كساير مالا ينتقل[6] من الغنيمة كالنخل والاشجار والبنيان للمسلمين

---

١ ـ القولان هما الذان اشار اليهما بقوله ره وان كانت العمارة من معمر ففى بقائها على ملك معمرها اوخروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمرها انتهى.

٢ ـ يعنى فى المعمر.

٣ ـ من جهة التقييد فى ظاهر الروايات كقوله (ص) هى لكم منى ايها المسلمون وغيرها.

٤ ـ يعنى باالنقل و طرو الخراب .

٥ ـ وبانجلائهم عن اراضيهم فحينئذ تكون الاراضى الباقية للامام (ع) وبمصالحتهم مع الامام على ان تكون الاراضى للمسلمين نعم الظاهر اذا صالحوا مع الامام ان تكون الاراضى لهم واسلموا تكون لهم حينئذ كما اشار اليه المصنف.

٦ ـ لايخفى ان المصنف عقد البحث من هنا الى آخر المسئلة فى بيان احكام ←

کافة اجماعا علی ما حکاه غیر واحد کالخلاف وکره وغیرهما و النصوص به مستفیضة، ففی روایة ابی بردة المسئول فیها عن بیع ارض الخراج[1] قال (ع): من یبیعها هی ارض المسلمین قلت یبیعها الذی هی فی یده قال یصنع بخراج المسلمین ماذا ثم قال لا باس ان یشتری حقه منها ویحول حق المسلمین علیه ولعله یکون اقوی علیها واملی بخراجهم منه.

وفی مرسلة حماد الطویلة لیس لمن قاتل شیء من الارضین وما غلبوا علیه الا ما حوی العکسر الی ان قال والارض التی اخذت بخیل ورکاب فهی موقوفة[2] متروکة فی ید من یعمّرها ویحییها ویقوم علیها علی ما صالحهم الوالی علی قدر طاقتهم من الخراج النّصف او الثلث او الثلثین علی قدر ما یکون لهم صالحا ولا یضر بهم فاذا اخرج منها ما اخرج بدأ فاخرج منه العشر من الجمیع مما سقت السماء اوسقی سیحا و نصف العشر مما سقی بالدوالی و النواضح الی ان قال: فیؤخذ مابقی بعد العشر فیقسم بین الوالی وبین شرکائه الذین هم عمال الارض واکرتها فیدفع علیهم انصبائهم علی قدر ما صالحهم علیه و یاخذ الباقی فیکون

← الاراضی الخراجیة من کونها ملکاً للمسلمین وفی جواز بیعها لهم وعدمه وفی جواز سائر التصرفات وعدمه وفی جواز بیعها للامام وعدمه والمقصود فی الحقیقة هی مسئلة البیع و مایتعلق به والا فکونها ملکاً للمسلمین قد سبق منه الکلام فیه فی اول الکتاب.

١ ـ لایخفی أن غرضه ره من ذکر هذه الاخبار مضافاً الی اثبات کون الاراضی الخراجیة ملکاً للمسلمین اثبات عدم جواز بیعها مطلقا وهذه الاستفادة من جهة کون الاستفهام فی قوله (ع) من یبیعها للانکار لان قوله (ع) وهی ارض المسلمین قرینة علیه وضمیر حقه ومنه راجع الی البایع وضمیر یحول راجع الی المشتری یعنی یحول المشتری حق المسلمین علی البایع علی نفسه.

٢ ـ ای اقوی علی الارض وعمارتها وتوفیر زراعتها وأملی واقدر علی دفع خراج المسلمین فی اول زمان المطالبة.

ذلك ارزاق اعوانه على دين الله وفي مصلحة ماينوبه من تقوية الأسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة ، ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير الخبر وفي صحيحة الحلبي قال سئل ابو عبدالله (ع) عن السواد [1] مامنزلته قال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد فقلنا انشتريه من الدهاقين قال لايصلح الا ان تشتريها منهم على ان تصيرها للمسلمين [2] فان شاء ولي الامر ان ياخذها اخذها قلت فان اخذها منه قال يرد عليه راس ماله وله ما اكل من غلتها بما عمل .

ورواية ابن شريح سئلت اباعبدالله (ع) عن شراء الأرض من ارض الخراج فكرهه [3] قال انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال لاباس الاان يستحيي [4] من عيب ذلك .

---

١ ـ السوادهي ارض العراق .

٢ - يعني الا أن تأخذ الارض من الدهاقين مع التزام بقاءها في ملك المسلمين ولك اولويتها في مقابل مابذلته او ان رقبتها لك وبالجملة أن هذه الرواية تدل على أن الشراء لا يتعلق بالارض بل يتعلق بالاثار المحدثة اوبحق الاختصاص وبعدذلك اذا اخذ ولي امر المسلمين هذه الارض فيرد عليه رأس ماله الذى دفعه اولا.

٣ ـ هذه الرواية تدل على المنع عن البيع حيث ان لفظ فكرهه بقرينة قوله: انما ارض الخراج للمسلمين يدل على الكراهة البالغة حد الالزام بالترك ولا يعارضه لقوله :لاباس لان المراد من الشراء في الرواية ليس كشراء سائر الاراضي بل انما يشتريها المشترى مع كون خراجها عليه.

٤ ـ يعني الا أن يستحيي المشترى المسلم من عيب ذلك الارض وهو كون الشراء مستلزمة لدفع خراجها ايضاً اودفع الجزية فيكون المسلم في هذا الحكم مثل الكفار وهو عيب يستحيي كل مسلم ان يكون كالكفار في الحكم.

ورواية اسمعيل بن الفضل الهاشمي [١] ففيها وسألته عن رجل اشترى ارضاً من ارض الخراج فبنى بها اولم يبن غير ان اناسا من اهل الذمة نزلوها له ان ياخذ منهم اجرة البيوت اذاادوا جزية رؤسهم قال يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال .

وفي خبر ابي الربيع لاتشتر من ارض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة [٢] فانما هي فيء للمسلمين [٣] الى غير ذلك وظاهره [٤] كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للاثار المملوكة فيها على ان تكون جزء من المبيع فيدخل في ملك المشترى .

---

١ ـ دلالته على كون ارض الخراج للمسلمين هو قوله يشارطهم انتهى اذلو كان للبايع يحل له اخذ الاجرة ولو لم يشارطهم وبالجملة انه دل بمفهومه على انه لولا الشرط لايحل اخذ شيء منهم ولاوجه لذلك الا ان تكون الارض للمسلمين و هؤلاء قدادوا جزية رؤسهم وخرجوا عن الحق الثابت عليهم فلاوجه لاخذ شيء منهم بعد ذلك واما حل اخذه فيما اذا اشترط فلعله لوقوع ذلك بازاء اذنه في التصرف بما تعلق به حقه ثم المراد من البيوت يحتمل ان يكون ما بناه النازلون ويحتمل كونها موجودة في الارض فاشتريها معها والنزول ايضاً لاجل الزراعة.

٢ ـ قيل ولعل وجه التخصيص باهل الذمة احتمال انهم صولحوا على ان الارض لهم واليد منهم امارة الملك وعن حواشي التقي المجلسي قده على الفقيه ماصورته اى لايشترى من الاراضي المفتوحة عنوة الا مسلم اومعاهد يؤدي الخراج لا الحربي الذي لايؤدي الخراج ويمكن الاستثناء من الكفار انتهى .

٣ ـ فلايجوز بيعه الا ممن يؤدي الخراج اليهم وفي الوافي بعد نقل الخبر قال: ذمة اى عهد وكفالة .

٤ ـ اى ظاهر ماتقدم من الاخبار فالضمير راجع الى جميع الاخبار المتقدمة [١٠] الى الخبر الاخير فقط وحينئذ كان اللازم تأنيث الضمير .

نعم يكون للمشترى على وجه كان للبايع اعنى مجرّد الأولويّة [1] وعدم جواز مزاحمته اذا كان التصرف واحداث تلك الاثار باذن الأمام او باجازته ولو لعموم الشيعة كما اذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر او باذن الحاكم الشرعى بناء على عموم ولايته لامور المسلمين ونيابته عن الأمام لكن ظاهر عبارة المبسوط اطلاق المنع عن التصرف فيها ببيع ولاشراء ولاهبة ولامعاوضة ولايصح ان يبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات وغير ذلك من انواع التصرف الذى يتبع الملك ومتى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلاً وهو على حكم الاصل .

و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الأذن من الأمام (ع) حال حضوره ويحتمل ارادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التّملّك وقال فى س لايجوز التصرف فى المفتوحة عَنْوَةً الّا باذن الامام سواء كان بالبيع اوالوقف اوغيرها نعم فى حال الغيبة ينفذ ذلك واطلق فى ط انّ التّصرّف فيها لاينفذ قال ابن ادريس انما نبيع ونوقف تحجيرنا وبنائنا وتصرّفنا لانفس الارض انتهى وقد ينسب الى س

---

١ ـ يمكن القول حينئذ بجواز نقل نفس حق الاولوية مجرداً عن الآثار كما فى رواية ابى بردة «لابأس ان يشترى حقه» بناء على أن المراد من الحق هو حق الاولوية لا الاثار ولكن قال فى لك فى شرح قول مصنفه: ولايجوز بيعها ولاوقفها ولاهبتها اى لايصح شىء من ذلك فى رقبتها مستقلا اما لو فعل ذلك بها تبعاً لآثار المتصرف من بناء و غرس وزرع فجائز على الاقوى فاذا باعها بائع مع شىء من هذه الاثار دخلت فى المبيع على سبيل التبع وكذلك الوقف و غيره و يستمر كذلك مادام شىء من الاثار باقياً فاذا ذهبت اجمع انقطع حق المشترى والموقوف عليه وغيرهما .

ثم ان المراد من السواد فى خبر ابى الربيع الارض المغنومة عن الارض التى فتحت فى زمن عمر بن الخطاب وهى سواد العراق كما فى الجواهر عن المنتهى .

ثم قال وسميت سواداً لان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض المغنومة من الفرس ولالتفاف شجرها سموها بالسواد .

التفصيل بين زمانى الغيبة والحضور فيجوز التصر[illegible] الاول ولو بالبيع والوقف لا فى الثانى الا باذن الامام (ع) وكذا الى مع صدر فى النسبة نظر بل الظاهر موافقتهما لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبة باحداث الاثار وجواز نقل الارض تبعا للاثار فيفعل ذلك بالارض تبعا للاثار والمعنى انها مملوكة مادام الاثار موجودة قال فى لك فى شرح قول المحقق ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها انتهى ان المراد لا يصح ذلك فى رقبة الارض مستقلة ما فعل ذلك بها تبعاً لاثار التصرف من بناء وغرس وزرع ونحوها فجايز على الاقوى قال فاذا باعها بائع مع شيء من هذه الاثار دخل فى المبيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره و يستمر كك مادام شيء من الاثـار باقيا فاذا ذهبت اجمع انقطع حق المشترى و الموقوف علية وغيرهما عنها هكذا ذكره جمع و عليه العمل انتهى .

نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ فى التهذيب جواز البيع والشراء فى نفس الرقبة حيث قال ان قال قائل ان ماذكرتموه انما دل على اباحة التصرف فى هذه الارضين ولا يدل على صحة تملكها بالشراء والبيع ومع عدم صحتها لا يصح ما يتفرغ عليهما قلنا انا قد قسمنا الارضين على ثلثة اقسام ارض اسلم اهلها عليها فهى ملك لهم يتصرفون فيها وارض يؤخذ عنوة او يصالح اهلها عليها فقد ابحنا شرائها وبيعها لان لنا فى ذلك قسماً لانها اراضى المسلمين وهذا القسم ايضا يصح الشراء والبيع فيه على هذا الوجه و اما الانفال وما يجرى مجريها فلا يصح تملكها بالشراء و انما ابيح لنا التصرف فيها حسب.

ثم استدل على اراضى الخراج رواية ابى بردة السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الارض ودليله قرينة على توجيه كلامه.

وكيف كان فما ذكروه من حصول الملك تبعاً للاثار مما لا دليل عليه ان ارادو الانتقال نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصـاص للمتصرف مادام شيء من الاثار موجوداً فالذى ينبغى ان يصرف الكلام اليه هو بيـان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص.

فنقول اما فی زمان الحضور و التمکن من الاستیذان فلا ینبغی الاشکال فی توقف التصرف علی اذن الامام لانه ولی المسلمین فله نقلها عینا و منفعة و من الظاهر ان کلام الشیخ المطلق فی المنع عن التصرف محمول علی صورة عدم اذن الامام (ع) مع حضوره و اما فی زمان الغیبة ففی عدم جواز التصرف الا فیما اعطاه السلطان الذی حل قبول الخراج و المقاسمة منه او جوازه مطلقا نظراً الی عموم ما دل علی تحلیل مطلق الارض للشیعة لا خصوص الموات التی هی مال الامام (ع) و ربما یؤیده جواز قبول الخراج الذی هو کاجرة الارض فیجوز التصرف فی عینها مجاناً او عدم جوازه الا باذن الحاکم الذی هو نائب الامام او التفصیل بین من یستحق اجرة هذه الارض فیجوز له التصرف فیها لما یظهر من قوله (ع) للمخاطب فی بعض اخبار حل الخراج وان لك نصیبا فی بیت المال و بین غیره الذی یجب علیه حق الارض و لذا افتی غیر واحد علی ما حکی بانه لا یجوز حبس الخراج و سرقته علی السلطان الجائر و الامتناع عنه و استثنی بعضهم ما اذا دفعه الی نائب الامام (ع) او بین ما عرض له الموت من الارض المحیاة حال الفتح و بین الباقیة علی عمارتها من حین الفتح فیجوز احیاء الاول لعموم ادلة الاحیاء و خصوص روایة سلیمان بن خالد و نحوها و جوه او فقها بالقواعد الاحتمال الثالث [1] ثم الرابع ثم الخامس:

ومما ذکرنا یعلم حال ما ینفصل من المفتوح عنوة کاوراق الاشجار و اثمارها و اخشاب الابنیه و السقوف الواقعة و الطین الماخوذ من سطح الارض و الجص و الحجارة و نحو ذلك فان مقتضی القاعدة کون ما یحدث بعد الفتح من الامور المنقولة ملکا للمسلمین

---

١ ـ ومحصله أنه لا یجوز التصرف فی زمان الغیبة الا باذن الحاکم الجامع لشرائط القضاء والفتوی لکن لا یخفی أن کلامه ره هنا مخالف لما اختاره فی المکاسب المحرمة من کفایة اذن الجائر وان امکن استیذانه من الحاکم الحق وادعی فیها أن المستفاد من الاخبار الاذن العام من الائمة (ع) بحیث لا یحتاج بعد ذلك الی اذن خاص فی الموارد الخاصة منهم (ع) ولا من نوابهم .

ولذا صرّح جماعة كالعلاّمة والشّهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ماحكي عنهم بتقييد جواز رهن ابنية الأرض المفتوحة عنوة بما اذا لم تكن الالات من تراب الارض .

نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين لأنّه مما ينقل وحينئذ فمقتضى القاعدة عدم صحة اخذها الامن السّلطان الجائر او من حاكم الشرع مع امكان ان يقال لامدخل لسلطان الجور لأنّ القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لااجزائها الاان يكون الاخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز ويحتمل كون ذلك[2] بحكم المباحات لعموم من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو احق به .

ويؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفاً عن سلف على بيع الامور المعمولة من تربة ارض العراق من الاجر والكوز والأواني وماعمل من التّربة الحسينيّة ويقوى هذا الأحتمال[3] بعد انفصال هذه الاجزاء من الارض.

واعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً[4] وفرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الافيما استثنى ولا الرهن الا باذن المرتهن اواجازته ولا ام الولد الافي المواضع المستثناة والمراد بالطلق

---

١ - المراد من القاعدة هنا الاستصحاب .

٢ - يعني ماينفصل من الاراضي المفتوحة عنوة .

٣ - يعني احتمال كونه من المباحات من حيث الحكم .

٤ - اعلم أن هذا الشرط ليس من الشروط المأخوذة في البيع كسائر الشروط لكي يبحث عن حقيقة هذا الشرط ومايتفرع عليه بل هو امر ينتزع من عدم جواز البيع في موارد خاصة كالوقف والرهن وام الولد حيث انه لايجوز بيعها مع وجود الملكية وذلك اما لقصور في المقتضي كما اذا كان ملكه محدوداً كالوقف الخاص فان الموقوف عليه في هذا الوقف وان كان مالكاً للعين الموقوفة الا انه لايصح بيعها واما لوجود المانع كالرهانة والجناية والاستيلاد .

تمام السّلطنة على الملك[1] بحيث يكون للمالك ان يفعل بملكه ماشاء ويكون مطلق العنان فى ذلك لكن هذا المعنى[2] فى الحقيقة راجع الى كون الملك ممايستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضياً فيه لعدم تعلّق حقّ به مانع عن نقله بدون اذن ذى الحق ومرجعه الى انّ من شرط البيع ان يكون متعلّقه ممايصح للمالك بيعه مستقلا وهذا لامحصّل له فالظّاهر انّ هذا العنوان ليس فى نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون وام الولد بل الشّرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرّف المالك كالنذر والخيار ونحوهما وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطّلق ان يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تاسيس لشرط ليكون مابعده فروعاً بل الأمر فى الفرعيّة والاصالة بالعكس .

ثمّ انّ اكثر من تعرّض لهذا الشّرط لم يذكر من الحقوق الّا الثّلثة المذكورة[3]

---

١ - هذا التعريف امتن لكلمة الطلق وعن العلامة ان المراد به التام و عن بعض الافاضل ان المراد به مالا يكون متعلقاً لحق الغير وعن بعض أن المراد منه أن يكون فيه مانع عن التصرف لان الطلقية من الاطلاق فى مقابل التقييد وغير ذلك .

٢ ـ محصله أن هذا الشرط لا يرجع الى محصل لان مرجعه الى اشتراط عدم المانع عن صحة البيع وذلك ليس شرطاً مستقلا حتى يتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و الرهن وغيرهما ضرورة أن وجود كل ممكن مشروط بعدم المانع بل هو عنوان منتزع من الموارد التى ثبت مانعيتها عن تصرف المالك كالوقفية والرهنية وغيرهما وذكر ذلك كله توطئة لذكر الحقوق المانعة عن البيع لان الجامع فيها عدم تعلق حق الغير بالمبيع لا تأسيس شرط حتى يتفرع عليه شىء بل الامر بالعكس .

٣ ـ مراده ره من الحقوق الثلاثة حق الطبقات اللاحقة الموقوف عليهم فى الوقف وحق المرتهن فى الرهن وحق انعتاق ام الولد فى بيعها ثم ان الاضافة فى حق الجانى انما هى ←

ثم عنونوا حق الجانی واختلفوا فی حکم بیعه وظاهر ان الحقوق المانعة اکثر من هذه الثلثة او الاربعة وقد انهاها بعض من عاصرناه [1] الی ازید من عشرین.

فذکر بعد الاربعة المذکورة فی عبارة الاکثر النذر المتعلق بالعین قبل البیع [2] والخیار المتعلق به [3] و الارتداد [4] و الحلف علی عدم بیعه [5] و تعیین الهدی

← لادنی ملابسة وهو الحق المتعلق بالجانی للمجنی علیه واولا عود الضمیر المجرور فی بیعه الی الجانی الذی هو عبارة عن المملوک کان احتمال أن رسم الجانی من سهو قلم الناسخین وابدال المجنی علیه بالجانی قویاً.

۱ ـ هو صاحب المقابیس فانه ره انهاها الی اثنین و عشرین، ذکر المصنف منها ثمامیة عشر، اربعة منها مشروحاً فی ضمن مسائل اربع وهی الوقف والرهن والاستیلاد والجنایة واربعة عشر منها اجمالا واما الاربعة التی لم یذکرها فی المتن فهی تعلق حق الغرماء بمال المفلس اوالمیت وتعلق حق المضمون له بالمال اذا شرط اداء الضمان منه وعدم تمامیة سبب الملك فی المتبرعات کالهبة والهدیة والصدقة قبل القبض علی القول بانه شرط اللزوم وعدم تمامیة سبب الملك فی المعاوضات کالصرف قبل القبض علی القول بانه شرط اللزوم لا الصحة.

۲ ـ الظاهر انه بحسبان انه من باب ان الامر بالشیء یقتضی النهی عن ضده وان هذا النهی التبعی یدل علی الفساد.

۳ ـ یعنی الخیار المتعلق بالعین و قید تعلقه بالعین للاحتراز عما شرط الخیار للبایع.

٤ ـ لان الارتداد لو کان عن فطرة کان حکمه القتل ومع وجوب قتله لایجوز بیعه وکان للمصنف تقییده بالملی لان حکمه الاستتابة اولا فاذا لم یتب یقتل وکذا المرئة مطلقا فانها لا یقتل بل یحبس ویضرب اوقات الصلوة حتی تتوب اوتموت.

۵ ـ یعنی اذا حلف ان یبیع مثلا شیئا معیناً فانه مانع عن بیعه لکن یمکن ان یقال بحرمة البیع هنا لافساده لعدم اقتضاء النهی الفساد فی المعاملات وفی بعض الروایات ←

للذبح[١] واشتراط عتق العبد في عقد لازم[٢] والكتابة المشروطة او المطلقة بالنسبة الى مالم يتحرر منه حيث ان المولى ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملكه قبل الاداء[٣] والتدبير المعلق[٤] على موت غير المولى بناء على جواز ذلك فاذا مات المولى ولم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعاً من التصرف فيه وتعلق حق الموصى له بالموصى به[٥] بعد موت الموصي وقبل قبوله بناء على منع الوارث من التصرف قبله وتعلق حق الشفعة بالمال[٦] فانه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك فللشفيع بعد الاخذ بالشفعة ابطالها وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده[٧] فيما اذا اشترى امة حبلى فوطئها فاتت بالد بناء على

← ايضاً تصريح بعدم الفساد مثل ماروا ه الكليني عن ابي عبدالله (ع) وفيها اما اليمين التي تجب بها الكفارة فقال هو الذي يحلف على المتاع أن لا يبيعه ولا يشتريه ثم يبدو له فيكفر عن يمينه وفي مقابلها روايات لابد من تأويلها.

١- تعيين الهدى يحصل بالاشعار والتقليد فمعه لا يجوز بيعه.

٢ ـ لان الاشتراط في حكم النذر فيجب الوفاء بالشرط.

٣ ـ لان عقد الكتابة لازم لا ينفسخ فلابد من تربص المولى حتى يستوفي العبد مال الكتابة او يحصل العجز عن ادائه ويكون العبد قنا.

٤ ـ محصله انه اذا عتقه على موت غير المولى كزوج الامة ومن جعل له الخدمة مدة حيوته فاذا مات المولى قبل من علق العتق على موته لا يجوز لاحد من الورثة بيعه بل ليس للمولى ايضا فسخ التدبير في حال حيوته لعدم كونه من العقود الجايزة

٥ـ لانه لا يعلم انتقال العين الموصى به الى الورثة وعقد الوصية موقوف على القبول فلا يجوز للورثة بيعه فضولة خصوصاً على القول بالنقل في القبول لعدم كون الوارث حين العقد مالكاً حينئذ.

٦ ـ لان حقه تعلق بالعين فلا يجوز التصرف فيها لاحد بدونه.

٧ ـ لعدم جريان حكم المملوك على الولد فصار برزخاً لاجل التغذي المزبور بين الرق والحر متعيناً عتقه غير جايز بيعه ويدل على ذلك جملة من الاخبار.

عدم جواز بیعها وکونه مملوکا[1] ولدمن حرشریك فی امه حال الوطی فانه مملوك له لکن لیس له التصرف فیه الابتقویمه واخذقیمته وتعارض السبب الممك والمزیل للملك کمالوقهر حربی[2] اياه والغنیمة قبل القسمة بناء علی حصول الملك بمجرد الاستیلاء دون القسمة لاستحالة بقاء[3] الملك بلامالك و غیرذلك مما سیقف علیه المتتبع[4] لکنا نقتصر علی ماقتصر علیه الاصحاب من ذکر الوقف ثم ام الولد ثم الرهن ثم الجنایة انشاءالله.

مسئلة لایجوز بیع الوقف[5] اجماعاً محققاً فی الجملة[6] ومحکیا ولعموم قوله (ع) الوقوف علی حسب مایوقفها اهلها و روایة ابی علی بن راشد قال سالت اباالحسن (ع) قلت جعلت فداك انی اشتریت ارضاً الی جنب ضیعتی فلماعمرتها خبرت انها وقف فقال لایجوز شراء الوقف ولاتدخل الغلة فی ملکك ادفعها الی مااوقفت

---

١ ـ یعنی أن الولد مملوك للشریك الاخر الذی هوغیر الواطی ولکن لیس له أن یبیعه من غیره او یتصرف فیه بغیر ذلك بل له تقویمه واخذ قیمته من الواطی و تسلیمه اياه.

٢ ـ منشأ الاشکال فی هذا البیع دوام القهر المبطل للعتق ودوام القرابة الرافعة للملك بالقهر فیتعارض السبب الممك القهر والمزیل الممك للقرابة الخاصة.

٣ ـ لان المفروض ان الغنیمة قبل القسمة لم ینتقل الی الامام (ع) فیتعین انتقالها الی الغانمین مضافاً الی ادائه الی الجهالة.

٤ ـ کتعلق حق الغرماء بمال المفلس وتعلق حق المضمون له بالمال.

٥ ـ لایخفی أن موضوع البحث هو الوقف الخاص وأن عدم جواز بیعه والتصرفات الاخر مأخوذة فی ماهیة الوقف وحقیقته بحیث لایقبل الاشتراط فیه لان الوقف فی اللغة السکون والاسکان وفی اصطلاح الفقهاء هو عقد ثمرته تحبیس الاصل وتسبیل المنفعة.

٦ ـ التقیید بقوله فی الجملة انما هو بالنظر الی ما استثنی من بیع الوقف.

عليه قلت لااعرف لها رباً قال تصدق بغلتها وماورد من حكاية وقف امير المؤمنين- (ع) وغيره من الائمة صلوات الله عليهم اجمعين، مثل ماعن ربعي بن عبدالله عن ابي عبدالله (ع) في صورة وقف امير المؤمنين (ع) بسم الله الرحمن الرحيم هذا ماتصدق به علي بن ابيطالب (ع) وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق[1] صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض واسكن فلاناً هذه الصدقة ماعاش وعاش عقبه فاذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين الخير .

فان الظاهر[2] من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة[3] لا لشخصها[4] ويبعد كونها شرطا خارجاً عن النوع ماخوذاً في الشخص مع ان سياق الاشتراط يقتضي تاخره

١ـ اي جماعة من الانصار .

٢ـ يعني من سياق الكلام كما سيصرح به بقوله و ان كان الانصاف ماذكرناه من سياق الاوصاف.

٣ـ المراد من الوصف هو قوله (ع) لاتباع الذي هو صفة لقوله (ع) صدقة التي هي المفعول المطلق النوعي فيكون المعنى أن من صفة هذه الصدقة ومن احكامها شرعاً عدم جواز بيعها ولاهبتها والغرض من هذا التوصيف الاشارة الى القسم المعروف من الصدقة و هو الوقف واما لو كان قوله (ع) صدقة مفعولا مطلقاً كان يمتنع قوله (ع) لايباع صفة لها اذ هو من صفات العين المتصدق بها لا من صفات نفس الصدقة.

٤ـ يعني لأن تكون صفة لشخص هذه الصدقة بان يكون شرطا خارجاً عن النوع لانه لو كان كذلك كان المناسب تأخيره عن ركن العقد وهو الموقوف عليهم فثبت انه وصف مقوم للنوع لا للشخص ثم ان هذا كله بناء على خروج المال بالوقف عن ملك مالكه وصيرورته ملكاً للموقوف عليهم خصوصاً في الوقف الخاص و اما مع عدمه كما عن بعض العامة وعن بعض الخاصة فهو واضح حيث انه مع عدم الخروج عن الملك يجوز بيعه على هذا القول كما أنه لو لم يكن الموقوف عليهم ايضاً مالكين كما قيل في الوقف العام لايجوز بيعهم حينئذ .

عن رکن العقد اعنی الموقوف علیهم خصوصاً مع کونه اشتراطاً علیهم[1] مع انّه لوجاز البیع فی بعض الأحیان کان اشتراط عدمه علی الأطلاق فاسداً بل مفسداً لمخالفته للمشروع من جواز بیعه فی بعض الموارد[2] کدفع الفساد بین الموقوف علیهم اورفعه اوطروّ الحاجة اوصیرورته مالاینتفع به اصلاً الّاان یقال[3] انّ هذا الأطلاق نظیر الأطلاق المتقدّم فی روایة ابن راشد فی انصرافه الی البیع لالعذر مع انّ هذا التقیید[4] ممّا لابدّ منه علی تقدیر کون الصّفة فصلاً للنّوع اوشرطاً خارجیّاً مع احتمال علم الأمام بعدم طروّ هذه الأمور المبیحة وحینئذ یصحّ ان یستغنی بذلک عن التقیید علی تقدیر کون الصّفة شرطاً بخلاف ما لوجعل وصفاً داخلاً فی النّوع فانّ العلم بعدم طروّ مسوّغات البیع فی الشّخص لایغنی عن تقیید اطلاق الوصف فی النّوع کمالا یخفی.

فظهر ان التّمسّک باطلاق المنع عن البیع علی کون الوصف داخلاً فی اصل الوقف کما صدر عن بعض من عاصرناه لایخ عن نظر و ان کان الأنصاف ما ذکرنا من ظهور سیاق الأوصاف فی کونها اوصاف للنّوع وممّا ذکرنا ظهر انّ المانع عن بیع الوقف امور ثلثة حقّ الواقف[5]، حیث جعلها بمقتضی صیغة الوقف صدقةً جاریةً

١ـ یعنی لاعلی الواقف.

٢ـ حاصل الکلام أن شرط الواقف علی الموقوف علیهم عدم بیع العین الموقوفة لیس منافیاً لجواز البیع شرعاً فی بعض الموارد لان الواقف لایشترط علیه أنلایکون الحکم الجوازی اصلا حتی مع طرو المسوغ للبیع بل یشترط امرا خارجیاً لایقتضیه حقیقة الوقف. ولااطلاقه فقول المصنف ره «مع انه لوجاز» دلیل ثالث علی کون الوصف فصلا للنوع وقوله «لمخالفته للمشروع» علة للفساد لاالافساد.

٣ـ هذا جواب عن الدلیل الثالث.

٤ ـ هذا جواب آخر عن الدلیل الثالث .

٥ ـ لا یخفی أن حق الواقف فی الوقف لیس فی عرض حق الموقوف علیهم بل فی طوله و هو الحق الاخروی من العین بخلاف حق الموقوف علیهم فانه دنیوی واما حق الله تعالی فهو تعبده بعدم البیع فیکون الحقوق ثلاثة.

ينتفع بها وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البايع السّابق والتعبّد الشّرعي المكشوف عنه بالرّوايات فانّ الوقف متعلّق لحقّ الله حيث يعتبر فيه التّقرّب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلّها وسيجيء التّفصيل.

ثمّ انّ جواز البيع لاينافي بقاء الوقف[1] الى ان يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لابجوازه فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل اولا- اليه فانّ مدلول صيغة الوقف وان اخذ فيه الدّوام والمنع عن المعاوضة عليه الّا انّه قد يعرض مايجوز مخالفة هذا الأنشاء كما انّ مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك المتّهب المقتضى لتسلّطه المنافي لجواز انتزاعه من يده ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه فتامّل[2].

الّا انّه ذكر بعض[3] في هذا المقام انّ الذّي يقوى في النّظر بعد امعانه انّ الوقف مادام وقفاً لايجوز بيعه بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من التّضاد[4].

---

١ ـ محصله أن منع المالك وان اخذ في انشاء الوقف الا ان امضاء الشارع خارج عنه وحينئذ فيجوز له ان يحكم باعتبار العوارض مخالفة الواقف كما كان الامر في الهبة كك.

٢ ـ لعله اشارة الى الفرق بين الهبة والوقف حيث ان الوقف اخذ فيه معنى الدوام بخلاف الهبة فانها تمليك مأخوذ فيه الجواز.

٣ ـ وهو صاحب الجواهر.

٤ ـ وجه التضاد أن صحة الوقف موقوف على امضاء كل ما اخذ الواقف فيه جنساً وفصلا ومعنى امضاء عدم البيع المأخوذ فيه عدم جوازه فحكمه بجواز بيعه يضاده جزماً ومعنى بطلان الوقف انقضاء ما جعله الواقف اما لتعلق الوقف بعنوان خاص كالدار و البستان والحمام وقد زال بالخراب او لاعتبار المنفعة في حقيقته استمراراً كاعتباره حدوثاً وتنتفي حقيقة الوقف بزوال المنفعة.

نعم اذا بطل الوقف اتجه حینئذ جواز بیعه ثم ذکر بعض مبطلات الوقف المسوغة لبیعه وقدسبقه الی ذلك[1] بعض الاساطین فی شرحه علی عدحیث استدل علی المنع عن بیع الوقف بعدالنص والاجماع بل الضرورة بان البیع واضرابه ینافی حقیقة الوقف لاخذالدوام فیه وان نفی المعاوضات مأخوذ فیه ابتداء وفیه انه ان اریدمن بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو[2] جواز البیع المسبب عن سقوط حق الموقوف علیهم عن شخص العین اوعنهاو عن بدلها حیث قلنا بکون الثمن للبطن الذی یبیع فهذا لامحصل له[3] فضلا عن ان یحتاج الی نظر فضلا عن امعانه وان اریدبه انتفاء اصل الوقف کما هو ظاهر کلامه حیث جعل المنع من البیع من مقومات مفهوم الوقف ففیه مع کونه خلاف الاجماع اذلم یقل احد ممن اجاز بیع الوقف فی بعض الموارد ببطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف علیه الی ملك الواقف ان المنع عن البیع لیس ماخوذا فی مفهومه بل هو فی غیر المساجد وشبهها[4] قسم من التملیك ولذا یطلق علیه الصدقة ویجوز ایجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقة فاذا جاز بیعه مع الابدال کان البایع ولیا عن جمیع الملاك فی ابدال مالهم بمال آخر واذا جاز لامعه کما اذا بیع لضرورة البطن الموجود علی القول بجوازه فقدجعل الشارع لهم حق ابطال الوقف ببیعه لانفسهم فاذالم یبیعوالم یبطل.

ولذا لوفرض اندفاع الضرورة بعدالحکم بجواز البیع اولم یتفق البیع کان الوقف علی حاله ولذاصرح فی مع صد بعدم جواز رهن الوقف وان بلغ حداً

۱ـ یعنی قد سبق علی صاحب الجواهر فی الکلام المذکور بعض الاساطین الذی هوالشیخ جعفر ره.

۲ـ الضمیر المرفوع یعود الی الانتفاء لاالی البعض المضاف الیه و المراد بالبعض حرمة البیع.

۳ ـ لانه یصیر معنی کلامه حینئذ اذا جاز بیع الوقف اتجه جواز بیعه .

٤ ـ کالرباطات مثلا.

يجوز بيعه [١] معللا باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند ارادة بيعه في دين المرتهن.

اذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم ان لاصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا .

احدها عدم الخروج عنه اصلا وهو الظاهر من كلام الحلي حيث قال في ثر بعد نقل كلام المفيد قدس سره والذي يقتضيه مذهبنا انه بعد وقفه وتقبيضه لا يجوز الرجوع فيه ولا تغيره عن وجوهه وسبله ولا بيعه سواء كان بيعه اعود عليهم ام لا وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره او يحصل [٢] بحيث لا يجدي نفعا ام لا قال الشهيد ره بعد نقل اقوال المجوزين وابن ادريس سد الباب [٣] وهو نادر مع قوته وقد ادعى في ثر عدم الخلاف في المؤبد قال ان الخلاف الذي حكيناه بين اصحابنا انما هو اذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه الى غيرهم واما اذا كان الوقف على قوم من بعدهم على غيرهم وكان الواقف قوم قد اشترط رجوعه الى غيره الى ان يرث الله الارض لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين اصحابنا انتهى .

وفيه نظر يظهر مما سياتي من ظهور اقوال كثير من المجوزين في المؤبد وحكى المنع مطلقا [٤] عن الاسكافي وفخر الاسلام ايضاً الا في آلات الموقوف واجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع قال الاسكافي على ما حكي عنه في لف ان الموقوف عليه رقيقاً او غيره لو بلغ حاله الى زوال ماسبله من منفعته فلا باس ببيعه و

---

١ ـ اما لخلف بين اربابه او لغير ذلك .

٢ ـ يعني او يحصل من يراعيه بعمارة ولكن يجدي نفعاً.

٣ ـ يعني باب الجواز والغرض من نقل كلام الشهيد ره كما قيل هو انه يظهر منه الميل الى قول ابن ادريس من المنع كما دل عليه قوله مع قوته.

٤ ـ يعني ولو خرب ولم ينتفع به .

ابدال مکانه بثمنه ان امکن اوصرفه فیما کان یصرف الیه منفعته اوردثمنه علی منافع مابقی من اصل ماحبس معه اذا کان فی ذلك صلاح انتهی .

وقال فخر الدین فی الأیضاح فی شرح قول والده قدس سرهما ولو خلق حصیر المسجد وخرج عن الانتفاع به او انکسر الجذع بحیث لاینتفع به فی غیر الأحراق فالأقرب جواز بیعه قال بعد احتمال المنع بعموم النص فی المنع والأصح عندی جواز بیعه وصرف ثمنه فی المماثل ان امکن والا ففی غیره انتهی ونسبة المنع الیهما علی الأطلاق لابد ان یبنی علی خروج مثل هذا عن محل الخلاف.

وسیظهر[1] هذا من عبارة الحلبی فی الکافی ایضاً فلاحظ.

الثانی الخروج عن عموم المنع فی المنقطع فی الجملة خاصة دون المؤبد[2] وهو

---

١ ـ یعنی سیظهر المنع مطلقا من عبارة الحلبی فی الکافی :

لکن لایخفی أن المصنف وعد ذکر عبارته ثم لم یذکرها ولعله ره نسیها .

٢ ـ اعلم أن الوقف علی ماذکره بعض الفحول خمسة اقسام .

الاول وقف المشاعر کالمسجد و المشهد والحسینیة وغیرها و هذا هو الذی یقال انه تحریر و فك ملك ای ابطال للملکیة و لیس تملیکاً للمسلمین فهو بمنزلة عتق العبد .

الثانی مایلحق بالاول کوقف الخانات و القناطر ومایشبه ذلك مما یوقف للانتفاء کل من سبق الیه فانه ایضاً تحریر .

الثالث ماکان وقفاً علی الجهة کالوقف علی العلماء والطلاب والزوار ونحو ذلك والفرق بینه وبین القسمین الاولین أن الوقف فی هذا القسم لیس تحریراً و ادخالا فی المباحات بل تملیك للجهة ولذا لوغصب غاصب یحکم بضمانه دون الاولین .

الرابع ماکان وقفاً خاصاً کالوقف علی الذریة فی مقابل القسم الثالث الذی یطلق علیه الوقف العام ایضا ثم هذا القسم قد یکون مؤبداً وقد یکون منقطع الاخر ای تارة یجعله بعد فرض انقطاع الذریة لمصرف خاص وقد لایجعله کذلك.

المحكيّ عن القاضي حيث قال في المحكي المهذب: اذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم الى غيرهم وكان الواقف قداشترط رجوعه الى غير ذلك الى ان يرث الله تعالى الأرض ومن عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فان كان وقفاً على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه الى غيرهم حسب ما قدّمناه وحصل الخوف من هلاكه اوفساده اوكان باربابه حاجة ضروريّة، يكون بيعه اصلح لهم من بقائه عليهم اويخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي الى فساده فانه حينئذ يجوز بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فان لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه ولا يجوز هبة الوقف ولا الصّدقة به ايضاً وحكى عن لف وجماعة نسبة التّفصيل الى الحلبيّ[1].

لكنّ العبارة المحكيّة عن كافيه لا تساعده بل ربّما استظهر منه المنع على الاطلاق فراجع وحكى التّفصيل المذكور عن الصّدوق والمحكيّ عن الفقيه انّه قال بعد رواية عليّ بن مهزيار الآتية انّ هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم ولو كان عليهم وعلى اولادهم ماتناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين الى ان يرث الله تعالى الأرض ومن عليها لم يجز بيعه ابداً ثمّ انّ جواز بيع ماعدا الطّبقه الأخيرة[2] في المنقطع لا يظهر من كلام الصّدوق والقاضي كما لا يخفى.

ثمّ انّ هؤلاء ان كانوا ممّن يقول برجوع الوقف المنقطع الى ورثة الموقوف عليه فللقول بجواز بيعه وجه امّا اذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف-

---

[1] الخامس الوقف على الموقوفات كالحصير على المسجد اوالفرش على المدارس و الفرق بينه وبين القسم الثالث أن في القسم الثالث يملك الموقوف عليه المنفعة ولذا يصح اجارته واما هذا القسم فمجرد اباحة الانتفاع.

١ ـ يعني التفصيل بين المؤبد والمنقطع.

٢ ـ مراده من الطبقة الاخيرة من لم يشترط الواقف رجوع الوقف الى من بعدهم من الفقراء مثلا.

عليه الى الواقف او ورثته فلا وجه للحكم بجواز بيعه وصرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم وقد حكى القول بهذين[1] عن القاضي الا ان يوجه بانه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حبسا بل هو وقف حقيقي وتمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم وحينئذ فبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الاول مع تعلق حق سائر البطون في الوقف المؤبد لكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبي المحكي عنه القول المتقدم حيث انه يقول ببقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف .

الثالث الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة واما المنقطع فلم ينصوا[2] عليه وان ظهر عن بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص[3] بناء على قوله برجوع المنقطع الى ورثة الواقف كالشيخ وسلار قدس سرهما ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه الى وجوه البر كالسيد ابي المكارم بن زهره فلا زمه جعله كالمؤبد .

وكيف كان فالمناسب اولا نقل عبارة هؤلاء فنقول قال المفيد في المقنعة **الوقوف في الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الا ان يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب الى الله بصلتهم او يكون تغيير الشرط** في الموقوف ادر عليهم و انفع لهم من تركه على حاله و اذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقف عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه وسبله ومتى اشترط الواقف في الوقف انه متى احتاج اليه في حيوته لفقر كان له بيعه وصرف ثمنه في مصالحه جاز له فعل ذلك وليس لارباب الوقف بعد وفات الواقف ان يتصرفوا فيه ببيع او هبة او يغيروا شيئاً من شروطه الا ان يخرب

---

١ ـ يعني القولين المذكورين الرجوع الى الواقف وجواز بيع الموقوف عليه .

٢ ـ اي لم يصرح القائلون بالجواز في المؤبد .

٣ ـ يعني تخصيص الجواز بالمؤبد من جهة بنائه رجوع المنقطع الى ورثة الواقف .

الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان اوغيره اويحصل بحيث لا يجدى نفعاً فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه وكذلك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه كان لهم حله ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرنا من الاسباب و الضرورات انتهى كلامه ره وقد استفاد من هذا الكلام فى غاية المراد تجويز بيع الوقف فى خمسة مواضع [1] وضم صورة جواز الرجوع وجواز تغير الشرط الى المواضع الثلثة [2] المذكورة بعد وصول الموقوف الى الموقوف عليهم ووفات الواقف فلاحظ وتأمل.

ثم ان العلامة ذكر فى يران قول المفيد بانه لا يجوز الرجوع فى الوقف الا ان يحدث الى قوله انفع لهم من تركه على حاله متأول ولعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد وقال فى الانتصار على ما حكى عنه ومما انفردت الامامية به القول بان الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه وان ارباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة .

ثم احتج باتفاق الامامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد ورده بكونه مسبوقا وملحوقا بالاجماع وانه انما عول فى ذلك على ظنون له وحسبان واخبار شاذة لا يلتفت الى مثلها انتهى ثم قال واما اذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعاً او دعت ارباب الضرورة الى ثمنه لشدة فقرهم فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لانه انما جعل لمنافعهم فاذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه ولم يبق منفعة فيه الا من الوجه الذى ذكرناه انتهى.

---

١ ـ قال فى كتاب البيع من غاية المراد ما هو عبارته وقال المفيد يجوز بيع الوقف اذا خرب ولم يوجد له عامر او يكون غير مجد نفعاً او اضطر الموقوف عليه الى ثمنه او كان بيعه اعود عليه او يحدثوا ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب الى الله بصلتهم .

٢ ـ احدها ما اشار اليه بقوله الا ان يخرب انتهى ثانيها قوله او يحصل انتهى ثالثها قوله وكذلك ان حصلت انتهى والاثنان ما ذكرهما المصنف ره هنا .

وقال في ط وانما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا وهو انه اذا خيف على الوقف الخراب او كان بار بابه حاجة شديدة ولا يقدرون على القيام به فح يجوز لهم بيعه ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى .

ثم احتج على ذلك بالأخبار وقال سلار فيما حكى عنه: ولا يخ الحال في الوقف والموقوف عليهم من ان يبقى ويبقوا على الحال التي وقف فيها او يتغير الحال فان لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف ولا هبته ولا تغيير شيء من احواله وان تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على اي وجه كان او لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو انفع لهم انتهى وقال في الغنية على ما حكى عنه ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه اذا صار بحيث لا يجدى نفعاً وخيف خرابه او كانت بار بابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه بدليل اجماع الطائفة ولأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه ، فاذا لم يبق له منفعة الا على الوجه الذي ذكرنا [1] جاز انتهى :

وقال في الوسيلة ولا يجوز بيعه يعني الوقف الا باحد شرطين: الخوف من خرابه او حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به انتهى.

وقال الراوندي في فقه القرآن على ما حكى عنه وانما يملك بيعه على وجه عندنا وهو اذا خيف على الوقف الخراب او كان بار بابه حاجة شديدة .

وقال في الجامع على ما حكى عنه فان خيف خرابه او كان بهم حاجة شديدة او خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه انتهى وعن النزهة [2] لا يجوز بيع الوقف الا ان يخاف هلاكه او يؤدي المنازعة فيه بين اربابه الى ضرر عظيم او يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة ويكون بيع الوقف اصلح لهم انتهى.

وقال في يع ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقائه الى خرابه لخلف بين ارباب

---

١ ـ يعني جواز البيع .

٢ ـ اسم كتاب .

ويكون البيع اعود .

وقال فى كتاب الوقف ولو وقع بين الموقوف عليه خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه ولو لم يقع خلف ولا خشى خرابه بل كان البيع انفع لهم قيل يجوز بيعه والوجه المنع انتهى .

ومثل عبارة الشرايع فى كتابى الوقف والبيع عبارة القواعد فى الكتابين و قال فى ير لايجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ولم يجز بيعها ولو وقع خلف بين ارباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على مارواه اصحابنا.

ثم ذكر كلام ابن ادريس وفتواه على المنع مطلقا وتنزيله قول بعض الاصحاب بالجواز على المنقطع ونفيه الخلاف على المنع فى المؤبد ثم قال ولو قيل بجواز البيع اذا ذهب منافعه بالكلية كدار انهدمت وعادت مواتا ولم يتمكن من عمارتها و يشترى بثمنه مايكون وقفا كان وجها انتهى وقال فى بيع التحرير ولايجوز بيع الوقف مادام عامرا و لو ادى بقائه الى خرابه جاز وكذا يباع لو خشى وقوع فتنة بين ارباب مع بقائه على الوقف انتهى .

وعن بيع الارشاد لايصح بيع الوقف الا ان يخرب او يؤدى الى الخلف بين ارباب على راى وعنه فى باب الوقف لايصح بيع الوقف الا ان يقع بين الموقوف عليه خلف ويخشى به الخراب وقال فى التذكرة فى كتاب الوقف على ماحكى عنه والوجه ان يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكن من عمارته او خوف فتنة بين ارباب يحصل باعتبارها فساد انتهى .

وقال فى كتاب البيع لاصح بيع الوقف لنقص الملك فيه اذا القصد منه التابيد نعم لو كان بيعه اعود عليهم لوقوع خلف بين ارباب وخشى تلفه او ظهور فتنة بسببه جوز اكثر علمائنا بيعه انتهى وقال فى غاية المراد يجوز بيعه فى موضعين خوف الفساد بالاختلاف واذا كان البيع اعود مع الحاجة وقال فى س لايجوز بيع الوقف الا

اذا خيف من خرابه او خلف اربابه المؤدّى الى فساده وقال فى اللمعة لو ادى بقائه الى خرابه لخلف اربابه فالمشهور الجواز انتهى .

وقال فى تلخيص الخلاف على ماحكى عنه ان لاصحابنا فى بيع الوقف اقوالا متعددة اشهرها جوازه اذا وقع بين اربابه خلف وفتنة وخشى خرابه ولا يمكن سد الفتنة بدون بيعه وهو قول الشيخين واختاره نجم الدين والعلامة انتهى .

و قال فى التنقيح على ماحكى عنه اذا آل الى الخراب لاجل الأختلاف بحيث لا ينتفع به اصلاً جاز بيعه وعن تعليق الأرشاد يجوز بيعه اذا كان فساد يستباح فيه الأنفس وعن ايضاح النافع انه جوز بيعه اذا اختلف اربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال ولم يندفع الا بالبيع قال فلو امكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه انتهى ومثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرايع .

وقال فى جامع المقاصد بعد نسبة مافى عبارة القواعد الى موافقة الاكثر ان المعتمد جواز بيعه فى ثلثة مواضع .

احدها اذا خرب واضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد اذا اندرست وجذوعه اذا انكسرت.

ثانيها اذا حصل خلف بين اربابه يخاف منه تلف الاموال ومستنده صحيحة على بن مهزيار ويشترى بثمنه فى الموضعين مايكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف تحصيلا لمطلوب الواقف بحسب الامكان ويتولى ذلك الناظر الخاص ان كان والا فالحاكم .

ثالثها اذا الحق بالموقوف عليه حاجة شديدة ولم يكن مايكفيهم من غلة وغيرها لرواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه رفع مقامه وقال فى الروضة والاقوى فى المسئلة مادل عليه صحيحة على بن مهزيار عن ابى جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه اذا وقع بين اربابه خلف شديد علله (ع) بانه ربما جاء فيه تلف الاموال و

النّفوس وظاهر انّ خوف ادّائه اليهما والى احدهما ليس بشرط بل هو مظنّة لذلك قال ولا يجوز بيعه في غير ماذكرناه وان احتاج اليه ارباب الوقف ولم يكفهم غلته او كان اعوادا و غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه انتهى ونحوه ما عن الكفاية هذه جملة من كلماتهم المرثيّة او المحكيّة .

والظاهر ان المراد بتادية بقاء الوقف الى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا التادية على وجه القطع فيكون عنوان التادية في بعض تلك العبارات متحداً مع عنوان خوفها وخشيتها في بعضها الاخر ولذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا واخرى بذلك كما اتفق للفاضلين والشّهيد ونسب بعضهم عنوان الخوف الى الاكثر كالعلّامة في التّذكرة والى الأشهر كما عن ايضاح النّافع وآخر عنوان التادية الى الأكثر كجامع المقاصد او الى المشهور كاللّمعة فظهر من ذلك انّ جواز البيع بظن تادية بقائه الى خرابه ممّا تحقّقت فيه الشهرة بين المجوّزين لكنّ المتيقّن عن فتوى المشهور ما كان من اجل اختلاف اربابه اللّهم الا ان يستظهر من كلماتهم كالنّص كون الأختلاف من باب المقدّمة وانّ الغاية المجوّزة هي مظنّة الخراب .

اذا عرفت ماذكرنا فيقع الكلام تارةً في الوقف المؤبّد واخرى في المنقطع.

اما الاوّل فالذّي ينبغي ان يقال فيه ان الوقف على قسمين[1] .

احدهما مايكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم استيجاره واخذ اجرته ممّن انتفع به بغير حقّ.

والثاني مالا يكون ملكاً لاحد بل يكون فك ملك نظير التّحرير كما في المساجد والمدارس والرّبط بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة فانّ الموقوف عليهم انّما يملكون الأنتفاع دون المنفعة فلو سكنه احد بغير حق فالظّاهر انّه ليس عليه اجرة المثل والظّاهر انّ محلّ الكلام في بيع الوقف انّما

---

١ ـ لايخفى انه قد زاد المصنف في باب الوقف قسما ثالثاً وهو مالا يكون وقف منفعة ولا انتفاع كالمسجد ومثل لوقف المنفعة الرباط والقناطر .

هو القسم الاول .

واما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك وبالجملة فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق لا فيما لم يكن ملكاً وحينئذ فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارة عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجز بيعه وصرف ثمنه فى احداث مسجد آخر او تعميره والظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر انه لا يصح بيع الوقف العام لا لعدم تمامية الملك بل لعدم اصل الملك، لرجوعها الى الله ودخولها فى مشاعره انه مع البأس عن الأنتفاع به فى الجهة المقصودة يوجر للزراعة ونحوها مع المحافظة على الآداب اللازمة لها ان كان مسجداً مثلاً واحكام السجلات [1] لئلا يغلب اليد فيقضى بالملك وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً ومع التعارض [2] فالمدار على الراجح وان تعذر صرف الى غير المماثل كذلك فان تعذر صرف فى مصالح المسلمين .

و امّا غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرايح و نحوها فان بقيت على حالها وامكن الأنتفاع بها فى خصوص المحل الذى اعدّت له كانت على حالها والا جعلت فى المماثل والا ففى غيره والا ففى المصالح على نحو مامرّ و ان تعذر الأنتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها او ما قام

---

١ ـ السجل هنا ورقة لتثبيت و قفية العين الموقوفة المزين بمهور العلماء و الشهود الثقات .

٢ ـ اى مع تعارض الاوصاف الثلاثة احدها مع الاخر بان كان هناك شىء اقرب الى مصرف الوقف وآخر احوج الى ذلك وثالث افضل يقدم الراجح من الجهات بنسبة بعضها الى بعض بان كانت الاحوجية فى احديها تغلب على مقدار ما فى الاخرى من الاحوجية وفى الثالث من الافضلية ومقتضى ذلك انه مع التساوى فى النسبة يتخير فى اختيار ما شاء منها.

مقامه[1] اشبهت الملك بعد اعراض المالك فيقوم فيها احتمال الرّجوع الى حكم الأباحة و العود ملكاً للمسلمين ليصرف فى مصالحهم والعود الى المالك ومع اليأس عن معرفته يدخل فى مجهول المالك ويحتمل بقاؤه على الوقف و يباع احترازاً عن التّلف[2] والضّرر ولزوم الحرج[3] وتصرّف مرتّباً على النّحو السّابق وهذا هو الأقوى كما صرّح به بعضهم انتهى.

وفيه انّ اجارة الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونه ملكاً للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوح عنوةً لكنّه غير ثابت و المتيقّن خروجه عن ملك مالكه واما دخوله فى ملك المسلمين فمنفىّ بالأصل نعم يمكن الحكم باباحة الأنتفاع للمسلمين لأصالة الأباحة ولا يتعلّق عليهم اجرة.

ثمّ انّه ربّما ينافى ماذكرنا من عدم جواز البيع القسم الثّانى من الوقف ماورد فى بيع ثوب الكعبة وهبته مثل رواية مروان بن عبدالملك قال سالت ابا الحسن (ع) عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته وبقى بعضه فى يده هل يصلح له ان يبيع ما اراد قال يبيع ما اراد ويهب مالم يرد[4] وينتفع به ويطلب

---

١ ـ شبه المصنف الوقف بالملك بهذه الاحتمالات الثلاثة اجراء لحكم مثلها فى المشبه به فعلى الاحتمال الاول يكون الوقف كالمال الذى اعرض عنه صاحبه و صار كالمباحات الاصلية فيملكه من حازها وعلى الاحتمال الثانى يكون الوقف ملكاً للمسلمين كالمال المعرض عنه مالكه وعلى الاحتمال الثالث يكون الوقف لمالكه كالمال المعرض عنه المالك لرجوعه الى مالكه على قول.

٢ ـ اى تلف الوقف لولم يحفظ .

٣ ـ يعنى فى حفظ غير الارض من الاموال المذكورة .

٤ ـ يعنى يبيع ماراد بيعه ويهب مالا يريد الانتفاع به وطلب البركة منه فتكون الجملتان معطوفتين على مدخول لم مفسرتين له بارادة عدم الانتفاع به بالمباشرة وطلب البركة منه او المراد يبيع ماراد بيعه ومالم يرد بيعه يهبه وينتفع به ويطلب بركته ←

بركته قلت ايكفن به الميت قال لاقيل وفى رواية اخرى يجوز استعماله وبيع نفسه وكك ماذكروه فى بيع حصير المسجد اذخلقت وجذوعه اذاخرجت عن الانتفاع.

اللهم الا ان يقال ان ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد بل هما مبذولان للبيت والمسجد فيكون كساير اموالهما ومعلوم ان وقفية اموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الاول وليس من قبيل نفس المسجد فهى ملك للمسلمين فللناظر العام التصرف فيه بالبيع.

نعم فرق بين ما يكون ملكاً طلقا كالحصير المشترى من مال المسجد فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لولم يخرج عن حيز الانتفاع ، بل كان جديداً غير مستعمل وبين مايكون من الاموال وقفاً على المسجد كالحصير الذى يشتريه الرّجل ويضعه فى المسجد والثوب الذى يلبس البيت فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين ،لايجوز لهم تغييره عن وضعه الافى مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد ان الحصير [٢] يتصور فيه كونه وقفاً على المسلمين لكن يضعه فى المسجد لأنه احد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع فى المسجد فاذا خرب المسجد اواستغنى عنه جاز الانتفاع به ولو فى مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به فى غيره ولو مع حاجته.

لكن يبقى الكلام فى مورد الشّك مثل مااذا فرش حصيراً فى المسجد اووضع حبّ ماء فيه وان كان الظّاهر فى الأوّل الأختصاص راوضح من ذلك التراب الموضوعة فيه وفى الثّانى العموم فيجوز التّوضّى منه وان لم يرد الصلوة فى المسجد.

فتكون الجملتان الاخيرتان معطوفتين على جملة يهب اوالمراد يبيع ويهب ماأراد بيعه وهبته مادام لم يرده للانتفاع وطلب البركة منه فيكون مفعول يهب ويبيع واحداً.

١ ـ لانها ليست اوقافاً وانما الاوقاف اصولها.

٢ ـ يعنى الثوب والحصير الموقوفين على الكعبة و المسجد لا المشترين من عائدات موقوفة الكعبة والمسجد لانهما ليسا بوقف كما تقدم.

و الحاصل ان الحصير وشبهها الموضوعة فى المساجد وشبهها يتصور فيه اقسام كثيرة[1]: يكون الملك فيها للمسلمين وليست من قبيل نفس المسجد و اضرابه فتعرض الاصحاب لبيعها لاينافى ماذكرنا نعم ماذكرنا لايجرى فى الجذع المنكسر من جذوع المسجد التى هى من اجزاء البنيان مع ان المحكى عن العلامة وولده و الشهيدين والمحقق الثانى جواز بيعه وان اختلفوا فى تقييد الحكم واطلاقه كما سيجىء الا ان نلتزم بالفرق بين ارض المسجد فان وقفها وجعلها مسجداً فك ملك بخلاف ماعداها من اجزاء البنيان كالأخشاب والأحجار فانها تصير ملكا للمسلمين فتامل[2].

وكيف كان فالحكم فى ارض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها راساً هو ابقائها مع التصرف فى منافعها كما تقدم عن بعض الاساطين اوبدونه اما اجزاؤه كجزوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فى صرف عينه يجب صرف عينه فيه لان مقتضى وجوب ابقاء الوقوف و اجرائها على حسب ما يوقفها اهلها وجوب ابقائه جزءا للمسجد لكن لايجب صرف المال من المكلف لمؤنته بل يصرف من مال المسجد اوبيت المال وان لم يكن مصلحة فى رده جزءا للمسجد فبناءً على ماتقدم من ان الوقف فى المسجد واضرابه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك وحينئذ فان قلنا بوجوب مراعاة الاقرب الى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه فى مصالح ذلك كاحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضة والا صرف فى مسجد آخر كما فى س والاصرف فى سائر مصالح المسلمين ،قيل بل لكل احد حيازته وتملكه .

---

١ ـ لانه تارة يوقف للمسجد و ثانية يشترى من مال المسجد ومن منافع اوقاف المسجد وثالثة يوقف لمصالح المسلمين العامة ووضع فى المساجد من باب احد المصاديق .

٢ ـ لعله اشارة الى عدم الفرق بين ارض المسجد وبنائه وآلاته خصوصاً اذا كان الوقف بصيغة واحدة.

و فیه نظر[1] وقد الحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات و المدارس و القناطر الموقوفة علی الطّریقة المعروفة والکتب الموقوفة علی المشتغلین والعبد المحبوس فی خدمة الکعبة ونحوها والأشجار الموقوفة لأنتفاع المارّة والبواری الموضوعة لصلوة المصلّین وغیر ذلك مما قصد بوقفه الأنتفاع العام لجمیع النّاس اوللمسلمین ونحوهم من غیر المحصورین لالتحصیل المنافع بالأجارة ونحوها و صرفها فی مصارفها کما فی الحمّامات و الدّکاکین ونحوها لأنّ جمیع ذلك صار بالوقف کالمباحات بالأصل اللّازم ابقاؤها علی الأباحة کالطّرق العامّة و الأسواق.

و هذا کلّه حسن علی تقدیر کون الوقف فیها فکّ ملك لاتملیکاً ولواتلف شیئاً من هذه الموقوفات او اجزائها متلف ففی الضّمان وجهان من عموم علی الید فیجب صرف قیمته فی بدله ومن انّ ما یطلب بقیمته یطلب بمنافعه والمفروض عدم المطالبة[2] باجرة منافع هذه لواستوفاها ظالم کما لو جعل المدرسة بیت المسکن اومحرزاً وانّ الظاهر عن النّادیة فی حدیث الید الایصال الی المالك فیختصّ باملاك النّاس والأوّل احوط وقواه بعض.

اذا عرفت جمیع ماذکرنا فاعلم انّ الکلام فی جواز بیع الوقف یقع فی صور الأولی ان یخرب الوقف بحیث لایمکن الأنتفاع به مع بقاء عینه کالحیوان المذبوح

---

۱ ـ لعل وجهه انه لوکان من المباحات ایضاً لیس علی حدها بحیث یجوز تملکها بل من المباحات اللازم ابقائها علی الاباحة لانتفاء جمیع المسلمین کالطرق العامة وغیرها.

۲ ـ یعنی لیستکشف اناً عدم المطابقة بقیمته فلایضمن ویمکن أن یفصل بما اذا فاتت منافعها بالغصب ولم یستوف الغاصب ایضاً کما اذا سد باب المسجد والمدرسة مثلا ولم یسکن هو ایضا فیهمافلا یضمن حینئذ وبما اذا استوفاه مثل ما اذا جعله دکاناً او خاناً فیضمن.

والجذع البالي والحصير الخلق والاقوى جواز بيعه وفاقاً لمن عرفت ممن تقدّم نقل كلماتهم لعدم جريان ادلّة المنع امّا الاجماع فواضح وامّا قوله لايجوز شراء الوقف فلانصرافه الى غير هذه الحالة وامّا قوله (ع) الوقوف على حسب مايوقفها اهلها فلايدلّ على المنع هنا لانّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في انشاء الوقف وليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من احكام الوقف وان ذكر في متن العقد للاتفاق على انه لافرق بين ذكره فيه وتركه وقد تقدم ذلك ويضعف قول من قال ببطلان العقد اذا حكم بجواز بيعه.

ولو سلّم انّ الماخوذ في الوقف ابقاء العين فانّما هو ماخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذّره هنا.

والحاصل انّ جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع اذا اجتمع ادن البطن الموجود مع اولياء سائر البطون وهو الحاكم او المتولّي

والحاصل انّ الامر دائر بين تعطيله حتّى يتلف[1] بنفسه وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكلّ والاوّل تضييع مناف لحقّ الله وحقّ الواقف وحقّ الموقوف عليه وبه يندفع استصحاب المنع مضافاً الى كون المنع السّابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف وهو انتفاع جميع البطون بعينه وقد ارتفع قطعاً فلايبقى ماكان في ضمنه.

واما الثّاني فمع منافاته لحقّ سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الاوّل اذ لافرق بين اتلافه ونقله والثّالث هو المطلوب نعم يمكن ان يقال اذا كان الوقف ممّا لايبقى بحسب استعداده العادي الى آخر البطون فلاوجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى

١ ـ يظهر من هذا الكلام أن الوقف صار بحيث لا يمكن الانتفاع به بالمرة حتى لصفعة الغير المعتد بها مع بقاء عينها.

لهم فينتهي ملكه الى من ادرك آخر ازمنة بقائه فتأمّل [1]

وكيف كان فمع فرض ثبوت الحقّ للبطون اللّاحقة فلاوجه لترخيص البطن الموجود في اتلافه ومماذكرنا يظهر انّ الثّمن على تقدير البيع لايخصّ به البطن الموجود وفاقاً لمن تقدّم ممن يظهر منه ذلك كالأسكافي والعلّامة وولده والشّهيدين والمحقّق الثّاني وحكي عن التّنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة لأقتضاء البدليّة ذلك فانّ المبيع اذا كان ملكاً للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوّة كان الثّمن كذلك فانّ الملكيّة اعتبار عرفيّ اوشرعيّ يلاحظها المعتبر عند تحقّق اسبابها فكما انّ الموجود مالك له فعلاً مادام موجوداً بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأناً بمقتضى تمليك الواقف وعدم تعقّل الملك للمعدوم انّما هو في الملك الفعلي لا الشّأني .

ودعوى انّ الملك الشّأني ليس شيئاً محقّقاً موجوداً يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود فلوجاز ان تخرج العين الموقوفة الى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض جاز ان تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود واليه اشار الشّهيد قدس سره في الفرع الآتي حيث قال انّه يعني الثّمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل اذ يستحيل ان يملك لا على حدّه خلافاً للظاهر بعض العبارات المتقدّمة [2] واختاره المحقّق في بيع في دية العبد الموقوف المقتول ولعلّ وجهه انّ الوقف ملك للبطن الموجود غاية الأمر تعلّق حقّ البطون اللّاحقة فاذا فرض جواز بيعه انتقل الثّمن الى من هو مالك له فعلاً ولا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن ولا دليل عليه ومجرّد البدليّة لايوجب ترتّب جميع اللّوازم اذ لاعموم لفظيّاً يقتضي البدليّة والتّنزيل بل هو بدل له في الملكيّة ومايتبعها من حيث

---

١ ـ لعله اشارة الى أن جعل عدم استعداد الوقف للبقاء الى آخر البطون قرينة على جواز نقله وبيعه بحسب نظر الواقف اولى من تنزيله على اختصاص ملكه بمن ينتهي اليه آخر ازمنة بقائه .

٢ ـ كعبارة المفيد ره والسيد بل والمحقق لانهم خصوا بالموجودين .

هو ملك

وفيه انّما ينقل الى المشترى ان كان هو الأختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشترى ملكاً مستمرّاً وان كان هو مطلق الأختصاص المستقرّ الذى لا يزول الا بالناقل فهو لا يكون الا بثبوت جميع الأختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم على نحو المثمن

وممّا ذكرنا تعرف انّ اشتراك البطون فى الثمن اولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول حيث انّه بدل شرعىّ يكون الحكم به متأخّراً عن تلف الوقف فجاز عقلاً منع سراية حقّ البطون اللاحقة اليه بخلاف الثمن فانّه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضية الحقيقيّة فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعوّض ومن هنا اتّضح ايضاً انّ هذا اولى بالحكم من بدل الرّهن الذى حكموا بكونه رهناً لأنّ حقّ الرّهنيّة متعلّق بالعين من حيث انّه ملك لمالكه الأوّل فجاز ان يرتفع لا الى بدل بارتفاع ملكيّة المالك الأوّل بخلاف الأختصاص الثابت للبطن المعدوم فانه ليس قائماً بالعين من حيث انّه ملك البطن الموجود بل اختصاص موقّت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بانشائه مقارن له بحسب الجعل متأخّر عنه فى الوجود .

وقد تبيّن ممّا ذكرنا انّ الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم فان كان ممّا يمكن ان يبقى وينتفع منه البطون على نحو المبدل وكانت مصلحة البطون فى بقائه ابقى والّا بدل مكانه ما هو اصلح ومن هنا ظهر عدم الحاجة الى صيغة الوقف فى البدل بل نفس البدليّة يقضى كونه كالمبدل ولذا علّله الشهيد ره فى غاية المراد بقوله لأنّه صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل اذ يستحيل ان يملك لا على حدّه .

ثمّ انّ هذا العين [1] حيث صارت ملكاً للبطون فلهم اولوليّهم ان يتضرّفه

---

١ - يعنى الثمن او العين التى بذل الثمن فى تحصيلها .

و يتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون ولو بالابدال بعين اخرى اصلح لهم بل قد يجب اذا كان تركه يعد تضييعاً للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه الا لعذر لان ذلك كان حكماً من احكام الوقف الأبتدائي وبدل الوقف انّما هو بدل له في كونه ملكا للبطون فلا يترتّب عليه جميع احكام الوقف الأبتدائي و ممّا ذكرنا ايضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر كره و(د) ومع صدو التنقيح والمقنصرو مجمع الفائدة بل قد لا يجوز اذا كان غيره اصلح لأنّ الثّمن اذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين فاللّازم ملاحظة مصلحتهم خلافاً للعلّامة وولده والشّهيد وجماعة فاوجبوا المماثلة مع الأمكان لكون المثل اقرب الى مقصود الواقف .

وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف اذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّة وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيناً من دون تعلق غرض بالعين وقد يكون الغرض خصوص الأنتفاع بثمرته كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فيبع فدار الأمر بين ان يشترى بثمنه بستاناً في موضع لا يصل اليهم الّا قيمة الثّمرة وبين ان يشترى ملكاً آخر يصل اليهم اجرة منفعته فانّ الأوّل و ان كان مماثلا الّا انه ليس اقرب الى غرض الواقف انّه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب الى مقصوده انّما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في انشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

فالحاصل انّ الوقف مادام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه الّا مدلول كلام الواقف واذا بيع و انتقل الثّمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الّا مصلحتهم.

هذا وقال العلّامة في محكيّ كره كلّ مورد جوزنا بيع الوقف فانه يباع ويصرف الثمن الى جهة الوقف فان امكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان اولى و الّا اجاز شراء كل ما يصحّ وقفه والّا صرف الثمن الى الموقوف عليه يعمل فيه

ماشاء لأنّ فيه جمعاً [١] بين التوصّل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدّوام وبين النّص الدّالّ على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التّابيد فاذا لم يمكن التّابيد بحسب الشّخص وامكن بحسب النّوع وجب لأنّه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأوّل الّذى وقع العقد عليه ومراعاة الخصوصيّة الكلّيّة يفضى الى فوات الغرض باجمعه ولأنّ قصر الثّمن على البايعين يقتضى خروج باقى البطون عن الأستحقاق بغير وجه مع انّهم يستحقّون من الوقف كما يستحق البطن الاول وتعذّر وجودهم حال الوقف و قال بعض علمائنا و الشّافعية انّ ثمن الوقف كقيمة الموقوف اذا تلف فيصرف الثّمن على الموقوف عليهم ملكا على راى انتهى ولايخفى عليك مواقع الرّدّ والقبول فى كلامه ره [٢].

ثمّ انّ المتولّى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيّم من قبل ساير البطون و يحتمل ان يكون هذا الى النّاظر ان كان لأنّه المنصوب لمعظم الأمور الرّاجعة الى الوقف الّا ان يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف الى التّصرّف فى نفس العين و الظّاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و يحتمل بقائه لتعلّق حقّه بالعين الموقوفة فيتعلّق ببدلها.

ثمّ انّه لولم يمكن شراء بدله ولم يكن الثّمن ممّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلايجوز دفعه الى البطن الموجود لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركا بين جميع البطون وحينئذٍ فتوضع عند امين حتّى يتمكّن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار الى مدّة ولو طلب ذلك البطن الموجود [٣] فلايبعد وجوب اجابته ولايعطل الثّمن حتّى يوجد مايشترى به من غير خيار.

---

١ ـ يعنى فى الحكم المذكور على الترتيب الذى ذكر .

٢ ـ اى فى كلام العلامة :

٣ ـ يعنى طلب شراء مايباع مع الخيار الى مدة فلايبعد وجوب اجابته ولعله لاستلزام التأخير وعدم الاجابة تضييع حق البطن الموجود .

نعم لو رضي الموجود بالأتجار به وكانت المصلحة في التجارة جاز مع المصلحة الى ان يوجد البدل والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون لأنه جزء من المبيع[1] وليس كالنماء الحقيقي ثم لافرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله او بعضه فيباع البعض المخروب و يجعل بدله مايكون وقفاً ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعته جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الأنتفاع وبقي بعضه محتاجاً الى عمارة لايمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة فهل يصرف ثمن المخروب الى عمارة الباقي وان لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان[2] فيما اذا احتاج اصلاح الوقف بحيث لايخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة الى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود اذا لم يشترط الواقف اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم. وهنا فروع آخر، يستخرجها الماهر بعد التأمل[3].

الصورة الثانية[4] ان يخرب بحيث يسقط عن الأنتفاع المعتد به بحيث يصدق

---

١ ـ الذي اشترى من ثمن الوقف بعد بيعه.

٢ ـ يعني الآتية في الصورة العاشرة قال في ذيلها ولو دار الامر بين بيعه والابدال به وبين صرف منفعته انتهى ومرجع الوجهين الى ان جواز بيع المخروب مبني على كونه متعلقاً لحق البطن الموجود خاصة وعموم الناس مسلطون يقتضي جواز صرف ثمنه في مؤنة نفسه لا لصرفه في عمارة الباقي من الوقف رعاية للبطون اللاحقة.

٣ ـ مثل كون شراء المماثل اعود للموجودين وكون المماثل ناقصاً وغيره تاماً وغير ذلك

٤ ـ الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى هو ان الكلام في الاولى فيما اذا لم يكن

عرفاً انه لامنفعة فيه كدار انهدمت فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لاتبلغ شيئاً معتداً به.

فان كان ثمنه على تقدير البيع لايعطى به الا ما كان منفعته كمنفعة العرصة فلا ينبغى الاشكال فى عدم الجواز وان كان يعطى بثمنه مايكون منفعته اكثر من منفعة العرصة بل يساوى منفعة الدار ففى جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لايجدى نفعاً.

و قدتقدم التصريح من العلامة فى تربانه لوانهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف ولم يجز بيعها.

اللّهمّ الآان يحمل النّفع المنفىّ فى كلام المشهور على النّفع المعتدّ به بحسب حال العين فان الحمّام الذى يستاجر كلّ سنة مأة دينار اذاصارت عرصة توجر كلّ سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئىّ كمجمع الدّبائل ونحوه يصدق عليه انه لايجدى نفعا وكذا القرية الموقوفة فان خرابها بغور[1] انهارها وهلاك اهلها و لاتكون تسلب منافع اراضيها رأساً.

ويشهد لهذا ما تقدّم عن بعض من جعل عرصة الدّار المنهدمة مواتاً لاينتفع بها بالكلية مع انها كثيراً ماتستاجر للاغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة

المعين استعداد البقاء وفى الصورة الثانية اكان له استعداد للبقاء كالعرصة لكن له منفعة قليلة و ايضاً الصورة الاولى فرض فيها عدم المنفعة اصلا وهنا وجودها يسيرة فحكم ره بجواز البيع فى الصورة الاولى وفى هذه الصورة تردد من جهة وجود المنفعة اليسيرة ومن جهة أن المنفعة اليسيرة التى لايعبأ بها كالمعدومة لكن استقرب عدم الجواز كالمشهور مستدلا بعدم شمول ادلة الجواز من الاجماع وغيره للمورد وبالاصل والاستصحاب ونعدم الملك ولا يبعد الاخير الى الارض و بوسة النهربه.

فى اطلاق كلام كل من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لايجدى نفعاً ويشمله الاجماع المدّعى فى الانتصار والغنية لكنّ الخروج بذلك عن عموم ادلّة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين وعموم قوله (ع) لايجوز شراء الوقف مشكل.

ويؤيّد المنع حكم اكثر من تأخّر عن الشّيخ بالمنع عن بيع النّخلة المنقلعة بناءً على جواز الانتفاع بها فى وجوه اخر كالتّسقيف وجعلها جسراً ونحو ذلك.

بل ظاهر لف حيث جعل النّزاع بين الشّيخ والحلىّ رة لفظياً حيث نزل تجويز الشّيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به فى منفعة اخرى الاتفاق على المنع اذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً كما يظهر من التّمثيل بجعله جسراً نعم لو كان قليلاً فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم امكن الحكم بالجواز لانصراف قوله (ع) لايجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة[1] وكذا حبس العين وتسبيل المنفعة انّما يجب الوفاء به[2] مادام المنفعة المعتدّ بها موجودة والا فمجرّد حبس العين وامساكه و لو من دون منفعة لووجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصّورة الاولى.

ثمّ انّ الحكم المذكور جار فيما اذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب لجريان ماذكرنا فيه[3].

ثم انك قد عرفت فيماسبق انه ذكر بعض[4] ان جواز بيع الوقف لايكون الا مع بطلان الوقف وعرفت وجه النّظر فيه

---

١ ـ اى حالة المنفعة اليسيرة غير المعتنى بها.

٢ ـ اشار بذلك الى أن دليل اوفوا والوقف منصرفان عن المقام وقوله ره والا فمجرد حبس انتهى استدلال بالملازمة بين الصورة الاولى والثانية فى جواز البيع.

٣ ـ من انصراف ادلة الوقف وغيرها من هذه الصورة ايضاً.

٤ ـ اى صاحب الجواهر الذى ذكر فيماسبق وجه بين لبطلان الوقف.

ثمّ وجه[1] بطلان الوقف في الصّورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الأبتداء والأستدامة وهو كون العين ممايتنفع بها مع بقاء عينها وفيه ماعرفت سابقا من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لاوجه له في الوقف المؤبد مع انّه لادليل عليه مضافا الى انه لادليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة فانّ الشّرط في العقود النّاقلة يكفي وجودها حين النّقل فانّه قد يخرج المبيع عن المالية ولايخرج بذلك عن ملك المشترى مع انّ جواز بيعه لايوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللّزوم الى الجواز كما تقدّم ثمّ ذكر انه قد يقال بالبطلان ايضاً بانعدام عنوان الوقف فيما اذا وقف بستاناً مثلاً[2] ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيّة فخربت حتّى خرجت عن قابليته ذلك فانّه وان لم تبطل منفعتها اصلاً لامكان الأنتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار انّها جزءٌ من الوقف وهي باقية وخراب غيرها و ان اقتضى بطلانه فيه لايقتضي بطلانه[3] فيها.

يدفعه ان العرصة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستانا لامطلقا فهي حينئذ جزء عنوان الوقف الّذي فرض خرابه ولوفرض ارادة وقفها ليكون بستاناً اوغيره لم يكن اشكال في بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف .

و ربمّا يؤيّد ذلك في الجملة ماذكروه في باب الوصّية من انّه لو اوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصّية لانتفاء موضوعها نعم لو لم يكن الدارية والبستانية ونحو ذلك مثلا عنواناً للوقف وان قارنت وقفه بل كان المراد به الأنتفاع به

---

١ ـ يعني صاحب الجواهر .

٢ ـ وجهه أن متعلق الوقف هو العنوان فينتفي بارتفاعه كسائر مايتعلق بالعناوين من الاحكام والموضوعات .

٣ ـ يعني أن خراب غير العرصة وان اقتضى بطلان ذلك الغير لكن لايقتضي بطلان الوقف في العرصة .

فى كلّ وقت على حسب ما يقبله لم يبطل الوقف بتغير احواله ثم ذكر ان فى عود الوقف الى ملك الواقف اووارثه بعد البطلان اوالموقوف عليه وجهين .

اقول يرد على ذلك ماقد يقال بعد الاجماع على ان انعدام العنوان لايوجب بطلان الوقف بل ولاجواز البيع وان اختلفوا فيه عند الخراب اوخوفه لكنه غير تغير العنوان كمالايخفى انّه لاوجه للبطلان بانعدام العنوان [1] لانه ان اريد بالعنوان ماجعل مفهولا فى قوله وقفت هذا البستان فلاشك انه ليس الاكقوله بعت هذا البستان اووهبته فان التّمليك المعلق بعنوان لايقتضى دوران الملك مدار العنوان فالبستان اذا صار ملكاً فقد ملك منه كل جزء خارجى وان لم يكن فى ضمن عنوان البستان وليس التمليك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات وان اريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف والعلم ولابد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظاً اوقصداً فى الموضوع زيادة على عنوانه .

واما تأييد ماذكر بالوصيّة فالمناسب ان يقايس مانحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان [2] عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له فهل يرضى احد بالتزام بطلان الوصيّة بصيرورة البستان عرصة نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها وبطلانها من جهات اخر .

ثمّ ماذكره من الوجهين ممّا لايعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه ابداً .

---

١ ـ لكن الخراب غير تغير العنوان حيث ان النسبة بينهما هى العموم من وجه فمادة افتراق الخراب عن تغير العنوان الارض الموقوفة للزراعة اذا انقطع عنها الماء فانها تخرب بذلك ولكن لايتغير عنوانها ومادة افتراق تغير العنوان عن الخراب الابل والغنم الموقوفة بعنوان خاص حاصل من حدود اسنانها من الجذع وابن مخاض ومسنة و ابن لبون ومادة الاجتماع واضح .

٢ ـ هذا عطف تفسير للتمام .

الصورة الثالثة ان تخرب بحيث يقلّ منفعته لكن لا الى حدّ يلحق بالمعدوم والاقوى هنا المنع وهو الظاهر من الاكثر في مسئلة النّخلة المنقلعة حيث جوز الشيخ في محكي الخلاف بيعها محتجّاً بانّه لايمكن الأنتفاع بها الّا على هذا الوجه لانّ الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل لا يرجى عوده ومنعه الحلّي قائلاً: «ولا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستنداً الى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الأنتفاع وزوال بعض المنافع لايستلزم زوال جميعها لأمكان التّسقيف بها ونحوه.

وحكي موافقته عن الفاضلين والشّهيدين والمحقّق الثانّي واكثر المتاخرين و حكي في الايضاح عن والده قدس سرّهما انّ النزّاع بين الشّيخ والحلي لفظي و استحسنه لان في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها والحلّي فرض وجود منفعته[1] ومنع لذلك بيعها و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّلها الوقف كما هو الظّاهر من تعليل الشّيخ ولا يخلو عن تأمل[2].

وكيف كان فالأقوى هنا المنع و اولى منه بالمنع مالو قلت منفعة الوقف من دون خراب فلا يجوز بذلك البيع الّا اذا قلنا بجواز بيعه اذا كان اعود وسيجيء تفصيله.

الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف انفع واعود للموقوف عليه وظاهر المراد منه ان يكون ثمن الوقف ازيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدّة وجود الموقوف عليه

---

١ ـ حاصله ان النزاع بين الشيخ وابن ادريس معنوى حيث ان الشيخ ره قائل بانه اذا امتنعت المنفعة المعدلها الوقف جاز بيعه و ابن ادريس يقول بان مجرد انتفاع تلك المنفعة غير مجد في الحكم بجواز بيع الوقف بل لابد في الحكم بالجواز من انتفاء سائر المنافع ايضاً.

٢ ـ لعل وجهه أن كلام الشيخ ره وابن ادريس لا يساعد على ماذكر لانه يمكن أن يكون مراد الشيخ غيره.

وقد نسب جواز البيع هنا الى المفيد[1] وقد تقدم عبارته فراجع وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود وقد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطون اذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه والاقوى المنع مطلقا وفاقاً للاكثر بل الكل بناء على ماتقدم[2] من عدم دلالة قول المفيد على ذلك وعلى تقديره فقد تقدم عن يران كلام المفيد متاول .

وكيفكان فلااشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف وقوله عليه السلام لايجوز شراء الوقف وغير ذلك وعدم مايصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن علىّ بن رئاب عن جعفر بن حنان قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له[3] على قرابته من ابيه وقرابته من امه واوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة بثلثمأة درهم فى كل سنة ويقسم الباقى على قرابته وقرابته من امه فقال جايز للذى اوصى له بذلك قلت ارايت ان لم تخرج من غلة تلك الارض التى اوقفها الاّ خمسمأة درهم فقال اليس فى وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغلة ثلثمأة درهم ويقسم الباقى على قرابته من ابيه وامه قلت نعم .

قال ليس لقرابته[4] ان ياخذوا من الغلة شيئا حتى يوفى الموصى له

---

١ ـ فى لك نسب الجواز و العمل بالرواية الى الكركى ره ونقل عن كاشف الرموز نسبته الى الثلاثة و السلار ولعل الشيخ لم يعتمد على هؤلاء لضعف النسبة اولانه اجتهاد منه ره .

٢ ـ لم يتقدم منه رمذلك ولعله اشار الى مالوح اليه فى ضمن التعريض على ماذكره الشهيد ره بقوله وضم صورة جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط الى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف الى الموقوف عليهم ووفات الواقف . حيث انه يدل على أن مابعد الوصول فرق لماقبله .

٣ ـ اى أرض الغلة حذف المضاف للعلم به .

٤ ـ يعنى قرابته التى وقف الغلة عليهم .

ثلثمأة درهم ثم لهم مايبقى ذلك قلت ارايت انمات الذى اوصى له قال انمات كانت له ثلثمأة درهم لورثته يتوارثونها مابقى احد منهم فان انقطع ورثته ولم يبق منهم احد كانت الثلثمأة درهم لقرابة الميت يرد الى مايخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك مابقوا وبقيت الغلة قلت فللورثة من قرابة الميت[1] ان يبيعوا الأرض اذا احتاجوا ولم يكفهم مايخرج من الغلة.

قال نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا والخبر المروىّ عن الاحتجاج انّ الحميرى كتب الى صاحب الزمان جعلنى الله فداه انّه روى عن الصادق (ع) خبر ماثوران الوقف اذا كان على قوم باعيانهم واعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه وكان ذلك[2] اصلح لهم ان يبيعوه فهل يجوز ان يشترى عن بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لايجوز الاان يجتمعوا كلهم على ذلك[3] وعن الوقف الذى لايجوز بيعه فاجاب (ع) اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و اذا كان على قوم من المسلمين فليبع كلّ قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين انشاء الله دلت على جواز البيع امافى خصوص ماذكره الرّاوى و هو كون البيع اصلح واما مطلقا[4] بناء على عموم الجواب لكنه مقيد بالاصلح لمفهوم رواية الجعفرى كما انّه يمكن حمل اعتبار رضا الكل فى رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لااعتباره بمافى بيع كل واحد بقرينة رواية الاحتجاج ويؤيّد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصّة ضيعة الامام (ع) من الوقف.

والجواب اما عن رواية جعفر فبانّها انما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف

---

١ ـ يعنى القرابة من طرف الاب والام كما فى صدر الرواية.

٢ ـ لفظة ذلك اشارة الى البيع وجملة لهم أن يبيعوه خبر ان.

٣ ـ اى على البيع.

٤ ـ اى مع اجتماع الورثة وكون البيع اصلح ام لا.

عليهم لالمجرد كون البيع انفع فالجواز مشروط بالامرين [1] كما تقدم عن ظاهر التزهة وسيجيء الكلام في هذا القول.

بل يمكن ان يقال [2] انّ المراد بكون البيع خيراً لهم مطلق النّفع الذّي يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لارادته فليس مراد الامام (ع) بيان اعتبار ذلك تعبّداً بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السّائل يعنى اذا كان الامر على ماذكرت من المصلحة فى بيعه جاز كما يقال اذا اردت البيع ورايته اصلح من تركه فبع وهذا مما لايقول به احد ويحتمل ايضاً ان يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التّى فرضها السّائل وعن المختلف وجماعة الجواب عنه بعدم ظهوره فى المؤبد [3] لاقتصاره على ذكر الاعقاب.

وفيه نظر لانّ الاقتصار فى مقام الحكاية لايدلّ على الاختصاص اذ يصحّ ان يقال فى الوقف الموبدانه وقف على الأولاد مثلاً وحينئذ فعلى الامام (ع) ان يستفصل

---

١ ـ اى كون البيع انفع واحتياج الموقوف عليهم.

٢ ـ اى احتمال أن يكون المراد بكون البيع خيراً لهم مجرد الخير والصلاح الداعى لارتكاب العاقل له مقابل عدم النفع فى عدم البيع وذلك مخالف للاجماع اذلم يقل احد بجواز البيع بمجرد اقترانه بالمنفعة و الكلام فيما اذا كان البيع انفع بعد وجود النفع فيه وعدمه.

٣ ـ توضيحه أن رواية ابن محبوب والحميرى لاتدلان على كون المراد منه الوقف المؤبد لانه ليس ارثا اصطلاحياً بل هو يشبه بالارث كما يدل عليه ذكر الاعقاب فى رواية الحميرى قال: ان الاعقاب يحدث لهم استحقاق الموصى به بفقد الاباء ولذلك اطلق عليه لفظ التوارث اوتدل على الوقف ولكن لاعلى نحو التأبيد بل يكون كاجارة العين مسلوب المنفعة مدة فيكون متقدراً بقدر حيوة الموصى له فاذا مات عاد جميع منافع العين الموقوفة الى الموقوف عليهم.

اذا كان بين المؤبد وغيره فرق فى الحكم فافهم[١] .

و كيف كان ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الاشكال[٢] على جواز البيع بمجرد الانفعية اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عداما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الاول البايع[٣] يتصرف فيه على ماشاء ومنه يظهر وجه آخر[٤] لمخالفة الروايتين للقواعد فان مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البايع فيكون تجويز البيع فى هذه الصورة والتصرف فى الثمن رخصة من الشارع للبايع فى اسقاط حق اللاحقين آناماً قبل البيع نظير الرجوع فى الهبة المتحقق ببيع الواهب لئلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا .

الصورة الخامسة ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة و قد تقدم عن جماعة تجويز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه و يدل عليه رواية جعفر المتقدمة ويرده ان ظاهر الرواية انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الارض لمؤنة سنة الموقوف عليهم كما لايخفى[٥] .

---

١ ـ لعله اشارة الى أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم اذا لم يكن ظهور عهد اوظهور سئوال فى البين واحتمال العهد هنا كظهور السئوال فى المنقطع لاينكر .

٢ ـ من عدم كونه وقفاً مؤبداً كما فى المقابيس ايضاً .

٣ ـ لان ظاهره أن الثمن ازيد نفعاً للبطن الموجود وليس المراد من الاعودية هو الاكثر عائدة حتى يباع هذا الوقف ويشترى بثمنه مايكون محصوله لجميع الطبقات ازيد من محصول اصل العين الموقوفة .

٤ ـ محصل مخالفتها القواعد هو كون الثمن للبطن الموجود مع ان القاعدة يقتضى الاشتراك .

٥ ـ حيث ان السنة وان لم يذكر فى الرواية الا أن الكفاية ينزل عند المتعارف على السنة .

و هذا اقلّ مراتب الفقر الشّرعى [1] و المأخوذ من عبابر من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضّرورة و الحاجة الشّديدة و بينها و بين مطلق الفقير عموم من وجه اذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لو جدانه من قال الفقراء ما يوجب التّوسعة عليه و قد يتفق الحاجة و الضّرورة الشّديدة فى بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنة سنة فالرّواية بظاهرها غير معمول بها [2] مع انه قد يقال انّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع انفع و لو لم يكن حاجة و كيف كان فلا يبقى للجواز عند الضّرورة الشّديدة الّا الأجماعان المعتضدان بفتوى جماعة وفى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع وعن قاعدة وجوب كون الثّمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود مع وهنه بمصير جمهور المتأخّرين و جماعة من القدماء الى الخلاف بل معارضته بالأجماع المدّعى فى السّرائر اشكال.

الصّورة السّادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة [3] او اذا كان فيه مصلحة البطن الموجود او جميع البطون او عند مصلحة خاصّة على حسب ما يشترط فقد اختلف كلمات العلّامة و من تأخّر عنه فى ذلك فقال فى الأرشاد و لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المأن من قبل الظّالم وشراء غيره بثمنه فالوجه الجواز انتهى.

وفى القواعد و لو شرط بيعه عند الضّرورة كزيادة خراج و شبهه وشراء غيره بثمنه اوعند خرابه و عطلته اوخروجه عن حد الأنتفاع اوقلّة نفعه ففى صحة

---

١ ـ وجه الدلالة أن حذف المتعلق فى احتاجوا يقتضى العموم مع ان ضم قوله (ع) ولم يكفهم تفسيراً له يدل على وجدان ما يكفيهم لبعض معيشتهم فيكون الحاجة التى لا يملكونها منحصرة ببعض السنة وهو الفقر الشرعى و ان لم يكن هنا ضرورة شديدة المؤثرة فى اباحة المحظورات ورفع الحكم الشرعى.

٢ ـ لعدم كونها حجة مع عدم القرينة عليها فالعمل بادلة المنع متعين.

٣ ـ جواز البيع عند حاجة نفسه اواولاده او الموقوف عليهم من بطن الموجودين اواللاحق تبديله بعد البيع بشىء مماثله.

الشرط اشكال[1] ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر انتهى[2].

وذكر في الايضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال فاذا حل بغير شرط فمع الشرط اولى وفي وجه المنع ان الوقف للتابيد و البيع ينافيه قال والاصح انه لايجوز بيع الوقف بحال انتهى.

وقال الشهيد في الدروس ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم اووقوع الفتنة بينهم فاولى بالجواز انتهى.

ويظهر منه ان للشرط تاثيراً وانه يحتمل المنع من دون الشرط والتجويز معه وعن المحقق الكركي انه قال التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف بجواز اشتراط البيع في الوقف اذا بلغ تلك الحالة لانه شرط مؤكد وليس بمناف للتابيد المعتبر في الوقف لانه مقيد واقعاً بعدم حصول احد اسباب البيع والافلا للمنافات فلا يصح حينئذ حبس الان اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفاً مناف لذلك لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً انتهى اقول يمكن ان يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب مايوقفها والمؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت كون جواز البيع مناف لمقتضى الوقف[3] فلعله مناف لاطلاقه ولذا يجتمع

---

١ ـ يعني من جهة كونه شرطاً فاسداً ام لا.

٢ ـ يعني من جهة كون الشرط الفاسد مفسداً ام لا.

٣ ـ اعلم أن المدار في مخالفة الشرط لمقتضى العقد على ان يكون المنشأ في العقد مضاداً للشرط ومناقضاً له فيما لو اشترط في البيع ان يكون بلا ثمن او اشترط في الاجارة ان تكون بلا اجرة او اشترط عدم تصرف المستأجر في الدار المستأجرة اصلا اما اذا لم يكن الشرط منافياً لنفس انشاء العقد بل كان منافياً لاطلاقه فلا مانع منه كما لو اشترط في البيع ان يكون الثمن مؤجلا او ان يكون من غير نقد البلد والمصنف جعل هذا الشرط من الثاني اي الاطلاق لامن الاول وبالجملة لو كان التأبيد من منشآت الواقف فاشتراط بيع الوقف عند الحاجة مناف لمقتضاه واما لو كان من مقتضيات الاطلاق فلا مانع منه

الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته فان التحقيق كما عرفت سـ . انّ جواز البيع لايبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه فاذا بيع خرج عن كونه وقفاً.

ثم انه لو سلم المنافات فانما هو بيعه للبطن الموجود واكل ثمنه واما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف فمعنى كونه حبساً كونه محبوسا من ان يتصرف فيه بعض طبقات الملاك[1] على نحو الملك المطلق واما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه وتجرّده عن مسوّغات الأبدال شرعيّة كانت كخوف الخراب او بجعل الواقف كالاشتراط في متن العقد فتأمّل[2]

ثمّ انّه روى صحيحاً في الكافي ماذكره امير المؤمنين عليه السلام في كيفيّة وقف ماله في عين ينبع و فيه فان اراد يعني الحسن عليه السلام ان يبيع نصيباً من المال ليقضي به الدين فليفعل ان شاء لاحرج عليه فيه وان شاء جعله سرى[3] الملك وان ولد علي وموا ليهم واموالهم الى الحسن بن علي[4] وان كانت دار الحسن بن علي غير دار

و بعبارة اخرى ان كان التأبيد المنافي للبيع من مقومات الوقف فاشتراط البيع يكون منافياً للوقف سواء كان بنحو شرط النتيجة أم بنحو شرط الفعل وان لم يكن من مقوماته فلا مانع من الشرط المذكور :

١ ـ توضيحه أن الحبس وان كان مثل الوقف في عدم جواز التصرف فيه كتصرف الملاك لكن ليس المراد منه مطلق الحبس كالوقف حتى ينافيه اشتراط شيء من التصرفات بل هو عبارة عن حبس مقيد يجوز فيه الاشتراط والبيع في بعض الصور .

٢ ـ لعله اشارة الى أن مقتضى ماذكره المصنف في باب الشروط فساد شرط البيع بدون المسوغات الشرعية وماذكر هنا ينافيه جزئياً اوالى عدم تعدد الوقف مع الحبس

٣ ـ اى قطعة الملك او بمعنى دام وفي نسخة من الوافي شراء بالشين المعجمة فيكون بمعنى المثل يعني ان جعل منافعه مثل منافع ملكه.

٤ ـ يعني وكل نظارة اموال ولد علي (ع) الى الحسن (ع) .

الصّدقة [١] فبداله ان يبيعها فليبعها انشاء ولاحرج عليه فيه فان باع فانّه يقسّم ثمنها ثلاثة اثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب وثلثاً في آل ابيطالب وانّه يضعه فيهم حيث يراه الله ثمّ قال وان حدث في الحسن او في الحسين حدث فان الآخر منهما ينظر في بني عليّ الى ان قال فانه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم وانه يشترط على الذي يجعله اليه [٢] ان يترك هذا المال على اصوله وينفق الثّمرة حيث امره من سبيل الله ووجهه وذوي الرّحم من بني هاشم وبني المطلب والقريب والبعيد لايباع شيء منه ولا يوهب ولايورث الرّواية وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون [٣] وصرف ثمنه فيما ينتفعون به والسّند صحيح والتّاويل مشكل [٤] والعمل اشكل [٥].

---

١ ـ يعني غير دار الصدقة من الصدقات العامة بان تكون موقوفة بالوقوف الخاص فبداله ان يبيع داره ويسكن في دار الصدقة فليبعها ويسكن ولكن يقسم ثمن داره ثلاثة اقسام للمستحقين الثلاثة المذكورة في العبارة.

٢ ـ يعني لايرخصه في البيع في حال من الاحوال غير الحسن (ع) و الحسين (ع).

٣ ـ يعني فضلا عن اجتماع جميع البطون على البيع بمعنى أنه يصح شرط جواز البيع لبعض البطون والخيار لبعض حتى البطن الاول فيكون وقفاً لاصدقة غاية الامر يجوز للحسن (ع) ابقائه على حاله اوجعله منقطعاً.

٤ ـ لعدم الضعف فيها سنداً و دلالة.

٥ ـ لاعراض الاصحاب عن العمل بها وان صدر الرواية تدل على كونها وصية لاوقفا حيث رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال بعث الى بهذه الوصية ابوالحسن (ع) هذا ما اوصى به وقضى في ماله وعد امواله وقال وجعلها صدقة الحديث مضافاً الى جعل البيع بيد الحسنين (ع) المعصومين من الخطاء فلوكان غيرهما لكان يشترط بعدم البيع و الهبة والارث وغيرها نعم ذيل الرواية تدل على الوقف كما لايخفى.

الصورة السابعة[1] ان يؤدى بقائه الى خرابه علماً او ظناً وهو المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبارات المتقدمة والاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه وقد يكون لاله والخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به وقد يكون على وجه نقض المنفعة واما اذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق او ازيد فلا يجوز بيعه الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقاً من ان تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه وقد عرفت ضعفه وقد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع في صورة التادية الى الخراب ولو لغير الاختلاف ومن اخرى تقييدهم به .

الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال والنفس[2] وان لم يعلم او يظن بذلك فان الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك

---

١ ـ الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى هو ان الصورة الاولى خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به رأساً وفي هذه الصورة وجود العلم او الظن طريقاً بتأديته الى الخراب لو بقي بحاله ومن ثم شرع المصنف ببيان احكامها ايضاً مع انها سبقت الاشارة اليها اولا واختار المصنف هنا جواز البيع وفاقاً للمبسوط والغنية والوسيلة وفقه القرآن والنزهة لقصور ادلة المنع عن هذه الصورة وانصرافها عنها مع كون جواز البيع على مقتضى القاعدة لانه بعد ما عرفت ان تحبيس العين انما هو من باب المقدمة وكون الغرض الاصلي التسبيل و هوهنا يتوقف على بيع الوقف فنفس المقدمية تقتضي جواز البيع كما في الصورة الاولى حيث انه بعد احتمال انه يودي الى الخراب فيكون عند العقلاء في حكم الخراب .

٢ ـ هذا مفاد حديث علي بن مهزيار عن ابي جعفر (ع) حيث كتب (ع) بخطه الشريف في جوابه «واعلمه أن رأيي له: ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف، أن بيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس» يخرج هذه الصورة من عدم جواز البيع تخصيصاً مع أن الباب باب التزاحم فيراعى ما هو الاهم لان ترك البيع

خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب[1] لخوف الخراب .

الصورة التاسعة ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم[2] من غير تقييد بتلف المال فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة ان يلزم فساد يستباح منه الانفس والاقوى الجواز مع تادية البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع[3] به نفعاً يعتد به عرفاً سواء كان لاجل الاختلاف او غيره والمنع في غيره من جميع الصّور اما الجواز في الاول فلما مرّ من الدّليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع فان الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فاذا فرض العلم او الظن بانقطاع شخصه فدار الامر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثّاني اولى فليس فيه منافات لغرض الواقف اصلاً .

واما الادلة الشرعية[4] فغير ناهضة لاختصاص الاجماع وانصراف النصوص

← يوجب الى وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن من تلف المال والنفس فهو مثل جواز التصرف في الموقوفة لحفظ الغريق واطفاء الحرين فمدرك الجواز العناوين الثانوية .

١ ـ هذا دليل آخر لجواز البيع و هو تضرر البطن الموجود حيث انه مع عدم البيع يوجب الخراب وانتفاء التسبيل فلابد من البيع لابقاء التسبيل فيكون المورد خارجاً من الاطلاق تخصصاً.

٢ ـ يعني يجوز بيع الوقف بجهة اصلاح كل فتنة وان لم يقيد بتلف المال و النفس ونفس الوقف لكن يشكل جريان قاعدة اصالة الصحة في مورد الشك في قابلية المال للنقل والانتقال كالشك في طرو المسوغ لبيع الوقف.

٣ـ كانتفاء الصورة النوعية ونحوها .

٤ ـ هذا استدلال على جواز بيع الوقف بدفع الموانع و اثبات المقتضيات اما دفع الموانع فان الموانع ثلاثة حق الواقف وادلة المانعة عن بيع الوقف وحق الموقوف عليهم اما حق الواقف فامره دائر بين انقطاع تمام الوقف بخراب الاول وبين انقطاع نفس العين ←

الى غير هذه الصّورة وامّا الموقوف عليهم فالمفروض اذن الموجود منهم وقيام الناظر العامّ والخاصّ مقام غير الموجود.

نعم قد يشكل الأمر [1] فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الأنتفاع الى زمان وجدان البدل او كون البدل قليل المنفعة بالنّسبة الى الباقى .

وممّا ذكر [2] يظهر انّه يجب تأخير البيع الى آخر ازمنة امكان البقاء مع عدم فوات الأستبدال فيه ومع فوته ففى تقديم [3] البيع اشكال ولو دار الامر بين بيعه والأبدال به وبين صرف منفعته الحاصلة مدّة من الزّمان لتعميره ففى ترجيح حقّ البطن الذّى يفوته المنفعة [4] وحقّ الواقف وساير البطون المتأخّرة المتعلّق بشخص الواقف وجهان [5]

←لا بدله ولا ريب أن الثانى اولى واما الادلة الشرعية المانعة فلا يقوم الاستدلال لان الاجماع مخصوص بموردة والنصوص منصرف عن هذا المورد واما حق الموقوف عليهم فالمفروض أن انتفاعهم لا يفوت بل ينتفعون بالبدل عوضاً عن الاصل .

١ ـ توضيحه أنه لو كان الثمن مما لا ينتفع به كالنقدين وكان التبديل محتاجاً الى التأخير الموجب لتعطيل الانتفاع و سقوط حق البطن الموجود فى زمن من الازمان ففى البيع اشكال حينئذ للزومه الضرر.

٢ـ يعنى من لزوم تعطيل انتفاع البطن الموجود .

٣ ـ يعنى تقديم البيع على آخر ازمنة امكان البقاء اشكال ولعل منشأ الاشكال معارضة الغرض الشخصى والجنسى من جهة تعارض حق البطن الموجود وحق البطن اللاحق والضمير فى فوته يرجع الى الاستبدال.

٤ ـ يعنى حتى يباع ويبدل بآخر او يقدم حق الواقف فلا يباع وينصرف المنفعة الى الشخص.

٥ ـ منشأ الوجهين هو التعارض بين حق البطن الموجود المقتضى للبيع والابدال و بين مراعات الغرض الشخصى للواقف المقتضى لصرف المنفعة فى التعمير و سقوط حق الموجود.

لايخلوا اولهما عن قوة[١] اذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته مقدما على الموقوف عليه .

وقد يستدل على الجواز فيما ذكرنا[٢] بما عن التنقيح من ان بقاء الوقف على حاله والحال هذه اضاعة واتلاف للمال وهو منهي عنه شرعاً فيكون البيع جايزا ولعلّه اراد الجواز[٣] بالمعنى الأعم فلا يرد عليه انه يدل على وجوب البيع وفيه انّ المحرّم هو اضاعة المال المسلط عليه[٤] لا ترك المال الذى لا سلطان عليه الى ان يخرب بنفسه والّا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما امكن مقدما على البيع اواذا لم يمكن البيع.

١ـ لحكومة نفي الضرر على مراعات الغرض الشخصي الواجب مما امكن اولتزاحم الحقين وترجيح حق الموجود لكونه أهم.

٢ـ يعنى فى صورة تأدية البقاء على وجه يسقط عن حدّ الانتفاع به نفعاً معتدّاً به .

٣ـ اى لا يرد ايراد صاحب المقابيس على التنقيح بانه لا بد حينئذ من القول بالوجوب لا بالجواز وعلة عدم ورود الايراد كون الجواز بالاعم الشامل بالوجوب ايضاً

٤ - توضيحه أن ادلة حرمة التضييع معارضة بالادلة المانعة من بيع الوقف و هى اما حاكمة عليها اومخصصة لها اما الاول فلان المنع عن البيع يوجب سلب السلطنة على التصرف فتركه حينئذ لا يعد تضييعاً للمال ولا يستند اليه بل الى الله تعالى حيث سلب السلطنة الشرعية عنه فلا يصدق عليه الاتلاف والتضييع لانه عبارة عن ترك التصرف فيما يكون مسلطاً عليه عقلا وشرعاً فليس تضييعاً بل هو تلف قهرى واما الثانى فبالنظر الى انه تضييع عرفى اذ لا يتوقف صدقه عرفاً على السلطنة الشرعية بل يكفى فيه ثبوتها عقلا اوعرفاً فهى ثابتة فيكون دليل المنع مخصصاً لحرمة التضييع الا أن يقال ان النسبة بينهما عموم من وجه فيتساقطان و يرجع الى قوله الناس مسلطون و احل الله البيع فيثبت بذلك جواز البيع لا وجوبه.

والحاصل ان ضعف هذا الدليل بظاهره واضح و يتضح[1] فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لاغير ويتلوه في الضعف ماعن لف وكره والمهذب و غاية المراد من ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذرت فيجوز اخراجه عن حدّه تحصيلاً للغرض منه والجمود على العين مع تعطلها تضييع للغرض كما انه لو تعطّلت الهدى ذبح في الحال وان اختصّ بموضع فلما تعذر مراعات المحل ترك مراعاته لتخلص المعتذر[2].

وفيه ان الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف[3] لانه الذى دلّ عليه صيغة الوقف.

والمفروض تعذره فيسقط وقيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه اقرب الى مقصود الواقف فرع الدّليل على وجوب اعتبار ماهو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذّر اصل الغرض فالاولى منع جريان ادلة المنع مع[4] خوف الخراب المسقط للمنفعة راساً وجعل ذلك مؤيّداً واماّ المنع في غير هذا القسم من الصّورة السابعة وفيما عداها من الصّور اللّاحقة لها فلعموم قوله عليه السلام لايجوز شراء الوقف ولاتدخل الغلّة في ملكك فان ترك الاستفصال فيه عن علم المشترى بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزة وعدمه الموجب لحمل فعل البايع على الصّحة يدلّ على انّ الوقف مادام له غلة لايجوز بيعه وكذا قوله (ع) الوقوف على حسب

---

١ ـ وجه اتضاح الفساد كونه تضييع للمال واتلاف على البطون اللاحقة.

٢ ـ يعنى ترك مراعاة المحل لتخلص ذى العذر عن التعطيل.

٣ـ هذا دليل ثان من المصنف على جواز بيع الوقف الا ان دليله الاول كان ناظراً الى دفع المانع عن البيع وهذا ناظر الى اثبات المقتضى وأن البيع موجب لحفظ غرض الواقف.

٤ـ هذا الظرف متعلق بالمنع المضاف والمراد من ادلة المنع هى الادلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف فيرجع الى اصالة الجواز.

مايوقفها اهلها انشاءالله ومادل على انه يترك حتى يرثها وارث السموات والارض هذا كلّه مضافا الى الاستصحاب [1] فى جميع هذه الصور وعدم الدليل الوارد عليه عدا المكاتبة المشهورة التّى انحصر تمسّك كل من جوزه فى هذه الصّوَر فيها وهى مكاتبة ابن مهزيار قال كتبت الى ابيجعفر الثانى (ع) ان فلاناً ابتاع ضيعة فاوقفها وجعل لك فى الوقف الخمس ويسئلك عن رأيك فى بيع حصتك من الارض اوتقويمه على نفسه بما اشتراها اويدعها موقوفة فكتب الىّ اَعلِمْ فلانا انى آمره ببيع حصتى من الضيعة وايصال ثمن ذلك الى ان ذلك رأيى انشاءالله تعالى اويقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق له قال فكتب اليه انّ الرجل ذكر ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافاً

---

١ ـ قيل غرضه من هذا الاستصحاب اما استصحاب المنع عن البيع الثابت قبل عروض تلك العوارض المحتمل كونها مجوزة واما استصحاب عدم رافعية العوارض المزبورة للمنع عن البيع بمعنى عدم جعل الرافعية لها فى الشرع فان الرافعية الشرعية كسائر الاحكام الشرعية مسبوقة بالعدم الازلى و اما المراد من الاستصحاب فهو استصحاب الاحكام الثابتة قبل البيع والمعاوضة بعدها وبعبارة اخرى استصحاب بقاء العوضين بعد المعاوضة على حالهما قبل المعاوضة فيحكم بعد البيع ببقاء الوقف على ملك الموقوف عليهم وثمنه على ملك المشترى ثم استشكل بكل واحد منها وذكرها لايناسب المقام الا انه لابد ان يعلم وجود الترتب بين الاستصحابين الاولين كما ان الترتب موجود بين الاستصحابين الاولين وبين الاستصحاب الاخر فيسقط الاخر عند جريانهما و يجرى عند سقوطهما حيث ان جريان الاستصحابين مبنى على عدم الرجوع فى حكم الفرد الذى خرج عن حكم العام يقيناً فى زمان و شك فى رجوعه ثانياً الى حكم العام و ابقائه على الحكم السابق والاكان المتعين الحكم بجواز البيع مع الشك نظراً الى عموم وجوب الوفاء بالعقود بالنسبة الى كل فرد من افراده ومن جملته عقد البيع الواقع على العين الموقوفة.

شدید أو انّه لیس بأمن انْ یتفاقم[1] ذلك بینهم بعده فان کان تری ان یبیع هذا الوقف ویدفع الی کلّ انسان منهم ماوقف له من ذلك امرته فکتب بخطّه و اعلمه[2] انّ رأیی ان کان قد علم الاختلاف بین ارباب الوقف ان بیع الوقف امثل فلیبع فانّه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال والنّفوس الخبر حیث انّه یمکن الاستدلال للجواز بها فی القسم الثّانی من الصّورة السّابعة[3] بناءً علی انّ قوله فانّه انتهی تعلیل لجواز البیع فی صورة الاختلاف وانّ المراد بالمال هو الوقف[4] فانّ ضمّ النّفوس انّما هو لبیان الضّرر الآخر المترتّب علی الاختلاف لا انّ المناط فی الحکم هو اجتماع الأمرین کما لا یخفی فیکون حاصل التّعلیل انّه کلّ ما کان الوقف فی معرض الخراب جاز بیعه.

وفیه انّ المقصود جواز بیعه اذا دّای بقائه الی الخراب علماً اوظنّاً لا مجرّد کونه ربّما یؤدّی الیه المجامع للاحتمال المساوی او المرجوح[6] علی ماهو الظّاهر من لفظ ربما کما لا یخفی علی المتتبّع لموارد استعمالاته ولا اظنّ احداً یلتزم بجواز

١ـ ای یحفظ وعن الصحاح تفاقم الامر ای عظم.

٢ـ اعلمه امر من باب الافعال وکذا قوله اعلم فلاناً والخطاب الی الکاتب السائل ثم انه یحتمل استثناء الواقف حصة الامام من الوقف فیکون ملکاً طلقاً للامام(ع) ثم قوله (ع) اویدعها موقوفة استیذان منه فی وقف حصته او ان المراد من الموقوفة فیه معناه اللغوی الذی هو المتروکة لا الاصطلاحی.

٣ـ وهو خوف الخراب الموجب لنقص المنفعة.

٤ـ لاعموم الاموال ومنها الوقف.

٥ـ حاصله ان ضم النفوس الی الاموال لیس علی وجه الانضمام الحقیقی بل کل واحد علی سبیل الانفراد.

٦ـ حاصله انه لایکفی فی جواز البیع ادائه الی الخراب بالاحتمال المساوی اوالمرجوح الذی هوظاهر لفظ ربما بل لابد من وجود العلم او الظن بالاداء الی الخراب او الخوف.

البيع بمجرّد احتمال ادّاء بقائه الى الخراب لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كماعرفت بين قولهم ادنى بقائه الى خرابه وبين قولهم يخشى او يخاف خرابه و الخوف عندالمشهور كمايعلم من سايرموارد اطلاقاتهم مثل قولهم يجب الأفطار و التيمّم مع خوف الضّرر ويحرم السّفر مع خوف الهلاك ولايتحقّق الّا بعد قيام امارة الخوف هذا مع انّ مناط الجواز [1] على ماذكر تلف الوقف راساً و هو القسم الأوّل من الصّورة السّابعة الّذى جوّزنا فيه البيع فلايشمل الخراب الّذى لايصدق معه التّلف [2] مع انّه لاوجه بناء على عموم التّعليل [3] للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف بل كلّما خيف تلف مال جاز بيع الوقف .

واما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع فى الصّورة الثّامنة وهى صورة وقوع الاختلاف الّذى ربّما اوجب تلف الأموال والنّفوس فهو انّ الحكم بالجواز معلّق على الاختلاف [4] الآتى قوله فانّه ربّما انتهى مقيّد بالاختلاف الخاصّ وهو الّذى لايؤمن معه من التّلف لأنّ العلّة يقيّد المعلول كمافى قولك لاتاكل الرّمان لأنّه حامض [5] .

---

١ ـ توضيحه أن مناط الجواز المذكور فى الحديث على التقريب الذى ذكره فى وجه الاستدلال به انما هو تلف العين الموقوفة وهذا لايوجه الافى القسم الاول من الصورة السابعة التى اشار اليه هناك بقوله قد يكون على حد وجه سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به وعلى هذا فلايتأتى الاستدلال بالحديث فى غير القسم الاول من الصورة السابعة فلايتم الاستدلال به فى غيره .

٢ ـ وذلك لبقاء بعض المنافع مع الخراب فلايصدق التلف معه.

٣ ـ يعنى أن مقتضى عموم العلة جواز البيع كلما خيف تلف مال ولو كان غير الوقف لاخصوص خراب الوقف

٤ ـ يعنى حكمه (ع) بجواز بيع الوقف بقوله (ع) ان بيع الوقف امثل علق على الاختلاف حيث قال (ع) ان كان قد علم الاختلاف .

٥ ـ حيث ان الحموضة تدل على عدم جواز اكل الرمان فقط فلا يودى الى عدم جواز كل الحامض.

وفیه ان اللازم علی هذا تعمیم [1] الجواز فی کل مورد لایؤمن معه من تلف الاموال اوالنفوس وانلم یکن من جهة اختلاف الموقوف علیهم فیجوز بیع الوقف لاصلاح کل فتنة وانلم یکن لها دخل فی الوقف اللهم الاان یدعی سوق العلة مساق التقریب لاالتعلیل الحقیقی حتی یتعدی الی جمیع موارده لکن تقیید الاختلاف حینئذ بکونه ممالایؤمن ممنوع وهو الذی فهمه الشهید ره فی ضه کما تقدم کلامه لکن الحکم [2] علی هذا الوجه مخالف المشهور فلایبقی حینئذ وثوق بالروایة بحیث یرفع الید بها عن العمومات والقواعد مع مافیها من ضعف الدلالة کماسیجیء الیه الاشارة [3] وممّا ذکرنا یظهر تقریب الاستدلال علی الصّورة التاسعة [4] ورده .

واما تقریب الاستدلال علی الصّورة العاشرة فهوان ضم تلف النفس الی تلف

۱ـ ای تعمیم الجواز لما ذکره المصنف نظرالی عموم العلة ولایلتزم به المستدل فیکون محصل اشکال المصنف أن الفقرة الاخیرة لو کانت للتعلیل کان للتعمیم حیث ان العلة کما تخصص تعمم ایضا والا لم یکن للتخصیص وجه اصلا کمالایخفی.

۲ـ یعنی حکم جواز بیع الوقف .

۳ ـ سیجیء الاشارة الیه من المصنف بعد اثنی عشر سطراً بقوله لکن الانصاف ان هذا لایمنع من جبر ضعف دلالة الروایة.

٤ـ اما الاستدلال فهوان یقال ان المراد من الاختلاف الذی علق علیه جواز البیع لیس هو تلف الانفس و الاموال حقیقة بل هو کنایة عن الضرر العظیم ففی کل مورد یودی الی ذلک ولو بالنسبة الی الوقف او الموقوف علیه یجوز البیع لمقتضی عموم التعلیل و اما الرد فبان یقال انه لوکان العبرة بالعموم لجاز البیع لرفع کل فتنة و ان لم یکن من جهة الاختلاف بین الموقوف علیهم و المستدل لایلتزم بذلک لکون هذا الاستدلال مخالفاً للاجماع فلایبقی حینئذ وثوق بالروایة بحیث یرفع الید بها عن العمومات والقواعد.

الأموال مع ان خوف تلف الانفس يتبعه خوف تلف المال غالباً [١] يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة الى حيث يخاف منه تلف النفس ولا يكفي بلوغه الى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط .

وفيه ان اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة مع ان ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الاموال او النفوس والمقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الانفس .

والحاصل ان جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف الراجعة الى اعتبار اداء بقاء الوقف علما اوظناً او احتمالا الى مطلق الفساد او فساد خاص [٢] او اعتبار الاختلاف مطلقا او اختلاف خاص مستنده الى ما فهم اربابها من المكاتبة المذكورة والاظهر في مدلولها هو اناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الاموال و النفوس لا مطلق الاختلاف لان الذيل مقيد [٣] ولا خصوص المؤدى علما اوظنا لان موارد استعمال لفظة ربما اعم من ذلك ولا مطلق ما يؤدي الى المحذور المذكور لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص وان كان فيه اشارة الى التعليل وعلى ما ذكرنا فالمكاتبة غير مفتى بها عند المشهور لان الظاهر اعتبارهم العلم

---

١ ـ محصله أن مقتضى عطف النفوس على الاموال وان كان هو اعتبارهما معاً الا ان ذكر الاموال وارد مورد الغالب لعدم انفكاك تلف النفوس عنها فيكون كالقيد الوارد مورد الغالب في عدم الفائدة.

٢ ـ المراد من مطلق الفساد ما يعم نقص المنفعة ومن الخاص ما يختص بصورة انتفاء المنفعة والمراد من الاختلاف المطلق ما يعم صورة عدم اداءه الى تلف الانفس والاموال كما قال به الشهيد ومن الاختلاف الخاص هو المؤدى اليهما.

٣ ـ مراده من ذيل الرواية هو قوله (ع) فانه ربما جاء الخ فانه مقيد لاطلاق الصدر .

او الظّن بادّاء بقائه الی الخراب الغیر الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و الانفس فیکون النسبة بین فتوی المشهور و مضمون الروایة عموماً من وجه[1].

لکن الانصاف انّ هذا[2] لایمنع من جبر ضعف دلالة الرّوایة وقصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشّهرة لانّ اختلاف فتاوی المشهور انما هو من حیث الاختلاف فی فهم المناط الّذی انیط به الجواز من قوله علیه السلام ان کان قد علم الاختلاف المنضمّ الی قوله فانّه ربّما جاء فی الاختلاف.

واما دلالة المکاتبة علی کون مورد السّئوال هو الوقف المؤبّد التّامّ فهی علی تقدیر قصورها منجبرة بالشّهرة فیندفع بها ما یدّعی من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها فی المؤبّد لعدم ذکر البطن اللّاحق[3] وظهورها فی عدم اقباض الموقوف علیهم وعدم تمام الوقف کما عن الایضاح واوضحه الفاضل المحدّث المجلسی وجزم به المحدّث البحرانی ومال الیه فی الرّیاض قال الاوّل فی بعض حواشیه علی بعض کتب الاخبار انه یخطر بالبال انه یمکن حمل الخبر علی ما اذا لم یقبضهم الضّیعة الموقوفة علیهم ولم یدفعها الیهم وحاصل السّئوال انّ الواقف

---

۱ ـ اعمیة فتوی المشهور من جهة العلم او الظن بالتلف و اخصیته من جهة اختصاصه بتلف خصوص الوقف واخصیة الروایة من جهة اختصاصها بالعلم فقط واعمیتها من جهة تلف الوقف وغیره من الاموال.

۲ ـ محصله أن وجود هذه النسبة بین فتوی المشهور وبین الروایة لایمنع من جبر ضعف دلالة الروایة علی جواز بیع الوقف لما ذکره المصنف من العلة.

۳ ـ کما تنبه لذلک شیخنا الصدوق فی کتاب من لایحضره الفقیه حیث قال: هذا وقف کان علیهم دون من بعدهم ولو کان علیهم وعلی اولادهم ما تناسلوا ومن بعدهم علی فقراء المسلمین الی أن یرث الله الارض ومن علیها لم یجز بیعه ابداً انتهی

هذا ولکن لظاهر اتفاق القائلین باستفادة الجواز من الروایة وانداعم من الوقف المؤبد التام والمنقطع کما سیذکره المصنف ایضاً بعد اسطر.

يعلم انه اذا دفعها اليهم يحصل بينهم الاختلاف ويشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع اليهم فى تلك الضيعة اوفى امر آخر فهل يدعها موقوفة ويدفعها اليهم او يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع اليهم ثمنها ايهما افضل انتهى موضع الحاجة .

والانصاف انه توجيه حسن لكن ليس فى السئوال مايوجب ظهوره فى ذلك فلايجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال فى الجواب كما ان عدم ذكر البطن اللاحق لايوجب ظهور السئوال فى الوقف المنقطع اذ كثيراً مايقتصر فى مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

والحاصل ان المحتاج الى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد لاتعيين مانيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة اومايؤدى الفتنة اليه اوغير ذلك مما تقدم من الاحتمالات فى الفقرتين[1] المذكورتين.

نعم يحتاج الى الاعتضاد بالشهرة من جهة اخرى وهى ان مقتضى القاعدة كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون وظاهر الرواية تقريره للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين فلابد اما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة الا بتكلف[2] سقوط حق سائر البطون عن الوقف آناً ماقبل البيع لتقع المعاوضة فى مالهم واما من حمل السئوال على الوقف المنقطع اعنى الحبس[3] الذى لااشكال

---

١ ـ المراد من الفقرتين احدهما قوله (ع) ان كان قد علم الاختلاف و الثانى قوله (ع) فانه ربما جاء انتهى .

٢ ـ الاستثناء متعلق بلفظ مقتضى لابلفظ رفع و الضمير المجرور باضافة لفظ المال اليه يعود الى الموجودين لاالى سائر البطون .

٣ ـ تفسير المصنف الوقف المنقطع بالحبس اشارة الى عدم كونه منقطعاً اصطلاحياً لوجود الخلاف فيه بين الفقهاء من جهة بقائه فى ملك الواقف على اقوال .

فی بقائه علی ملک الواقف او علی الوقف الغیر التّام لعدم القبض او لعدم تحقق صیغة الوقف وان تحقّق التوطین علیه وتسمیته وقفاً بهذا الأعتبار.

ویؤیّده تصدّی الواقف بنفسه للبیع الآن یحمل علی کونه ناظراً او یقال انه اجنبیّ استأذن الأمام (ع) فی بیعه علیهم حسبة[1] بل یمکن ان یکون قد فهم الأمام (ع) من جعل السّائل قسمة الثّمن بین الموجودین مفروغاً عنها مع انّ المرکوز فی الأذهان اشتراک جمیع البطون فی الوقف وبدله انّ مورد السئوال هو الوقف الباقی علی ملک الواقف لأنقطاعه او لعدم تمامه.

ویؤیّده[2] انّ ظاهر صدره المتضمّن لجعل الخمس من الوقف للأمام (ع) هو هذا النّحو ایضاً الاّ ان یصلح هذا الخلل وامثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبّد التّامّ ویقال انه لاباس بجعل الخبر المعتضد بالشّهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بیع الوقف وموجباً لتکلّف الألتزام لسقوط حقّ اللاّحقین عن الوقف عند ارادة البیع او نمنع تقریر الامام (ع) للسّائل فی قسمة الثّمن الی الموجودین.

ویبقی الکلام فی تعیین المحتملات فی مناط جواز البیع وقد عرفت الأظهر منها لکن فی النّفس شیء من الجزم بظهوره فلو اقتصر علی المتیقّن من بین المحتملات وهو الأختلاف المؤدّی علماً او ظنّاً الی تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف علیهم کان اولی والفرق بین هذا والقسم الأوّل من الصّورة السابعة الّذی جوّزنا فیه البیع انّ المناط فی ذلک القسم العلم او الظّن بتلف الوقف راساً والمناط هنا خراب الوقف الّذی یتحقّق به تلف المال وان لم یتلف الوقف فانّ الزّاید من المقدار الباقی مال قد تلف ولیس المراد من التّلف فی الرّوایة تلف الوقف راساً حتی یتحد مع ذلک القسم المتقدّم اذ لا یناسب هذا ما هو الغالب فی تلف الضیعة

---

١ ـ یشکل هذا الاستیذان مع وجود الموقوف علیه المالک للوقف.

٢ ـ یعنی یؤید کون مورد السئوال هو الوقف الباقی علی ملک الواقف ووجه التأیید ظهور ان الموقوف علیه هو الامام (ع) وهو لا یصح الا بهذا النحو.

التى هى مورد الرواية فان تلفها غالباً بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شانها .

ثم انّ الظاهر من بعض العبارات المتقدّمة بل المحكىّ عن الاكثر ان الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود الاان ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو انّه يشترى بثمنه مايكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف تحصيلا لمطلوب الواقف بحسب الأمكان.

وهذا منه قدس سرّه مبنىّ على وجه ظهور الرواية فى تقرير السائل فى قسمة الثّمن على الموجودين اوعلى منع العمل بهذا التقرير فى مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون فى البدل كالمبدل .

لكنّ الوجه الثّانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن مايباع للحاجة الشّديدة تمسّكاً برواية جعفر فتعين الاول وهو منع التقرير لكنّه خلاف مقتضى التّأمل فى الرّواية .

و اما الوقف المنقطع [1] وهو ما اذا وقف على من ينقرض بناء على صحّته

١ـ اعلم أن فى الوقف المنقطع صورتان .

احديهما ان يكون منقطعاً من جهة تقيده بالزمان المعين كان يقول الواقف وقفت ذلك الى عشرين سنة .

وثانيهما ان يكون الانقطاع من جهة انقراض الموقوف عليهم كالوقف على الاولاد مع عدم ذكرهم من المسلمين فنفس الوقف لاتقييد فيه وانما التقييد من قبل الموقوف عليهم فلامجال للبطلان فى الصورة الاولى ايضاً بنحو الاطلاق لوحدة حقيقة الوقف والتعدد انما هو فى الافراد نظير عقد الدوام و الانقطاع الا ان يقال : ان التأبيد اما شرط فى الوقف فى حقيقته لكن يمنعه انه ليس المراد هنا الوقف بل هو الحبس المختلف وقته و اختلاف الاحكام لايوجب اختلاف الحقيقة وانما الاختلاف من ناحية الاطلاق والتقييد واشار اليه المصنف وهو كون الانقطاع بانقراض الموقوف عليهم الذى اختلف فيه الاقوال .

كماهو المعروف فاما ان نقول ببقائه على ملك الواقف واما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم وعلى الثانى فاما ان يملكوه ملكا مستقراً بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم واما ان يقال بعوده الى ملك الواقف واما ان يقال بصيرورته فى سبيل الله فعلى الاول لايجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك وفى جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم اشكال من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به.

ولذا منع الاصحاب كما فى الايضاح على ماحكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة مدة العدة مع عدم كثرة التفاوت نعم المحكى عن جماعة كالمحقق والشهيدين فى لك والدروس وغيرهم صحة البيع فى السكنى الموقتة بعمر احدهما.

بل ربما يظهر من محكى التنقيح الاجماع عليه ولعله اما لمنع الغرر [1] واما للنص وهو ماروواه المشايخ الثلثة فى الصحيح والحسن عن الحسين بن نعيم قال سئلت

---

١ ـ يعنى منع وجود الغرر للعلم باستحقاق الموقوف عليهم اذا كان مشترياً ولو من غير جهة البيع فزمان التسليم والانتفاع كان معلوماً فلاغرر فى البين ويحتمل ان يكون نظره الى انه لامانع من هذا الغرر الموجود فى المبيع لان الظاهر من دليل نفى الغرر منع جهالة المبيع دون المنافع كما لايضر الجهالة فى التوابع كاللبن فى الضرع والبيض فى بطن الدجاج.

ثم انه لايخفى ان اصل جواز البيع مفروغ عنه عند المصنف وانما الاشكال من ناحية الغرر والجهل لكن اصل الجواز ايضاً مورد الاختلاف لان حقيقة الوقف مقتضى لعدم جواز التصرف للتنافى بينه وبين جهة التصرف ولعل نظره الى أن حقيقة الوقف مؤبداً كان او منقطعاً تحبيس العين وتسبيل المنفعة سيما اذا كان بنحو لايصادم التسبيل كالتصرف فى العبد الموقوف بالعتق فان عتقه مع بقاء خدمته للموقوف عليه مما لامانع منه فيعتق مع بقاء التسبيل كما فى بعض صور المسئلة.

اباالحسن «ع» عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حيوته ولعقبه من بعده قال هى له ولعقبه من بعده كما شرط قلت وان احتاج الى بيعها قال نعم قلت فينتقض البيع السكنى قال لاينقض البيع السكنى كك سمعت ابى يقول قال ابو جعفر لاينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على ان الذى يشتريه لايملك ما اشتريه حتى ينقضى السكنى على ماشرط الخبر .

ومع ذلك فقد توقف فى المسئلة العلامة وولده والمحقق الثانى ولو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه لعدم الغرر ويحتمل العدم لان معرفة المجموع المركب من ملك البايع وحق المشترى لايوجب معرفة المبيع وكذا لو باعه ممن انتقل اليه حق الموقوف عليه نعم لو انتقل الى الواقف ثم باع صح جزماً واما مجرد رضاء الموقوف عليهم فلايجوز البيع من الاجنبى لان المنفعة مال لهم فلاينتقل الى المشترى بلاعوض.

اللهم الاان يكون على وجه الاسقاط لو صححناه منهم او يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم فيكون العوض موزعاً عليهما ولابد ان يكون ذلك على وجه الصلح[1] لان غيره لايتضمن نقل العين والمنفعة كليهما خصوصاً مع جهالة المنفعة .

ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه لو اتفق الواقف والموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز سواء اراد بيع الواقف او بيع الموقوف عليه كما[2] يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسئلة السكنى حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضاء مالك الانتفاع او المنفعة.

---

١ ـ وذلك لعدم المانع من انتقال المنافع بتبع الاصل بعد اذن مالك المنافع نعم مع عدم الاذن يقع فضولياً .

٢ ـ يعنى مع رضا كل واحد منهما وقوله فتأمل اشارة الى انه حق انتفاع الغير القابل للاسقاط .

نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما في السكنى على قول صحّما ذكره لامكان سقوط الحق بالاسقاط بخلاف المال فتأمل .

وتمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى والحبس انشاء ... وعلى الثاني[1] فلايجوز البيع للواقف لعدم الملك ولا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقائه في يدهم الى انقراضهم .

و على الثالث فلايجوز البيع للموقوف عليه و ان اجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين كما لايجوز ايضاً للواقف الغير المالك فعلاً وان اجاز الموقوف عليه الا اذا جوزنا بيع ملك الغير[2] مع عدم اعتبار مجيزه في الحال بناء على انّ الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الاجازة لعدم تسلطه على النقل فاذا انقرض الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع .

ثم انه قد اورد على القاضي قدس سره حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف

---

١ ـ يعني بناء على انتقاله الى الموقوف عليهم فلايجوز البيع للواقف لانه بعد اخراج المال عن ملكه بالوقف صار اجنبياً فلايجوز له التصرف فيه مطلقا هذا ولكن نقول يحتمل وجه جواز البيع للواقف بانه بناءاً على رجوعه الى ورثته بعد انقراض الموقوف عليهم فلامانع منه كما ورد في صدقة امير المؤمنين حيث انه (ع) جعل الخيار لابي محمد الحسن (ع) مع ان انشاء وقف المنقطع انشاء ملكية الموقوف عليهم في بعض قطعات الزمان وهو الى حين الانقراض واما بعده فيبقى على ملكه واما بيع الموقوف عليهم فلايجوز ضرورة أنه وان كان الملك وقفاً لهم فعلا لكنه ليس كسائر املاكهم المطلقة بحيث يصح لهم مطلق التصرفات بل هو على نحو خاص وهو ابقاء العين والانتفاع بمنافعه الى أن ينقرضوا وهذا معنى قولهم يشترط في المبيع ان يكون ملكاً طلقاً للبايع .

٢ ـ اشار ره الى المبنى من انه لو كان المانع من الصحة عدم الملك الفعلي جاز ووقع فضولياً .

المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف ويمكن دفع التنافي بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده الى الواقف .

الان الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع ويتضح ذلك في مراجعة المسئلة في كتاب الوقف وعلى الرابع فالظاهر ان حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرّح به المحقق الثاني على ما حكي عنه لانه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص

ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فانما هو بالنسبة الى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف اما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فان قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم[1] و اما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الاخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد فيشترك معه في المنع في الصورة التي منعنا وفي الجواز في الصورة التي جوزنا بالاشتراك دليل المنع و يتشاركان ايضا في حكم الثمن بعد البيع .

مسئلة : ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا فان الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون وحكي عن

١ ـ من عدم الجواز .

ثم اعلم انه لما كان بحث الرق من الابحاث التي لا فائدة فيها لانقراض العبد والاماء بعد ان جاء الاسلام وان كانوا موجودين قبله و لكن الاسلام جعل فيها شرائط اوجبت اعتاق العبيد و الاماء وانعتاقهم تدريجاً وان لم يات بحكم دفعي لكون الناس حديثوا عهد بالاسلام ولئلا يكونوا هالكين في ذلك الزمان فاذاً لا يناسب البحث في حكم قد انتفى موضوعه وان كان المراد هو تعلم القواعد بهذا البحث في البحوث اللازمة الفقهية الحية موجودة كثيرة لا بد من العلم بقواعدها فاذاً نطرح بحث العبيد والاماء و نشرح ما بعدها من البحوث

(ف) اجماع الفرقة و اخبارهم على ذلك و قد حكى الاجماع عن غيره ايضا وعن المختلف فى باب تزويج الامة المرهونة انه ارسل عن النبى ﷺ ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف .

و انما الكلام فى ان بيع الراهن هل يقع باطلا من اصله[1] اويقع موقوفا على الاجازة[2] اوسقوط حقه باسقاطه[3] اوبالفك .

فظاهر عبارجماعة من القدماء وغيرهم الاول الا ان صريح الشيخ فى النهاية و ابن حمزة فى الوسيلة وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم هو كونه موقوفاً وهو الاقوى للعمومات السليمة عن المخصص لان معقد الاجماع والاخبار الظاهرة فى المنع عن التصرف هو الاستقلال[4] كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ماثبت فى محله من وقوع تصرف المرتهن موقافا لاباطلا و على تسليم الظهور فى بطلان التصرف راساً فهى مرهونة بمصير جمهور المتاخرين على خلافه هذا كله مضافا على ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده اذ المستفاد منه ان كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يرتفع المنع ويحصل التاثير بارتفاع المنع وحصول الرضاه وليس ذلك كمعصية الله اصالة فى ايقاع العقد التى لا-

---

← وهو بحث الرهن .

١- كما عليه صاحب المقابيس بقوله ان القدر المتيقن من صحة الفضولى هو ما اذا قصد الفضولى البيع من المالك فاجازه المالك و ذلك لايتصور فى بيع الراهن لانه هو بنفسه يكون مالكاً فلا يمكن ان يقصد البيع من غيره.

٢- كما اختاره المصنف.

٣- اى باسقاط المرتهن حقه او سقوط حقه بتمام الوقت واداء الدين اوفك الرهن اوابرائه الراهن من الدين .

٤- يعنى مع عدم الاذن

٥- كما فى تصرف المفلس فى متعلق حق الغرماء وتزويج الامة على الحر تزويج ←

يمكن ان يلحقها رضا الله تعالى هذا كله مضافا الى فحوى[1] ادلة صحة الفضولي لكن الظاهر من التذكرة ان كل من ابطل عقد الفضولي ابطل العقد هنا.

وفيه نظر لان من استند في البطلان في الفضولي الى مثل قوله «ص» لا بيع الا في ملك لا يلزمه البطلان هنا بل الاظهر ما سيجيء عن ايضاح النافع من ان الظاهر وقوف هذا العقد وان قلنا ببطلان الفضولي.

وقد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه[2] من القول بالبطلان متمسكا بظاهر الاجماعات والاخبار المحكية على المنع والنهي[3]

قال وهو موجب للبطلان وان كان لحق الغير اذ العبرة بتعلق النهي بالعقد كالامر خارج منه وهو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف وام الولد وغيرهما مع استوائهما في كون سبب النهي حق الغير ثم اورد على نفسه بقوله.

فان قلت فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن مع ان كثيرا من الاصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع او صحته فالفرق تحكم.

بنت الاخ او الاخت على العمة او الخالة بل قال بعضهم باللزوم في المقام وانتقال العين الى المشترى مستحقة للمرتهن فيكون حق المرتهن ايضاً محفوظاً مع كون العين ملكاً للمشترى.

١ ـ وجه الاولوية أن المبيع في بيع الفضولي ليس ملكاً للفضولي وهنا ملك للراهن فيصح العقد لصدوره من اهله و وقوعه في محله مع ارتفاع المانع ولو قلنا بان الاجازة من شرائط التأثير لان هذا الاستناد مسامحة في التعبير.

٢ ـ يعني صاحب المقابيس.

٣ ـ يعني ما في يد المرتهن ممنوع من التصرف ومنهي عنه لقوله (ص) الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف وقوله (ص) لا تبع ما ليس عندك.

قلنا انّ التصرّف المنهيّ عنه ان كان انتفاعاً بمال الغير فهو محرم ولا يحلّ له الاجازة المتعقّبة وان كان عقداً او ايقاعاً فان وقع بطريق الأستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر انّه كذلك كما سبق في الفضولي والّا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي .

فالعقد الصّادر عن الفضولي قد يكون محرّماً وقد لا يكون كذلك وكذا الصّادر عن المرتهن ان وقع بطريق الأستقلال المستند الى البناء على ظلم الرّاهن وغصب حقه او الى زعم التسلّط عليه بمجرّد الأرتهان كان منهياً عنه وان كان بقصد النّيابة عن الرّاهن في مجرّد اجراء الصّيغة فلا يزيد عن عقد الفضولي فلا يتعلّق به نهي اصلا .

و امّا المالك فلمّا حجر على ماله برهنه وكان عقده لا يقع الا مستنداً الى ملكه وانحصار المالكيّة فيه ولا مغنى لقصده النّيابة فهو منهيّ عنه لكونه تصرفا مطلقا ومنافياً للحجر الثّابت عليه فيخصص العمومات بما ذكر ومجرد الملك لا يقضي بالصحة اذ الظاهر بمقتضى التّأمل انّ الملك المسوغ للبيع هو ملك الاصل مع ملك التصرف فيه و لذا لم يصحّ البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك وكان ناقصاً للمنع عن التّصرّف[1] .

ثمّ قال وبالجملة فالذّي يظهر بالتتبّع في الادلة ان العقود مالم تنته الى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على اجازته واما اذا انتهت الى اذن المالك او اجازته او صدرت منه وكان تصرّفه على وجه الاصالة فلا تقع على وجهين بل تكون فاسدة او صحيحة لازمة اذا كان وضع العقد على اللّزوم واما التعليل المستفاد من الرّواية المروية في النّكاح من قوله لم يعص الله وانما عصى سيده انتهى فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما ان العبد لا يملك امر نفسه واما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرّفه ولا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكاً وانّما منع الله من تفويت حقّه بالتصرّف وما ذكرناه جار في كل مالك متموّل لامر نفسه اذا حجر على ماله لعارض كالفلس وغيره فيحكم بفساد الجميع .

١ـ مثل الوقف بالنسبة الى الموقوف عليه وام الولد بالنسبة الى مولاها وغير ذلك.

و ربّما يتّجه الصّحّة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشّفعة فالقول بالبطلان هنا كما اختاره اساطين الفقهاء هو الأقوى انتهى كلامه رفع مقامه.

ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الأستقلال وبيعه على وجه النّيابة ومنع اقتضاء مطلق النّهي لا لأمر خارج للفساد.

اوّلاً انّ نظير ذلك يتصوّر في بيع الرّاهن فانّه قد يبيع رجاء لأجازة المرتهن ولا ينوي الأستقلال وقد يبيع جاهلاً بالرّهن [1] او بحكمه او ناسياً ولا حرمة في شيء من ذلك [2]

وثانياً انّ المتيقّن من الأجماع والأخبار على منع الرّاهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارة معقد الأجماع والأخبار اعني قولهم الرّاهن والمرتهن ممنوعان.

و معلوم انّ المنع في المرتهن انّما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً و حاصله يرجع الى منع العقد على الرّهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الأستقلال وعدم مراجعة صاحبه في ذلك واثبات المنع ازيد من ذلك يحتاج الى دليل ومع عدمه يرجع الى العمومات.

واما ما ذكره من منع جريان التّعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً الى الفرق بينهما فلم اتحقّق الفرق بينهما بل الظّاهر كون النّهي في كلّ منهما لحقّ الغير فانّ منع الله جلّ ذكره من تفويت حقّ الغير ثابت في كلّ ما كان النّهي عنه لحقّ الغير من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الرّاهن.

واما ما ذكره من المساواة بين بيع الرّاهن وبيع الوقف وام الولد.

---

١ ـ يعني الجهل لا عن تقصير كما احتمله الايرواني ويحتمل ان يكون مراد الشيخ الجهل بالموضوع كما مثل بالرهن والمراد من الجهل بالحكم هو عدم جواز بيع العين المرهونة والمراد من النسيان نسيان الموضوع والحكم معاً.

٢ ـ اى من ذلك المسائل المذكورة لوجود الجهل فيبقى الصحة وهي تتم بالاجازة.

ففيه انّ الحكم فيهما تعبّدو لذا لا يؤثّر الأذن السّابق فى صحّة البيع فقياس الرّهن عليه فى غير محلّه وبالجملة فالمستفاد من طريقة الأصحاب بل الأخبار انّ المنع من المعاملة اذا كان لحقّ الغير الذّى يكفى اذنه السّابق لا يقتضى الأبطال راسأ بل انّما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذى الحقّ ويندرج فى ذلك الفضولىّ وعقد الرّاهن والمفلّس والمريض وعقد الزّوج لبنت اخ روجته او اخيها وللأمة على الحرّة وغير ذلك فانّ النّهى فى جميع ذلك انّما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من العقد عرفاً وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخليّة رضاء غير المتعاقدين وقد يتخيّل وجه آخر لبطلان البيع هنا بنأء على ما سيجىء من انّ ظاهرهم كون الأجازة هنا كاشفة حيث انّه يلزم منه كون مال غير الرّاهن وهو المشترى رهناً للبايع:

وبعبارة اخرى الرّهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحقّقهما فى زمان واحد اعنى ماقبل الأجازة وهذا نظير ماتقدّم فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملكه من انّه على تقدير صحّة البيع يلزم كون الملك لشخصين فى الواقع [1] ويدفعه انّ القائل يلتزم بكشف الأجازة عن عدم الرّهن فى الواقع والّا لجرى ذلك فى عقد الفضولى ايضاً لأنّ فرض كون المجيز مالكاً للمبيع نافذ الأجازة يوجب تملّك مالكين لملك واحد قبل الأجازة واما مايلزم فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملكه فلا يلزم فى مسئلة اجازة المرتهن نعم يلزم فى مسئلة افتكاك الرّهن وسيجىء التّنبيه عليه انشاء... تعالى.

ثمّ انّ الكلام فى كون الأجازة من المرتهن كاشفةً وناقلةً هو الكلام فى مسئلة الفضولى ومحصّله انّ مقتضى القاعدة النّقل [2] الّا انّ الظّاهر من بعض الأخبار هو

---

١ - يعنى ان المسئلتين متماثلتين فى لزوم اجتماع صفتين متضادتين فالعين المرهونة يلزم ان تكون مملوكة لشخصين البايع والراهن والمشترى اذا قلنا بكون الاجارة كاشفة.

٢ ـ لان العقد بالاجازة يكون عقداً للمالك ومتوجهاً اليه خطاب اوفوا.

الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأنّ اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى [١] وهى هنا من قبيل رفع المانع ومن اجل ذلك [٢] جوّزوا عتق الرّاهن هنا مع تعقّب اجازة المرتهن مع انّ الأيقاعات عندهم لاتقع مراعاة والأعتذار عن ذلك ببناء العتق على التّغليب كما فعله المحقّق الثّانى فى كتاب الرّهن فى مسئلة عفو الرّاهن عن جناية الجانى على العبد المرهون مناف لتمسّكهم [٣] فى العتق بعمومات العتق مع انّ العلّامة قدّس سرّه فى تلك المسئلة قد جوّزا لعفو مراعى بفكّ الرّهن [٤] هذا اذا رضى المرتهن بالبيع واجازه اما اذا اسقط حقّ الرّهن ففى كون الأسقاط كاشفاً او ناقلاً كلام يأتى فى افتكاك الرّهن او ابراء الدّين .

ثمّ انّه لا اشكال فى انّه لاينفع الرّد بعد الأجازة وهو واضح وهل ينفع الأجازة بعد الرّد وجهان من انّ الرّد [٥] فى معنى عدم رفع اليد عن حقّه فله اسقاطه بعد ذلك وليس

---

١ ـ حاصله ان الاجازة فى الكشف يشبه بجزء المقتضى الذى هو المؤثر فى تمامية المعلول وان كان المعلول يتوقف على تحقق تمام اجزاء علته من السبب والشرط وعدم المانع لكن الجزء الاخير له هى الاجازة فى الكشف بخلافه فى النقل فان الاجازة فيه من قبيل رفع المانع .

٢ ـ اى من اجل كون الاجازة هنا من قبيل الاسقاط ورفع المانع لاجزء المقتضى جوزوا انتهى .

٣ ـ فان التمسك بهذه العمومات يدل على أنه من باب نفس العتق لامن باب التغليب .

٤ ـ مع كون العفو من الايقاعات فان الفقهاء تعدوا من العتق الى العفو فيعلم من ذلك أن ذلك ليس لخصوصية فى العتق ليكون من باب التغليب بل هذا لخصوصية الاجازة وانها من قبيل رفع المانع لاجزء المقتضى .

٥ ـ هذا وجه لتأثير اجازة المرتهن بعد الرد .

وحاصله أن الاجازة من المرتهن شرط شرعى وليس له ولاية على العقد ولم يخاطب

ذلك كرد بيع الفضولى لان المجيز هناك فى معنى احد المتعاقدين .

وقد تقرر ان رد احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن جنبى له حق فى العين ومن ان الايجاب المؤثر انما يتحقق برضاء المالك والمرتهن [1] فرضاء كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر فكما ان رد المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك رد المرتهن وهذا هو الأظهر من قواعدهم .

ثم ان الظاهر ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به فى كره وحكى عن فخر الاسلام والشهيد فى الحواشى وهو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى عد بل مطلق السقوط [2] الحاصل بالاسقاط او الابراء او بغيرهما نظرا الى ان الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه والفرق بين الاجازة والفك ان مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع فى زمان حقه وان لزم من الاجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع .

وبالجملة فالاجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه اعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك بخلاف الاسقاط او السقوط بالابراء او الاداء فانه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو اشبه شىء ببيع الفضولى او الغاصب لنفسهما ثم تملكهما .

بخطاب الوفاء بل المأمور به هو المالك غاية الامر توقف تأثيره عليه .

١ ـ هذا وجه لعدم تأثير الاجازة بعد الرد وحاصله ان حال المرتهن كحال المالك المعتبر اذنه شرعاً فى ارتباط العقد به والرد حينئذ قاطع لهذا الارتباط والعلقة فلا ينفع الاجازة بعد الرد كما فى المسالك .

٢ ـ عطف على الفك ومحصله عدم لزوم العقد بمطلق السقوط الحاصل بالاسقاط او الابراء او غيرهما .

وقد تقدّم الأشكال فيه عن جماعة مضافاً الى استصحاب عدم اللزوم[1] الحاكم على سكوم اوفوا بالعقود بناء على انّ هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاصّ وليس ذلك محلّ التمسّك بالعامّ اذ ليس في اللفظ عموم زمانيّ حتّى يقال انّ المتيقّن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العامّ:

ويؤيّد ماذكرناه بل يدلّ عليه مايظهر من بعض الرّوايات من عدم صحّة نكاح العبد بدون اذن سيّده بمجرّد عتقه مالم يتحقّق الأجارة ولو بالرّضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنّكاح.

هذا ولكنّ الأنصاف ضعف الأحتمال المذكور[2] من جهة انّ عدم تأثير بيع المالك في زمان المالك ليس الّا لمزاحمة حقّ المرتهن المتقدّم على حقّ المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى وانّما هو من جهة المانع فاذا زال اثر المقتضى.

ومرجع ماذكرنا الى انّ ادلّة سببيّة البيع المستفادة من نحو اوفوا بالعقود والنّاس مسلّطون على اموالهم ونحو ذلك عامّة وخروج زمان الرّهن يعلم انّه من جهة مزاحمة حقّ المرتهن الذّي هو اسبق فاذا زال المزاحم وجب تأثير السّبب ولا مجال لأستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بسناط المستصحب وارتفاعه[3] فالمقام من باب وجوب العمل بالعامّ

---

١ ـ تقريب الاستدلال أنّ العقد مقتضى للصحة بحكم الاية ولامانع من تأثيره الاحق المرتهن فاذا زال المانع استكمل العلة ويرد الاشكال بان البيع فاسد قبل الفك لعدم تأثير العقد قبله فاوشككنا في تأثيره بعده يستصحب الفساد اوعدم اللزوم فيكون حاكماً على العموم.

٢ ـ الاحتمال هو ماذكره بقوله ره ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك.

٣ ـ وجهه أنّ عدم التأثير في السابق انما كان لوجود المانع و بعد زواله يؤثر المقتضي أثره وحينئذ فلم يبق شك حتى يستصحب و لابد من العمل بالعام لعمومات اوفوا ونحوه ولا يضر احتمال خروج فرد في بعض الازمان عن تحت العام وهو بيع الراهن.

لا من مقام استصحاب حكم الخاص فافهم .

وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيّده فهو قياس مع الفارق لأنّ المانع عن سببيّة نكاح العبد بدون اذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال فى التأثير لمزاحمة حقّ السيّد لمقتضى النكاح اذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً ولأجل ما ذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع او غيره ثمّ اعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرّف هذا ولكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حقّ الرّهانة بالفكّ او الاسقاط او الابراء او غير ذلك ناقلاً ومؤثّراً من حينه لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممّن قارب عصرنا من انّ مقتضى مفهوم الاجارة امضاء العقد من حينه فانّ هذا غير متحقّق فى افتكاك الرّهن فهو نظير بيع الفضولى ثمّ تملّكه للمبيع حيث انّه لا يسع القائل بصحّته الالتزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الاوّل لا من حين العقد والالزم فى المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكه كما يلزم فى تلك المسئلة كون المبيع لمالكين فى زمان واحد لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا ولكن ظاهر كلّ من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف وقد تقدّم عن القواعد فى مسئلة عفو الرّاهن عن الجانى على المرهون انّ الفكّ يكشف عن صحّته ويدلّ على الكشف ايضاً ما استدلّوا به على الكشف فى الفضولى من انّ العقد سبب تامّ الى آخر ما ذكره فى الرّوضة ومع صد .

ثمّ انّ لازم الكشف كما عرفت فى مسئلة الفضولى لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الرّاهن كالمشترى الأصيل فلا يجوز[1] له فسخه بل ولا ابطاله بالاذن للمرتهن

---

١ ـ يعنى انه لا يجوز للراهن فسخ البيع الذى اوقعه بنفسه وكذا لا يجوز ابطال ذلك البيع باذنه للمرتهن بعد ذلك فى بيع الرهن الذى باعه هو على ذلك المشترى او على غيره .

فى البيع نعم يمكن ان يقال [١] بوجوب فكّه من مال آخر اذ لا يتمّ الوفاء بالعقد الثانى [٢] الا بذلك فالوفاء بمقتضى الرّهن غير مناف للوفاء بالبيع.

ويمكن ان يقال انّه انّما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه واما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه ان يشتريه من مالكه و يدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك.

وكيفكان فلو امتنع فهل يباع عليه لحقّ المرتهن لاقتضاء الرّهن ذلك وان لزم من ذلك ابطال بيع الرّاهن لتقدّم حقّ المرتهن او يجبر الحاكم الرّاهن على فكّه من مال آخر جمعاً بين حقّى المشترى والمرتهن اللّازمين على الرّاهن البايع وجهان ومع انحصار المال فى المبيع فلا اشكال فى تقديم حقّ المرتهن.

مسئلة: الثّالث من شروط العوضين [٣] القدرة على التّسليم فانّ الظّاهر الاجماع على اشتراطها فى الجملة [٤] كما فى مع صدو فى كره انّه اجماع وفى ط الاجماع

---

١ ـ يعنى انه يمكن أن يقال أنه يجب على الراهن البايع ان يفك المرهون الذى باعه من المشترى من الرهن بدون تصرف فى المرهون بمعاوضته بل من مال آخر حتى يتحقق له الوفاء بعقد البيع المأمور به فى قوله تعالى اوفوا بالعقود ثم الصواب لفظ بل مكان نعم كما تنبه به المحقق الايروانى.

٢ ـ العقد الثانى هو العقد الذى اوقعه الراهن لكونه ثانياً بالنظر الى عقد الرهن.

٣ ـ استشكل بعضهم بان المناسب ان يعد هذا الشرط من شروط المتعاقدين لا العوضين لان مرجعه الى مانعية عجز البايع عن صحة العقد لكنه اجاب عنه المحقق الثانى بان مناط مالية المال هو كونه بحيث يتسلط مالكه على قلبه وانقلابه باى نحو من انحاء التصرف ومع عدم تمكنه من التصرف فيه بنحو من الانحاء كالسمك فى البحر و الطير فى الهواء لا يعد من الجدة الاعتبارية.

٤ ـ المراد بقوله فى الجملة هو كونه اعم من ان يكون القدرة حال العقد او بعده ←

على عدم جواز بيع السّمك فى الماء ولا الطّير فى الهواء وعن الغنية انّه انّما اعتبرنا فى المعقود عليه ان يكون مقدوراً عليه تحفظاً مما لا يمكن فيه ذلك كالسّمك فى الماء والطّير فى الهواء فانّ ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف .

و استدلّ فى كرّة على ذلك بانّه نهى النّبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر وهذا غرر والنّهى هنا يوجب الفساد اجماعاً على الظّاهر المصرّح به فى موضع من الأيضاح و اشتهار الخبر بين الخاصة والعامّة يجبر ارساله اما كون ما نحن فيه غرراً فهو الظّاهر من كلمات كثير من الفقهاء واهل اللّغة حيث مثّلوا للغرر ببيع السّمك فى الماء[1] والطّير فى الهواء مع انّ معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللّغة صادق عليه.

والمروىّ عن أمير المؤمنين عليه السلام انّه عمل مالا يؤمّن معه من الضّرر و فى الصّحاح الغرة الغفلة والغارّ الغافل واغرّه اى على اتاه غرة منه واغتر بالشّىء اى خدع به والغرر الخطر ونهى رسول الله (ص) عن بيع الغرور وهو مثل بيع السّمك فى الماء والطّير فى الهواء الى ان قال والتّغرير حمل النّفس على الغرر انتهى.

وعن القاموس ما ملخصّه غرّه غرورا و غرّة بالكسر فهو مغرور وغرير كأمير خدعه واطمعه فى الباطل الى ان قال غرر بنفسه تغريراً اوتغره اى عرّضها للهلكة والأسم الغرر محرّكة الى ان قال والغارّ الغافل واغترّ غفل والأسم الغرّة بالكسر انتهى .

وعن النّهاية بعد تفسير الغرّة بالكسر بالغفلة انّه نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشترى وباطن مجهول وقال الأزهرى بيع الغرر ما كان على غير عهدة[2] ولا ثقة

← واعم من التعسر والتعذر وكذا التعذر يكون مانعاً عن صحة البيع او التعذر الموجب للخيار وغير ذلك ويمكن ان يكون اشارة الى الخلاف فى القدرة حيث انه سيجىء نقل الخلاف من الفاضل القطيفى بانكار اعتبار القدرة رأساً

١ - يحتمل ان يكون تمثيلهم للبيع الشخصى ويحتمل ان يكون للكلى مثل ما : اذا بيع افراد السمك فى هذا الماء المتعذر تسليم الكل .

٢ - قيل لعل مراده من عدم العهدة عدم ضمان البايع للمبيع فحينئذ يجوز بيع غير المقدور مع ضمان البايع .

ثقة ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول وقد تكرّر في الحديث ومنه حديث مطرف ان لي نفساً واحدة واني لاكره ان اغرربها اي احملها على غير ثقة [١] وبه سمّي الشيطان غروراً لانّه يحمل الانسان على محابه ووراء ذلك مايسئوه انتهى.

وقد حكى ايضاً عن الأساس والمصباح والمغرب والجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلاً له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء والطير في الهواء وفي كره ان اهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين ومراده من التفسير التوضيح بالمثال وليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

وبالجملة فالكلّ متفقون على اخذ الجهالة في معنى **الغرر سواء تعلق الجهل** باصل وجوده ام بحصوله في يد من انتقل اليه ام بصفاته كمّاً او كيفاً.

وربّما يقال انّ المنساق من الغرر المنهيّ عنه الخطر [٢] من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لا مطلق الخطر [٣] الشامل لتسليمه وعدمه ضرورة حصوله في بيع كل غائب خصوصاً اذا كان في بحر ونحوه بل هو اوضح شيء في بيع الثمار والزرع ونحوهما.

والحاصل انّ من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة الى التسلم وعدمه خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذّر.

وفيه انّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين واحتمال ارادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه

---

١ ـ اي الامين.

٢ ـ لا مطلقا.

٣ ـ اي الخطر من حيث الجهل بالتسليم.

ملاحظة اشتهار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوي المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار حيث قال فيما حكي عنه ومما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الابق مع الضميمة ولا يشترى وحده الا اذا كان بحيث يقدر عليه المشتري و خالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى انه لا يجوز بيع الابق على كل حال الى ان قال ويعول مخالفونا في منع بيعه على انه بيع غرر وان نبينا صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الغرر الى ان قال وهذا ليس بصحيح لان هذا البيع يخرجه عن ان يكون غررا لانضمام غيره اليه انتهى .

وهو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوي على اشتراط القدرة على التسليم والظاهر اتفاق اصحابنا ايضاً على الاستدلال به كما يظهر للمتتبع وسيجيء في عبارة الشهيد التصريح به.

و كيفكان فالدعوى المذكورة [1] مما لا يساعدها اللغة ولا العرف ولا كلمات اهل الشرع وما ابعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد ره حيث قال الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه قاله بعضهم ومنه قوله تعالى متاع الغرور و شرعاً هو جهل الحصول [2] و مجهول الصفة فليس غرراً و بينهما عموم وخصوص من وجه لوجود الغرر [3] بدون الجهل في العبد الابق اذا كان معلوم

---

١ ـ المراد من الدعوى المذكورة هو ما ادعاه صاحب الجواهر الذى نقله الشيخ بقوله ربما يقال بان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر انتهى .

٢ ـ يعنى بالحقيقة الشرعية ويمكن ان يريد استعمال الشارع لفظ الغرر في هذا المعنى ولو بضرب من التوسع .

٣ ـ يعنى الغرر الشرعى و هو الجهل بالحصول لا الجهل بالصفة كما في العبد الابق .

الصفة من قبل او وصف الان ووجود الجهل[١] بدون الغرر فى المكيل والموزون و المعدود اذا لم يعتبر وقد يتوغل[٢] فى الجهالة كحجر لا يدرى اذهب ام فضه ام نحاس ام صخر و يوجدان معا[٣] فى العبد الابق المجهول الصفة ويتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود[٤] كالعبد الابق المجهول الوجود و تارة بالحصول كالعبد الابق المعلوم الوجود دو بالجنس كحب لا يدرى ماهو[٥] وسلعة[٦] من سلع مختلفة وبالنوع كعبد[٧] من عبيد و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع الى مبلغ السهم وبالعين كثوب من ثوبين مختلفين[٨] و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الاصحاب ولو اشترط ان يبدو الصلاح[٩] لامحالة كان غرراً عند الكل كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلا والغرر قد يكون بماله مدخل ظاهر فى العوضين و هو ممتنع اجماعاً

---

١ ـ اى ووجود الجهل بالصفة بدون الغرر الشرعى كما فى المكيل والموزون والمعدود اذا لم يعتبر بالكيل والوزن والعد .

٢ ـ اى يدخل المبيع فى الجهالة بالصفة .

٣ ـ اى الجهل بالصفة والجهل الشرعى كما فى العبد الابق المجهول الصفة .

٤ ـ اراد بالغرر مطلق الجهل ولو مجازاً فيكون الجهل عطف تفسير للغرر والا لم يصح التقسيم الى ما يتعلق بالاقسام التى ذكرها

٥ ـ يعنى من اى جنس هو .

٦ ـ يعنى بحسب الجنس .

٧ ـ اى بحسب النوع .

٨ ـ يعنى الاختلاف فى القيمة .

٩ ـ من حيث ماذكر ليس باختيار المشترط عليه بل هو باختيار الله تعالى فلذلك يكون مجهول الحصول وهو غرر عند كل الاصحاب لكن مع عدم الشرط يكون الجهل بصرف البقاء وهو غرر عند بعض الاصحاب .

و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته كاس الجدار [١] اوقطن الحبة وهو معفوعنه اجماعا ونحوه اشتراط الحمل وقديكون مرددا بينهما وهو محل الخلاف كالجزاف فى مال الاجارة و المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الابق لغير ضميمة انتهى وفى بعض كلامه تأمل [٢] ككلامه الاخر فى شرح الارشاد حيث ذكر فى مسئلة تعين الاثمار بالتعيين الشخصى عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة تعينها غرر فيكون منهياً عنه اما الصغرى فلجواز عدمها [٣] اوظهورها مستحقة فينفسخ البيع واما الكبرى فظاهرة الى ان قال قلت نمنع الصغرى لان الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لوتركه و بخ [٤] عليه وماذكروه لايخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى فان مقتضاه انه لو اشترى الابق اوالضال المرجو الحصول بثمن قليل لم -

---

١ - قال المحقق الايروانى لعل المراد من اس الجدار القطعة من الارض التى يكون الجدار مبنياً عليها ولعل المراد اسفل نفس الجدران وهو الاساس الداخل فى الارض فانه مجهول من حيث الاستحكام وعدمه والقطن قدفسر فى اللغة بالخشب ولعل المراد منه هنا عقد التبن التى تكون فى الحنطة ويمكن ان يكون الحنطة من غلط النسخة و الصحيح الحبة بدلها كما فى بعض الحواشى .

٢ - قال الفاضل الممقانى: الظاهر انه اراد تخصيص الغرر بجهل الحصول وقدعرفت أن المصنف ره عممه بالنسبة الى القسمين ويمكن ان يكون التأمل فى تعيين محل التسامح حيث قال الشهيد ره: وقديكون بينهما انتهى ونظره الى كونه مما له مدخل ظاهر فى العوضين ولا يتسامح به وبين كونه مما يتسامح به الذى هو محل الخلاف كالجزاف كما قاله بعض المحققين .

٣ - اى عدم الاثمان كليا وجزئياً لان الوجه الاول وجه بطلان التعيين الوصفى والكمى فى الكليات والوجه الثانى وجه بطلان التعيين الشخصى ولازم ذلك عدم تعين المثمن ايضاً للاشتراك فيما ذكره من الوجه وهو الغرر.

٤ - من التوبيخ يعنى لو ارتكبه احد يوبخه اهل العرف لان الغرر عبارة عن احتمال عدم الحصول احتمالا عقلائياً .

يكن غرراً لان العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير وكذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفة.

وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً فالاولى ان هذا النهي من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية الى التنازع في المعاملات وليس منوطاً بالنهي من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء او المتسفهة .

ثم انه قد حكي عن الصدوق في معاني الاخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة وبيع الحصاة بكونها غرراً مع انه لا جهالة في بعضها كبيع المنابذه بناء على ما فسر به من انه قول احدهما لصاحبه انبذ الى الثوب او انبذه اليك فقد وجب البيع وبيع الحصاة بان يقول اذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع ولعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر [1] والله العالم .

وكيفكان فلا اشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور الا انه اخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس في بيعه خطر لان الخطر انما يطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفاً لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة وكون اكل الثمن في مقابله اكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا و ان كان ملكا فيصح عتقه ويكون لمالكه لو فرض التمكن منه الا انه لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفا ولذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته الى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

---

١ ـ يعني يمكن ان يكون نظر الصدوق الى كون تعيين المبيع بالنبذ والحصاة واللمس لحصول الجهالة حينئذ قطعاً او ان يكون المنهود الثياب المتعددة .

ثم انه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه اخر .

منها ما اشتهر عن النبى (ص) من قوله لاتبع ماليس عندك بناء على ان كونه عنده لايراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف اجماعاً فهى كناية لاعن مجرد الملك لان المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام ولاعن مجرد السلطنة[1] عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها خصوصا اذا كان وكيلا عنه فى بيعه ولو من نفسه فان السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا مع انه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين ان يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كانه عنده وان كان غائباً وعلى اى حال فلابد من اخراج بيع الفضولى عنه بادلته او بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبايعه لو اراد ذلك.

وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن .

و اما الايراد عليه بدعوى ان المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف فى تلك الازمنة من بيع الشىء الغير المملوك[2] ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه

---

١ ـ يعنى ولا السلطنة المجردة عن اعتبار الفعلية حال البيع و الحاصل ان معنى الحديث لاتبع ماليس لك سلطنة اصلا لاحال العقد ولا بعده .

٢ ـ وجهه أن كلمة ما نكرة وليس عمومها من باب الوضع لكن يشكل حينئذ بكون الصحة والفساد غير معلوم ظاهراً وان كان معلوماً واقعاً حيث انه لو كان مقدور التسليم فى الواقع كان صحيحاً وان كان متعذر التسليم كان فاسداً وان اشتبه الحال عمل بالاصول فاذا باع عبداً كان فى بلد آخر عند وكيل البايع و احتمل اباقه يكون صحة البيع وفساده تابعاً لاباقه واقعاً و عدمه وان جهل الحال حكم بالصحة عملا باستصحاب عدم اباقه و المصنف اختار الصحة اذا جهل وجود القدرة لقوله ره فلا ينافى وقوعه مراعى انتهى .

الى المشترى.

فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد وليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر مايشهد باختصاصه بهذا المورد نعم يمكن ان يقال ان غاية مايدل عليه هذا النبوى بل النبوى الاول ايضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر المقصود فلاينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده ولوابيث الا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد راساً المنافية لوقوعه مراعى دار الامر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر[1] وبين اخراج بيع الرهن وبيع مايملكه بعد البيع وبيع العبد الجانى عمداً وبيع المحجور لرق اوسفه اوفلس فان البايع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم ولا رجحان لهذه التخصيصات[2] فحينئذ لامانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لايفوت الانتفاع المعتدبه[3] وقد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضال او المحجور من غير اباق مراعى بامكان التسليم و احتمله فى التذكرة[4].

---

١ ـ يعنى عدم كون البيع علة تامة لترتب الاثر.

٢ ـ لكثرتها فيكون مثل المجاز بل يكون المجاز ارجح منها فيحصل الاجمال المضر بالاستدلال ولولم يكن التخصيص متعدداً كان اولى من سائر التصرفات وكثرة التخصيص من جهة أن مالا يكال ولا يوزن كثير عادة كالزرع والثمر على الشجر والحيوانات المقصودة لحومها وغير ذلك مما لااشكال ظاهراً فى جواز بيعها جزافاً.

٣ ـ فيكون البيع صحيحاً اذا انتفع فى وقته بل قيل انه لايبطل مع فواته ايضاً فان فوات الانتفاع لايوجب بطلان البيع غايته ثبوت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال.

٤ ـ مال فى الجواهر الى أن مرادهم ان العجز مانع لان القدرة شرط وجعل الثمرة فى ذلك جواز البيع مع الشك على الثانى لاصالة عدم المانع وعدمه على الاول لاصالة عدم الشرط واستشهد على ذلك بوقوع الخلاف منهم فى صحة بيع الضال والضالة والحيوان

لكن الانصاف ان الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تاثيره راساً [١] كما عرفت من الايضاح .

ومنها ان لازم العقد وجوب تسليم [٢] كل من المتبايعين العوضين الى صاحبه فيجب ان يكون مقدور الاستحالة التكليف بالممتنع [٣] ويضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً [٤] منعنا الملازمة [٥] وان اريد مطلق وجوبه فلاينافي كونه

الممتنع كالجمل الشارد والفرس الغائر فانه لوكانت القدرة شرطاً عندهم تعين بنائهم على البطلان لعدم العلم بها فليس ذلك الالبنائهم على مانعية العجز ليمكن البناء على الصحة مع الشك لماعرفت .

١ ـ فيعلم من حال العلماء انهم حملوا النبويين على الفساد .

٢ ـ يعني ان لازم العقد و اقتضائه بمقتضى طبعه وجوب تسليم كل من المتبايعين العوض الى صاحبه ويعبر عنه بالشرط الضمني الذى اوقعا العقد مبنياً عليه فلزوم التسليم والتسلم من الطرفين داخل تحت العقد بنحو التقييد لا التصريح وليس ذلك مثل الشرائط الاخر حتى يقال انه التزام في التزام لا تقييد وعليه فالعقد المقيد بالقيد اذا انتفى قيده كان باطلا ويمكن ان يريد من الوجوب؛ الوجوب الشرعي ،مستفاد من عمومات احل البيع وتجارة عن تراض وسلطنة الناس على اموالهم او ان وجوب التسليم منتزع من خطاب اوفوا فان لازم وقوع العقد مؤثراً في النقل وجوب تسليم العوضين وهذا هو الوجوب الوضعي الذى مرجعه الى بيان شرطية القدرة في صحة العقد لانحصار صحة البيع بما اذا كان المبيع تحت استيلائه .

٣ ـ وعدم كونه مقدوراً له .

٤ ـ قيل انه ليس المراد من الوجوب المطلق هو المطلق من شرط القدرة لان كل وجوب مقيد بالقدرة بل المراد من المطلق ماصار فعلياً من جهة تحقق شرطه المعلق عليه وقيل ان المراد من المطلق المقدور وغيره العقلي والشرعي .

٥ ـ توضيحه انه لوكان المراد من الوجوب ، الوجوب المطلق فنمنع الملازمة

مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد وقد يعترض [1] باصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط وفي الاعتراض و المعارضة نظر واضح [2] فافهم .

ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه ولا يتم الا بالتسليم و يضعفه منع [3] توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه

---

[1] حينئذ بين الوضع والتكليف الفعلي بل الملازمة هو بين الوضع وبين التكليف في الجملة يعني الوجوب المطلق او المشروط لا المطلق فقط وهذه القدرة المطلقة حاصلة ولو لم تكن فعلا بل لو حصلت فيما بعد فحينئذ نقول بصحة العقد كما نقول بصحته لو كان قادراً ثم تجدد العجز بعد العقد .

١ ـ المعترض والدافع هو الطباطبائي صاحب المصابيح وقيل هو صاحب الجواهر و محصل الاعتراض ان الاصل هو الاطلاق وعدم التقييد بالقدرة لانه كما انه اذا ورد خطاب وشك في انه عام حتى يلزم التخصيص او خاص حتى لا يخصص فاصالة عدم التخصيص قاض فيكون كذلك المطلق والمقيد ومحصل الدفع أن اصالة عدم تقييد الوجوب معارض باصالة عدم تقييد البيع بشرط القدرة على التسليم .

٢ ـ اما في الاعتراض فلان وجوب التسليم من لوازم البيع وتوابعه فبعد تحكيم الاصل في المتبوع لا يجري الاصل في التابع ومن البين ان اطلاق ادلة البيع قاض بعدم شرطية القدرة ولازمه كون وجوب التسليم لمطلق الوجوب، لا لوجوب المطلق واما في الدفع فهو ان اصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط لا يقاوم أصالة عدم تقيد الوجوب لان اطلاق المقيد على اطلاق المطلق ويمكن أن يكون وجه النظر في الاعتراض وهو أن التقييد بالقدرة مما لا بد منه مطلقا سواء كان في المكلف او في الفعل المتعلق للتكليف او في نفس التكليف بمعنى قبح اعتبار الاطلاق من جميع الجهات فلا موقع لدعوى اصالة الاطلاق مع العلم بالتقييد واما في المعارضة فهو ان مقتضى المعارضة التساقط فيرجع الى اصالة الفساد .

٣ ـ يعني نمنع عدم الانتفاع مع عدم التسليم لامكان الانتفاع مع القدرة عليه←

الا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق .

ومنها ان بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعاً واكله اكلا بالباطل

وفيه ان بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفه فافهم.

ثم ان ظاهر معاقد الاجماعات كما عرفت كون القدرة شرطاً [١] كما هو ككك فى التكاليف وقد اكد الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط [٢] ومع ذلك كله فقد استظهر بعض [٣] من تلك العبارة ان العجز مانع لا ان القدرة شرط قال ويظهر الثمرة فى موضع الشك.

ثم ذكر اختلاف الاصحاب فى مسئلة الضال و الضالة و جعله دليلا على ان القدر المتفق عليه ما اذا تحقق العجز وفيه ما عرفت من ان صريح معاقد الاجماع خصوصاً عبارة الغنية المتاكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة ان العجز امر عدمى لانه عدم القدرة [٤] عمن من شأنه صنفا او نوعاً اوجنسا ان يقدر فكيف يكون مانعاً مع ان المانع هو الامر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم .

← كالابق من العبد ينتفع بعتقه فى الكفارة وغيرها مع ان تخلف الغرض لا يبطل البيع غايته ثبوت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال .

١ ـ اى للصحة .

٢ ـ لان هذا التعبير انما يكون فى الشرط لا فى المانع والا فلابد ان يعبر عنه بالانتفاء عند الوجود .

٣ ـ المستظهر صاحب الجواهر كما نقلنا عبارته آنفاً مع جوابه فراجع .

٤ ـ توضيحه أن المانع امر عدمى فانه عبارة عن عدم القدرة عما من شأنه ان يكون قادراً فالتقابل بينه وبين القدرة تقابل العدم والملكة والعدم لا يكون مانعاً .

ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي او الحكمي [١] ولا في غيرهما فانا اذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالاصل بقاؤها اولا معه [٢] فالاصل عدمها اعني العجز سواء جعل القدرة شرطاً او العجز مانعاً واذا شككنا في ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر او العجز في الجملة او شككنا في ان المراد بالعجز مايعم التعسر كما حكي ام خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً او العجز مانعاً .

والحاصل ان التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله انما يصح ويثمر في الضدين مثل الفسق والعدالة لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل واما اختلاف الاصحاب في مقابلة مسئلة الضال والضالة فليس لشك المالك في القدرة والعجز ومبنياً على كون القدرة شرطاً او العجز مانعاً كما يظهر من ادلتهم [٣] على الصحة والفساد بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها .

ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم فلا ينفع

---

١ ـ مثل المصنف ره للشك الموضوعي بقوله ره فانا اذا شككنا في تحقق القدرة والعجز انتهى في هذا السطر وللشك الحكمي بقوله واذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة انتهى في السطر الثاني على سبيل اللف والنشر المرتب والمراد من قوله ره ولا غيرهما هو غير صورة الشك ولو من باب السالبة بانتفاء الموضوع اذ لا صورة واقعية تكون واسطة بين صورتي العجز والقدرة كما في العدالة والفسق بناءاً على تفسير العدالة بالملكة فان الواسطة بينهما من لم يرتكب ذنباً ولم تحصل له بعد ملكة ذلك وتكون هذه الواسطة هي مورد ظهور الثمرة بين شرطية العدالة ومانعية الفسق .

٢ ـ يعني اولا مع سبق القدرة .

٣ ـ حيث انهم استدلوا بالفساد بحديث نفي الغرر والاجماع على اعتبار القدرة على التسليم وبالصحة باقتضاء العقد لها وبالعمومات وغيرها .

وجودها حال العقد اذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد ويتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلا اذا كانت العين في يد المشتري [1] وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً كما اذا اشترى من ينعتق عليه فانه ينعتق بمجرد الشراء ولا سبيل لاحد عليه وفيما اذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد اما لاشتراط تأخيره مدة واما لتزلزل العقد كما اذا اشترى فضولا فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك [2] فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها لكن يشكل على الكشف [3] من حيث انه لازم من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذا انتقل اليه مالم يقدر على تحصيله.

نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين ومثله [4] بيع الرهن قبل اجازة المرتهن او فكه بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لان تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع الى تعذر الشرط [5] و من المعلوم ان تعذر الشرط المتاخر حال العقد غير قادح بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد اذا اتفق حصوله فان الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد ولا العلم

---

١ ـ لان الغرض من الاشتراط هو التسليم وهو حاصل و تحصيل الحاصل محال فلا مانع من صحة البيع في هذه الصورة ايضاً .

٢ ـ لان العقد لم يتم بعد حتى يستحق التسليم .

٣ ـ محصله أنه على الكشف لازم من طرف الاصيل فانتقل اليه مالم يقدر على تحصيله وهو غرر بالنسبة اليه فيبطل وسبب اللزوم هو العقد ومقتضى اوفوا بالعقود .

٤ ـ يعني مثل بيع الفضولي في عدم القدرة على التسليم بيع الرهن فان كان المشتري منه اصلا فهو قبل اجازة المرتهن اوفك الرهن من طرف واحد .

٥ ـ وحينئذ اما ان نقول ان تعذر الشرط لا يسقط الشرط عن الشرطية بعد ما كان شرطاً واقعياً بل لازمه سقوط المشروط لانتفاء شرط القدرة فيبطل البيع واما ان نقول بمقالة المصنف من عدم القدح ووقوع البيع صحيحاً .

بتحققها فيما بعد .

والحاصل ان تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من احكامه لا من شروط تأثيره والسر فيه ان التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور .

وبعبارة اخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل ولهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده والمفروض ان المبيع بعد تحقق الجزء الاخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الاجازة بناء على النقل واولى منها بناء على الكشف [1] وكذلك الكلام في عقد الرهن فان اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب احرازه حين الرهن ولا العلم بتحققه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن اثر العقد اثره وسيجيء الكلام في باب الرهن.

اللهم الا ان يقال ان المنفي في النبوي هو كل معاملة يكون بحسب العرف غرراً فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم اذا وقع على عوض مجهول قبل القبض او غير مقدور غرر عرفاً لان اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي فيصدق الغرر والخطر عرفاً وان لم يتحقق شرعاً اذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر لكن النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً ومن هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك اذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه .

اللهم الا ان يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون اثر المعاملة شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر فان العرف اذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر اصلا وهكذا في المناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة فتأمل [2] .

---

١ ـ وجه الاولوية هو عدم جريان الاشكال الوارد على القول بالكشف .

٢ ـ لعله اشارة الى انه بعد ما كان المراد بالغرر في الحديث هو العرفي فالعبرة بتحققه عندهم و ملاحظة الشرط الشرعي لا يرفع الغرر عن المعاملة عندهم كما أن عدم ملاحظته لا يثبتها والمفروض ان العقد سبب تام للنقل وقد تعلق بغير مقدور التسليم .

ثم ان الخلاف فى اصل المسئلة لم يظهر الامن الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه انه قال فى ايضاح النافع [١] ان القدرة على التسليم من مصالح المشترى فقط لانها شرط فى اصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صح البيع وان لم يكن البايع قادراً عليه بل لو رضى بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البايع من التسليم جاز وينتقل اليه ولا يرجع على البايع لعدم القدرة اذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب ونحوه.

نعم اذا لم يكن المبيع من شانه ان يقبض عرفاً لم يصح المعاوضة عليه بالبيع لانه فى معنى اكل مال بالباطل وربما احتمل امكان المصالحة عليه ومن هنا يعلم ان قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الابق منفرداً لم يصح انما هو مع عدم رضاء المشترى او مع عدم علمه او كونه بحيث لا يتمكن منه عرفاً ولو اراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى.

وفيه ما عرفت من الاجماع ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشترى لان الشارع نهى عن الاقدام عليه الا ان يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة فيبطل فى موضع تحققه وهو عند جهل المشترى وفيه ما فيه [٢].

ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع وانما المقصد الاصلى هو التسلم ومن هنا لو كان المشترى

---

١ - محصل كلامه التفصيل بين العلم من المشترى بعدم قدرة البايع على التسليم وبين جهله بجواز البيع وصحته فى الاول دون الثانى معللا بان القدرة عليه من مصالح المشترى وحق له فاذا علم به ورضى بذلك فقد اسقط حقه فلا مانع عن صحته بعد تحقق المقتضى له ومبنى الاستدلال على جعل الغرر فى النبوى بمعنى الخدعة وهو منتف مع العلم.

٢ - لان الفقهاء فهموا من حديث الغرر الخطر لا الخديعة والجهل مع أنه اذا كان بمعنى الجهل فاعتباره بمعنى الجهل لا دليل عليه ولا ينفع لصدق الغرر بمعنى الجهالة وان لم يصدق بمعنى الخديعة.

قادراً دون البايع كفى فى الصحة [١] كما عن الاسكافى والعلامة وكاشف الرموز والشهيدين والمحقق الثانى .

وعن ظاهر الانتصار ان صحة بيع الابق على من يقدر على تسليمه مما انفردت به الامامية وهو المتجه لان ظاهر معاقد الاجماع بضميمة التتبع فى كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر وغيره مختص بغير ذلك .

ومنه يعلم ايضاً انه لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله فى يد احدهما عند استحقاق المشترى للتسليم كما لو اعتاد الطائر العود صح وفاقا للفاضلين والشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم نعم عن نهاية الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم وان عود الطائر غير موثوق به اذ ليس له عقل باعث .

وفيه ان العادة باعثة كالعقل مع ان الكلام على تقدير الوثوق ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما الا بعد مدة مقدرة عادة وكانت مما لا يتسامح فيه كسنة او ازيد ففى بطلان البيع لظاهر الاجماعات المحكية [٢] ولثبوت الغرر او صحته لان ظاهر معقد الاجماع التعذر راساً ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا والغرر منفى مع العلم بوجوب الصبر عليه الى انقضاء مدة كما اذا اشترط تاخير التسليم [٣] مدة وجهان بل قولان ترددفيهما فى الشرايع ثم قوى الصحة وتبعه فى محكى ثروالك والكفاية وغيرهما نعم للمشترى الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة ولو كان مدة التعذر [٤] غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ

---

١ - وحينئذ يجب على من قدر التسليم اذ ليس وجوب التسليم على كل منهما منوطاً بوجوب التسليم على الاخر وذلك كاف فى افادة الصحة .

٢ - يعنى على اشتراط القدرة .

٣ - قيل هذا ايضاً اشتراط ضمنى اذا علما ذلك كوصف الصحة فى سائر البيوع .

٤ - قد يمثل له بما اذا اشترى بزعم قدرة البايع على تسليمه ثم تبين عجزه عنه مدة معينة .

الى هند لاجل حاجة لايعلم زمان قضائها ففى الصحة اشكال من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة وقت تسليم العين وقد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقف للوقف المنقطع .

ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة [١] للمتبايعين لان الغرر لايندفع بمجرد القدرة الواقعية ولو باع مايعتقد التمكن فتبين عجزه فى زمان البيع وتجددها بعد ذلك صح [٢] و لو لم يتجدد بطل والمعتبر هو الوثوق فلايكفى مطلق الظن ولايعتبر اليقين .

ثم لااشكال فى اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا لا مااذا كان وكيلا فى مجرد العقد فانه لاعبرة بقدرته كما لاعبرة بعمله واما لو كان وكيلا فى البيع ولوازمه [٣] بحيث يعد الموكل اجنبياً عن هذه المعاملة [٤] .

فلا اشكال فى كفاية قدرته وهل يكفى قدرة الموكل الظاهر نعم مع علم المشترى بذلك اذا علم بعجز العاقد [٥] فان اعتقد [٦] قدرته لم يشترط علمه بذلك و ربما

---

١ ـ يعنى المعلومة ظاهراً فاذا باع مالم يعلم حصول القدرة فيه مع تحققها فى الواقع بطل البيع لعدم العلم به ظاهراً فيكون القدرة حينئذ شرطاً علمياً .

٢ ـ بان كان عالماً بالقدرة و اخطأ عن الواقع وقال المحقق الايروانى المناط هو اعتقاد التمكن عند استحقاق التسليم اعتقاداً مطابقاً للواقع فيكون القطع جزء الموضوع لاتمامه وجزئه الاخر هو الواقع واما التمكن حال العقد فغير معتبر فضلا عن اعتقاده فاذا اعتقد التمكن حال العقد ثم ظهر عجزه لم يضره ذلك .

٣ ـ بان كان وكيلا مفوضاً .

٤ ـ لو كان الوكيل عاجزاً .

٥ ـ اى بقدرة الموكل والحاصل ان مدار ارتفاع الغرر على قدرة من كان ملزماً بالتسليم عرفاً اصيلا كان اووكيلا لتوجه خطاب التسليم اليهما .

٦ ـ يعنى اذا اعتقد المشترى قدرة العاقد لم يشترط علمه بقدرة الموكل .

قيد[1] الحكم بالكفاية بما اذا رضي المشترى بتسليم الموكل ورضى المالك برجوع المشترى عليه وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي لان التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة وقدرة المالك انما تؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع لان بيع الماذون لا يكفي فيه قدرة الاذن مطلقا بل مع الشرط المذكور[2] وهو غير متحقق في الفضولي والبناء على القدرة الواقعية باطل اذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية الى ان قال :

والحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد[3] وبعدها ان وجدت لم تنفع .

ثم قال لا يقال انه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك وانه لا يخرج عن رايه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد لان هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضولياً لمصاحبة الاذن للبيع غاية الامر حصوله بالفحوى وشاهد الحال وهما من انواع الاذن فلا تكون فضولياً ولا يتوقف صحته على الاجازة ولو سلمنا بقائه على الصفة[4] فمعلوم ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض فيما ذكره من مبنى مسئلة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه اولاً وثانياً تأمل بل نظر[5] فتدبر .

---

١ ـ التقييد عن العلامة الطباطبائي في محكي مصابيحه بما اذا رضي المشترى بتسليم الموكل ورضى الموكل برجوع المشترى عليه .

٢ ـ يعني بناء العقد على القدرة وحصول التراضي .

٣ ـ اما من العاقد فلعدم الاذن فيه من المالك واما من المالك فلعدم الاذن قبل العقد ولعدم نفعه بعده في صحة العقد لاعتبار القدرة عليه حين العقد لا بعده .

٤ ـ اى على صحته باعتقاد المشترى وفي بعض النسخ على الصفة بدل الصحة فيكون المعنى على صفة الفضولية .

٥ ـ يعني ما جعله مبنى لمسئلة الفضولي من اعتبار رضا الموكل والمشترى برجوع

مسئله : المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً[1] فلو باع بحكم احدهما[2] بطل اجماعاً كما عن لف وكره وانفاقاً كما عن الروضة وحاشية الفقيه للسلطان وفي السرائر في مسئلة البيع بحكم المشترى ابطاله بان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل بلا خلاف بين المسلمين و الأصل في ذلك حديث نفي الغرر[3]، المشهور بين المسلمين

احدهما الى الاخر في مسئلة الوكالة منظور فيه مع تفريعه واعتراضه وجوابه اولا وثانياً اما وجد النظر في المبنى فلان المناط هو قدرة الموكل ولو مجردة عن التراضي من المالك والمشترى لانه مع قدرة المالك الموكل لاغرر على المشترى مع العلم بقدرته فلا دليل لكفاية رضاهما مع عدم قدرة المالك .

١ ـ يعني جنساً وقدراً و وصفاً قال في الشرايع « الرابع ان يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف » .

والحاصل انه المعروف بين الاصحاب وذلك فان عقود المعاوضات المبنية على اللزوم والمداقة في الاعيان و المنافع يعتبر فيها التمييز التام والعلم بالعوضين وهذا من شرايط صحة البيع .

٢ ـ اى المشترى او البايع ومثله البيع بحكم اجنبي او بالعرف والعادة وغيرها .

٣ ـ وقد عرفت ان الغرر بجميع معانيه يستلزم الجهل ولو بلحاظ بعض مراتب المالية ولان حديث الغرر كما يدل على اصل اشتراط العلم بالعوضين فكذا على وجوب التقدير في المقدر فان المشاهدة لا يرتفع بها سوى الجهالة الجنسية والوصفية واما القدر فلا يعلم بها فلا يرتفع عنه الغرر و المخاطرة فتعين التقدير ومن المعلوم ان المعلومية بحسب العادة لا تحصل الا بما جرت العادة في بيعه ان كيلا فكيل وان وزناً فوزن بل عن المحقق النائيني أن ظاهر الاخبار الواردة في المكيل و الموزون والمعدود وجوب اعتبار الكيل والوزن والعد فيها سواء كان عدمها غرريا اولا فكون الغرر شخصياً او نوعياً لا دخل له ثم قال : الا أن هذا الظهور متبع فيما كان مقدار مالية المال غير محرز الا بالكيل او الوزن او العد واما اذا احرز بالمشاهدة ونحوها فيصح بيعه بلا تقديره بهذه الامور .

ويؤيده[1] التعليل في رواية حماد بن ميسرة عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انه كره ان يشترى الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدرى كم الدينار من الدرهم[2]

لكن في صحيحة رفاعة النخاس ماظاهره المنافات قال سئلت اباعبدالله عليه السلام فقلت له ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت له هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها فابى ان يقبضها مني وقد كنت مسستها قبل ان ابعث اليه بالف درهم فقال ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثتها اليه كان عليك ان تردما نقص من القيمة وان كان قيمتها اقل مما بعثت اليه فهو له قال قلت له ارايت ان اصبت بها عيباً بعد ان مستها قال ليس عليك ان تردها عليه و لك ان تاخذ قيمة مابين الصحة والعيب لكن التاويل فيها متعين لمنافات ظاهرها الصحة البيع وفساده .

فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع اذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص[3] نعم هي محتاجة الى ازيد من هذا التاويل.

بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله باعينها بحكمي قطع المساومة على

---

١ ـ يعني يؤيد حديث الغرر التعليل في رواية حماد .

٢ ـ لان الجهالة قد تأتي من اختلاف الدراهم او الدنانير في وقت دون وقت فاذا كان استثناء الدرهم من الدينار موجباً للجهل بالثمن لعدم العلم بنسبة الدينار من الدرهم فالبيع بحكم احدهما اولى بان يكون باطلا لان الثمن كان مجهولا حينئذ رأساً .

٣ ـ فلابد من تأويل أن الظاهر من هذه القضية أن بايع هذه الجارية وكل المشترى في تعيين القيمة لانه باعها بثمن يعينه بعد المعاملة ويكون عدم قبول حكمه فيما لو كان اقل من القيمة السوقية لاجل الخيار من جهة الغبن او الحيوان بناء على ثبوته للبايع فلو لم يثول بالصحة لزم حرمة عمل رفاعه لانه لاوجه من مسه الجارية والزام المشترى بالقيمة التي عينها والزام المالك بارش العيب وغيرها .

ان اقومها على نفسي بقيمتها العادلة في نظري[1] حيث ان رفاعة كان نخاساً يبيع ويشتري الرقيق فقومها رفاعة على نفسه بالف درهم اما معاطاة واما مع انشاء الايجاب وكالة والقبول اصالة فلما مسها وبعثت الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في البيع ، انّ رفاعة مخطأ في القيمة اولثبوت خيار الحيوان للبايع على القول به و قد كان قيمتها اكثر فعليك ان تردّ ما نقص اما ان يراد به لزوم ذلك[2] عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد امساك الجارية حيث انّ المالك لاحاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت.

واما ان يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت ام ولد وتعين عليه قيمتها اذا فسخ البايع وقد يحمل على صورة تلف الجارية وينافيه قوله فيما بعد فليس عليك ان تردّها انتهى .

وكيفكان فالحكم بصحة البيع بحكم المشترى وانصراف الثمن الى القيمة

---

١ ـ اعلم أن البيع بحكم المشترى وتعيينه والارجاء بنظره يتصور ويستفاد من الرواية بوجوه .

احدها ان يكون نظره مأخوذاً بنحو تمام الموضوع فحينئذ يكون المناط قوله في القيمة طابق الواقع ام خالف .

ثانيها ان يكون نظره جزء الموضوع وجزئه الاخر هو الواقع .

ثالثها أن يكون المراد من البيع بحكم المشترى كونه طريقاً محضاً لكونه نخاساً ومن اهل الخبرة بالقيمة السوقية فاذا ادعى البايع خطاء المشترى في تعيينه كما هو ظاهر رد الالف في مورد الرواية كان اللازم رد قيمة المثل الواقعي كما حكم به الامام (ع) .

٢ ـ يعنى أن لزوم رد ما نقص على المشترى من باب ارضاء المالك للجارية اذا اراد المشترى امساك الجارية حيث ان المالك لاحاجة فيها والالما باعها فيسقط خيار البايع ببذل المشترى التفاوت .

السوقية لهذه الرواية كما حكي عن ظاهر الحدائق ضعيف[1] واضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البايع بعتك بسعر ما بعت ويكون للمشتري الخيار .

ويرده ان البيع في نفسه اذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار وانما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول الاسكافي في مسئلة القدرة على التسليم.

مسئلة العلم بقدر المثمن كالثمن شرط باجماع علمائنا كما عن كره وعن الغنية العقد على المجهول باطل بلاخلاف وعن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافاً وان شوهد اجماعاً وفي ثمر ما يباع وزناً فلا يباع كيلا بلاخلاف والاصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور[2] .

وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الاخبار المعتبرة .

منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلا بكيل معلوم[3] ثم ان صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الاخر الذي ابتعته قال لا يصلح الا بكيل قال وما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام .

وفي رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة و الايراد[4] على دلالة الصحيحة

---

١ - لاعراض الاصحاب عن هذه الرواية وحملها بعض على التقية كالمحقق الاستاذ السيد محمد الحجة الكوه كمري من جهة أن مسئلة البيع بحكم احدهما وقع مورد النزاع بين العامة و الخاصة و ذهب الخاصة الى جوازها في النكاح للروايات والعامة يقولون به في باب البيع ايضاً .

٢ - وهو نهي النبي (ص) عن الغرر وقوله « في ذلك » اشارة الى المثمن فيكون قوله « وفي خصوص الكيل والوزن » عطفاً عليه ايضاً .

٣ - يعني عند العرف او عند البيع.

٤ - المورد هو المحقق الاردبيلي فانه ره اورد . ←

بالاجمال او باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البايع غير وجيه لان الظاهر من قوله سميت فيه كيلا انه يذكر فيه الكيل فهى كناية عن كونه مكيلا فى العادة .

اللهم الا ان يقال ان توصيف الطعام بكونه ككذا الظاهر فى التنويع مع انه ليس من الطعام ما لايكال ولايوزن الا فى مثل الزرع قسائما يبعد ارادة هذا المعنى فتأمل [1] .

واما الحكم بعدم تصديق البايع فمحمول على شرائه سواء زاد او نقص خصوصاً اذا لم يطمئن بتصديقه لاشرائه على انه القدر المعين الذى اخبر به البايع فان هذا لايصدق عليه الجزاف [2] .

قال فى كره لو اخبره البايع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا وقال فى يرلو اعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد او نقص لم يجز وامانسبة الكراهة الى هذا البيع فليس

✓ تارة بسند الرواية و قال : انها حسنة بـابراهيم بن هاشم الذى لم يعدله اهل الرجال .

واخرى باجمالها فان ظاهر قوله (ع) : «سميت فيه كيلا» هو الاشتراء بعنوان الكيل مع أن الاشتراء بعنوان الكيل لا يوجب بطلان بيعه جزافاً بل ان كان الجزاف باطلا فهو باطل وقع اشتراء جزافاً ام لـم يقع فيتوقف الاستدلال به على كون قوله (ع) كيلا بمعنى كونـه مكيلا مع أن المحتمل هو الاشتراء بعنوان الكيل كما ذكرنا فلايدل على على وجوب الكيل كلية مضافاً الى أن لفظ الكراهة ولفظ لايصلح اعم من الحرمة على أن الرواية مخالفة للمشهور وهو الاعتماد على اخبار البايع .

١ ـ لعله اشارة الى جواز بيع الزرع سيما بعد صيرورته سنبلا وانعقاده حبة ويمكن ان يكون اشارة الى ان القيد توضيحى لااحترازى .

٢ ـ لانه يكون بالاختبار لا بالاخبار مبنياً على الحدس المتهم فيه البايع غاية الامر هو اخبار حدس ناش عن الخرص والتخمين .

فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح في الفساد.

وفي الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة قال سألته عن شراء الطعام ومايكال ويوزن بغير كيل ولا وزن فقال اما ان تاتي رجلا في طعام قد كيل اووزن تشتري منه مرابحة فلا باس ان اشتريته منه اولم تكله اولم تزنه اذا اخذه المشتري الاول بكيل او وزن وقلت له عند البيع اني اربحك كذا وكذا و دلالتها اوضح من الاولى [1].

ورواية ابان عن محمد بن حمران قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله قال لا باس قلت ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال اما انت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل الا اذ اخبره البايع فصدقه.

وفحوى مفهوم رواية ابي العطارد [2] وفيها قلت فأخرج الكرو الكرين فيقول الرجل اعطينه بكيلك فقال اذا ائتمنك فلا بأس به ومرسلة ابن بكير عن رجل سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل فقال اما ان ياخذ كله بتصديقه واما ان يكيله كله فان المنع من التبعيض المستفاد منه ارشادي محمول على انه ان صدقه فلا حاجة الى كلفة كيل البعض والا فلا يجزي كيل البعض [3]

---

١ ـ لان الكيل والوزن لو لم يكن معتبرين لم يكن وجه لاشتراط جواز الشراء باخذ المشتري الاول بالكيل والوزن ولا يضر كون المعاملة على سبيل المرابحة لعدم الفرق في كيفيتها كما لا يضر كون دلالتها بالمفهوم لان المفهوم السالم من المناقشة اقوى من المنطوق الذي تطرء فيه المناقشات مع أن مفهوم الشرط من اقوى المفاهيم.

٢ ـ تدل هذه الرواية ايضاً على حصر الامام (ع) الصحة بمورد التصديق فقط و في غير مورد الائتمان تدل مفهوماً على الفساد وان كاله البايع.

٣ ـ علله المجلسي ره في محكي بعض حواشيه على الكافي بانه لعل المراد انه اذا اخبر البايع بالكيل فلا يحتاج الى كيل البعض ايضاً ويجوز الاعتماد عليه في الكل وان لم يخبر وكان اعتماده على الخرص والتخمين فلا يفيد كيل البعض.

ويحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء[1] .

وكيف كان ففى مجموع ماذكر من الاخبار ومالم يذكر ممافيه ايماء الى المطلب[2] من حيث ظهوره فى كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل وتقرير الامام كما فى رواية كيل مالايستطاع عده وغيرها مع ماذكر من الشهرة المحققة والاتفاقات المنقولة كفاية فى المسئلة .

ثم ان ظاهر اطلاق جميع ماذكر ان الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصى [3] و

---

١ ـ اى استيفاء المبيع واخذه بعد الشراء بكيل ووزن ثم لم يبطل ولم يوزن لدى الاستيفاء فيكون النهى للارشاد الى عدم القبض جزافاً لانه يؤدى الى المنازعة و المشاجرة احياناً .

٢ ـ وهو اعتبار الكيل والوزن فى مقام التسليم لما بيع كيلا ووزناً .

٣ ـ اعلم أن دليل نفى الغير قد يكون كقاعدتى لاضرر ولاحرج ناظراً الى الشخص فيرتفع الحكم عن الشخص كما يرتفع الوضوء الضررى عمن يتضرر به فلو فرض شخص لايتضرر به لقوة جثته يجب عليه الوضوء وان كان نوعه متضرراً به لان كل فرد مكلف على حسب مايقتضيه تكليف نفسه .

وقد يكون ناظراً الى النوع كما فى عدة النساء فان لزوم العدة لهن انما هو لمناط قابلية الحمل شأناً فتجب لمن تجاوز تسع سنين ولم تبلغ حد اليأس فالحمل حكمة اعتبرت بحسب النوع لاتخرج النوع عن الحكم وان علم عدم الحمل فى شخص امرئة خاصة ومثل ذلك القروح والجروح والشيخ والشيخة التابعة بلسان الادلة وكذلك المقام فلو اخذ لسان الدليل عنوان الكيل والوزن والعد فى مواردها بماهى فان علم من الخارج ان الحكمة فيها نفى الغرر فلابد من الكيل والوزن والعد فى مواردها ولو لم يلزم غرر شخصى لكون المأخوذ الغرر النوعى وان علم الانصراف الى الغرر الشخصى فشخصى فاستفاد المصنف من الادلة بانه ان اخذ من الاخبار الخاصة فتكون نوعياً وان اخذ من النبوى المشهور يكون

ـاً .

ان كان حكمته سدّ باب المسامحة المفضية الى الوقوع فى الغرر كما انّ حكمة الحكم باعتبار بعض الشّروط [1] فى بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند اهمال ذلك الشّرط فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل والوزن وان لم يكن فى شخص المقام غرر كما لو باع مقداراً من الطّعام بما يقابله فى الميزان من جنسه او غيره المتساوى له فى القيمة فانّه لا يتصوّر هنا غرر اصلاً مع الجهل بمقدر كلّ من العوضين .

لأنّه مساو للآخر فى المقدار و [2] يحتمل غير بعيد حمل الأطلاقات سيّما الأخبار على المورد الغالب وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التّقدير فلو فرض اندفاع الغرر بغير التّقدير كفى كما فى الفرض المزبور وكما اذا كان للمتبايعين حدس قوىّ بالمقدار نادر التّخلّف عن الواقع وكما اذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلساً وارادبه دهنا لحاجة فانّ الميزان لم يوضع لمثله فيجوز بما تراضيا عليه من التّخمين ولا منافاة بين كون الشّىء من جنس المكيل والموزون وعدم دخول الكيل والوزن فيه لقلّته كالحبّتين والثّلثة من الحنطة او لكثرته كزبرة الحديد كما نبّه عليه فى عدو شرحها وحاشيتها .

وممّا ذكرنا يتّجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس [3] المسكوكة فانّها وان

---

١ ـ كاعتبار تعيين الثمن فى البيع والاجرة والاجارة والقبض فى الصرف وغيرها من الشروط الارشادية .

٢ ـ الى هنا ايد المصنف الغرر النوعى وفى قوله ره « ويحتمل غير بعيد » يشير الى الغرر الشخصى .

٣ ـ هذا دفع للاشكال من الجانبين حيث انه توهم ان الصحة فى المعدودات بدون الكيل وجواز التفاضل متلازمان كما ان عدم جواز البيع بدون الكيل والوزن وعدم جواز التفاضل فى المكيل والموزون متلازمان فلا يمكن الحكم بصحة الشراء على الفلوس المسكوكة مع حرمة التفاضل فلازم الصحة جواز التفاضل ولازم الحرمة فساد البيع كما عن العلامة فى التذكرة فاجاب المصنف عن ذلك بان المسكوكات مع وقوع الربا فيها ←

كانت من الموزون.

ولذا صرح فى كره بوقوع الربا فيها الا انها عند وقوعها ثمنا حكمها كالمعدود فى ان معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها فهى كالقليل والكثير من الموزون الذى لا يدخله الوزن بل يمكن اجراء ذلك وقت البيع فى دخول عدم اعتبار الوزن فى بيعه

وكذا شبه الفلوس عن المسكوكات المركبة من النحاس والفضة كاكثر نقود بغداد فى هذا الزمان وكذا الدرهم والدينار[1] الخالصان فانهما وان كانت من الموزون ويدخل فيها الربا اجماعا الا ان ذلك لا ينافى جواز جعلها عوضاً من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر فى ذلك اصلا.

ويؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة اغلبهم بوزنها.

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر فى وضعهما من حيث تفاوت قيمتها بذلك فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب ومن هنا لا يجوز اعطاء الناقص منهما لكونه غشا وخيانة وبهذا يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود وشبهها حيث ان نقصان الوزن لا يؤثر فى قيمتها فلا باس باعطاء ما يعلم نقصه والى ما ذكرنا من الفرق اشير فى صحيحة ابن عبد الرحمن قال قلت لابى عبد الله عليه السلام اشترى الشىء بالدراهم فاعطى الناقص الحبة والحبتين قال لا حتى تبينه ثم قال الا ان تكون هذه الدراهم

← لا يتوقف على الوزن عند كونه ثمنا لانها كالمعدود من جهة أن ماليتها تابعة لاعتبار السلطان ولا دخل للمقدار فيها لان السكة طريق الى مقداره المقرر عند السلطان او هى كالقليل و الكثير من الموزون فان من المكيل و الموزون ما لا يحتاج لقلته و كثرته الى الوزن كالثمار على الاشجار والثوب الذى جوز بيعه بالغزل مع كونه من الموزون.

١ ـ محصله انهما فى حكم المعدود ولكن يشترط عدم نقصهما عن وزن السلطان فيكون مع الوزن غشاً وخيانة وعيباً فيكون للمشترى الخيار للتفاوت الفاحش فى القيمة اذا نقص نصف مثقال مثلا ويجرى الربا فى الجنس ايضاً.

الاوضاحية[1] التي تكون عندنا عدداً .

و بالجملة فانناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية الى ان الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الاصحاب في - موارد كثيرة .

ثم ان الحكم في المعدود ووجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلاخلاف ظاهر ويشير اليه بل يدل عليه تقرير الامام في الرواية الاتية[2] المتضمنة لتجويز الكيل في المعدود المتعذر عده .

ويظهر من المحكي عن المحقق الاردبيلي المناقشة في ذلك بل الميل الى منعه وجواز بيع المعدود مشاهدة.

ويرده رواية الجواز الاتية والمراد بالمعدودات مايعرف مقدار ماليتها باعدادها كالجوز والبيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب[3] وعد العلامة البطيخ والباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد ولايكفي في السلم وصحته العد في المعدودات بل لابد من الوزن في البيطخ والباذنجان والرمان وانما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة انتهى.

وقد صرح في كره بعدم الربا في البطيخ والرمان اذا كان رطبا لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و المشمش[4] ايضاً غير موزونة .

وكل ذلك محل تأمل لحصول الغرر احياناً بعدم الوزن فالظاهر ان تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض .

---

١ ـ وفي المجمع لواضاحية قال : الوضح الدرهم الصحيح .

٢ ـ وهي رواية الحلبي الاتية .

٣ ـ فانها مما تكفي فيه المشاهدة .

٤ ـ الخوخ بالفارسي «هلو» والمشمش زردآلو .

مسئلة لو قلنا بان المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل والموزون والمعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصى فلا اشكال فى جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به اذا انتفى الغرر بذلك[1] بل فى كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير اصلا .

لكن تقدم ان ظاهر الاخبار الواردة فى هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصى [2] لحكمة سد باب الغرر المؤدى الى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات فى اكثر المعاملات زيادة على التراضى الفعلى حال المعاملة .

وحينئذ فيقع الكلام و الاشكال فى تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه .

فنقول اختلفوا فى جواز بيع المكيل وزنا وبالعكس وعدمه على اقوال ثالثها جواز الكيل وزنا دون العكس لان الوزن اصل الكيل واضبط و انما عدل اليه فى المكيلات تسهيلا .

فالمحكى عن س فى السلم جوازه مطلقا حيث قال ولو اسلم فى المكيل وزنا وبالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام وكانه اشار بها الى رواية وهب عن جعفر عن ابيه عن على صلوات الله عليهم قال لاباس بسلف مايوزن فيما

---

١ ـ فيجوز كل واحد من المكيل والموزون و المعدود بمقدار الاخر بل بكيل اقتراحى كثقل صخرة للعمومات التى تدل على اعتبار التقدير العام لا التقدير الخاص الذى هو ماتعارف التقدير به ولم يعلل ايضاً هذه التقديرات بان يكون المدرك هو حديث لاغرر ولقوله (ع) مايكال اويوزن لايجوز بيعه بغير الكيل والوزن .

٢ ـ يعنى بل النظر الى الغرر النوعى كما هو كذلك فى الضرر والحرج فحينئذ يبطل البيع فى التقدير بما لم يتعارف التقدير به وان لم يكن هنا غرر شخصى من جهة كون المناط هو النوعى .

يكال وما يكال فيما يوزن ولايخفى قصور الرواية سنداً بوهب ودلالة بان الظاهر منها جواز اسلاف الموزون[١] فى المكيل وبالعكس لاجواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن وبالعكس ويعضده[٢] ذكر الشيخ للرواية فى باب اسلاف الزيت فى السمن .

فالذى ينبغى ان يقال ان الكلام تارة فى كفاية كل من التقديرين فى المقدر بالاخر من حيث جعله دليلا على التقدير المعتبر فيه بان يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس .

وتارة فى كفايته فيه اصلا من غير ملاحظة تقديره المتعارف اما الاول فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة وقد يكون مما لايتسامح فيه .

اما الاول فالظاهر جوازه خصوصاً مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه لان ذلك غير خارج فى الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه غاية مافى الباب ان يجعل التقدير الاخر طريقاً اليه ويؤيده رواية عبدالملك بن عمر قال قلت لابيعبدالله (ع) اشترى ماة راوية من زيت فاعترض[٣] راوية او اثنتين فائتزنهما ثم آخذ سايره على قدر ذلك قال لاباس استدل بها فى كره على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد ونسبة الباقى اليه واردفه بقوله ولانه يحصل المطلوب وهو العلم واستدلاله[٤]

---

١ ـ يعنى ان الرواية تدل على جواز سلف المبيع المكيل فى الثمن الموزون وبالعكس لافى جواز تقدير المكيل بالوزن وبالعكس لانه اذا كان كذلك فلابد من التعبير بالكيل والوزن كما لايخفى .

٢ ـ اى ماذكرناه .

٣ ـ الرواية جمعه الروايا الدابة يستقى عليها والمزادة من ثلاثة جلود فيها الماء.

٤ ـ يعنى استدلال الثانى للعلامة الذى هو قوله ولانه يحصل المطلوب يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر .

الثانى يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر والتقييد بالتعذر لانه استنبطه من الغالب فى مورد السئوال وهو تعذر وزن مأة راوية من الزيت ولايخفى ان هذه العلة لوسلمت على وجه[1] يقدح فى عموم ترك الاستفصال انما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير .

وقد عرفت ان هذا فى الحقيقة تقدير وليس بجزاف.

نعم ربما ينافى ذلك التقرير[2] المستفاد من الصحيحة الاتية فى بيع الجوز كما سيجىء واما لو كان التفاوت مما لايتسامح فيه فالظاهر ايضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير اذا كان ذلك التقدير امارة على ذلك المقدار لان ذلك ايضاً خارج عن الجزاف فيكون نظير اخبار البايع بالكيل ويتخير المشترى لو نقص وماتقدم من صحيحة الحلبى فى اول الباب من المنع عن شراء احد العدلين بكيل احدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كله مع جعل التقدير الغير المتعارف امارة على المتعارف .

واما كفاية احد التقديرين عن الاخر اصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف فالظاهر جواز بيع الكيل وزناً على المشهور كما عن الرياض لان ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة المنهى عنه فى الاخبار ومعقد الاجماعات لان الوزن اضبط من الكيل ومقدار مالية المكيلات معلوم به اصالة من دون ارجاع الى الكيل والمحكى المؤيد بالتتبع ان الوزن اصل للكيل وان العدول الى الكيل من باب الرخصة[3] وهذا معلوم

---

١ ـ هذا ايراد على العلامة من جهة تقييده الجواز بصورة التعذر نظراً الى كون التعذر قادحاً للعموم المستفاد من ترك الاستفصال وحاصل الايراد انه فى الحقيقة تقدير بالمتعارف لا بغير المتعارف فلامعنى لاختصاص الدليل بصورة التعذر لجهة الغلبة .

٢ ـ المراد من التقدير هو الاكتفاء بالتقدير بغير المتعارف حتى فى صورة عدم التعذر ايضاً لكونه طريقاً اليه .

٣ ـ قد يقال ان الوزن ايضاً لااصل له لكون مرجعه اقتراحياً ثم حصل التداول ←

لمن تتبع موارد تعارف الكيل فى الموزونات ويشهد لأصالة الوزن ان المكائيل المتعارفة فى الأماكن المتفرّقة على اختلافها فى المقدار ليس لها ماخذ الا الوزن اذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكائيل عليه واما كفاية الكيل فى الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه اشكال بل لا يبعد عدم الجواز.

وقد عرفت عن ثمّ ان ما يباع وزناً لا يباع كيلا بلا خلاف فان هذه مجازفة صرفة اذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط فهو بعينه ما منعوه من التقدير بقصعة حاضرة او ملاء اليد فان الكيل من حيث هو لا يوجب فى الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة فالقول بالجواز فيما نحن فيه [1] مرجعه الى كفاية المشاهدة.

ثمّ انه قد علم ممّا ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الآخر كالحقّة والرّطل والوزنة باصطلاح اهل العراق الّذى لا يعرفه غيرهم خصوصاً الأعاجم غير جايز [2] لأنّ مجرّد ذكر احد هذه العنوانات عليه وجعله فى الميزان

← والتعارف به.

ولكن فيه أن اصل كل الوزن يرجع الى المثاقيل والمثاقيل الى الحمص والحمص الى الشعير المتوسط المعلوم عند الناس بخلاف الكيل.

نعم يمكن ان يقال ان كفاية الوزن عن الكيل فى المقدارات يتم وأما اذا كان المناط مالية الشيء بان كان للعدد او الحجم او الذرع دخل فيه، فلا بد حينئذ من ملاحظة كل منها ولا يكفى الوزن بدل الكيل وبالعكس.

١ ـ اى فى كفاية الكيل عن الوزن بناء على جواز المعاملة بالمشاهدة كالثمار على الاشجار.

ثم اعلم انه بقى شيء خرج عن الاعتبارات الاربعة: الوزن والكيل والعد والمشاهدة وهى المسكوكات فانها تابعة لاعتبار السلطان لا الى احد هذه المذكورات.

٢ ـ فشراء المسافرين بوزن البلد الذى يحضرونه مع جهلهم بمقداره لا يخلو عن اشكال الا ان يثبت السيرة بالجواز.

ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم فی مقابله لایوجب للجاهل معرفة زائدة علی مایحصل بالمشاهدة هذا کله فی المکیل والموزون .

واما المعدود فان کان الکیل او الوزن طریقاً الیه فالکلام فیه کما عرفت فی اخویه .

وربما ینافیه التقریر المستفاد من صحیحة الحلبی عن ابیعبدالله (ع) انه سئل عن الجوز لانستطیع ان نعده فیکال بمکیال ثم یعد مافیه ثم یکال مابقی علی حساب ذلك العدد قال لاباس به فان ظاهر السئوال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك فی غیر حال الضرورة ولم یردعه الامام (ع) بالتنبیه علی ان ذلك غیر مختص بصورة الاضطرار لکن التقریر غیر واضح فلا ینهض الروایة لتخصیص العمومات ولذا قوی فی الروضة الجواز مطلقا[1] واما کفایة الکیل فیه اصالة فهو مشکل لانه لایخرج عن المجازفة والکیل لایزید علی المشاهدة .

واما الوزن فالظاهر کفایته بل ظاهر قولهم فی السلم انه لایکفی العد فی المعدودات وان جاز بیعها معجلا بالعد بل لابد من الوزن انه لاخلاف فی انه اضبط وانه یغنی عن العد فقولهم فی شروط العوضین انه لابد من العد فی المعدودات محمول علی اقل مراتب التقدیر لکنه ربما ینافی ذلك تعقیب بعضهم ذلك بقولهم ویکفی الوزن عن العد فانه یوهم کونه الاصل فی الضبط الاان یریدوا هنا الاصالة والفرعیة بحسب الضبط المتعارف لابحسب الحقیقة فافهم .

بقی الکلام فی تعیین المناط[2] فی کون الشیء مکیلا او موزوناً فقد قیل ان الموجود فی کلام الاصحاب اعتبار الکیل والوزن فیما بیع بهما فی زمن الشارع وحکم الباقی فی البلدان ماهو المتعارف فیهما فما کان مکیلا او موزوناً فی بلد یباع کذا والافلا وعن ظاهر مجمع البرهان وصریح الحدائق نسبته الی الاصحاب

---

١ - یعنی سواء کان فی حال الاضطرار اوالاختیار .

٢ - الی الان کان الکلام فی الکبری والان شرع فی الصغری .

وربّما منع ذلك بعض المعاصرين[1] قائلاً انّ دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه (ع) على الوجه المذكور غريبة فانّي لم اجد ذلك في كلام احد من الأساطين فضلاً عن ان يكون اجماعاً.

نعم قد ذكروا ذلك بالنّسبة الى حكم الرّبا[2] لا انّه كذلك بالنظر الى الجهالة والغرر الذّي من المعلوم عدم المدخليّة لزمانه (ص) في رفع شيء من ذلك واثباته انتهى.

اقول ما ذكره دام ظلّه من عدم تعرّض جلّ الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و انّما ذكروه في باب الرّبا حق الّا انّ المدار وجوداً وعدماً في الرّبا على اشتراط الكيل والوزن[3] في صحّة بيع جنس ذلك الشّيء واكثر الفقهاء

---

١ ـ وهو صاحب الجواهر.

٢ ـ يعني ذكر الفقهاء في باب الربا أن المدار فيه على المصداق الخارجي من المكيل والموزون فاذا كان الشيء مكيلا اوموزونا في عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يجوز التفاضل عليه الى يوم القيامة ولو بيع بعد عصره بدون كيل ووزن كالمسكوكات في هذا الزمان وبعبارة اخرى ان الوزن كما أنه علة للحدوث علة للبقاء ايضاً لان يدور الحكم مداره وجوداً وعدماً هذا بالنسبة الى باب الربا الذي كان الكيل والوزن فيه بنحو الموضوعية.

واما بالنسبة الى البيع فلا فانه اذا كان الشيء مكيلا في المدينة المنورة اوفي سائر البلاد في عصره (ص) ثم يباع بغير كيل ووزن في الاعصار المتأخرة لا يبطل بيعه وكذلك لو بيع جزافاً مالم يكن مكيلا و موزوناً في عصره وكان مكيلا وموزوناً فعلا فلا غرر من الكيل والوزن للزوم الجهالة والغرر وهذا كله شرح لعبارة الجواهر.

٣ ـ محصله ان المدار على كونه مكيلا و موزوناً فعلا في باب الربا وان لم يكن كذلك سابقاً وكذلك في عدم جريان الربا اذا لم يكن مكيلا وموزوناً فعلا وان كان مكيلا و موزوناً سابقاً.

لم یذکروا تحدید هذا الشّرط[1] و المعیار فیه هنا یعنی فی شروط العوضین الّا انّ الأکثر ذکروا فی باب الرّبا ماهو المعیار هنا[2] و فی ذلك الباب واما اختصاص هذا المعیار بمسئلة الرّبا و عدم جریانه فی شروط العوضین کما ذکره فهو خلاف الواقع .

امّا اوّلاً فلشهادة تتبّع کلمات الأصحاب بخلافه قال فی ط فی باب الرّبا اذا کانت عادة الحجاز علی عهده (ص) فی شیء الکیل لم یجز الّا کیلاً فی سایر البلاد وما کانت فیه وزناً لم یجز الّا وزنا فی سایر البلاد و المکیال مکیال اهل المدینة و المیزان میزان اهل مکة هذا کلّه بلا خلاف فان کان ممّا لاتعرف عادة فی عهده (ص) حمل علی عادة البلد الذی فیه ذلك الشّیء فما عرف بالکیل لایباع الّا کیلاً وما عرف فیه الوزن لایباع الّا وزناً انتهی ولایخفی عموم ما ذکره من التّحدید لمطلق البیع لالخصوص مبایعة المتماثلین و نحوه کلام العلّامة فی کره[3]

و امّا ثانیاً فلأنّ ما یقطع به بعد التتبّع فی کلماتهم هنا وفی باب الرّبا انّ الموضوع فی کلتا المسئلتین شیء واحد اعنی المکیل والموزون قد حمل علیه حکمان احدهما عدم صحّة بیعه جزافاً والآخر عدم صحّة بیع بعضه ببعض متفاضلاً

---

١ ـ یعنی لم یذکروا فی صحة البیع لزوم کیل عصر النبی (ص) ووزنه .

٢ ـ یعنی انهم ذکروا فی باب الربا ماهو المعیار فی شروط العوضین فی البیع من اتحاد المراد منهما لانه اذا کان الشیء مکیلا اوموزوناً فی عصر النبی (ص) فکما انه لابد من جریان الربا فیه فکك لابد ان یکون مکیلا وموزوناً ایضاً فی هذا الزمان لماذکر من التلازم فیکون الملازمة بینها موجوداً فی کل زمان .

٣ ـ قال فی مفتاح الکرامة بعد حکایة ذلك عن المبسوط ـ وذلك کله خیرة التذکرة ونهایة الاحکام والمختلف و حواشی الشهید والمسالك وغیرها وهو المنقول عن القاضی .

و الظاهر ان المراد فی عبارة المبسوط من سایر البلاد هو البلاد ولو بعد عصر النبی (ص) .

ويزيده وضوحاً ملاحظة اخبار المسئلتين المعنونة بما يكال اويوزن فاذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهى مرعيّة فى كلتا المسئلتين .

و امّا ثالثاً فلأنّه يظهر من جماعة تصريحاً اوظهوراً انّ من شرط الرّبا كون الكيل و الوزن شرطاً فى صحّة بيعه قال المحقّق فى الشّرايع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن فى الرّبا تفريعاً على ذلك انّه لاربا فى الماء اذلا يشترط فى بيعه الكيل او الوزن وقال فى الدّروس ولايجرى الرّبا فى الماء لعدم اشتراطهما فى صحّة بيعه نقداً ثمّ قال: وكذا الحجارة و التّراب والحطب ولاعبرة ببيع الحطب وزناً فى بعض البلدان لأنّ الوزن غير شرط فى صحّته انتهى و هذا المضمون [1] سهل الأصابة لمن لاحظ كلماتهم.

فلاحظ المسالك هناوشرح القواعد و حاشيتها للمحقّق الثانى والشّهيد عند قول العلّامة .

والمراد بالمكيل والموزون هنا جنسه وان لم يدخلاه لقلّته كالحبّة والحبّتين من الحنطة او لكثرته كالزّبرة [2] ولازم ذلك يعنى اشتراط دخول الرّبا فى جنس باشتراط الكيل اوالوزن فى صحّة بيعه انّه اذاثبت الرّبا فى زماننا فى جنس لثبوت كونه مكيلا اوموزوناً على عهد رسول الله (ص) لزم ان لايجوز بيعه جزافاً والاّ لم يصدق ماذكروه من اشتراط الرّبا باشتراط التّقدير فى صحّة بيعه.

و بالجملة فتلازم الحكمين اعنى دخول الرّبا فى جنس و اشتراط بيعه بالكيل و الوزن ممّا لايخفى على المتتبّع فى كتب الأصحاب وحينئذ .

فنقول كلّما ثبت كونه مكيلاً اوموزوناً فى عصره (ص) فهو ربوىّ فى زماننا ولايجوز بيعه جزافا فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وان لم يلزم غرر للاجماع و لما عرفت من انّ اعتبار الكيل و الوزن لحكمة سدّ باب نوع الغرر لاشخصه

---

١ ـ الذى استظهرناه .

٢ ـ زبرة كغرفة قطعة الحديد والجمع الزبر .

فهو حكم لحكمة غير مطردة[1] نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع واعتبار الانضباط في المسلم فيه لأنّ في تركه مظنّة التنازع والتغابن ونحو ذلك و الظاهر كما عرفت من غير واحد انّ المسئلة اتفاقيّة .

وامّا ما علم انه كان يباع جزافاً في زمانه (ص) فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً و الظاهر انّه اجماعيّ كما يشهد به دعوى بعضهم الاجماع على انّ مثل هذا ليس بربويّ والشهرة محققة على ذلك نعم ينافي ذلك بعض ما تقدّم من اطلاق النهي[2] عن بيع المكيل والموزون جزافاً الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الامام (ع) او في عرف السائل اوفي عرف المتبايعين او احدهما وان لم يتعارف في غيره وكذلك قوله (ع) ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفة الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه وان لم يكن

---

١ ـ في كل باب .

٢ ـ بان يكون العبرة بمصداق لفظ الكيل والوزن لا بمفهومه حيث انه علق الحكم على العنوان كما علق القصر على عنوان السفر و الاتمام على الحضر و صلوة الجماعة خلف العادل .

وبالجملة كلما صار مصداقاً ولو بعد قرون دخل تحت الخطاب وكلما خرج عن الخطاب مثل اكرم العلماء فيدخل تحته كل عالم وان لم يكن عالماً حين الخطاب وخرج عنه وان كان عالماً حينه اذا لم يكن عالماً فعلا وذلك لان خطاب وجوب الكيل والوزن من القضايا الحقيقية التي انشأ الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها فكل مصداق انطبق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم والخطاب وان لم يكن من النبي (ص) بل يكون من الامام (ع) من جهة وجود الكيل عنده (ع) بعد عصر النبي (ص) اووجوده بعد الامام (ع) او في بلد غير بلد الامام (ع) او النبي (ص) بناء على كون المرجع الى الحقيقة العرفية عند انتفاء الشرعية فلابد حينئذ من القول بوجوب الكيل والوزن وان لم يكن هذا الشيء في زمان النبي (ص) مكيلا اوموزوناً .

كك في عرف الشّارع .

اللّهم الّا ان يقال انّه لم يعلم انّما تعارف كيله او وزنه في عرف الأئمة و اصحابهم كان غير مقدّر في زمان الشّارع حتّى يتحقّق المنافاة والأصل في ذلك انّ مفهوم المكيل والموزون في الأخبار لايراد بهما كلّما فرض صيرورته كك حتّى يعمّ ما علم كونه غير مقدّر في زمن الشّارع بل المراد بهما المصداق الفعلىّ المعنون بهما في زمان المتكلّم و هذه الأفراد لايعلم عدم كونها مكيلة و لاموزونة في زمن النّبىّ (ص) .

لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفاً للظّاهر المستفاد من عنوان مايكال و يوزن انّه لادليل حينئذ على اعتبار الكيل في ماشكّ في كونه مقدّراً في ذلك الزّمان مع تعارف التّقدير فيه في الزّمان الآخر اذلا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل والموزون بل لابدّ من كونه احد المصاديق الفعليّة في زمان صدور الأخبار ولادليل ايضاً على الحاق كلّ بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان.

و الحاصل انّ الاستدلال باخبار المسئلة المعنونة بما يكال او يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التّقدير بزمان النّبىّ (ص) ثمّ ممّا اتّفق عليه البلاد ثمّ بما تعارف في كلّ بلدة بالنّسبة الى نفسه في غاية[1] الاشكال فالأولى تنزيل الأخبار على ماتعارف تقديره عند المتبايعين واثبات ماينافي ذلك من الأحكام المشهورة[2] بالاجماع[3] المنقول المعتضد بالشّهرة المحقّقة وكذا الأشكال لوعلم التّقدير في زمن الشّارع و لم يعلم كونه بالكيل او بالوزن.

---

١ ـ بل لابد من اعتبار التقدير بهما في جميع البلدان لوصدر وقوعهما في زمان صدور الاخبار اوعدم اعتبارهما في جميع البلدان لولم يصدرا

٢ ـ كعدم جواز بيع مايكال و يوزن في عصره جزافاً في غيره و جوازه في عكس ذلك .

٣ـ هومتعلق بالاثبات وخبر له .

وممّا ذکرنا ظهر ضعف ما فی کلام جماعة من التمسّک لکون الاعتبار فی التقدیر بعادة الشّرع بوجوب حمل اللّفظ علی المتعارف عند الشّارع ولکون المرجع فیما لم یعلم عادة الشّرع هی العادة المتعارفة فی البلدان بانّ الحقیقة العرفیّة هی المرجع عند انتفاء الشّرعیّة و یکون المرجع عادة کل بلد اذا اختلف البلدان بانّ العرف الخاصّ قائم مقام العامّ عند انتفائه انتهی.

وذکر المحقّق الثّانی ایضاً انّ الحقیقة العرفیّة یعتبر فیها ما کان یعتبر فی حمل اطلاق لفظ الشّارع علیها فلو تغیّرت فی عصر بعد استقرارها فیما قبله فالمعتبر هو العرف السّابق ولا اثر للتّغیّر الطّاری للاستصحاب[1] ولظاهر قوله (ص): حکمی علی الواحد حکمی علی الجماعة وامّا فی الأقاریر والأیمان ونحوها فالظّاهر الحوالة علی عرف ذلک العصر الواقع فیه شیء عنها حملاً له علی ما یفهمه الموقع انتهی.

اقول لیس الکلام فی مفهوم المکیل والموزون بل الکلام فیما هو المعتبر فی تحقّق هذا المفهوم فانّ المراد بقولهم علیهم السلام ما کان مکیلاً فلا یباع جزافاً اولا - یبع بعضه ببعض الأمتساویاً امّا ان یکون ما هو المکیل فی عرف المتکلّم او یراد به ما هو المکیل فی العرف العامّ او ما هو المکیل فی عرف کلّ مکلّف وعلی ای تقدیر فلا یفید الکلام لحکم غیر ما هو المراد فلابدّ لبیان حکم غیر المراد من دلیل خارجیّ وارادة جمیع هذه الثّلثة خصوصاً مع ترتیب خاصّ فی ثبوت الحکم بها وخصوصاً مع کون مرتبة کلّ لاحق مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه غیر صحیحة کما لا یخفی.

ولعلّ المقدّس الأردبیلی اراد ما ذکرنا حیث تأمّل فی ما ذکروه من التّرتیب بین عرف الشّارع والعرف العامّ والعرف الخاصّ معلّلاً باحتمال ارادة الکیل والوزن المتعارف عرفاً عامّاً اوفی اکثر البلدان اوفی الجملة مطلقاً او بالنّسبة الی کلّ بلد بلد

---

١ ـ یعنی استصحاب الحکم فی موضوعه الاول .

كماقيل فى الماكول والملبوس فى السّجدة من الأمر الواردبهما لوسلّم و الظّاهر هو الأخير انتهى وقدردّه فى الحدائق بانّ الواجب فى معانى الألفاظ الواردة فى الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم فكلّما كان مكيلاًاو موزوناً فى عرفهم وجب اجراء الحكم عليه فى الأزمنة المتأخّرة ومالم يعلم فهو بناء على قواعدهم يرجع الى العرف العامّ الى آخر ماذكره من التّفصيل.

ثمّ قال ويمكن ان يستدلّ للعرف العامّ بماتقدّم فى صحيحة الحلبى من قوله ماكان من طعام سميت فيه كيلاً فانّ الظّاهر انّ المرجع فى كونه مكيلاً الى تسميته عرفاً مكيلاً ويمكن تقييده بمالم يعلم حاله فى زمانهم عليهم السلام انتهى اقول قد عرفت انّ الكلام هنا ليس فى معنى اللّفظ لأنّ مفهوم الكيل معلوم لغة.

وانّما الكلام فى تعيين الاصطلاح الّذى يتعارف فيه هذا المفهوم[1].

ثمّ لوفرض كون الكلام فى معنى اللّفظ كان اللّازم حمله على العرف العامّ اذا لم يكن عرف شرعىّ لااذا جهل عرفه الشّرعى فانّه لم يقل احد بحمل اللّفظ حينئذ على المعنى العرفى بل لابدّ من الاجتهاد فى تعيين ذلك المعنى الشّرعى ومع العجز يحكم باجمال اللّفظ كما هو واضح هذا كلّه مع انّ الأخبار انّما وصلت الينا من الأئمة صلوات الله وسلامه عليهم فاللّازم اعتبار عرفهم لاعرف الشّارع واما ماستشهد به للرّجوع الى العرف العامّ من قوله عليه السلام ماسمّيت فيه كيلاً انتهى فيحتمل ان يراد عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاصّ بالمتبايعين[2] نعم مع العلم بالعرف العامّ

---

١ ـ لعدم تعدد المفهوم لان مفهوم الكيل والوزن واحد ومعلوم فى تمام الاعصار بل الكلام فى تعيين الاصلاح الذى وقع على المصاديق من عصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم الى زماننا هذا فلابدمن دليل يخص بكيل عصره صلى الله عليه وآله وسلم ووزنه ولا يجب الجمود على مصداق عصره صلى الله عليه وآله وسلم كما لا يجب فى مثل قوله اكرم العلماء على عالم زمانه صلى الله عليه وآله وسلم بل يسرى بمصاديق كل عصر كما لا يخفى.

٢ ـ محصله أنه كما يحتمل ان يرجع الى العرف العام من قوله عليه السلام ماسميت فيه كيلا انتهى كك يحتمل ان يكون المراد هو الرجوع الى العرف الخاص او يكون المراد من مقطوعة ابن هاشم عدم جواز الرجوع الى العرف الخاص مع العلم بالعرف العام.

لاعبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتیة فتأمل [1].

وابعد شیء فی المقام ماذکره فی مع صدمن ان الحقیقة العرفیة یعتبر فیها ما کان یعتبر فی حمل اطلاق لفظ الشارع علیهما [2] فلو تغیرت فی عصر بعد استقرارها فیما قبله انتهی.

وبالجملة فاتمام المسائل الثلث بالأخبار مشکل لکن الظاهر ان کلها متفق علیها نعم اختلفوا فیما اذا کان البلاد مختلفة فی ان لکل بلد حکم نفسه من حیث الربا وانه یغلب جانب التحریم کما علیه جماعة من اصحابنا.

لکن الظاهر اختصاص هذا الحکم بالربا لا فی جواز البیع جزافا فی بلد لایتعارف فیه التقدیر.

ثم انه یشکل الأمر فیما علم کونه مقدرا فی زمان الشارع لکن لم یعلم ان تقدیره بالکیل او بالوزن ففیه وجوه اقویها واحوطها اعتبار ماهو ابعد من الغرر [3] واشکل من ذلک مالو علم کون الشیء غیر مکیل فی زمن الشارع او فی العرف العام مع لزوم الغرر فیه عند قوم خاص ولایمکن جعل ترخیص الشارع لبیعه جزافا تخصیصا لأدلة نفی الغرر لأحتمال کون ذلک الشیء من المبتذلات فی زمن الشارع او فی العرف

---

١ ـ لعله اشارة الی أن ظاهر المقطوعة یدل علی أن لاعبرة بالعرف الخاص فتعارض بصحیحة الحلبی الدالة علی الاعتبار بالعرف الخاص فیکون بینهما عموم من وجه لا العموم و الخصوص المطلق لتقید الصحیحة بالمقطوعة بل لم یثبت ظهور الصحیحة فی العرف الخاص.

٢ ـ وجه البعد هو ماذکر من عدم الاعتبار بمصادیق عصر النبی صلی الله علیه وآله وسلم فی الکیل والوزن کما لااعتبار فیها فی سائر الاحکام والخطابات بل الاعتبار علی مفهوم عصره صلی الله علیه وآله وسلم.

٣ ـ لاحتمال دخول المقام فی معقد الاجماع المتقدم بناء علی شموله لمعقد الاجماع فلابد من التقدیر بالکیل والوزن معا واما اذا قلنا بعدم شمول الاجماع هنا فیتخیر بینهما لان الادلة المتقدمة تدل علی العمل بما کان متعارفا بین الناس.

بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم فى العزّة الى حيث لا يتسامح فيها فالأقوى وجوب الأعتبار فى الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل او الوزن او العدّ[1].

وبالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا اجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الأمر فى مقام استعلام ماليّة الشّىء على ذلك التّقدير فاذا سئل عن مقدار ماعنده من الجوز فيجاب بذكر العدد بخلاف ما اذا سئل عن مقدار ماليّة ماعنده من الرّمان والبطّيخ فانّه لا يجاب الاّ بالوزن واذا سئل عن مقدار الحنطة و الشّعير فربّما يجاب بالكيل وربّما يجاب بالوزن لكنّ الجواب بالكيل مختصّ بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن اذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن وقد تقدّم ان الوزن اصل فى الكيل وما ذكرناه هو المراد بالمكيل والموزون الّذين حمل عليهما الحكم بوجوب الأعتبار بالكيل والوزن عند البيع وبدخول الرّبا فيهما.

واممّا لا يعتبر مقدار ماليّته بالتّقدير باحد الثّلاثة كالماء والتّبن والخضريات فالظّاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فان اختلف البلاد فى التّقدير والعدم فلا اشكال فى التقدير فى بلد التّقدير واما بلد عدم التّقدير فان كان ذلك لابتذال الشّىء عندهم بحيث يتسامح فى مقدار التّفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة وان كان لعدم مبالاتهم بالغرر واقدامهم عليه حرصاً مع الاعتداد بالتّفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم بل يجب مخالفتها.

فانّ النّواهى الواردة فى الشّرع عن بيوع الغرر و المجازفات كبيع الملاقيح و المضامين[2] و الملامسة والمنابذة و الحصاة على بعض تفاسيرها[3]

---

١ ـ ولا يجوز الرجوع بالسيرة فى زمان الشارع فى عدم لزوم التقدير مع وجود الاحتمال المذكور وهو امكان كونه من المبتذلات فى زمان الشارع :

٢ ـ المضامين بيع مافى اصلاب الفحول كما ان الملاقيح بيع مافى ارحام الامهات

٣ ـ قد تقدم فى المعاطات تفسير هذه الالفاظ وانه يمكن تفسيرها بانشاء البيع

وثمر الشجر قبل الوجود وغیر ذلك لم یرد الا ردا علی من تعارف عندهم الاقدام علی الغرر والبناء علی المجازفات الموجب لفسخ ابواب المنازعات والی بعض ماذکرنا اشار ماعن علی بن ابراهیم عن ابیه فی رجاله [1] ذکره فی حدیث طویل قال ولاینظر فیما یکال اویوزن الا الی العامة ولایؤخذ فیه الخاصة فان کان قوم یکیلون اللحم ویکیلون الجوز فلا یعتبر بهم لان اصل اللحم ان یوزن واصل الجوز ان یعد وعلی ماذکرنا فالعبرة ببلد فیه وجود المبیع لابلد العقد [2] ولابلد المتعاقدین وفی شرح القواعد لبعض الأساطین ثم الرجوع الی العادة مع اتفاقها اتفاقی ولو اختلف فلکل بلد حکمه کماهو المشهور وهل یراد به بلد العقد والمتعاقدین [3] الأقوی الأول ولو تعاقد افی الصحراء رجعا الی حکم بلدهما ولو اختلفا رجح الأقرب او الأعظم اوذو الاعتبار علی ذی الجزاف او البایع فی مبیعه و المشتری فی ثمنه اویبنی علی الأقراع مع الاختلاف وما اتفقا علیه مع [4] الاتفاق او التخییر ولعله الأقوی و یجری مثله فی معاملة الغرباء فی الصحراء مع اختلاف البلدان و الأولی التخلص بایقاع المعاملة علی وجه لایفسدها الجهالة من صلح اوهبة بعوض او معاطاة و نحوها ولو حصل الاختلاف فی البلد الواحد علی وجه التساوی فالأقوی التخییر و مع الاختصاص بجمع قلیل اشکال [5] انتهی .

باللمس والنبذ والقاء الحصاة ویمکن تفسیره ایضاً بانشاء البیع علی مایلمس وینبذ و یلقی الحصاة بعد الانشاء فعلی التفسیر الاول یصح البیع وعلی الثانی یبطل .

۱ ـ لیس الرجال لعلی بن ابراهیم بل لابیه ولعل هذا السهو من النساخ .

۲ ـ لقوله علیه السلام ماسمیت کیلا ولان لکل بلد حکم نفسه مع اختلاف البلدان .

۳ ـ کماقیل من جهة تنزیل الخطابات علی عرف المکلف وهو المتعاقدان .

٤ ـ یعنی یقرع بین البلدین .

٥ یعنی فی التقدیر وعدمه .

مسئلة لواخبر البايع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه[١] على المشهور وعبارة كره مشعرة بالاتفاق عليه[٢] ويدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدّمة[٣] و ما تقدّم في صحيحة الحلبي الظّاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة ايقاع المعاملة غير مبنيّة على المقدار المخبر به[٤] وان كان الأخبار داعياً اليها[٥] فانّها لاتخرج بمجرّد ذلك عن الغرر وقد تقدّم عن التّحرير مايوافق ذلك .

ثمّ انّ الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار كما يشهد به الرّوايات المتقدّمة فلو لم يفد ظناً فاشكال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر ومن عدم تقييدهم الأخبار بافادة الظّن ولا المخبر بالعدالة[٦] .

---

١ - وذلك لان احتمال العدم هو كون المبيع جزافاً ومع اخبار البايع به يخرج عن الجزافية .

٢ - قال في كرة : لواخبر البايع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا .

٣ - تقدمت الروايات قبل ثلاث صفحات .

٤ - لان هذه الصحيحة تدل على ان البايع اخبر به عن حدس لا عن حس .

٥ - يعني وان كان اخبار البايع مقتضياً الى كونه مبتنية على المقدار لانه لايخرج بمجرد هذا الداعي عن الغررية .

٦ - الوجوه هنا ثلاثة .

احدها كون أخبار البايع من باب الامارات التعبدية حتى لايدور حجيته مدار الظن الفعلي فضلا عن الاطمينان .

وثانيها كونه من باب كونه طريقاً عرفيا بوصف الظن الشخصي لا النوعي فلو لم يفد ظناً فاشكال وهو الذي اختاره المصنف للروايات المتقدمة التي منها رواية ابي العطارد لقوله عليه السلام فيها اذا ائتمنك فلا بأس .

وثالثها كونه يدور مدار رفع الغرر وعدمه وهو الذي اشار اليه بقوله اخيراً نعم لو دار الحكم مدار الغرر انتهى و ذلك لاحتمال كون المستند في وجوب التقدير حديث النهي عن الغرر .

والأقوی[1] بناء علی اعتبار التقدیر وان لم یلزم الغرر الفعلی هو الاعتبار نعم لو دار الحکم مدار الغرر کما فی صحة المعاملة ایقاعها مبنیة علی المقدار المخبر به وان کان مجهولاً و یندفع الغرر ببناء المتعاملین علی ذلك المقدار فان ذلك لیس بنادر من بیع عین الغائبة علی اوصاف مذکورة فی العقد فیقول بعتك هذه الصبرة علی انها کذا و کذا صاعاً و علی کل تقدیر الحکم فیه بالصحة[2] فلو تبین الخلاف فاما ان یکون بالنقیصة واما ان یکون بالزیادة فان کان بالنقیصة تخیر المشتری بین الفسخ وبین الأمضاء بل فی جامع المقاصد احتمال البطلان کما لو باعه ثوباً علی انه کتان فبان قطناً ثم ردّه بکون ذلك من غیر الجنس وهذا منه و انما الفائت الوصف .

لکن یمکن ان یقال مغایرة الموجود الخارجی لما هو عنوان العقد حقیقة مغایرة حقیقیة[3] لا یشبه مغایرة الفاقد للوصف لواجده لأشتراکهما فی اصل الحقیقة بخلاف

---

١ ـ محصله لزوم الاعتبار بناء علی کون الغرر حکمة وعدم لزومه بناء علی کونه علة بل یکفی البناء علی الاخبار فی الصحة لاندفاع الغرر .

٢ ـ هنا وجوه البطلان قیاساً بتخلف العنوان والاختلاف فی الجنس حقیقة کما اذا بان الفرس حمارا والکتان قطناً وغیر ذلك والصحة لکن لامع اللزوم بل بالجواز والخیار وهو اما خیار الغبن اوخیار تخلف الوصف اوخیار تبعض الصفقة .

فان کان الاول فلابد من رد المقدار المغبون ویرتفع الخیار وان کان الثانی فلابد من استرداد شیء من الثمن یوازی مانقص کما أنه لو کان الخیار لتخلف الشرط لایقع حینئذ شیء من الثمن بازاء الشرط وکما أن بطلان البیع بالنسبة الی المقدار الناقص والصحة فی الاخر من جهة انحلال البیع الی بیوع متعددة بالنسبة الی کل من فککه انضمام من واحد الی تسعة امثاله فی بیع العشرة تعهد من البایع ضمناً فاذا انتفی وصف الانضمام تخیر المشتری .

٣ ـ لایخفی أن المسئلة خلافیة من حیث الصغری والکبری اما الصغری فقال ←

الجزء والكلّ فتأمّل فانّ المتعيّن الصّحة والخيار.

ثمّ انّه قد عبّر فيعدّ عن ثبوت هذا الخيار للبايع مع الزّيادة وللمشترى مع النّقيصة بقوله تخيّر المغبون فربّما تخيّل بعض تبعاً لبعض انّ هذا ليس من خيار فوات الوصف او الجزء معلّلاً بانّ خيار الوصف انّما يثبت مع التّصريح باشتراط الوصف فى العقد ويدفعه تصريح العلّامة فى هذه المسئلة من التّذكرة بانّه لو ظهر النّقصان رجع المشترى بالنّاقص وفى باب الصّرف من القواعد بانّه لو تبيّن المبيع على خلاف ما اخبر البايع تخيّر المشترى بين الفسخ والأمضاء بحصّة معيّنة من الثّمن و تصريح جامع المقاصد فى المسئلة الأخيرة بابتنائها على المسئلة المعروفة وهى ما لو باع متساوى الأجزاء على انّه مقدار معيّن فبان اقلّ ومن المعلوم انّ الخيار فى تلك المسئلة امّا لفوات الوصف وامّا لفوات الجزء على الخلاف الآتى واما التّعبير بالمغبون فليشمل البايع على تقدير الزّيادة و المشترى على تقدير النّقيصة[1] نظير تعبير الشّهيد فى اللّمعة عن البايع والمشترى فى بيع العين الغائبة برؤيتها السّابقة مع تبيّن الخلاف حيث قال تخيّر المغبون منهما واما ما ذكره من انّ الخيار انّما يثبت فى تخلّف

← بعض: ان الاختلاف فى الوصف كالاختلاف فى الجنس والحقيقة النوعية.

و اما الكبرى وهو بطلان البيع فى تخلف الوصف كبطلانه فى تخلف الجنس فهو ظاهر المقنعة والهداية والمراسم وغيرها والمشهور على الصحة فى الوصف مع الخيار والمصنف بعد ان فرق بينهما اشار بالتامل الى ان الجزء والكل مشتركان فى الحقيقة وأن الاختلاف فى الكم لا يخرجه عن حقيقته لان الاختلاف فى الكم كالاختلاف فى الكيف ليس من اختلاف الحقيقة

١ ـ ويحتمل ان يكون المشترى فى كيلهما أما فى النقيصة فلما مر واما فى الزيادة فلكونه خيار تبعض الصفقة لاختلاط مال البايع مع مال المشترى فى الزيادة.

الوصف اذا اشترط فی متن العقد .

ففیه انّ ذلك فی الاوصاف الخارجیّة[1] التی لایشترط اعتبارها فی صحّة البیع ککتابة العبد و خیاطته واما الملحوظ فی عنوان المبیع بحیث لو لم یلاحظ لم یصحّ البیع کمقدار معیّن من الکیل او الوزن او العدّ فهذا لایحتاج الی ذکره فی متن العقد فانّ هذا اولی من وصف الصّحة الذی یغنی بناء العقد علیه عن ذکره فی العقد فانّ معرفة وجود ملاحظة الصّحة لیست من مصحّحات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعیّن .

وکیف کان فلا اشکال فی کون هذا الخیار خیار التّخلف و انّما الاشکال فی انّ المتخلّف فی الحقیقة هل هو جزء المبیع او وصف من اوصافه فلذلك اختلف فی انّ الامضاء هل هو بجمیع الثّمن او بحصّة منه نسبتها الیه کنسبة الموجود من الاجزاء الی المعدوم .

وتمام الکلام فی موضع تعرّض الاصحاب للمسئلة ثمّ انّ فی حکم اخبار البایع بالکیل والوزن من حیث ثبوت الخیار عند تبیّن الخلاف کلّ ما یکون طریقاً عرفیّاً الی مقدار المبیع واوقع العقد بناء علیه کما اذا جعلنا الکیل فی المعدود والموزون طریقاً الی عدّه اووزنه .

مسئلة قال فی الشّرایع یجوز بیع الثّوب والارض مع المشاهدة و ان لم یمسحا ولو مسحا کان احوط لتفاوت الغرض فی ذلك و تعذر ادراکه بالمشاهدة انتهی و

---

١ ـ الاوصاف الخارجیة کالکتابة ونحوها لایتوقف صحة البیع علیها بل من التخلف ایضاً الاان له الخیار بین الفسخ والامضاء بتمام الثمن واما الاوصاف الداخلیة کمقدار المبیع الذی یتوقف صحة البیع علی العلم بها فتخلفه یوجب الخیار بین الفسخ والامضاء بمقدار من الثمن ولایحتاج ذکر الثانی صریحاً فی العقد بل هو شرط ضمنی لان الاوصاف الخارجیة فهی وان کانت دخیلا فی زیادة الثمن حقیقة الا ان العوض لایقع فی الظاهر الا فی مقابل الموصوف دائماً .

فى كره لوباع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صحّ كالثّوب والدّار والغنم اجماعاً وصرّح فى يَربجواز بيع قطيع الغنم وان لم يعلم عددها.

اقول يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر غالباً مع جهل اذرع الثّوب وعدد قطيع الغنم والاعتماد فى عددها على مايحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة[1].

وبالجملة فاذافرضنا انّ مقدار مالية الغنم قلّة وكثرة يعلم بالعدد فلافرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار فى المكيل والموزون و المعدود وكذا الحكم فى عدد الأذرع والطّاقات فى الكرابيس[2] والجربان فى كثير من الاراضى المقدّرة عادة بالجريب نعم ربّما يتّفق تعارف عدد خاصّ فى اذرع بعض طاقات الكرابيس لكن الأعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً الى عدد الأذرع نظير اخبار البايع وليس هذا معنى كفاية المشاهدة.

وتظهر الثّمرة فى ثبوت الخيار اذ على تقدير كفاية المشاهدة لايثبت خيار مع تبيّن قلّة الأذرع بالنّسبة الى ماحصل التّخمين به من المشاهدة الآاذا كان النّقص عيباً او اشترط عدداً خاصّاً من حيث الذّراع طولاً وعرضاً وبالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشّخصى اذلم يرد

١ـ لان المشاهدة تكفى فيما تكون طريقاً معتبراً لمعرفة مقداره بحيث لا يتخلف الا بمقدار يتسامح عادة فيه.

نعم اذا كان الشيء ممالا يعتبر فيه الكيل والوزن والعد والمساحة والذرع لكثرة وجوده فلا اشكال فى كفاية المشاهدة ولو كان التخلف ممالا يتسامح فيه واما الامثلة التى ذكروه فلا وجه للقول بالصحة فحينئذ يقال ان ما كان من الثياب مخيطاً يطلب وصفه لاذرعه والارض يطلب فسخته ومن البهائم هيئة اجتماعها لاعددها لانه يلزم الجزافية مع عدمها وحكومة دليل الغرر على ادلة الاسباب.

٢ـ الكرابيس جمع الكرباس وهو القطن والجربان جمع جريب الذى هو من الارض بستين ذراعاً فى ستين.

هنا نص بالتقدير ليحتمل اناطة الحكم به ولو لم يكن غرر كما استظهرناه فى المكيل والموزون فافهم.

مسئلة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة[1] مجتمعة الصّيعان او متفرّقتها او ذراع من كرباس او عبد من عبدين وشبه ذلك يتصوّر على وجوه.

الأوّل ان يريد بذلك البعض كسراً واقعيّاً من الجملة مقدّراً بذلك العنوان فيريد بالصّاع مثلاً من صبرة تكون عشرة اصوع عشرها[2] ومن عبدٍ من العبدين نصفهما ولا اشكال فى صحّة ذلك ولا فى كون المبيع مشاعاً فى الجملة[3] ولا فرق بين اختلاف العبدين فى القيمة[4] وعدمه ولا بين العلم بعدد صيعان الصّبرة وعدمه لأنّ الكسر مقدّر بالصّاع فلا يعتبر العلم بنسبته الى المجموع هذا ولكن قال فى كره والأقرب انّه لو قصد الأشاعة فى عبد من عبدين اوشاة من شاتين بطل بخلاف الذّراع من الأرض انتهى ولم يعلم وجه الفرق الأمنع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشّاة الثّانى ان يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوّرة

١ـ الوجوه المتصورة معلومة ومجهولة عشرة كما تصورها فى اللمعة فى بيع الصبرة الذى ياتى لكن المصنف هنا تعرض بما هو محل النقض والابرام لا بما هو متفق عليه بالبطلان والصحة.

٢ـ ومن تسعة اصوع تسعها ومن الثمانية ثمنها ومن السبعة سبعها وهكذا حتى يصل الى الاثنين فيكون نصفها.

٣ـ يعنى فى جملة الصبرة والعبدين.

٤ـ يعنى لا فرق بين ان تكون الجملة التى يباع بعضها، هى مختلفة الاجزاء كاحد العبدين واحد الشاتين او متساوية الاجزاء من حيث الصفة المستلزمة لتساوى قيمتها كالحنطة ونحوها لانه اذا باع عبداً من العبدين فقد باع النصف من كل منهما لان احتمال المنع هو كون المتبايعين شريكاً فى نصف كل واحد من العبدين.

فی المجموع نظیر تردد الفرد المنتشر بین الافراد[1] .

وهذا یتضح فی صاع من الصیعان المتفرقة ولااشکال فی بطلان ذلک مع اختلاف المصادیق فی القیمة کالعبدین المختلفین لانه غرر لان المشتری لایعلم بما یحصل فی یده منهما وامامع اتفاقهما فی القیمة کما فی الصیعان المتفرقة فالمشهور ایضاً کما فی کلام بعض المنع بل فی الریاض نسبته الی الاصحاب وعن المحقق الاردبیلی قدس سره ایضا نسبة المنع عن بیع ذراع من کرباس مشاهد من غیر تعیین احدطرفیه الی الاصحاب واستدل علی المنع بعضهم بالجهالة التی تبطل معها البیع اجماعا وآخربان الابهام فی البیع مبطل له لامن حیث الجهالة .

ویؤیده انه حکم فی التذکرة مع منعه عن بیع احد العبدین المشاهدین المتساویین بانه لوتلف احدهمافباع الباقی ولم یدر ایهما هو صح خلافا لبعض العامة وثالث بلزوم الغرر ورابع بان الملک صفة وجودیة محتاجة الی محل تقوم به کسایر الصفات الموجودة فی الخارج واحدهما علی سبیل البدل غیر قابل لقیامه به لانه امر انتزاعی من امرین معینین.

و یضعف الاول بمنع المقدمتین[2] لان الواحد علی سبیل البدل غیر مجهول

١ـ تحصل ان ادلة البطلان فی الوجه الثانی أربعة ذکرها المصنف :

الغرر فی المختلفة مصادیقها.

والجهالة فی المتفقة ونسب الی المشهور ومنهم العلامة والحلی.

والابهام نسب الی الایضاع .

والرابع ان الملک صفة وجودیة محتاجة الی محل تقوم به

والمراد من الفرد المنتشر ما یتعلق البیع باحدهما المفهومی بان یکون تعلق البیع احدهذین العبدین مثلا لاعلی التعیین و هذا غیر ماکان متعلقا باحدهما المصداقی المعین فی الواقع ولکن یکون غیر معلوم عند المشتری او البایع وهوالذی یعبر عنه بالنکرة الذی یجوز البیع کما یجوز عتق احد العبدین.

٢ـ یعنی الصغری والکبری بمنع کونه مجهولا ثم منع کونه مضراً بالبیع ؟

اذلا تعین له فی الواقع حتی یجهل[1] والمنع عن بیع المجهول ولو لم یلزم غرر غیر مسلم نعم وقع فی معقد بعض الاجماعات ما یظهر منه صدق کلتا المقدّمتین ففی السّرائر بعد نقل الرّوایة التّی رواها فی الخلاف علی جواز بیع عبد من عبدین قال انّ ما اشتملت علیه الرّوایة مخالف لما علیه الأمّة باسرها مناف لاصول مذهب اصحابنا وفتاویهم وتصانیفهم لأنّ المبیع اذا کان مجهولاً کان البیع باطلاً بغیر خلاف انتهی وعن الخلاف فی باب السّلم انّه لو قال اشتری منك احدهذین العبدین اوهؤلاء العبید لم یصحّ الشّراء دلیلنا انّه بیع مجهول فیجب ان لایصح ولانّه بیع غرر لأختلاف قیمتی العبدین و لأنّه لادلیل علی صحّة ذلك فی الشّرع وقد ذکرنا هذه المسئلة فی البیوع و قلنا ان اصحابنا رووا جواز ذلك فی العبدین فان قلنا بذلك تبعنا فیه الرّوایة ولم یقس غیرهما علیهما انتهی وعبارته المحکیّة فی باب البیوع انّه روی اصحابنا انّه اذا اشتری عبداً من عبدین علی انّ للمشتری ان یختار ایّهما شاء انّه جایز ولم یرووا فی الثّوبین شیئاً ثمّ قال دلیلنا اجماع الفرقة وقوله (ص) المؤمنون عندشروطهم انتهی وسیأتی ایضاً فی کلام فخر الدّین انّ عدم تشخیص المبیع من الغرر الذّی یوجب النّهی عنه الفساد اجماعاً وظاهر هذه الکلمات صدق الجهالة وکون مثلها قادحة اتّفاقاً مع فرض عدم نصّ بل قد عرفت ردّ الحلّی للنّص المجوّز بمخالفته لاجماع الأمّة .

و ممّا ذکرنا من منع کبری الوجه الاوّل[2] یظهر حال الوجه الثّانی من وجوه

١ـ لان ما لا یکون له تعین واقعی لا یصدق علیه فی الجهالة لعدم الجهالة فی الفرد المنتشر بل یمکن حمل ما سیذکره المصنف من کلمات الفقهاء ببطلان البیع بالجهالة علی ما اذا باع عبداً معیناً واقعیاً من عبدین لا فی الفرد المنتشر او کان مختلف الاجزاء فی القیمة .

٢ـ انما لم یذکر المصنف الصغری اعنی صدق الابهام علی الواحد المردد لعدم الاشکال فیه عنده .

المنع اعنى كون الأبهام مبطلاً.

واما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد فى الصفات الموجبة لأختلاف القيمة ولذا يجوز الأسلاف فى الكلى من هذه الافراد مع ان الانضباط فى السلم آكد وايضاً فقد جوّزوا بيع الصاع الكلى من الصبرة ولا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً ولذا[1] رد فى الايضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلى برجوعه الى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعاً.

واما الرابع فيمنع احتياج صفة الملك الى موجود خارجى فان الكلى المبيع سلماً او حالا مملوك للمشترى ولا وجود لفرد منه فى الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشترى فالوجه ان الملكية امر اعتبارى يعتبره العرف والشرع او احدهما[2] فى موارده وليست صفة وجودية متاصلة كالحموضة والسواد ولذا صرحوا بصحة الوصية باحد الشيئين بل احد الشخصين ونحوهما.

فالانصاف كما اعترف به جماعة اولهم المحقق الاردبيلى عدم دليل معتبر على المنع قال فى شرح الارشاد على ما حكى عنه بعد ان حكى عن الاصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من اىّ الطّرفين قال وفيه تأمل اذ لم يقم دليل على اعتبار

---

١ ـ يعنى من جهة عدم الفرق بين الكلى و الفرد المنتشر فى الغرر رد فى الايضاح انتهى.

٢ ـ يعنى او يعتبر الشارع احد الفردين كما فى الفرد المنتشر فلا يتعلق البيع حينئذ بمحل معين لانه امر انتزاعى صرف ليس له منشأ انتزاع صحيح والصفة الاعتبارية تصح قيامها بالكلى بخلاف الصفة الحقيقية كالحموضة والسواد.

والسر فى ذلك أن الفرد المنتشر كالكلى فى عدم لزوم التعيين والتطابق فى الخارج بخلاف الصفة الخارجية الوجودية المتأصلة كالرجل و المرئة والسواد و البياض لعدم امكان وجود الحموضة فى محل مردد ولا البياض والسواد فى محل مبهم وهكذا سائر الاعراض.

هذا المقدار من العلم فانهما اذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من اى طرف اراد المشترى او من اى جانب كان من الارض فما المانع بعد العلم بذلك انتهى فالدليل هو الاجماع لو ثبت وقد عرفت من غير واحد نسبته [1] الى الاصحاب .

قال بعض الاساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب والارض الراجع الى بيع الكسر المشاع قال وان قصدا معيناً من عين او كلياً [2] لاعلى وجه الاشاعة بطل لحصول الغرر بالابهام فى الاول وكونه بيع المعدوم [3] وباختلاف الاغراض فى الثانى غالباً فيلحق به النادر وللاجماع المنقول فيه الى ان قال والظاهر بعد امعان النظر ونهاية التتبع ان الغرر الشرعى لايستلزم الغرر العرفى [4] وبالعكس وارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لايثمر مع حصولها فى اصل الماهية [5] ولعل الدائرة فى الشرع اضيق [6] وان كان بين المصطلحين عموم و

---

١ ـ يعنى بعد أن عرفت بطلان الادلة الاربعة ثبت صحة البيع الا ان يكون هنا اجماع يدل على البطلان حيث عرفت نسبة البطلان الى الاصحاب.

٢ ـ مراده من غير تعيين هو الفرد المردد المنتشر ومراده من الكلى لاعلى وجه الاشاعة هو الكلى فى المعين.

٣ ـ يعنى بطلان البيع فى الفرد المردد من جهة كونه غرراً بسبب الابهام ومن جهة كونه من بيع المعدوم لان الغير المعين كالمعدوم وسبب البطلان فى الكلى على الاشاعة هو اختلاف الاغراض لانه قد يكون المشترى بالقبض ولاقبض فى الكلى حالا مضافاً الى الاجماع فيكون لفظ باختلاف: متعلقاً بقوله: بطل وضمير به راجع الى الغالب.

٤ ـ لعدم الملازمة بينهما فالغرر فى المقام شرعى ولاغرر فى العرف هنا .

٥ ـ توضيحه أنه وان كان ترتفع الجهالة فى الخصوصية الشخصية فى الكلى لاعلى وجه الاشاعة حيث يعين البايع احدها لكنه لايثمر الجهالة التى تبقى فى اصل الماهية لكون الافراض مختلفة بين افراد الكلى.

٦ ـ لان الشارع حكم بالغرر فى كثير من الموارد وهو عند العرف لايعد غرراً.

خصوص من وجهين [١] وفهم الأصحاب مقدم لانهم ادرى بمذاق الشارع واعلم انتهى.

ولقد جانحيث التجأ الى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع: على المشهور من المنع لو اتفقا على انهما ارادا غير شايع [٢] لم يصح البيع لأتفاقهما على بطلانه ولو اختلفا فادّعى المشترى الأشاعة فيصح البيع وقال البايع اردت معيّناً ففى التذكرة الأقرب قبول قول المشترى عملا باصالة الصحة واصالة عدم التعيين انتهى وهذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة فى احد المعنيين امّا معه فالمتّبع هو الظّاهر [٣].

و اصالة الصّحّة لا تصرف الظّواهر واما اصالة عدم التعيين فلم اتحقّقها [٤]

---

١ ـ لانه قد يتحقق الغرر العرفى دون الغرر الشرعى كما فى البيع الابق مع الضميمة وفى بيع المجهول والمال.

وقد يتحقق الغرر الشرعى دون العرفى كما اذا تبايعا بالحدس القوى الذى لا يتخلف الا نادراً من غير تقدير بالوزن المتعارف وقد يجتمعان فى بيع المبيع مجهول الجنس او النوع او الوصف المعتنى به عرفاً.

٢ ـ يعنى ارادا الفرد المنتشر لا الشايع كالكسر المشاع والكلى فى المعين او المرادانهما ارادا قدراً منها غير مشاع وقيل يعنى ادعى المشترى ارادتهما معاً للاشاعة والبايع ارادتهما معاً فرداً معينا اوهو خاصة.

٣ ـ لان اصالة الصحة وان كانت من الاصول الصحيحة لكنها فيما لم يتسالما على صفة ظاهرة فى التعيين المقتضى للفساد والافالعمل على هذا الظاهر لانها اصل تعبدى عقلائى و الظاهر حجة من جهة الكشف وظهور الحال والامارية نعم اذا كان حجية هذا الاصل ايضاً من هذا الباب كانت مقدمة على الظاهر وكذا اذا قلنا ان حجية هذا الاصل من باب الغلبة كانت مقدمة عليه.

٤ ـ لانه اذا كان الكلام ظاهراً فى التعيين لا يكون هناك حينئذ حتى يرجع الى اصالة التعيين.

وذکر بعض من قارب عصرنا انه لو فرض للکلام ظهور فی عدم الاشاعة کان حمل الفعل علی الصحة قرینة صارفة وفیه نظر[1].

الثالث من وجوه بیع البعض من الکل ان یکون المبیع طبیعة کلیة منحصرة المصادیق فی الافراد المتصورة فی تلك الجملة[2] و الفرق بین هذا الوجه والوجه الثانی کما

← مضافاً الی ان هذا الاصل مثبت لان اصالة عدم التعیین لا تثبت الاشاعة لانها من اللوازم العقلیة والصحة لیست اثراً شرعیاً لها ولا ینفع حینئذ هذا الاصل ولو مع فرض کلام العلامة فیما اذا لم یکن هنا ظهور فی المعین لکون القول هنا قول البایع فی دعواه التعیین لانه اعرف بنیته من جهة أن دعواه مما لا یعلم الا من قبله.

١ ـ لما مر ان الظاهر من الامارات و اصالة الصحة من الاصول والامارة متقدمة علی الاصول ولو قلنا بکونها ایضاً من الامارة بقوله (ع) هو حین یتوضأ اذکر فهو ایضاً مقدم علیها لکونها حجة فیما لم یکن هو وذلك لان الامارات قد ترتب بعضها علی بعض.

٢ ـ الکلی فی السنة القوم علی انحاء (فانه تارة) لم یلاحظ فی الکلی افراد معینة بل لوحظ فی الذمة فقط فهو المسمی بالکلی الذمة او الکلی فی الذمة (واخری) یراد منه الکسر المشاع کالنصف والربع والثلث من الکلی المطلق وهذا هو الذی مر فی الوجه الاول من هذه المسئلة.

وثالثة یراد منه الکلی المنطبق فی نفسه علی کل واحد من الافراد ویعبر عنه بالکلی الخارجی لتقید الطبیعة الکلیة بامر خارجی مشتمل علی افراد معینة من تلك الطبیعة ویعبر عنه بالکلی فی المعین وهذا هو الوجه الثالث المذکور ومما ذکرنا تعرف الفرق بین هذا الوجه والوجه الثانی الذی هو المعتبر عنه الکلی (رابعة) حیث انه لم یلاحظ فی الکلی المذکور فی الوجه الثانی افراد معینة بل انما لوحظ فی الذمة کما ذکر وبعبارة اخری أن المبیع فی الوجه الثانی جزئی خارجی مردد بین هذا الفرد والفرد الاخر بخصوصیة ما بخلاف الوجه الثالث فانه لا نظر فیه الی الافراد بل الی الصبرة وذلك لا یخرج عن الکلیة غایة الامر انه لیس کلیاً مطلقاً.

حققه فی جامع صد بعدالتمثيل للثانی بما اذافرق الصيعان وقال بعتك احدها انّ المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المتشخصة غيرمعيّن فيكون بيعه مشتملا على الغرر وفی هذاالوجه امر كلی غير متشخص ولامتميز بنفسه ويتقوم بكل واحد من صيعان الصّبرة ويوجد به ومثله ما لوقسم الاربـاع وباع ربعاً منهـا من غير تعيين ولو بـاع ربعاً قبل القسمة صح وتنزل على واحد منهـا مشاعاً لأنّه حينئذ امر كلی .

فان قلت المبيع فی الاولی ايضاً امر كلی.

قلنا ليس كك بل هو واحد من تلك الصّيعان المتشخّصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الامر الكلی وبحسب الواقع جزئی غير معين ولامعلوم والمقتضی لهذا المعنی هو تفريق الصّيعان وجعل كل واحد منها برأسه فصار اطلاق احدها منزلا علی شخصی غير معلوم فصار كبيع احد الشيات واحد العبيد ولوقال بعتك صاعاً من هذه[1] شايعا فی جملتها لحكمنا بالصّحة انتهی.

وحاصله ان المبيع مع التردید جزئی حقيقیّ فيمتاز عن المبيع الكلی الصادق علی الأفراد المتصورة فی تلك الجملة وفی الايضاح انّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلی المقيد بالوحدة وبين الفرد المنتشر .

ثم الظاهر صحة بيع الكلی بهذا المعنی كما هو صريح جماعة منهم الشيخ والشهيدان او المحقق الثانی وغيرهم بل الظاهر عدم الخلاف فيه وان اختلفوا فی تنزيل الصاع من الصبرة علی الكلی او الاشاعة لكن يظهر مما عن الايضاح وجود الخلاف فی صحة بيع الكلی وان منشأ القول بالتّنزيل علی الاشاعة هو بطلان بيع الكلی بهذا المعنی والكلی الذی يجوز بيعه هو ما يكون فی الذمة.

قال فی الايضاح فی ترجيح (او شاع) علی التّنزيل ، انّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذّی يدلّ النّهی عنه علی الفساد اجماعاً ولان

---

١ ـ ای من هذه الصيعان المتفرقة .

احدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجّح ولا بعينه هو المبهم وابهام المبيع مبطل انتهى .

و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارةً الى ما فى الأيضاح من لزوم الأبهام والغرر .

واخرى الى عدم معهودية ملك الكلّى فى غير الذّمة لا على وجه الأشاعة.

وثالثة باتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناة من بيع الثّمرة على الأشاعة،

ويرد الأول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم فى الكلّى .

والثانى بانه معهود فى الوصيّة والأصداق[1] مع انّه لم يفهم مراده من المعهوديّة فانّ انواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقّق احدها فى مورد الاخر الآن يراد منه عدم وجود مورد يقينىّ حكم فيه الشّارع بملكيّة الكلّى المشترك بين افراد موجودة فيكفى فى ردّه النّقض بالوصيّة و شبهها هذا كلّه مضافاً الى صحيحة الأطنان[2] الآتية فانّ موردها امّا بيع الفرد المنتشر وامّا بيع الكلّى فى الخارج وامّا الثّالث فسيأتى الكلام فيه انشاالله تعالى[3] .

---

١ ـ يعنى جواز صحة الكلى فى المعين صداقاً فيقول جعلت احد هذه الصيعان مهر الك ويحتمل ان يكون المراد جعل احد الصيعان صدقة واما الوصية فظاهر.

٢ ـ الاطنان جمع الطن بالضم حزمة من حطب وقصب.

٣ ـ اعلم ان بيع صاع من الصبرة تارة يلحظ لا بشرط اى لا بشرط الوحدة والتعدد بل بنحو صرف الوجود الذى ينطبق من الواحد من صيعانها الى مجموعها فهو باطل قطعاً وكك فيما اذا لوحظ الصاع مهملا لا مطلقاً ولا مقيداً لانه لا ينطبق حينئذ على صاع من اصوع الصبرة لا بنفسه ولا ينطبق المالك وانما اذا لوحظ بشرط لا وهو تارة بنحو لا يمكن ان ينطبق الا على واحد لا اكثر بتطبيق البايع او المشترى وهو الذى باتى صحته واخرى ←

مسئلة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزّل على الوجه الأوّل من الوجوه الثلثة المتقدّمة اعنى الكسر المشاع او على الوجه الثالث[1] وهو الكلّى بناء على المشهور من صحّته وجهان بل قولان حكى ثانيهما عن الشّيخ والشّهيدين والمحقّق الثّانى و جماعة واستدلّ له فى جامع المقاصد بانّه السّابق الى الفهم وبرواية بريد بن معويه عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى عن رجل عشرة آلاف طنّ من انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة والأنبار فيه ثلثون الف طنّ فقال البايع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طنّ فقال المشترى قد قبلت واشتريت ورضيت فاعطاه المشترى من ثمنه الف درهم وكلّ من يقبضه فاصبحوا وقد وقع فى القصب نار فاحترق منه عشرون الف طنّ وبقى عشرة آلاف طنّ فقال عليه السلام العشرة آلاف طنّ التّى بقيت هى للمشترى والعشرون التّى احرقت من مال البايع[2].

← يلاحظ الواحد من الصيعان مطلقا بحيث لا ينطبق على مجموع الصيعان الا فى ظرف انطباقه على الاخر.

١ـ العلة فى حصر موضع النزاع فى الوجهين مع كون الكلام فى الوجوه الثلاثة هى ان دليل الصحة فى الوجهين انما هو اصالة الصحة التى لا تناسب الفرد المنتشر فيبقى الوجهين الاخرين وسيأتى عن المصنف التعرض بهذا الوجه ايضاً.

ثم علة الخلاف بين الوجهين من جهة الشك فى مدلول اللفظ الذى صدر عن البايع وقصده وبعبارة اخرى أن هذه الشك ناش من ظهور اللفظ.

ويحتمل ان يكون فى التعبد الشرعى و أنه لا اثر لقصده بل المعتبر ما يظهر من الدليل لا من لفظ البايع.

ويحتمل ان يكون الاختلاف من جهة المعنى بمعنى ان المتبايعين انما قصدا الكلى والكلى الخارجى غير معقول فيحمل على الكسر المشاع.

٢ـ نظراً الى ان المتفاهم العرفى من قوله بعت صاعاً هو الكلى الطبيعى الذى يتعين فى الخارج باول وجود منه.

ويمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر[1] الذي عرفت سابقاً انّ المشهور بل الاجماع على بطلانه ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدّر بصاع وظاهره حينئذ الاشاعة لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصّبرة مشاع فيه واما الرّواية فهي ايضاً ظاهرة في الفرد المنتشر[2] كما اعترف به في الرّياض

لكنّ الانصاف[3] ان العرف عاملون في البيع المذكور معاملة الكلّي فيجعلون الخيار في التّعيين الى البايع وهذه امارة فهمهم الكلّي واما الرّواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا باس بحملها على الكلّي لأجل القرينة الخارجيّة[4] وتدلّ على عدم

---

١ ـ لان الظهور العرفي والغلبة في كلمة من في قوله: من الصبرة هو التبعيض الذي هو ظاهر في الفرد المنتشر لان المبيع حينئذ هو بعض الصبرة المقدر بالصاع بحسب الوضع اللغوي.

٢ ـ وذلك لان التنوين في قوله صاعاً للتكثير وضعا وسائر المعاني مجاز فيها وهي تقتضي صرف الطبيعي الى الفرد مضافاً الى ان عشرة آلاف ظن اما أن يعد من متساوية الاجزاء اومن مختلفها فان كان من الاول فهو كبيع صاع من الصيعان وعلى الثاني فهو كبيع عبد من عبيد فيكون من الفرد المنتشر على التقديرين.

٣ ـ توضيحه أنه وان كان مقتضى الوضع اللغوي هو الفرد المنتشر ومقتضى الظهور هو الاشاعة لكن لاعبرة به مع قيام الفهم العرفي بارادتهم الكلي بقرينة جعل الخيار في التعيين الى البايع حيث انه بناء على الاشاعة و الفرد المنتشر لايكون الخيار للبايع بل اما ان يكون للمشتري كما عليه المحقق القمي اويكون مشتركة بين البايع والمشتري يتعين بالقسمة برضاهما وعليه بعض واما بناء على ماحققه المصنف اخيراً من الكلي فهو للبايع لان الافراد قبل تطبيق الكلي على واحد منهما ملك للبايع وليس للمشتري الا السلطنة على الكل في المعين كما سيأتي.

٤ ـ كالاجماع الذي قام على بطلان بيع الفرد المنتشر الذي تقدم كما ان الرواية التي تدل بتعين المقدار الباقي بعد التلف للمشتري تنفي الاشاعة فيبقى الكلي في المعين.

الأشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع وكونه مالاً للمشترى .

فالقول الثانى لايخلو من قوة بل لم نظفر بمن جزم[1] بالأول وان حكاه فى الايضاح قولاً ثم انه يتفرع على المختار من كون المبيع كلياً امور احدها كون التخيير فى تعيينه بيد البايع لأن المفروض ان المشترى لم يملك الا الطبيعة المعراة عن التشخيص[2] الخاص فلا يستحق على البايع خصوصية فاذا طالب بخصوصية زايدة على الطبيعة فقد طالب بما ليس حقاً له وهذا جار فى كل من ملك كلياً فى الذمة او فى الخارج فليس لمالكه اقتراح الخصوصية على من عليه الكلى ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث اذا اوصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبيده ونحو ذلك الا انه قد جزم المحقق القمى فى غير موضع من اجوبة مسائله بأن الأختيار فى التعيين بيد المشترى ولم يعلم له وجه مصحح فيالينه قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث ان الطالب لما ملك الطبيعة على المامور واستحقها منه لم يجزله بحكم العقل مطالبة خصوصية دون اخرى وكك مسئلة التمليك كما لايخفى :

واما على الأشاعة فلا اختيار لأحدهما لحصول الشركة فيحتاج القسمة الى التراضى .

ومنها انه لو تلف بعض الجملة[3] وبقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشترى فيه لأن

---

١ ـ لان مخالف الاجماع صاحب الجواهر وهو لم يجزم وكذا العلامة وهو متردد وذلك لايضر بالاجماع.

٢ ـ قدمر منا ان المشترى لايملك الا نفس الطبيعى مجرداً عن جميع الخصوصيات وان التعيين للبايع فلايستحق المشترى طلب خصوصية مثل أن يطلب من طرف واحد من الصبرة لانه ليس له الا نفس الصاع كما فى كل امر غيره حيث لايكون لمالكه اقتراح ولا ابتداع الخصوصية كما فى الوصية ونحوها من الكليات و هذا بخلاف الاشاعة لان الخصوصية داخلة فى المبيع فى الاشاعة.

٣ ـ مثل: ما اذا تلف مجموع الصبرة وبقى منها صاع واحد او ازيد فيستحقه المشترى ←

كلّ فرد من افراد الطبيعة وان كان قابلاً لتعلّق ملكه به بخصوصه الّا انّه يتوقّف على تعيين مالك المجموع[1] واقباضه فكلّما تلف قبل اقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشترى فعلاً فينحصر فى الموجود وهذا بخلاف المشاع فانّ ملك المشترى فعلاً ثابت فى كلّ جزء من المال من دون حاجة الى اختيار واقباض فكلّما يتلف من المال فقد تلف من المشترى جزء بنسبة حصّته ومنها انّه لو[2] فرضنا انّ البايع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلّياً آخر :

فالظّاهر انّه اذا بقى صاع واحد كان للأوّل لأنّ الكلّى المبيع ثانياً انّما هو سارق فى مال البايع وهو ما عدا الصّاع من الصّبرة فاذا تلف ما عدا الصّاع فقد تلف جميع ما كان الكلّى فيه سارياً فقد تلف المبيع الثّانى قبل القبض وهذا بخلاف ما لو قلنا بالأشاعة :

ثمّ اعلم انّ المبيع انّما يبقى كلّياً مالم يقبض واما اذا قبض فان قبض منفرداً

← بناء على الكلى لان تلف الكلى بتلف جميع افراده والمفروض تلف البعض وهو لا يكون الا للمشترى بخلاف القول بالاشاعة فان التالف يحسب عليهما فى هذا القول .

١ ـ الذى هو البايع :

٢ ـ اذا باع من شخص آخر صاعاً وتلفت الصبرة كلها الا صاعاً واحداً تكون الباقى للمشترى الاول لان الصاع المبيع ثانيا صار فى ملك البايع فمع التلف يتلف موضوع البيع الثانى فيجرى عليه حكم التلف قبل القبض ولا يكون الصاع الواحد لهما بتوهم قبح الترجيح بلا مرجح لانه مضافاً الى ما مر ان الترتب الزمانى مستلزم للترتب الرتبى و ليس للمالك ولاية هنا اصلا واما على الاشاعة فالبيع الثانى فضولى فيكون مثل ما باع من له نصف الدار وهذا هو الثالث من الامور لان المصنف لم يأت الا بامرين مع أنه وعد امورا عديدة ولكن هنا امر آخر ايضاً وهو أنه لو كان لبعض المجموع نماء متصلا او منفصلا ونمى بعضها دون بعض فبناء على الكلى ان التعيين فى الاختيار مما لا نماء له للبايع وليس للمشترى مطالبة ما فيه النماء بخلافه على الاشاعة فيتعلق حق المشترى بالكل حينئذ.

عما اعداه كان مختصاً بالمشترى وان قبض فى ضمن الباقى بأن اقبضه البايع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء والباقى امانة حصلت الشركة لحصول ماله فى يده وعدم توقفه على تعيين واقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشترى له فعلاً وينحصر حقه فى الباقى[1] فحينئذ حساب التالف على البايع دون المشترى ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما.

والحاصل ان كل جزء معين قبل الأقباض قابل لكونه كلاً او بعضاً[2] ملكاً فعلياً للمشترى والملك الفعلى له حينئذ هو الكلى السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشترى لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البايع و اقباضه فيحسب على البايع بخلاف التالف بعد الأقباض فان تملك المشترى لمقدار منه حاصل فعلاً لتحقق الأقباض فنسبة كل جزء معين من الجملة الى كل من البايع و المشترى على حد سواء.

نعم لو لم يكن اقباض البايع للمجموع على وجه الأيفاء بل على وجه التوكيل فى التعيين او على وجه الأمانة حتى يعين البايع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض هذا كله مما لا اشكال فيه وانما الأشكال فى انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات واستثنى منها

---

١ ـ فيكون حينئذ كمثل ما اذا باع فرداً منتشراً لتنزل الاستحقاق من الكلى الى الفرد المردد لان الصبرة حينئذ مشتركة بين المشترى والبايع فكل فرد من الصيعان قابل لان يقع فى ملك المشترى ولا ينحصر حقه فى الباقى ليكون التلف من البايع لانه ترجيح بلا مرجح بل لابد ان يحسب التلف عليهما معاً ولكن هذا بالنسبة الى بعد القبض واما قبل القبض فيحسب التالف على البايع لان الجملة ليس له الا القابلية والشأنية فقط لان الاقباض بمجرده لا يكفى ما لم يعين البايع حيث ان الاقباض اعم منه وان كان التعين اعم منه من وجه آخر فبينهما عموم من وجه.

٢ ـ قيل الاول فيما اذا كان الجزء المعين بمقدار المبيع والثانى فيما اذا كان زيد منه.

ارطالا معلومة انه لو خاست[1] الثمرة سقط من المستثنى بحسابه وظاهر ذلك تنزيل الأرطال المستثناة على[2] الأشاعة ولذا قال فى مس انّ فى هذا الحكم دلالة على تنزيل الصّاع من الصّبرة على الاشاعة .

وحينئذ يقع الأشكال فى الفرق بين المسئلتين حيث انّ مسئلة الأستثناء ظاهرهم الأتفاق على تنزيلها على الأشاعة والمشهور هنا التّنزيل على الكلّى بل لم يعرف من جزم بالأشاعة.

وربّما يفرّق بين المسئلتين بالنّصّ فيما نحن فيه على التّنزيل على الكلّى وهو مما تقدّم من الصّحيحة المتقدّمة[3] .

وفيه انّ النّص ان استفيد منه حكم القاعدة لزم التّعدى عن مورده الى مسئلة الأستثناء او بيان الفارق[4] وخروجها عن القاعدة وان اقتصر على مورده لم يتعدّ الى غير مورده حتّى فى البيع[5] الأبعد ابداء الفرق بين موارد التّعدى وبين مسئلة الأستثناء.

و بالجملة فالنّص بنفسه لا يصلح فارقا مع البناء على التّعدى عن مورده الشّخصى .

---

١ ـ فى المجمع خاست الثمرة اذا تغيرت وفسدت .

٢ ـ مع انهم فى بيع الصاع من صبرة نزلوا على الكلى فى المعين .

٣ ـ كصحيحة بريد الوارد فى شراء عشرة آلاف طن من القصب بمعنى أن ظاهر الكلام فى كلتا المسئلتين هو الاشاعة فحملهم على الكلى فى بيع صاع من صبرة على خلاف القاعدة وهذا المفرق هو صاحب الجواهر .

٤ ـ يعنى بيان الفارق بين مسئلة بيع صاع من الصبرة ومسئلة الاستثناء وبيان خروج مسئلة الاستثناء عن القاعدة التى استفيدت من الرواية .

٥ ـ يعنى فى سائر افراد البيع بل يقتصر على مورده وهو الاطنان.

واضعف من ذلك الفرق بقيام الاجماع على الأشاعة [١] فى مسئلة الأستثناء لأنا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها الى توقيف بالخصوص [٢]

واضعف من هذين الفرق بين مسئلة الأستثناء ومسئلة الزكوة [٣] وغيرهما مما يحمل الكلى فيها على الأشاعة وبين البيع باعتبار القبض فى لزوم البيع وايجابه على البايع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه الى المشترى اذ هو شبه الكلى فى الذمة .

وفيه مع ان ايجاب القبض متحقق فى مسئلتى الزكوة والاستثناء [٤] ان ايجاب القبض على البايع يتوقف على بقائه اذ مع عدم بقائه كلا أو بعضا يفسخ البيع فى التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفى الأشاعة فنفى الأشاعة بوجوب الأقباض لايخ

---

١ ـ بمعنى أن مقتضى ظاهر اللفظ فى كلتا المسئلتين هو الحمل على الكلى الا انه قام الاجماع فى مسئلة الاستثناء بالحمل على الاشاعة.

٢ ـ بل انهم اعتمدوا على القواعد العامة التى لافرق فيها بين المسئلتين.

٣ ـ هذا الوجه ايضاً من صاحب الجواهر ومحصله ان مسئلة المستثنى التى يسقط التالف فيها بحسابه ومسئلة الزكوة التى يحسب التالف فيها ايضا على المالك والفقراء ونحوهما هو لزوم القبض فى مسئلة البيع لكون الاقباض شرطا ضمنى على البايع فى لزوم البيع فيجب على البايع حينئذ دفع الصاع الباقى و هو يقتضى كون المبيع كلياً لاشايعاً :

٤ ـ حاصله انه لافرق فى وجوب القبض فى كل واحد منها لازماً كان او غير لازم مع ان وجوب القبض فى المقام غير ممكن لانه موقوف على كون المبيع كلياً وبعد التلف لاتبقى كلية المبيع حتى يجب الاقباض فلابد من الاشاعة حينئذ ونفى الاشاعة ايضاً بوجوب الاقباض مصادرة لانه اثبات وجوب الاقباض بنفى الاشاعة واثبات نفى الاشاعة بوجوب الاقباض بل هو مصرح لان وجوب الاقباض موقوف على ثبوت حق المشترى و ثبوته موقوف على الوجوب:

عن مصادرة كما لا يخفى و اما مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له اصلاً فى الفرق ومثله فى الضعف لو لم يكن عينه مافى مفتاح الكرامة من الفرق بان التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البايع تسليم المبيع منها وان بقى قدره فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الأستثناء [1] فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى امانة على الأشاعة بينهما فيوزع النقص عليهما ولهذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البايع هناك انتهى .

وفيه مع ما عرفت من ان التلف من الصبرة قبل القبض انما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقى بعد ثبوت عدم الأشاعة فكيف يثبت به انه اذا اريد من كون التلف فى مسئلة الأستثناء بعد القبض انه بعد قبض المشترى [2] .

ففيه انه موجب لخروج البايع عن ضمان ما يتلف من مال المشترى ولا كلام فيه ولا اشكال وانما الأشكال فى الفرق بين المشترى فى مسئلة الصاع والبايع فى مسئلة الأستثناء حيث ان كلا منهما يستحق مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التلف على احدهما دون الآخر مع اشتراكهما فى عدم قبض حقهما الكلى وان اريد من كون التلف بعد القبض ان الكلى الذى يستحقه البايع قد كان فى يده بعد العقد فحصل الأشتراك فاذا دفع الكل الى المشترى فقد دفع مالاً مشتركاً فهو نظير ما اذا دفع البايع مجموع الصبرة الى المشترى فالأشتراك كان قبل القبض [3] ففيه ان الأشكال بحاله اذا يبقى سئوال الفرق بين قوله بعتك صاعاً من هذه الصبرة وبين قوله بعتك هذه الصبرة او هذه

١ـ محصل مافى مفتاح الكرامة بعد ابداء الفرق فى التلف قبل القبض وبعده هو أن المشترى يملك الصاع فى طول ملك البايع فيجب على البايع الاقباض ولو بقى قدر المبيع منه.

٢ـ اى قبض المستثنى منه فى ضمن قبض المجموع.

٣ـ اى قبض المشترى للثمرة و هذا تفريع على ما تقدم قبل قوله فهو نظير ما اذا دفع البايع انتهى .

الثمرة الاصناعاً منهاوما الموجب للاشتراك فى الثانى دون الاول مع كون مقتضى الكلى عدم تعيين فرد منه او جزء منه لمالكه الا بعد اقباض مالك الكل الذى هو المشترى فى مسئلة الاستثناء فان كون الكل بيد البايع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك هذا مع انه لم يعلم [1] من الاصحاب فى مسئلة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك وعده جواز تصرف المشترى الا بأذن البايع كما يشعر به [2] فتوى جماعة منهم الشهيدار والمحقق الثانى بأنه لو فرط المشترى وجب اداء المستثنى من الباقى ؛

ويمكن [3] ان يقال ان بناء المشهور فى مسئلة استثناء الأرطال ان كان على عدم الاشاعة قبل التلف واختصاص الأشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبأ عنه فتوى جماعة منهم بانه لو كان تلف البعض بتفريط المشترى كان حصة البايع فى الباقى ويؤيده استمرار السيرة فى صورة استثناء الأرطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشترى

١ـ شرع فى الاستدلال بفتاوى الاصحاب بعد ذكر القواعد:

٢ـ يعنى يشعر بعدم وجود الحكم لانهم علقوا وجوب اداء المشترى المستثنى من الباقى على التفريط فيدل كلامهم على انه لو لم يفرط لم يضمن حيث انه لو كان الحكم عندهم الاشتراك من حين العقد كان اللازم وجوب الاداء مع التصرف بدون اذن البايع:

٣ـ شرع الان فى الجواب عن الاشكال ومحصل ماذكره الى قوله ولا يحضرنى وجه انتهى :

هو ان التلف الذى هو سبب للاشتراك عند الاكثر انما هو التلف بغير تفريط لان التلف معه فى حكم عدم التلف فيعلم من ذلك ان حق المشترى كان كليا وهذا الاشتراك لم يكن من اول الامر بل حدث بالتلف بقرينة جعلهم حصة البايع فى الباقى اذا تلف عن تفريط والا فلو كان الاشتراك من اول الامر كان اللازم فى صورة التفريط ان يحكموا بضمان المشترى مما بقى من حصته بالنسبة مثلا او قيمة فكل واحد من المسئلتين كلى والضمير فى قوله عنه راجع الى عدم الاشاعة.

فى التّصرف وعدم المعاملة مع البايع معاملة الشّركاء فالمسئلتان مشتركتان فى التّنزيل على الكلّى ولا فرق بينهما الاّ فى بعض ثمرات التّنزيل على الكلّ و هو حساب التّالف عليهما و لا يحضر نى وجه واضح لهذا الفرق الآدعوى [1] انّ المتبادر من الكلّى المستثنى هو الكلّى الشّايع فيما يسلم للمشترى لامطلق الموجود وقت البيع وان كان بنائهم على الأشاعة من اوّل الأمر امكن ان يكون الوجه فى ذلك انّ المستثنى كما يكون ظاهراً فى الكلّى كك يكون عنوان المستثنى منه الّذى انتقل الى المشترى بالبيع كلياً بمعنى انّه ملحوظ بعنوان كلّى يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصّبرة الاّ صاعاً منها بعتك الكلّى الخارجى الّذى هو المجموع المخرج عنه الصّاع فهو كلّى كنفس الصّاع فكلّ منهما مالك لعنوان كلّى فالموجود مشترك بينهما لأنّ نسبة كلّ جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجّح وكذا التّالف نسبته اليهما على السّواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كلياً فانّ مال البايع ليس ملحوظا بعنوان كلّى فى قولنا بعتك صاعاً من هذه الصّبرة اذلم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلّى كنفس الصّاع .

فان قلت انّ مال البايع [2] بعد بيع الصّاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً فى الخارج

١ـ محصل الدعوى ينشعب الى امرين (احدهما) كون المستثنى كياً لامشاعاً لكن المراد من الكلى هو الكلى الموجود المسلم الى المشترى لا السارى الى كل جزء من اجزاء المبيع وشيوعه عبارة عن تبادله بالارطال الاخرج فيكون شيوع الكلى فى افراد ما يبقى سالماً له بالشرط الضمنى و لا نه لامعنى لاحتساب التالف على المشترى (وثانيهما) البناء على الاشاعة من اول الامر لكن الاشاعة والشركة كاشاعة الارث والمزج حيث ان الشركة والتنصيف فيهما من جهة قبح الترجيح بلامرجح لا للجمع لان القاعدة فى تزاحم السببين التساقط:

٢ـ يعنى انه اذا باع المالك صاعاً من الصبرة وتلف ولم يبق الا صاعاً واحداً. ←

فيكون كلياً كنفس الصّاع .

قلت نعم ولكن ملكية البـــايع له ليس بعنوان كلّى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان ليكون البـاقى بعـد تلف البعض مصداقـاً لهذا العنوان وعنوان الصّـاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه باحدهما التّرجيح من غير مرجّح فيجىء الاشتراك فاذا لم يبق الآصاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشترى فيحكم بكونه مالكاً له ولايزاحمه بقاء عنوان ملك البايع فتأمّل.

هذا ماخطر عاجلاً بالبال وقداوكلنا تحقيق هذا المقام الّذى لم يبلغ اليه ذهنى القـاصر الى نظر النّاظر البصير الخبير المـــاهر عفى الله عن الزّلل فى المعاثر [1]

قال فى الرّوضة تبعاً للمحكىّ عن حواشى الشّهيدانّ اقسام بيع الصّبرة عشرة لأنّها اما يكون معلومة المقدار اومجهولته فان كانت معلومة صحّ بيعها اجمع وبيع جزء [2]

←والأمر بالتأمل اشارة الى ان البايع ايضاً لابدان يكون لهملك مشاع فى الصاع الباقى.

١- اقـول قد حققه الـنقدة فبعضهم فرق بينهمـا بعدالقول بكلية كليهما بان المشترى فى مسئلة الصاع من الصبرة لايملك الاالكلى المجرد عن جميع الخصوصيات وفى مسئلة الاستثناء الكلى مع الخصوصية.

و بعضهم فرق بينهما بان ظهور الصاع فى مسئلة البيع فى الكلى بلا مزاحم و ظهوره فى مسئلة الاستثناء مزاحم بظهور وحدة السنخية بين المستثنى منه والمستثنى فلابد أن يحمل على الكسر المشاع الذى يكون بقدر المستثنى ليكون من سنخ المستثنى منه و بعضهم غير ذلك ولكن لا يسعنا ذكر كلامهم فى هذا المختصر والمعاثر جمع العثرة وهى الزلة والخطيئة ومنه بامقيل العثرات .

٢- كالعشر اوالتسع اوالثمن وغير ذلك من الكسور.

منها معلوم مشاع وبيع مقدار كقفيز[1] تشتمل عليه وبيعها كل قفيز بكذا[2] الا بيع كل قفيز منها بكذا[3] والمجهولة كلها باطلة الا الثالث وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه[4] ولو لم يعلم باشتمالها عليه فظاهر القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وغيرها عدم الصحة و استحسنه في الروضة ثم قال ولو قيل بالاكتفاء بالظن باشتمالها عليه كان متجها والمحكي عن ظاهر س واللمعة الصحة قال فيها وان نقصت تخير بين اخذ الموجود منها بحصته من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصفقة وربما يحكى عن ط و ف خلافه[5] ولا يخلو عن قوة وان كان في تعيينه نظر لالتدارك الضرر بالخيار لما عرفت غير مرة من ان الغرر انما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من احكام العقد فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد[6] بل لمنع الغرر وان قيل عدم العلم بالوجود من اعظم افراد الغرر .

قلنا نعم اذا بنى العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود واما اذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفاً وربما يحتمل

١- او بيع صاع او صيعان يشتمل الصبرة على هذا المقدار المبيع.

٢- فتحصل ان الصحيح من اقسام بيع الصبرة المعلومة اربعة ووجه الصحة في هذه الاقسام الاربعة هو كون المثمن معيناً كالثمن.

٣- لعدم العلم بمقدار المبيع لان قوله كل صاع بكذا يصلح ان ينطبق على الواحد والزايد نعم من جوز اجارة الدار كل شهر بكذا في الشهر الاول كالعلامة يجوز الصحة هنا ايضاً لكن الاكثر على البطلان في كلا المقامين من جهة أن تردد متعلق العقد بين الاقل والاكثر يقتضي الجهل به.

٤- لان المبيع معلوم والجهل بنسبة المبيع الى الصبرة وان بيع اى واحد من الكسور لا يضر بالمبيع

٥- اى خلاف البطلان وهو الصحة.

٦- توضيحه أن الغرر لو ثبت لا يرتفع بالخيار لانه دور سريح حيث ان الخيار موقوف على الصحة وهي موقوف على عدم الغرر بل الاقوى عدم الغرر اصلا اذ الغرر الغير القادح.

الصّحة مراعى بتبيّن اشتمالها عليه .

وفيه انّ الغرر انثبت حال البيع لم ينفع تبيّن الاشتمال[1] هذا ولكنّ الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصّحة الآمع العلم بالاشتمال او الظّن الذّى يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهة استصحاب الاشتمال .

وامّا الرّابع مع الجهالة وهو بيعها كل قفيز بكذا فالمحكىّ عن جماعة المنع[2] .

وعن ظاهر اطلاق المحكىّ من عبارتى المبسوط والخلاف انّه لو قال بعتك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم صحّ البيع قال فى الخلاف لأنّه لا مانع منه والأصل جوازه وظاهر اطلاقه يعمّ صورة الجهل بالاشتمال[3] وعن الكفاية نفى البعد عنه اذ المبيع معلوم بالمشاهدة والثّمن ممّا يمكن ان يعرف بان يكال الصّبرة ويوزّع الثّمن على قفزانها قال و له نظاير ذكر جملة منها فى التّذكرة وفيه نظر[4] :

مسئلة اذا شاهد عيناً فى زمان سابق على العقد عليها فان اقتضت العادة تغيّرها عن صفاتها السّابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين[5] فلا يصحّ البيع الا بذكر صفات

١- بل اللازم عدم وجود الغرر حين البيع و الا فلا يرتفع بعده بالخيار كما مر

٢- بل نسب فى الكفاية عدم الصحة الى المشهور.

٣- يعنى بين اشتمال الصبرة على السيعان المبيعة و بين عدمه فيصح فى الاول دون الثانى كما فصله العلامة ايضاً.

٤ - لما ذكر من أن العلم بالعوضين بعد البيع لا ينفع اذا جهل بهما حين العقد :

٥ - اعلم انه ما كان قوام ماليته بالاوصاف الخاصة بحيث لولاه يعد البيع غرراً لا يصح بيعه الا برؤيته او باخبار البايع بوجودها ليحصل العلم او الاطمينان :

او اشتراطها فى متن العقد ليثبت بتخلفه خيار تخلف الشرط لكون العقد آلة لا نشائه بالمدلول المطابقى وكذا ايضاً اذا كانت الشروط والاوصاف مما يكون بناء العرف والعادة

تصحح بيع الغائب لأنّ الرؤية القديمة غير نافعة وان اقتضت العادة بقائها عليها فلا اشكال فى الصّحّة ولا خلاف ايضاً الاّ من بعض الشّافعية وان احتمل الأمر ان جاز الأعتماد على اصالة عدم التّغير والبناء عليها فى العقد[1] فيكون نظير اخبار البايع بالكيل والوزن لأنّ الأصل من الطّرق التى يتعارف التّعويل عليها ولو فرضناه فى مقام لا يمكن التّعويل عليه لحصول امارة على خلافه فان بلغت قوّة الظّن حداً يلحقه بالقسم الأوّل وهو ما اقتضى العادة تغيّره[2] لم يجز البيع والأجاز مع ذكر تلك الصّفات لا بدونه لأنّه لا ينقص عن الغايب الموصوف الذّى يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها بل يمكن القول بالصّحة فى القسم الأوّل اذا لم يفرض كون ذكر الصّفات مع اقتضاء العادة عدمها لغواً لكن هذا كلّه خارج عن البيع بالرّؤية القديمة .

وكيف كان فاذا باع او اشترى برؤية قديمة فانكشف التّغير تخيّر المغبون[3]

← عليه كتساوى المالين فى المالية وعدم كونهما معيبا وكون المعاملة نقدية و كونهما نقد البلد اومما يتوقف صحة العقد عليه مثل ما نحن فيه وغير ذلك من الالتزامات النوعية والشروط الضمنية فلا اشكال فى ثبوت الخيار بذلك كله ليرتفع الغرر به نعم اذا كانت من الاوصاف الخارجية والاغراض الشخصية ككون العبد كاتباً ونحو ذلك فلا يثبت بها ج الخيار لان مجرد النية و الداعى فى باب العقود و الايقاعات لا اثر لها وكذلك يثبت الخيار اذا رأى سابقاً واقتضت العادة بقاء الاوصاف القديمة عليها لانه طريق تعبدى عقلائى يسلكه العقلاء فى امورهم وهو من الاصول المعول عليها لان ذلك المذكور كله يصح فى المبيع الغايب ففيما راه المشترى ولو قديماً يصح بطريق اولى .

١ ـ لاصالة البقاء ايضاً .

٢ ـ بان كان المبيع فى مكان قليلة الكلاء التى يتغير المبيع من السمن الى الهزال لم يصح البيع لان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد بناء على ان تخلف الوصف من تخلف العنوان لا من الشرط .

٣ ـ لا يخفى أن مراده ره من تخير المغبون هو المتخلف شرطه لا من له خيار الغبن المصطلح لانه فيما اذا زادت القيمة السوقية او نقصت لا فى الزيادة فى المالية او نقصانها

وهو البايع ان تغيّر الى صفات زادت فى ماليّته والمشترى ان نقصت عن تلك الصّفات لقاعدة الضّرر ولأنّ الصّفات المبنىّ عليها فى حكم الصّفات المشروطة فهى من قبيل تخلّف الشّرط كما اشار اليه فى نهاية الأحكام و المسالك بقولهما الرّؤية بمثابة الشّرط فى الصّفات الكائنة فى المرئىّ فكلّ ما فات منها فهو بمثابة التّخلّف فى الشّرط انتهى .

وتوهّم انّ الشّروط اذا لم تذكر فى متن العقد لا عبرة بها فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشّروط فى متن العقد ؛

مدفوع بأنّ الغرض من ذكر الشّروط فى العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتّى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد والصّفات المرئيّة سابقاً حيث انّ البيع لا يصحّ الا مبنيّاً عليها كانت دخولها فى العقد اولى من دخول الشّرط المذكور على وجه الشّرطية[1] ولذا لو لم يبن البيع عليها ولم يلاحظ وجودها فى البيع كان البيع باطلاً فالذّكر اللّفظى انما يحتاج اليه فى شروط خارجة لا يجب ملاحظتها فى العقد و احتمل فى نهاية الاحكام البطلان و لعلّه لأنّ المضىّ على البيع وعدم نقضه عند تبيّن الخلاف ان كان وفاءً بالعقد وجب فلا خيار وان لم يكن وفاء لم يدلّ دليل على جوازه .

و بعبارة اخرى العقد اذا وقع على الشّىء الموصوف انتفى متعلّقه بانتفاء صفته والّا فلا وجه للخيار مع اصالة اللزوم .

ويضعّفه انّ الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع اذا اعتبرت فيه عند البيع اما ببناء العقد عليها واما بذكرها فى متن العقد لا يعدّ من مقوّمات العقد كما انّها ليست من مقوّمات المبيع ففواتها فوات حقّ للمشترى ثبت بسببه الخيار دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه وتمام الكلام فى باب الخيار انشاء الله .

---

١ ـ لما ذكرنا نحن آنفاً من الالتزامات النوعية لكون العادة تقتضى وجودها فيه فيكون ذكره فى العقد لغواً ؛

فرعان: الأوّل لو اختلفا في التغيير[1] فادّعاه المشترى ففي المبسوط وكره و الأيضاح والدّروس وجامع المقاصد ولك تقديم قول المشترى لأنّ يده على الثّمن كما في س وهو راجع الى ما في ط والسّرائر من انّ المشترى هو الّذى ينتزع منه الثّمن ولا ينتزع منه الآباقراره اوببيّنته تقوم عليه انتهى .

وتبعه العلاّمة ايضاً في صورة الأختلاف في اوصاف المبيع الموصوف اذا لم يسبقه برؤية حيث تمسّك باصالة براءة ذمّة المشترى من الثّمن[2] فلا يلزمه مالم يقربه اويثبت بالبيّنة و لأنّ البايع يدّعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود[3] و الرّضا به

---

١ ـ لابد اولا من تنقيح البحث ثم توضيح العبارة فاعلم ان الاختلاف في التغير على قسمين احدهما ان يتفقا على وجود الصفة المرئية وانها كانت سمينة مثلا لكنهما اختلفا في بقائها فقال البايع ببقائها الى حال العقد و المشترى ينكره فالظاهر ان كلمات الفقهاء ليس في هذا القسم بل يقدم فيه قول البايع لان اصالة بقاء الصفات وعدم طرو التغير حاكم على سائر الاصول .

وثانيهما ان يكون اختلافهما في تحقق التغير بان قال المشترى أنه كان سميناً حين المشاهدة وصار مهزولا عند العقد وقال البايع انه كان مهزولا كالان .

وهذا هو مورد الاختلاف ومحل النقض والابرام.

ثم انه لاخلاف ايضاً في ضابط المدعى والمنكر وان المنكر هو الذى يوافق قوله الاصل ولو كان هذا الاصل في المرتبة الاخيرة كالبرائة و الاشتغال كما تعرف بملاحظة الاقوال في هذا الباب كقول العلامة في كره وقول المحقق الثانى وكقول الشيخ وابن ادريس حيث ان كلها تدل على كون موافقة قول المشترى لاصالة البرائة مع ان اصاله عدم التغير مع البايع وانما الخلاف في تشخيص الصغرى وان قول اى منهما مطابق للاصل فالاكثر بل قيل هو المشهور بتقديم قول المشترى وفي حاشية السيد والخراسانى والمختلف والجواهر تقديم قول البايع والتفصيل بين حضور العين وغيبتها وطول المدة وقصرها عن بعض.

٢ ـ يعنى استصحاب حكم يده او استصحاب العلقة فيكون حاكماً على اصالة اللزوم.

٣ ـ يعنى الهزال مثلا .

والأصل عدمه [١] كما فى التذكرة ولأنّ الأصل عدم وصول حقّه اليه كما فى جامع المقاصد .

ويمكن ان يضعّف الأوّل بأنّ يد المشترى على الثمن بعد اعترافه بتحقق التالف الصحيح يد امانة [٢] غاية الأمر انّه يدّعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبّثه باليد الآن يقال انّ وجود التالف [٣] لا يكفى فى سلطنة البايع على الثمن بناء على ما ذكره العلامة فى احكام الخيار من التذكرة ولم ينسب خلافه الآ الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن فى مدّة الخيار وان تسلّم الآخر وحينئذ فالشك فى ثبوت الخيار يوجب الشك فى سلطنة البايع على اخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الآ اصالة عدم سبب الخيار لو تمّ كما سيجىء .

و الثانى [٤] مع معارضته بأصالة عدم علم المشترى بالمبيع على وصف آخر حتّى

---

١ ـ يعنى الاصل عدم هذا الوصف وعدم الرضا به .

٢ ـ وليس فى هذا اليد امارية حتى يقدم على الاصول مع وجود الفسخ فيما اذا اختلفا البايع والمشترى فى التغير .

٣ ـ توضيح هذا التوجيه ان كون يده امانة انما هو مبنى على وجوب تسليم الثمن على المشترى بل هو مشروط بعدم الخيار فمع الشك فى حصول شرط يوجب حصول المشروط فاصالة البرائة جارية فلا مدفع لهذا الاصل الا اصالة عدم سبب الخيار الذى هو التغير .

٤ ـ يعنى ويضعف الثانى وهو قوله ولان البايع يدعى علمه انتهى ومحصل الضعف امران احدهما قوله باصالة عدم علم المشترى أنه يمكن جعل المشترى مدعياً والبايع منكراً لان الاصل عدم علم المشترى بالوصف الاخر الذى يدعيه حتى يثبت له الخيار وثانيهما قوله بان الشك .

وحاصله أن علم المشترى بهذا الوصف وغيره مسبب عن وجود هذا الوصف فيه وعدمه فمع الاصل السببى لا تصل النوبة الى الاصل المسببى الذى هو اصالة عدم تغير المبيع عما رآه سابقاً مع البايع .

يكون حقاله يوجب الخيار بأن الشك فى علم المشترى بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك فى وجود غير هذا الوصف سابقاً فاذا انتفى غيره بالاصل الذى يرجع اليه اصالة عدم تغير المبيع لم يجز اصالة عدم علمه بهذا الوصف والثالث [1] بأن حق المشترى من نفس العين قد وصل اليه قطعاً ولذا يجوز له امضاء العقد وثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الاثبات والمرجع اصالة لزوم العقد ولاجل ماذكرنا قوى بعض [2] تقديم قول البايع .

هذا ويمكن [3] بناء المسئلة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها فى العقد فهى كشروط مضمرة فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية ولك :

ولهذا لايحصل من فقدها الاخيار لمن اشترطت له ولايلزم بطلان العقد وانها مأخوذة فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشىء المقيد ولذا يجوز الغائها فى المعقود عليه كما يجوز الغاء غيرها من الشروط فعلى الاول يرجع النزاع فى التغير وعدمه الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البايع وعدمه والاصل مع البايع .

وبعبارة اخرى النزاع فى ان العقد وقع على الشىء الملحوظ فيه الوصف المفقود ام لا .

---

١ - يعنى الثالث قوله ولان الاصل عدم وصول حقه يضعف بان حق المشترى وصل اليه وثبوت وصف آخر مشكوك فلابد من الاثبات .

٢ ـ وهو صاحب الجواهر .

٣ ـ محصله أن موافقة قول البايع و المشترى للاصل يمكن ان يبنى على ان الاوصاف المرئية سابقاً من قبيل الشرط فى العقد او من قبيل الوصف و القيد للمبيع فعلى الاول يكون الاصل مع البايع وعلى الثانى مع المشترى لان المشترى على الاول يدعى شرطاً زايداً على المبيع والبايع ينكره نظير اشتراط خياطة الثوب فى ضمن البيع ←

لكنّ الأنصاف ان هذا البناء فى حكم الاشتراط [١] من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئا مستقلّا [٢] حتى يدفع عند الشك بالاصل بل المراد به ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متّصفاً بهذا الوصف وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متّصفاً بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الأجزاء لاشرط ملزم فى العقد [٣] فحينئذ يرجع النّزاع الى وقوع العقد على مايـنطبق على الشّىء الموجود حتّى يلزم الوفاء وعدمه والاصل عدمه.

ودعوى معارضته باصالة عدم وقوع العقد على العين المقيّدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز.

مدفوعة [٤] بانّ عدم وقوع العقد على العين المقيّدة لا يثبت جواز العقد الواقع الآن بعد

---

١ فيستصحب عدمه لكونه مسبوقاً بالعدم واما على الثانى فان الدعوى يرجع الى وقوع البيع بهذا الموجود الذى يدعيه البايع وعدمه والمشترى ينكره فالاصل معه.

وبعبارة اخرى أن المبيع مع الوصف هل هـو من المركب الانحلالى و العموم الاستغراقى ليكون مرجع الاختلاف بين الاقل والاكثر الاستقلاليين او المركب الارتباطى والعموم المجموعى ليكون بين الاقل و الاكثر الارتباطيين فالاصل فى الاول مع البايع وفى الثانى مع المشترى وبعبارة ثالثة ان النزاع على الاول من قبيل كان وليس الناقصتين وعلى الثانى من قبيل العامتين.

١ـ انما قال فى حكمه لان الاشتراط ضمنى لاحقيقى لانه لم يذكر فى متن العقد فكما أن الشرط موجب للخيار فكذلك ماهو فى حكمه لدليل الشرط فيكون من قبيل التقييد والمركب الارتباطى من حيث البناء.

٢ ـ فليس هو التزام زايد على اصل البيع حتى يدفع بالاصل.

٣ ـ يـعنى أن الـعقد وقع على الشاة الـسمينة لاعلى الشـاة بشرط كونهـا سمينة.

٤ـ حاصل الدفع اثبات كون هذا الاصل مثبتاً.

اثبات وقوع العقد على العين الغير المقيّدة باصالة عدم وقوع العقد على المقيّدة وهو غير جايز كما حقّق في الأصول وعلى الثّاني يرجع النّزاع الى رجوع العقد والتّراضي على الشّيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه والأصل مع المشترى.

ودعوى[1] معارضته باصالة عدم وقوع العقد على الشّيء الموصوف بالصّفة المفقودة.

مدفوعة بانّه لايلزم من عدم تعلّقه بذاك تعلّقه بهذا حتّى يلزم على المشترى الوفاء به فالزام المشترى بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلّق العقد بهذا وهو غير ثابت والأصل عدمه وقد تقرّر في الأصول انّ نفى احد الضّدين بالأصل لايثبت الضّد الآخر ليترتّب عليه حكمه وبما ذكرنا يظهر فساد التّمسّك باصالة اللّزوم[2] حيث انّ المبيع ملك المشترى والثّمن ملك البايع اتّفاقاً وانّما اختلافهما في تسلّط المشترى على الفسخ فينفى بما تقدّم من قاعدة اللّزوم.

توضيح الفساد انّ الشّك في اللّزوم وعدمه من حيث الشّك في متعلّق العقد فانّا نقول الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود حتّى يثبت اللّزوم وهو وارد على اصالة اللّزوم[3].

١ـ حاصل الدعوى ان اصالة عدم وقوع العقد على الموصوف بهذا الوصف الموجود معارضة باصالة عدم وقوع العقد على الوصف المفقود وحاصل الدفع أنه لااثر لهذا الاصل الا اثبات وقوع العقد على الوصف الموجود وهو ايضاً اثر عقلى حيث ان الشارع لم يجعل من احكام عدم وقوع العقد على الوصف المفقود اللزوم.

٢ـ الذى تمسك به صاحب الجواهر ليقدم قول البايع.

٣ـ يعنى لان الشك فى اللزوم والجواز مسبب عن الشك فى متعلق العقد فاذا جرى اصالة عدم تعلق العقد بهذا الوصف الموجود يرتفع اللزوم لان الاصل السببى مقدم على المسببى.

و الحاصل انّ هنا امرين احدهما عدم تقييد متعلّق العقد بذلك الوصف المفقود و اخذه فيه و هذا الأصل ينفع فى عدم الخيار لكنّه غير جار لعدم الحالة السّابقة.

والثانى عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود و هذا جار غير نافع نظير الشّك فى كون الماء المخلوق دفعة كرّاً من اصله فانّ اصالة عدم كرّيّته نافعة غير جارية و اصالة عدم وجود الكرّ جارية غير نافعة فى ترتّب آثار القلّة على الماء المذكور[1] فافهم و اغتنم.

و بما ذكرنا يظهر حال التّمسّك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الأصول العمليّة المتقدّمة مثل ما دلّ على حرمة اكل المال الاّ ان تكون تجارة عن تراض و عموم و لا يحلّ مال امرء مسلم الاّ عن طيب نفسه و عموم النّاس مسلّطون على اموالهم بناء على انّها تدلّ على عدم تسلّط المشترى على استرداد الثّمن من البايع لأنّ المفروض صيرورته ملكاً اذ لا يخفى عليك انّ هذه العمومات مخصّصة[2] قد خرج عنها بحكم ادلّة الخيار المال الّذى لم يدفع عوضه الّذى وقع المعاوضة عليه الى المشترى فاذا شكّ فى ذلك فالأصل عدم دفع العوض و هذا هو الّذى تقدّم

١ـ لانه ثبت فى الاصول أن عدم النعتى ليس له حالة سابقة والعدم المحمولى من طرف البايع لا اثر له فالمقام نظير الدم المشكوك أنه حيض او استحاضة وذلك أن العقد حين وقوعه اما مقيد به او بضده فان المبيع لم يقيد بالوصف الموجود كالسمن لانه لم يكن فى زمان مبيعاً ولم يكن مقيداً به وشك فى انه بعد البيع قيد به ام لا فليس له حالة سابقة فالاول نافع غير جار والثانى جار غير نافع كالكرية التى مثل به المصنف وعدم النفع من جهة المثبتية.

٢ـ يعنى مخصصة بالمال الذى لم يدفع عوضه الى طرفه.

ثم ان المصنف اشار الى العمومات الناظرة الى المال لا الى العمومات الناظرة الى العقد كآية اوفوا و آية احل الله لان الشبهة فى الاولى مصداقية وأما فى الثانية فلان الشك ليس فى صحة البيع وفساده بل فى كونه خيارياً أم لا.

من اصالة عدم وصول حقّ المشترى اليه فان عدم وصول حقه اليه يثبت موضوع خيار تخلّف الوصف.

فان قلت لادليل على كون الخارج عن عمومات المذكورة معنوناً بالعنوان المذكور بل نقول قد خرج من تلك العمومات المال الّذى وقع المعاوضة بينه وبين مسالم ينطبق على المدفوع فاذا شكّ فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.

قلت السّبب فى الخيار وسلطنة المشترى على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجة منطبقة على ماوقع العقد عليه[1].

وبعبارة اخرى هو عدم وفاء البايع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشترى لاوقوع العقد على مايطابق[2] العين الخارجية كما ان السبب فى لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها الى ملك المشترى والاصل موافق للأوّل[3] ومخالف للثانى مثلاً اذا وقع العقد على العين على انها سمينة فبانت مهزولة فالموجب للخيار هو انّه لم ينتقل اليه فى الخارج ماعقد عليه وهو السّمين لاوقوع العقد على السّمين فانّ ذلك لايقتضى الجواز وانّما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجيّة على متعلق العقد ومن المعلوم ان عدم الانطباق هو المطابق

١ـ حاصله ان مدرك الخيار هو حديث لاضرر والضرر انما يتحقق اذا لم يدفع البايع المبيع بما عليه من الوصف فمرجع الخيار هو عدم وفاء البايع بالعقد فمرجعه ايضاً الى عدم وصول حق المشترى اليه فيكون موضوع الخيار امراً عدمياً يثبت باصالة العدم.

٢ـ الظاهر انه سقط حرف «لا» من قلم الناسخ فى كلمة يطابق.

٣ ـ المراد بالاول هو عدم وفاء البايع بدفع المبيع بالعنوان المعقود عليه و بالثانى تحقق مقتضى العقد من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها الى ملك المشترى.

للأصل عند الشك فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من اصالة عدم وصول حق المشترى اليه وكذا صحة ما فى كرة من اصالة عدم التزام المشترى بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما الزم نعم ما فى ط وئيروس من اصالة بقاء يد المشترى على الثمن كانه لايناسب اصالة اللزوم [1] بل يناسب اصالة الجواز عند الشك فى لزوم العقد كما يظهر من لف فى باب السبق والرماية وسياتى تحقيق الحال فى باب الخيار .

واما دعوى وروداصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة لأن الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع [2].

فهى مدفوعة مضافاً [3] الى منع جريانه فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف فى زمان المشاهدة كما اذا علم بكونها سمينة وانها صارت مهزولة ولايعلم انها فى زمان المشاهدة كانت باقية على السمن اولا [4] فحينئذ مقتضى الاصل تأخر الهزال عن المشاهدة فالأصل تأخر التغير لاعدمه الموجب للزوم العقد ان مرجع اصالة عدم تغير المبيع الى عدم كونها حين المشاهدة سمينة ومن المعلوم ان هذا بنفسه لايوجب لزوم العقد نظير اصالة عدم وقوع العقد على السمين.

نعم لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة وتعلق العقد بالمهزول ثبت

---

١ ـ محصله ان تمسكهم باصالة بقاء اليد كاشف عن أن الاصل الاولى عندهم ايضاً هو الجواز كما قلناه فالعمومات عندهم ايضاً ساقطة عن الاعتبار لكن حكمهم باللزوم بسبب استصحاب اليد .

٢ ـ الظاهر ان هذا تعريض على صاحب الجواهر ره و المراد من الاصول هو اصالة عدم الانطباق واصالة عدم وصول حق المشترى اليه واصالة عدم الالتزام بتملك الموجود .

٣ ـ ومضافاً الى عدم ثبوت اثر شرعى له وكونه من الاستصحاب القهقرى .

٤ ـ محصله ان الدليل الذى هو الاستدلال بالتغير اخص من المدعى الذى هو اللزوم مع ان مقتضى بقاء السمن الى حين المشاهدة يدل على أن الاصل تأخر التغير الذى هو سبب الخيار عن المشاهدة .

لزوم العقد ولكنّ الأصول العدميّة في مجاريها لا يثبت وجود اضدادها [١] هذا كله مع دعوى المشتري النّقص الموجب للخيار ولو ادّعى البايع الزّيادة الموجبة لخيار البايع فمقتضى ماذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البايع لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتّى يجب عليه الوفاء به وظاهر عبارة اللّمعة تقديم قول المشتري هنا ولم يعلم وجهه [٢].

بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في [٣] تقدّم التّغير على المبيع ليثبت الخيار وتأخّره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كلّ من اصالة عدم تقدّم البيع والتّغيّر على صاحبه وحيث انّ مرجع الأصلين الى اصالة عدم وقوع

---

١ ـ محصله أنه من الاصول المثبتة لان استصحاب عدم السمن لا يثبت اللزوم كما أنها لا تثبت الهزال.

٢ ـ ومن ثم اورد عليه الشهيد الثاني في الشرح بعد قوله الظاهر تقديم قول البايع بمعنى ماذكر في المشتري وفي تقديم قول المشتري في كلتا صورتي المنقيصة والزيادة جمع بين متنافيين مدعاً ودليلا (نعم) وجهه بعض (تارة) بان الاصل عدم الزيادة التي ادعاها البايع فيقدّم قول المشتري (واخرى) بان الاصل عدم شركة البايع مع المشتري في العين المبيعة.

وثالثة بان الاصل عدم ثبوت الخيار و السلطنة على حل العقد بعد تحقق النقل و الانتقال وغيرها من الاصول الظاهرة فسادها.

٣ـ توضيحه انه اذا اتفقا البايع والمشتري على ان المبيع قد تغير ولكن اختلفا في تقديم التغير على المبيع و تاخره فادعى البايع أنه تغير بعد قبض المشتري ليدفع الضمان عن نفسه لان تلف الوصف قبل قبضه ضمانه ليتخير المشتري بين الفسخ والامضاء.

وادعى المشتري ان الغنم هزلا اصار مهزولا قبل العقد او قبل القبض مع اتفاقهما بان الغنم كان حين المشاهدة سميناً وبذلك يعلم ان قوله على وجه لا يوجب الخيار انتهى قيدا حترازي من العيوب التي حدثت بعد العقد وقبل القبض وفي مدة خيار الحيوان والعيوب التي حدثت في السنة التي يضمنها البايع ويجوز للمشتري رده بلا كلام.

البيع حال السّمن مثلا واصالة بقاء السّمن وعدم وجود الهزال حال البيع والظاهر انّه لايترتب على شى منهما الحكم بالجواز واللّزوم لأن اللزوم من احكام وصول ما عقد عليه و انتقاله الى المشترى و اصالة بقاء السّمن لايثبت وصول السمين كما انّ اصالة عدم وقوع البيع حال السّمن لاينفيه فالمرجع الى اصالة عدم وصول حقّ المشترى اليه[1] كما فى المسئلة السابقة الاان الفرق بينهما هوانّ الشك فى وصول الحق هناك ناش عن الشك فى نفس الحقّ و هنا ناش عن الشك فى وصول الحق المعلوم .

١- لانه وان اختلف الفرعان فى كيفية الدعوى لكنه لافرق بينهما فى النتيجة و هو تقديم قول المشترى وسقوط الاصول السببية وكون اصالة عدم وصول حق المشترى اليه مرجعاً بعد تعارض اصلى تقدم البيع والتغير وتأخرهما وتساقطهما فيثبت الخيار للمشترى ايضاً :

ثم ان المصنف تعرض بما لوجهل تاريخ البيع والتغير ولم يتعرض لبعض صور المسئلة وهوما اذاعلم تاريخ احدهما وجهل الاخروذلك ايضاً تارة فى دعوى الزيادة و اخرى فى دعوى النقيصة:

تارة من البايع واخرى من المشترى وجملة الكلام فيها انه لايعارض المجهول المعلوم لكنه لااثر له ايضاً لاصالة تأخر المجهول عن المعلوم لكن قد يفصل بانه لوعلم تاريخ البيع وجهل تاريخ الزيادة فاصالة تأخرها عن البيع يطابق قول المشترى المدعى للزوم لكن تعارضها اصالة سلطنة البايع على المثمن وان علم تاريخ الزيادة وجهل تاريخ البيع فاصالة تأخر البيع عن الزيادة يطابق قول البايع المدعى للخيار ويعارضه اصالة اللزوم ولوادعى المشترى النقصية وعلم تاريخ البيع دون التغير فيقدم قول المشترى لاصالة عدم وصول حقه اليه وقيل يقدم قول البايع لاصالة تأخر الحادث ايضاً واذاعلم تاريخ التغير وجهل تاريخ البيع فلاصالة عدم تقدم البيع على التغير يقدم قول المشترى ولاصالة اللزوم يقدم قول البايع.

و بعبارة اخرى الشك هنا في وصول الحق وهناك في حقه الواصل ومقتضى الاصل في المقامين عدم اللزوم و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعي الخيار هو البايع بان اتفقا على مشاهدته مهزولا ووقوع العقد على المشاهد وحصل السمن واختلفا في تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبايع فافهم وتدبر فان المقام لايخ عن اشكال واشتباه.

ولو وجد المبيع تالفاً بعد القبض[1] فيما يكفي في قبضه التخلية[2] واختلفا في تقدم التلف على البيع وتاخره فالاصل بقاء ملك المشترى على الثمن لاصالة عدم تاثير البيع[3] وقد يتوهم جريان اصالة صحة البيع هنا[4] للشك في بعض شروطه وهو وجود المبيع.

وفيه ان صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الاثر شرعا فاذا فرضنا انه عقد على شيء معدوم[5] في الواقع فلا تاثير له عقلا في تمليك العين لان

١ـ وجه التقييد بما بعد القبض من جهة أنه لو كان تالفاً قبل القبض فهو على البايع بلا اشكال ولا خلاف.

٢ـ كما اذا كان المبيع من غير المنقول او كان من المنقول ولكن كان في يد المشترى امانة قبل البيع فباع البايع منه.

٣ـ وذلك لان الاصل الموضوعي الجاري في كل واحد من مجهولي التاريخ معارض بالمثل وفيما اذا كان احدهما مجهولا والاخر معلوماً مثبت فيشك في تأثير البيع وتصل النوبة الى الاصل الحكمي وهو بقاء الثمن في ملك المشترى.

٤ـ توضيح التوهم انه كما ان الاصل الموضوعي كان محكوماً بالاصل الحكمي الذي هو الاستصحاب الحكمي فكذلك هو ايضاً محكوم باصالة الصحة لانها من الامارات و الاستصحاب من الاصول.

٥ـ حاصله ان اصالة الصحة انما تجرى بعد احراز المقسم بين الصحيح والفاسد كما اذا احرز الوضوء او الغسل وشك في صحته وفساده واما اذا لم يعلم انه وضوء او تدهين

تمليك المعدوم لاعلى قصد تمليكه عند الوجود و لاعلى قصد تمليك بدله مثلا او قيمته غير معقول و مجرد انشائه باللفظ لغو عرفاً يقبح مع العلم دون الجهل بالحال فاذا شككنا فى وجود العين حال العقد فلايلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم لان التمليك الحقيقى غير متحقق والصورى وان تحقق لكنه ليس بفاسد اذ اللغو فاسد عرفا اى قبيح اذا صدر عن علم بالحال .

و بالجملة الفاسد شرعا الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقى المقصود الذى لم يمضه الشارع فافهم هذا فانه قد غفل عنه بعض فى مسئلة الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن اذنه فى البيع وتاخيره عنه حيث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن لان الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه نعم لو تحققت قابلية التاثير عقلا او تحقق الانشاء الحقيقى عرفا ولو فيما اذا باع بلاثمن او باع ماهو غير مملوك كالخمر والخنزير وكالتالف شرعا كالغريق والمسروق اومعدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة اوقصد تمليك بدله مثلا اوقيمة كما لو باع ما اتلفه زيد على عمرو اوصالحه اياه بقصد حصول اثر الملك فى بدله تحقق مورد الصحة والفساد فاذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شك فى ان العقد الخارجى منه ام من الصحيح حمل على الصحيح:

فاصالة الصحة لاتعين عنوان الوضوء فالشك فى المقام فى اركان البيع بل فى اصله لان اصل المبيع على الفرض معدوم من اصله وانشائه لغو وليس مفاد اصالة الصحة أن العاقل لا يعمل اللغو بل مفادها أنه اذا صدر فعل عن مسلم وعلم وجود الفعل وشك فى الصحة و الفساد فاصالة الصحة تجرى حينئذ صوناً لافعال العقلاء عن اللغو واين هذا من ذاك ومن ذلك تعرف انها لاتجرى فيما اذا شك فى رجوع المرتهن عن اذنه فى البيع قبل بيع الراهن او بعده لانه لامعنى لاصالة صحة رجوعه والحكم بانه وقع قبل البيع نعم تجرى عند الشك فى البيع بلاثمن والشك فى بيع الخمر والخنزير او بيع الخل والشاة وغيرها لا فى الشك فى وجود المبيع وعدمه.

مسئلة لابدمن اختبار الطعم و اللون والرائحة فيمايختلف قيمته[1] باختلاف ذلك كما فی كل وصف يكون كك اذلافرق فی توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الاوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعد ويغنى الوصف عن الاختبار فيماينضبط من الأوصاف[2] دون مالاينضبط كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفياتها .

فان ذلك ممالايمكن ضبطه الاباختيار شیء من جنسه ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل ان يكون الاعمى قد راى قبل العمى لؤلؤة فبيع منه لؤلؤة اخرى على ذلك الوصف.

وكذا الكلام فی الطّعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقة والشامة.

نعم اولم يرد من اختبار الأوصاف الاستعلام صحته وفساده جاز شرائها بوصف الصحة كما فی الدبس والدهن مثلا فان المقصود من طعمها ملاحظة عدم فسادهما بخلاف بعض انواع الفواكه والروائح التی تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها ولايقصد من اختبار اوصافها ملاحظة صحتها وفسادها.

١ـ اعلم ان البايع والمشترى تارة يتعاملان بذكر وصف المبيع واخرى بالمشاهدة اعتماداً على اصالة الصحة وثالثة بالاختبار ورابعة بدون واحد منها تعرض المصنف على كلها تاتی وياتی كفاية الوصف ايضاً عن الاختبار فالمراد باللابدية فی اول العنوان ليس هو الشرطية بل المراد كفاية الطعم واللون والريح ايضاً فماصنع بعضهم من حمله على الشرطية فی بعض العبارات ليس بصحيح الاان يحمل قول المصنف «نعم لولم يرد انتهى» على الاستدراك فيحمل على الشرطية كما عليه ابن ادريس.

٢ـ بان يكون من الاوصاف اللازمة للشیء والغالبة فيه فاحتمال العيب فيها يدفع باصل الصحة والسلامة فلايكون المراد مطلق المأكولات ولامطلق المطعومات بل المطعومات التی لاينظبط كالدبس والخل والجلاب ونحوها مما تختلف القيمة فی الحلاوة و الحموضة :

واطلاق كلمات الاصحاب فی جواز شراء مایراد طعمه ورائحته بالوصف محمول علی ما اذا اريد الاوصاف التی لها مدخل فی الصحة لاالزائدة علی الصحة التی يختلف بها القيمة بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان جواز شرائها[1] من دون اختبار ولاوصف بناء علی اصالة الصحة.

وكيف كان فقد قوی فی عدم الجواز اخيرا بعد اختبار جواز بيع ماذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعی عليه الاجماع فی الغنية قال يمكن ان يقال ان بيع العين المشاهدة المرئيّة لايجوز ان يكون بالوصف لانه غير غائب[2] فيباع مع خيار الرؤية بالوصف فاذن لابد من شمّه و ذوقه لانه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج الی الوصف وهذا قوی انتهی.

ويضعّفه انّ المقصود من الاختبار رفع الغرر فاذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكما بل الاقوی جواز بيعه من غير اختبار ولاوصف بناء علی اصالة الصحة وفاقا للفاضلين ومن تأخر عنهما لانه اذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصّحة معه فذكره فی الحقيقة يرجع الی ذكر وصف الصحة ومن المعلوم انّه غير معتبر فی البيع اجماعا بل يكفی بناء المتعاقدين عليه اذا لم يصرح البايع بالبراءة من العيوب وامّا رواية محمد بن العيص عن الرجل يشتری ما يذاق ايذوقه قبل ان يشتری قال نعم فليذقه ولايرو قن مالايشتری فالسئوال فيها عن جواز الذّوق لاعن وجوبه[3].

ثم انه ربما نسب الخلاف فی هذه المسئلة الی المفيد[4] و القاضی و سلار وابی

١ـ لان الاوصاف الزائدة علی الصحة لايحرز باصالة الصحة.

٢ـ حاصله ان ماهو حاضر يجب ان يذاق اويطعم وماهو غائب من المطعومات يصح البيع بالوصف ولكن اذا تخلف الوصف يكون للمشتری خيار الرؤية.

٣ـ فالامر بالذق يكون لرفع الحظر المحتمل عن جواز الذق لاللوجوب

٤ـ يعنی انهم ايضا قالوا بعدم الجواز كالحلی ولكن كلام الحلی صريح وكلامهم ظاهر فی المنع.

الصلاح وابن حمزة قال فی المقنعة[1] کل شیء من المطعومات والمشمومات یمکن للانسان اختباره من غیر افساده کالادهان المختبرة بالشم وصنوف الطیب والحلوات المذوقة فانه لایصح بیعه بغیر اختبار فان ابتیع بغیر اختبار کان البیع باطلا والمتبایعان فیها بالخیار[2] فان تراضیا بذلک لم یکن به باس انتهی.

وعن القاضی انه لایجوز بیعه الا بعد ان یختبر فان بیع من غیر اختبار کان المشتری مخیراً فی رده له علی البایع والمحکی عن سلار وابی الصلاح وابن حمزة اطلاق القول بعدم صحة البیع من غیر اختبار فیما لایفسده الاختبار من غیر تعرض لخیار المتبایعین کالمفید او للمشتری کالقاضی ثم المحکی عن المفید وسلار ان مایفسده الاختبار یجوز بیعه بشرط الصحة وعن النهایة والکافی ان بیعه جایز علی شرط الصحة او البرائة من العیوب وعن القاضی لایجوز بیعه الا بشرط الصحة والبرائة من العیوب قال فی محکی لف بعد ذکر عبارة القاضی ان هذه العبارة توهم اشتراط احد القیدین اما الصحة او البرائة من العیوب ولیس بجید بل الاولی انعقاد البیع سواء شرط احدهما اوخلی عنهما اوشرط العیب.

والظاهر انه انما صار الی الابهام من عبارة الشیخین حیث قالا انه جاز علی شرط الصحة او بشرط الصحة ومقصودهما ان البیع بشرط الصحة اوعلی شرط الصحة جایز لا ان جوازه مشروط بالصحة او البرائة انتهی.

١ـ هی للمفید

٢ـ المراد من الخیار هنا لیس معناه الاصطلاحی لانه لاوجه لخیار البایع والمشتری معاً بل لو کان لکان للمشتری خاصة فالخیار بمعناه اللغوی و هو بمعنی اختیارهما و سلطنتهما علی الثمن والمثمن نعم عبارة القاضی اظهر فی الخیار الشرعی حیث قال : کان المشتری مخیراً فی رده له علی البایع وقیل یمکن ان یرید من البطلان عدم اللزوم وهو بعید من جهة نسبة الخیار الی المتبایعین.

اقول ولعله لنكتة بيان ان مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد كما عبر في القواعد فيما يفسده الاختبار [1] بقوله جاز شرط الصحة.

لكن الانصاف ان الظاهر من عبارتي المقنعة والنهاية ونحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد كما يظهر بالتدبر في عبارة المقنعة من اولها الى آخرها.

وعبارة النهاية هنا هي عبارة المقنعة بعينها فلاحظ وظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار [2] فيما لا يفسده كما تقدم من الحلي فلا يكفي ذكر الاوصاف فضلا عن الاستغناء عنها باصالة السلامة.

ويدل عليه ان هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبائرهم المتقدمة اشتراط الوصف او السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار وان فهم في المختلف خلاف ذلك لكن قدمنا ما فيه.

فينبغي ان يكون كلامهم في الامور التي لا تنضبط خصوصية طعمها وريحها بالوصف.

والظاهر ان ذلك في غير الاوصاف التي يدور عليها السلامة من العيب الا ان تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كالمشاهد على ان المراد بالاوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة كما ان مقابله [3] وهو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض والبطيخ كلك غالباً.

ويؤيده [4] حكم القاضي بخيار المشتري وكيف كان فان كان مذهبهم تعيين

١ـ كالبطيخ والجوز والبيض.

٢ـ يعني انهم ايضاً كالحلي لم يكتفوا بذكر الاوصاف.

٣ـ يعني ان كلامهم يدل على جواز البيع بشرط الصحة فيما يفسده الاختبار فيدل على عدم جوازه فيما لا يفسده بقضية المقابلة.

٤ـ وجه التأييد ان الخيار انما يكون للمشتري اذا ظهر في المبيع عيب و معلوم ان تخلف الوصف الغير المذكور لا يوجب كون المبيع معيباً وايضاً لو كان المراد

الأختبار فیما لا ینضبط بالاوصاف فلا خلاف معهم متناولا من الاصحاب [1] وان کان مذهبهم موافقاً للحلی بناء علی ارادة الأوصاف التی بها قوام السلامة من العیب فقد عرفت انه ضعیف فی الغایة وان کان مذهبهم عدم کفایة البناء علی اصالة السلامة عن الاختبار والوصف وان کان ذکر الوصف کافیاً عن الاختبار فقد عرفت ان الظاهر من حالهم وحال غیرهم عدم التزام ذکر الاوصاف الراجعة الی السلامة من العیوب فی بیع الأعیان الشخصیة.

ویمکن ان یقال بعد منع جریان اصالة السلامة فی الاعیان لعدم الدلیل علیها لا من بناء العقلاء الا فیما اذا کان الشک فی طرو المفسد مع ان الکلام فی کفایة اصالة السلامة عن ذکر الاوصاف اعم [2] ولا من الشرع لعدم الدلیل علیه ان السلامة [3] من العیب الخاص متی ما کانت مقصودة علی جهة الرکنیة للمال کالحلاوة فی الدبس والرّائحة فی الجلاّب والحموضة فی الخل وغیر ذلک مما یذهب بذهابه معظم المالیة فلابدّ فی دفع الغرر من احراز السّلامة من هذا العیب الناشی من عدم هذه الصّفات و حیث فرض عدم اعتبار اصالة السلامة فلابدّ من الاختبار او الوصف او الأعتقاد بوجودها الأمارة عرفیّة مغنیة عن الاختبار والوصف ومتی ما کانت مقصودة لا علی هذا الوجه لم تجب احرازها.

ﻙ الاوصاف علی الصحة فی کلامهم لما کان یختص الخیار بالمشتری بل یعم المشتری و البایع.

۱ـ لانا نقول بالجواز بدون اعتبار الاختبار فیما ینضبط لا فیما لا ینضبط.

۲ـ یعنی اعم من طرو المفسد فی الاثناء او یکون الفساد من اول الامر.

۳ـ هذا مقول قوله: ویمکن ان یقال ومحصله ان السلامة من العیب ان کانت من ارکان العقد بان یکون العیب مع وجوده مفوتاً للمالیة وجب احرازه بالاختبار وغیره ولا ینفع اصل الصحة والا فیکفی الاصل فقط ویتخیر معه و هذا فی الحقیقة یکون تفصیلا منه ره.

نعم لما كان الاطلاق منصرفاً الى الصحيح جاء الخيار عند تبين العيب فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الاطلاق الى النقد لا النسية وانصراف اطلاق الملك في المبيع الى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها لا من جهة الاعتماد في احراز الصحة والبناء عليها على اصالة السلامة .

وبعبارة اخرى الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر ككون الجارية ممن لا تحيض في سن الحيض ومثل هذا لا يعتبر احراز السلامة عنه وقد يستلزمه ككون الجارية خنثى وكون الدابة لا يستطيع المشي او الركوب والحمل عليه.

وهذه مما يعتبر احراز السلامة عنها وحيث فرض عدم احرازها بالاصل فلابد من الاختبار او الوصف .

هذا ويؤيد ماذكرنا من التفصيل ان بعضهم كالمحقق في النافع والعلامة في عد عنون المسئلة بما كان المراد طعمه او ريحه[1].

هذا ولكن الانصاف ان مطلق العيب اذا التفت اليه المشتري وشك فيه فلابد في دفع الغرر من احراز السلامة عنه اما بالاختبار واما بالوصف واما بالاطلاق اذا فرض قيامه مقام الوصف اما لاجل الانصراف واما لاصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب اصلا فلابد اما من كفاية الاطلاق في الكل للاصل والانصراف .

واما من عدم كفايته في الكل نظراً الى انه لا يندفع به الغرر الا اذا حصل منه الوثوق حتى انه لو شك في ان هذا العبد صحيح او انه اجذم لم يجز البناء على اصالة السلامة اذا لم يفد الوثوق بل لابد من الاختبار او وصف كونه غير اجذم وهذا[2] وان

١ـ حيث ان الطعم و الريح محقق لاصل المالية ومقصودان على جهة الركنية

٢ ـ يعني أن لزوم الاحراز باحد المذكورات وان كان لا يخلو عن وجه لعدم اندفاع الغرر الا بها لكن الاحراز مخالف لكلمات الفقها فيكفي البيع بدون الاحراز الا فيما يراد طعمه او ريحه .

کان لایخلو عن وجه الا انه مخالف لما یستفاد من کلماتهم فی غیر موضع من عدم وجوب اختبار غیر مایراد طعمه اوریحه من حیث سلامته من العیوب وعدمها .

مسئلة یجوز ابتیاع ما یفسده الاختبار من دون اختبار اجماعاً علی الظاهر والاقوی عدم اعتبار اشتراط الصحة فی العقد وکفایة الاعتماد علی اصالة السلامة کما فیما لایفسده الاختبار.

خلافاً لظاهر جماعة تقدم ذکرهم من اعتبار اشتراط الصحة او البرائة من العیوب اوخصوص احدهما وقدعرفت تأویل العلامة فی المختلف لعبارتی المقنعة والنهایة الظاهرتین فی ذلك وارجاعهما الی ماارادمن قوله فی القواعد جاز بیعه بشرط الصحة من انه مع الصحة یمضی البیع[1] ولامعها یتخیر المشتری.

و عرفت ان هذا التأویل مخالف للظاهر حتی ان قوله فی القواعد ظاهر فی اعتبار شرط الصحة .

ولذا قال فی مع صد وکما یجوز بیعه بشرط الصحة یجوز بیعه مطلقا .

و کیف کان فاذا تبین فساد البیع فان کان قبل التصرف فیه بالکسر ۲ ونحوه فان کان لفاسده قیمة کبیض النعامة والجوز تخیر بین الرد والارش ولوفرض بلوغ الفساد الی حیث لایعد الفاسد من افراد ذلك الجنس عرفاً کالجوز الاجوف الذی لایصلح الا للاحراق فیحتمل قویاً[3] بطلان البیع ان لم یکن لفاسده قیمة[4] تبین بطلان البیع لوقوعه

۱ـ یعنی مع ظهور الصحة بعد الاختبار یمضی البیع علی وجه اللزوم ولامع الصحة بعد الاختبار یتخیر المشتری .

۲ـ مثل ان یثقب الرمان او البطیخ ویعرف حموضته وحلویته.

۳ـ انما قال یحتمل ولم یجزم بالبطلان لدعوی بعضهم کفایة تحقق العنوان الظاهری فی صحة البیع المتعلق بشیء معنون.

٤ـ کبیض الدجاجة.

على ماليس بمتمول١ وان كان تبين الفساد بعد الكسر ففي الاول٢ تبين الارش خاصة لمكان التصرف .

ويظهر من ط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الرد والمراد بالارش تفاوت مابين صحيحه وفاسده الغير المكسور لان الكسر نقص حصل في يد المشترى.

ومنه٣ يعلم ثبوت الارش ايضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمة لان العبرة في التمول بالفاسد الغير المكسور ولا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول ويبطل البيع في الثاني اعني مالم يكن لفاسده قيمة .وفاقاً للمبسوط والسرائر.

و ظاهر من تأخر عنهما وظاهرهم بطلان البيع من رأس كما صرح به الشيخ و الحلي والعلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على مالا قيمة له كالحشرات وهو صريح جملة ممن تأخر عنهم وظاهر آخرين عدا الشهيد في س فان ظاهره انفساخ البيع من حيث تبين الفساد لامن اصله وجعل الثاني٤ احتمالا ونسبه الى ظاهر الجماعة ولم- يعلم وجه مااختاره ولذا نسب٥ في الروضة خلافة الى الوضوح وهو كذلك فان الفاسد

١ـ لمخالفة الواقع مع عنوان البيع.

٢ـ وهوما كان لفاسده قيمة ففيه الارش ولا يجوز الرد لانه تصرف فيه بكسره و لو كان هذا الكسر بالمقدار اللازم في الاستعلام وذلك لان المكسور و ان تبين بعد الكسر عدم المالية فيه ولكن وكان له مالية قبل الكسر وكان يجوز بيعه و بذل المال في مقابله باصل السلامة وذهب الشيخ في ط على خلافه.

٣ـ يعني من ثبوت الارش مع الكسر فيما كان له قيمة بعده يعلم ثبوته فيما لم يكن لمكسوره قيمة نظراً الى المالية قبل الكسر كماذكرنا آنفاً كما انه يثبت الرد مع عدم الكسر مطلقا كان له قيمة بعد الكسر ام لا.

٤ـ يعني الانفساخ من اصله مع اختياره الصحة ايضاً.

٥ـ يعني ولاجل عدم معلومية وجه ما اختاره الشهيد نسب الشهيد الثاني خلاف←

الواقعی ان لم یکن من الاموال الواقعیة کان العقد علیه فاسداً لان اشتراط تمول العوضین واقعی لا علمی وان کان من الاموال الواقعیة فان لم یکن بینه وبین الصحیح تفاوت ١ فی القیمة لم یکن هنا ارش ولا ردبل کان البیع لازماً وقد تلف المبیع بعد قبضه وان کان بینه وبین الصحیح الواقعی تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بین الصحیح والفاسد من الثمن لا جمیع الثمن ٢

اللهم ٣ الا ان یقال انه مال واقعی الی حین تبین الفساد فاذا سقط عن المالیة لامر سابق علی العقد هو فساده واقعاً کان فی ضمان البایع فینفسخ البیع حینئذ بل یمکن ان یقال بعدم الانفساخ فیجوز له الامضاء فیکون المکسور ملکاً له ٤ وان خرج عن المالیة بالکسر وحیث ان خروجه عن المالیة لامر سابق علی العقد کان مضمونا علی البایع وتدارک هذا العیب اعنی فوات المالیة لایکون الا بدفع تمام الثمن .

لکن سیجیء مافیه من مخالفة القواعد والفتاوی ٥ وفیه وضوح کون مالیته عرفاً وشرعاً من حیث الظاهر ٦ واما اذا انکشف الفساد حکم بعدم المالیة الواقعیة من

مختار الشهید الاول الی الوضوح وهو کذلک لان کون احد العوضین مالا واقعاً شرط واقعی کالطهارة للصلوة لا شرط علمی کطهارة لباس المصلی حتی لا یبطل وبالجملة کما انه لا صلوة الا بالطهور کذلک لا بیع الا یکون العوضین مالا حقیقة.

١ـ کما لو کان المبیع الرمان فقطعه قطعاً یسیراً فظهر الدود فی وسطه ولم یکن مضراً بماليته .

٢ـ للایجمع بین العوض والمعوض.

٣ـ هذا توجیه لکلام الشهید.

٤ـ یعنی ان قشور الجوز مثلا وان خرج عن المالیة بعد الکسر لکنه لا یخرج عن الملکیة لکون الملک اعم من المال.

٥ـ لان الرجوع بتمام الثمن یوجب الجمع بین العوض والمعوض .

٦ـ لما یکون الشیء مالا فی التقدیر والواقع .

اول الامر مع انه لو كان مالا واقعاً والعيب حادث في ملك المشترى فان العلم مخرج [1] له عن المالية لاكاشف فليس هذا عيباً مجهولا ولو سلم [2] فهو كان لارمد يعمى بعد الاشتراء والمريض يموت مع ان فوات المالية يعد تلفاً الا عيبا [3]

ثم ان فائدة الخلاف [4] تظهر في ترتب اثار ملكية المشترى الثمن الى حين تبين الفساد وعن س و اللمعة انها في مؤنة نقله عن الموضع الذى اشتراه فيه الى موضع اختباره فعلى الاول على البايع وعلى الثانى على المشترى لوقوعه في ملكه وفي جامع المقاصد الذى يقتضيه النظر انه ليس له رجوع على البايع بها لانتفاء المقتضيه وتبعه الشهيد الثانى قال لانه نقله بغير امره [5] فلا يتجه الرجوع عليه بها وكون المشترى هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم انما يتجه مع الغرور وهو منفى هنا

١ـ يعنى انما بناء المالية الواقعية بعدم العلم به و معه يخرج عن الواقعية .

٢ـ يعنى و لو سلم كونه عيباً مجهولا فهو كالارمد الذى يعمى عند المشترى ومعلوم أنه لا يرجع فيه الا الى التفاوت بين الصحيح والارمد والصحيح و المريض لا الى التفاوت بين الصحيح والاعمى والصحيح قد حصلا عند المشترى.

٣ـ لان المالية فاتت بالكسر لا بالعيب فليس من البايع.

٤ـ توضيحه أن فائدة هذا الاختلاف الذى وقع بين الشهيد وبين المشهور تظهر في موارد منها ثبوت ملك المشترى للثمن على مذهب الشهيد الى زمان تبين الفساد و ليس كك على مذهب المشهور فنماء الثمن والمثمن للمشترى لانه ملكه الى ذلك الحين على قول الشهيد وللبايع على قول المشهور لانه ملكه.

و منها مؤنة نقله فعلى الاول يعنى الفسخ من اصله على البايع لوقوع النقل في ملكه وعلى الثانى يعنى على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد على المشترى لكونه في ملكه.

٥ـ لان البايع طلب اختباره في المحل.

لاشتراكهما فى الجهل انتهى.

واعترض عليه بان الغرور لايختص بصورة علم الغار وهنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الاساطين وهو كونه على البايع على التقديرين وهو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد هذا كله فى مؤنة النقل من موضع الاشتراء الى موضع الكسر واما مؤنة نقله من موضع الكسر لوجوب تفريعه منه لمطالبة مالكه و لكونه مسجداً او مشهداً[1] فان كان المكسور مع عدم نموله ملكا نظير حبة الحنطة.

فالظاهر انه على البايع على التقديرين لانه بعد الفسخ ملكه واما لو لم يكن قابلا للتملك فلا يبعد مؤاخذة المشترى به وفى رجوعه على البايع ماتقدم فى مؤنة نقله[2] الى موضع الكسر.

ثم ان المحكى فى س عن الشيخ واتباعه انه لو تبرء البايع من العيب فيما لاقيمة لمكسوره[3] صح.

قال ويشكل انه اكل مال بالباطل وتبعه الشهيد والمحقق الثانيان وقد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراثة بما حاصله[4] منع بطلان البيع وان استحق المشترى مجموع الثمن من باب الارش المستوعب فان الارش غرامة اوجبها الشارع بسبب العيب لانه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ماقابله من المثمن.

---

١ ـ سواء كان فى المكسور نجس كالبيض يكون فيه الدم اولم يكن لاشغاله المسجد وصيرورته مزبلة بتركه.

٢ ـ يعنى من الابتناء على انه مغرور من البايع ام لا يصدق لجهلهما معاً.

٣ ـ يعنى بعد الكسر.

٤ ـ وهو صاحب الجواهر وتوضيح كلامه انه اذا صح مع عدم الاشتراط الى زمان التبين فمع الاشتراط يصح مطلقا لان العبرة فى مالية الشىء على الظاهر ولكفاية الاحتمال ولاصالة السلامة واما استحقاق المشترى تمام الثمن فهو لا يقتضى البطلان ايضاً لانه ليس جزء الثمن بل هو غرامة خارجية اوجبها الشارع على المغبون.

ولذا يسقط بالاسقاط ولايتعيّن على البايع الأعطاء من نفس الثّمن ليسقط بالتبرّى وليس هذا كاشتراط عدم المبيع فى عقد البيع اذ المثمن يتحقّق على حسب معاملة العقلاء ولم يعلم اعتبار ازيد من ذلك فى صحّة البيع فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النّحو.

نعم لو لم يشترط استحقّ الرجوع بالأرش المستوعب ولعلّه لذا لم يعبروّا بالبطلان وان ذكر المحقّق وغيره الرّجوع بالثّمن وفهم منه جماعة بطلان البيع لكنّه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية وان لم يكن له قيمة وهو اعمّ من بطلان البيع انتهى محصّله وفيه مواقع للنظر فانّ المتعرّضين ١ للمسئلة بين مصرّح ببطلان البيع كالشّيخ فى ط و الحلّى فى ترو العلّامة فى التذكرة معلّلين ذلك بأنّه لايجوز بيع مالاقيمة له وبين من صرّح برجوع المشترى بتمام الثّمن الظّاهر فى البطلان فانّ الرّجوع بعين الثّمن لايعقل من دون البطلان ويكفى فى ذلك ما تقدّم من الدّروس من انّ ظاهر الجماعة البطلان من اوّل الأمر واختار قدّس سرّه الأنفساخ من حين تبيّن الفساد فعلم انّ لاقول بالصّحة مع الارش بل ظاهر العلّامة ره فى كره عدم هذا القول بين المسلمين حيث انّه بعد حكمه بفساد البيع معلّلاً بوقوع العقد على مالاقيمة له وحكاية ذلك عن بعض الشّافعية قال وقال بعضهم بفساد البيع لالهذه العلّة بل لأنّ الرّدّ ثبت على سبيل استدراك الظّلامة وكما يرجع بجزء من الثّمن عند انتقاص جزء من المبيع كك يرجع بكل الثّمن عند فوات كل المبيع ويظهر فائدة الخلاف فى انّ القشور الباقية بمن يختصّ حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها انتهى هذا مع انّه لامجال للتّامل فى البطلان ٢ بناء على ما ذكرنا

---

١ ـ محصله ان الصحة مع الارش مخالف للاجماع ولو مركباً لانه لاقول بالصحة مع الارش بل الاصحاب بين قائل بالبطلان رأساً وبين قائل به من حين تبين الفساد لرجوع المشترى بكل الثمن مع انه لابد من كون العوضين شرطاً علمياً.

٢ ـ يعنى فى البطلان لامن حين الكسر لانه لايوجب اشكال اكل المال فى صورة التبرى من العيب.

من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعاً وعرفاً حكم ظاهرى وتمول العوضين واقعاً شرط واقعى لا علمى ولذا لم يتأمل ذو مسكة فى بطلان بيع من بان حراً أو ما بان خمراً أو غير ذلك اذا انكشاف فقد العوض مشترك بينهما.

ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المالية وبين عدم القيمة المكسورة[1] ممالم يفهم فلعله اراد الملكية مضافاً الى ان الارش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن اشكال لان الارش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتى الصحيح والمعيب نعم ذكر العلامة فى التذكرة ويروعدان المشترى للعبد الجانى عمداً يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن او طلب الارش فان استوعب الجناية القيمة كان الارش جميع الثمن ايضاً وقد تصدى مع صد لتوجيه عبارة القواعد فى هذا المقام بما لا يخلو عن بعد[2] فراجع .

وكيف كان فلا اجد وجهاً لما ذكره واضعف من ذلك ماذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ واتباعه بصحة البيع واشتراط البايع على المشترى البراءة من العيوب وزعم ان معنى اشتراط البراءة فى كلامهم اشتراط المشترى على البايع البراءة من العيوب فيكون مرادفاً لاشتراط الصحة .

وانت خبير بفساد ذلك بعد ملاحظة عبارة الشيخ والاتباع فان كلامهم ظاهر او صريح فى ان المراد براءة البايع من العيوب لا المشترى.

نعم لم اجد فى كلام الشيخين والمحكى عن غيرهما تعرض لذكر هذا الشرط فى خصوص مالا قيمة لمكسوره ثم انه ربما يستشكل[3] فى جواز اشتراط البراءة من العيوب الغير المخرجة عن المالية ايضاً بلزوم الغرر فان بيع مالا يعلم صحته وفساده لا يجوز الابناء على اصالة الصحة واشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد

١ـ و يمكن ان يكون عدم الخروج عن المالية بفساد باطنه.

٢ـ حيث انه حمل الثمن على القيمة والمراد بالمقام هى مسئلة بيع العبد الجانى

٣ـ وجه الاشكال أن الشرط ماكان يدفع الغرر عن البيع وهذا الشرط يوكده

بوجود العيوب و عدمها وقدصرح العلامة وجماعة بفساد العقد لواشترط سقوط خيار الرؤية فى العين الغائبة وسيجىء توضيحه فى باب الخيارات انشاءالله .

مسئلة المشهور من غير خلاف يـذكر جواز بيع المسك فى فاره[1] والفار بالمهزة قيل جمع فارة كتمر وتمرة وعن النهاية انه قدلايهمز تخفيفاً ومستند الحكم العمومات الغير المزاحمة بما يصلح للتخصيص عدا تـوهم النجاسة المندفع فى باب النجاسات بالنص والاجماع اوتوهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة باصالة الصحة فى دفع الغرر ويندفع بماتقدم من بناء العرف على الاصل فى نفى الفساد وبناء الاصحاب على عدم التزام الاختبار فى الاوصاف التى تدور معها الصحة .

لكنك خبير بان هذا كله حسن لـدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد و اما الغرر من جهة تفـاوت افراد الصحيح الذى لايعلم الا بالاختبار فلارافع له نعم قدروى فى التذكرة مرسلاعن الصادق (ع) جواز بيعه لكن لم يعلم ارادة ما فى الفارة[2] .

وكيف كان فاذافرض انه ليس له اوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذى له دخل فى القيمة فالاحوط ماذكروه من فتقه بادخال خيط فيها بابرة ثم اخراجه و

١ـ اعلم ان المسئلة محل اشكال بين المسلمين اصلاوفرعاً اما الاصل فقدحكى الشيخ فى الخلاف عن بعض الناس عدم جواز بيع المسك لانه دم ولكن المصنف لم يتعرض باصل البيع لوضوح جوازه بين الشيعة وكون المخالف شاذاً ولدلالـة جواز الفرع على جواز الاصل التزاماً واما الفرع وهوجواز بيعه فى الفارة ففيه خلاف ياتى والفأرة الجلد الذى فيه المسك.

٢ـ يعنى أنه وان كان احتمال الغرر من جهة فساده يرفع باصالة الصحة ومن جهة النقيصة بكفاية المشاهدة ولكنه لايرفع بكون هذا الصحيح صحيح عال ام عال العال لعدم العلم بمافيه.

شمه ثم لوشمه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه ولو بكونه[1] جزء اخيراً لسبب النقص بان فتق قبله بادخال الخيط والابرة مراراً وجه مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم فالاولى ان يباشر البايع دلك فيشم المشترى الخيط ثم ان الظاهر من العلامة جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف[2] وهو كك وصرح بعدم جواز بيع البيض فى بطن الدجاج للجهالة وهو حسن اذالم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر والصغر.

مسئلة لافرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه وعدمه لان ضم المعلوم اليه لايخرجه عن الجهالة[3] فيكون المجموع مجهولا اذ لانعنى بالمجهول ماكان كل جزء جزء منه مجهولا[4] ويتفرع على ذلك انه لايجوز بيع سمك الاجام[5] و

١ـ يعنى ولوكان فتق المشترى جزءاً اخيراً من العلة.

٢ـ الصدف غلاف الدر وغطائه.

٣ـ اعلم انه لما كان اصل المسئلة وهو عدم جواز بيع المجهول معلوماً بالاجماع وحديث الغرر والاخبار الخاصة لم يتعرض به المصنف وتعرض ببيع المجهول مع ضم المعلوم اليه والاقوال فيه ثلاثة الصحة وهو المشهور بين القدماء والبطلان وهو المشهور بين المتأخرين و التفصيل بين ما كان المقصود بالاصل المجهول اومعاً فيبطل وبين ما كان تابعاً للمعلوم فيصح.

٤ـ يعنى يكفى فى المجهولية كون بعض جزء منه مجهولا كما انه يكفى فى المعلومية كك ومن ثم يصح بيع الدار وشرائه مع عدم العلم بعدد اجزاء اخشابها او مسامیرها ونحوه.

٥ـ جمع الاجمة معدن القصب المعبر عنه فى الفارسية «بيشه» وفى الجواهر هو مجمع الماء المنقطع المعبر عنه «بنيستان ونيزار» وفى المجمع الاجمة كقصبة الشجر الملتف والجمع اجمات كقصبات واجم كقصب والاجام جمع الجمع ومحل الكلام سمك الاجام المملوك بالسبب الشرعى كالحيازة كنصب الشبكة او حفر النهر اوغير ذلك.

لو كان مملوكاً لجهالته وان ضم اليه القصب اوغيره ولا اللبن فى الضرع ولوضم اليه ما يحلب منه اوغيره على المشهور كمافى الروضة وعن الحدائق وخص المنع جماعة بمااذاكان المجهول مقصوداً بالاستقلال اومنضماً الى المعلوم وجوزوا بيعه اذاكان تابعاللمعلوم وهوالمحكى عن لف وشرح الارشادلفخر الاسلام والمقتصر واستحسنه المحقق والشهيدالثانيان ولعل المانعين لايريدون الاذلك[1] نظراً الى ان جهالة التابع لايوجب الغرر ولاصدق اسم المجهول على المبيع عرفا حتى يندرج فى اطلاق مادل من الاجماع على عدم جواز بيع المجهول فان اكثر المعلومات بعض اجزائها مجهول خلافا للشيخ فى النهاية وابن حمزة فى الوسيلة والمحكى عن الاسكافى والقاضى بل فى مفتاح الكرامة ان الحاصل من التتبع ان المشهور بين المتقدمين هوالصحة بل عن الخلاف والغنية الاجماع فى مسئلة السمك واختاره من المتاخرين المحقق الاردبيلى وصاحب الكفاية والمحدث العاملى والمحدث الكاشانى وحكى عن ظاهر غاية المراد وصريح حواشيه على القواعد وحجتهم على ذلك الاخبار المستفيضة الواردة فى مسئلتى السمك واللبن وغيرهما ففى مرسلة البزنطى التى ارسالها كوجود سهل فيها سهل[2] عن ابيعبدالله (ع) قال اذاكانت اجمة ليس فيهاقصب اخرج شيئاً من سمك فباع وما فى الاجمة ورواية معاوية بن عمار عن ابى عبدالله (ع) لاباس بان يشترى الاجام اذاكان فيها قصب والمراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة واللاحقة ورواية ابى بصير عن ابيعبدالله (ع) فى شراء الاجمة ليس فيها قصب انما هى ماء قال يصيد كفاً من سمك تقول اشترى منك هذا السمك وما فى هذه الاجمة بكذا وكذا وموثقة سماعة عن ابيعبدالله عليه السلام كما فى الفقيه قال

١ـ اى كونه مستقلا.

٢ـ وجه سهولة امر سهل بن زياد مع كونه ضعيفاً هو انجباره بشهرة القدماء وشهرة الرواية ولكونه من مشايخ الاجازة كماقاله العلامة مع وجود البزنطى فى الرواية الذى لا يرسل الا عن ثقة.

سألته عن اللبن یشتری وهو فی الضرع قال لا الا ان یحلب لك فی سکرجة[1] فیقول اشتر منی هذا اللبن الذی فی الاسکرجة ومافی ضروعها بثمن مسمی فان لم یکن فی الضرع شیء کان مافی السکرجة وعلیها تحمل صحیحة العیص بن القاسم قال سئلت ابا عبدالله (ع) عن رجل له نعم نبیع البانها بغیر کیل قال نعم حتی تنقطع[2] او شیء منها بناء علی ان المراد بیع اللبن الذی فی الضرع بتمامه او بیع شیء منه محلوب فی الخارج و ما بقی فی الضرع بعد حلب شیء منه و فی الصحیح الی ابن محبوب عن ابی ابراهیم الکرخی قال قلت لابیعبدالله (ع) ماتقول فی رجل اشتری من رجل اصواف مأته نعجة ومافی بطونها من حمل بکذا و کذا درهماً قال لاباس ان لم یکن فی بطونها حمل کان راس ماله فی الصوف وموثقة اسمعیل بن الفضل الهاشمی عن ابیعبدالله (ع) فی الرجل ینقبل بخراج الرجال وجزیة رؤسهم[3] وخراج النخل والشجر والاجام والمصائد والسمك والطیر وهو لایدری لعله لایکون شیء من هذا ابداً او یکون ایشتریه و فی ای زمان یشتریه وینقبل به قال علیه السلام اذا علم من ذلك شیئاً واحداً انه قد ادرك فاشتره و

١ـ السکرجة بضم السین والکاف والراء والتشدید اناء صغیر

٢ـ یعنی یجوز البیع حتی لایبقی لبن والمراد بالانقطاع الانفصال ای انفصال اللبن من الضرع او انفصال شیء معلوم منه یکون ضمیمة للمجهول الذی بقی فی الضرع فلایجوز فی هاتین الصورتین بناء علی کون حتی منسلخة عن معناها المشهور والافلابد ان یکون مدخول حتی ایضاً جایز البیع هذا بناء علی مافسره المجلسی واما المصنف ره فانه حمل الانقطاع علی معنی النفاد والتمام وحمل قوله او شیء منه انتهی علی حلب شیء من اللبن وضمه الی مافی الضرع.

٣ـ الخراج مایحصل من غلة الارض و الجزیة مایجعل علی الرؤس من النقود وقیل الخراج یشمل الجزیة ایضاً والتقبیل نوع من الصلح کما عن الشهید و عن الشهید الثانی ظاهر الاصحاب أن للمقبالة حکماً خاصاً زایداً علی البیع والصلح لکون الثمن والمثمن واحداً وعدم ثبوت الربا.

تقبل به وظاهر الاخيرين[1] كموثقة سماعة ان الضميمة المعلومة انما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لا من حيث جهالته فان ما في الاسكرجة غير معلوم بالوزن والكيل.

و كذا المعلوم الحصول من الاشياء المذكورة في رواية الهاشمي مع ان المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الاصواف على ظهور الغنم.

بل عن الخلاف عليه الاجماع و القائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون الى الاصواف فتبين ان الرواية لم يقل احد بظاهرها ومثلها في الخروج عن مسئلة ضم المعلوم الى المجهول روايتا ابي بصير والبزنطي فان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون ولذا جعلوه من الربويات[2] ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الاجام اذا كانت مشاهدة لاحتمال ان لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرته كزبرة[3] الحديد بخلاف القليل منه واما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع

١ـ غرضه رد هذه الاخبار لان غرض الاصحاب من الضميمة هو ان تكون معلومة لتصير المجهول جايز البيع.

والروايات هنا تدل بجواز ضميمة المجهول ولم يعمل الاصحاب بهذه الاخبار لذلك وذلك ايضاً يوجب الوهن فيها وعمل جماعة من القدماء لا يجدي في الاعتماد عليها في مقابل الاصول والقواعد مع انه لو سلم هذا يشكل التعدي الى غير موردها فالروايات تدل على جواز بيع المجهول الحصول مع ضميمة معلوم الحصول والمدعى هو انه هل يصح بيع مجهول المقدار مع الضميمة المعلوم المقدار ام لا.

٢ـ ولم يقولوا بخياز الحيوان فيه لانه عند كونه في الكف يعد من اللحم لا من الحيوان.

٣ـ زبرة كغرفة قطعة الحديد.

السمك الا بقرينة روايتي ابي بصير و البزنطي اللتين عرفت حالهما فتامل.[1]

ثم على تقدير الدلالة ان اريد انتزاع قاعدة منها وهي جواز ضم المجهول الى المعلوم.

و ان كان المعلوم غير مقصود بالبيع الاحيلة لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها على ذلك ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فانا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف او التقدير بمجرد ضم شيء معلوم اليه كما يشهد به تتبع كلماتهم و ان اريد الاقتصار على مورد النصوص وهو بيع سمك الآجام ولبن الضرع و ما في البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الأغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل من عدم جواز بيع المجهول مطلقا.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم قال في عد في باب شرط العوضين كل مجهول مقصود بالبيع لايصح بيعه وان انضم الى معلوم و يجوز مع الأنضمام الى معلوم اذا كان تابعاً انتهى.

وارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه الا ان مرادهم من المقصود والتابع غير واضح.

والذي يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة ان مراده[2] بالتابع مايشترط

---

١ ـ لعله اشارة أن الروايات تدل على المدعى لانها تدل على لزوم الضميمة في الجملة فيحمل على الضميمة التي اشترطت في البيع الذي هو عدم الجهالة و عدم الغرر فيها.

٢ ـ محصله ارادة الاصالة و التبعية في العقد فيرجع الى الجزئية والشرطية و يكون المراد بقصد المجهول اصالة جعله جزء للمبيع وان كان تابعاً في الغرض والمراد بقصده تبعاً جعله شرطاً وان كان مقصوداً بالاصالة في الغرض.

دخوله في البيع وبالمقصود ما كان جزء .

قال في عد في باب الشرط في ضمن البيع لو شرط ان الامة حامل او الدابة كذلك صح اما لو باع الدابة[1] وحملها والجارية وحملها بطل لان كلما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزء من المقصود و يصح تابعاً انتهى .

وفي باب ما يندرج في المبيع قال السادس العبد ولا يتناول ما ملكه مولاه الا ان يسميه[2] المشتري ان قلنا ان العبد يملك فينتقل الى المشتري مع العبد وكان جعله للمشتري ابقاء ملكه على العبد فيجوز ان يكون مجهولا او غائباً اما اذا احلنا تملكه و باعه وما معه صار جزء من المبيع فيعتبر فيه شرائط البيع انتهى .

وبمثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطاً وبين جعله جزء صرح في التذكرة في فروع مسئلة تملك العبد وعدمه معللا بكونه مع الشرط كماء الابار واخشاب السقوف .

وقال في التذكرة ايضا في باب شروط العوضين لو باع الحمل مع امه جاز اجماعاً وفي موضع من باب الشرط في العقد لو قال بعتك هذه الدابة وحملها لم يصح عندنا لما تقدم من ان الحمل لا يصح جعله مستقلا بالشراء ولا جزء وقال ايضا ولو باع الحامل ويشترط للمشتري الحمل صح لانه تابع كاساس الحيطان وان لم يصح ضمه في البيع مع الام للفرق بين الجزء والتابع وقال في موضع آخر لو قال بعتك هذه الشياة و ما في ضرعها من اللبن لم يجز عندنا وقال في موضع آخر لو باع دجاجة ذات بيضة وشرطها صح وان جعلها جزء من المبيع لم يصح وهذه كلها صريحة في عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالمعلوم او المجهول .

١ـ فتدل على لزوم جعل الحمل شرطاً في الصحة لا جزء

٢ـ يعني الا أن شرط دخوله في البيع.

وقدذكر هذاالمحقق الثانى فى جامع المقاصد فى١ مسئلة اشتراط دخول الزرع فى بيع الارض قال وماقديوجد فى بعض الكلام من ان المجهول ان جعل جزءاً من المبيع لايصح وان اشترط صح ونحو ذلك فليس بشىء لان العبارة لااثرلها و المشروط محسوب من جملة المبيع ولانه لوباع الحمل والام صح البيع ولايتوقف على بيعهاواشتراطه انتهى.

وهو الظاهر من الشهيدين فى اللمعةوالروضة حيث اشترطا فى مال العبد المشروط دخوله فى بيعه استجماعه لشروط البيع.

وقدصرح الشيخ فى مسئلة اشتراط مال العبداعتبار العلم بمقدار المال وعن الشهيدلواشتراه وماله صح ولم يشترط علمه ولاالتفصى من الربا ان قلناانه يملك و ان احلنا ملكه اشترط.

قال فى س لوجعل الحمل جزء من المبيع فالاقوى الصحةلانه بمنزلة الاشتراط ولايضر الجهالةلانه تابع انتهى واختاره جامع المقاصد ثم التابع فى كلام هؤلاء يحتمل ان يرادبه مايعدفى العرف تابعاً كالحمل مع الام واللبن مع الشاة والبيض مع الدجاج ومال العبد معه والباغ٢ فى الدار والقصر فى البستان ونحوذلك ممانسب البيع عرفا الى المتبوع لااليهما معاوان فرض تعلق الغرض الشخصى بكليهمافى بعض الاحيان بل بالبايع خاصة كمايتفق فى حمل بعض افراد الخيل وهذا هو الظاهر من كلماتهم فى بعض المقامات كمانقدم عن الدروس وجامع المقاصد من صحة

١ـ حاصل كلام المحقق الثانى والشهيدين أن المراد من التابع مايعد فى ـ العرف تابعاً فيدخل الحمل والبيض فى بيع الام و الدجاجة فى البيع بالدلالة الالتزامية لو لم يشترط خروجه جزء كان اوشرطاً والمشارالیه فى هذا هو ماذكرهنا من المسئلة اعم من الجواز وعدمه.

٢ـ فى المصباح الباغ الكرم لفظ اعجمية استعملها الناس بالالف واللام و فى بعض النسخ بالمهملةوهو ساحة الدار لكنه باعة بالتاءولعله سهومن الناسخ.

بيع الام و حملها لان الحمل تابع قال فى مع صدفى شرح قوله المتقدم فى القواعد ويجوز مع الانضمام الى معلوم اذا كان تابعاً ان اطلاق العبارة يشمل ما اذا شرط حمل دابة فى بيع دابة اخرى .

الا ان يقال التبعية انما يتحقق مع الام لانه حينئذ بمنزلة بعض اجزائها ومثله زخرفة جدران البيت انتهى وفى التمثيل نظر لخروج زخرفة الجدران من محل الكلام فى المقام الا ان يريد مثال الاجزاء لامثال التابع لكن هذا ينافى ما تقدم من اعتبارهم العلم فى مال العبد وفاقا للشيخ ره مع ان مال العبد تابع عرفى كما صرح به فى المخ فى مسئلة بيع العبد واشتراط ماله .

ويحتمل ان يكون مرادهم التابع بحسب قصد المتبايعين وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره وان لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الاجام وكان فيها قليل من السمك او اشترى سمك الاجام وكان فيها قليل من القصب .

وهذا ايضاً قد يكون كك بحسب النوع وقد يكون كذلك بحسب الشخص كمن اراد السمك القليل لاجل حاجة لكن لم يتهيأ له شراؤه الا فى ضمن قصبة الاجمة والاول هو الظاهر من مواضع من المختلف .

منها فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه حيث حمل رواية سماعة المتقدمة على ما اذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير اصلا والذى فى الضرع تابعاً وقال فى مسئلة بيع ما فى بطون الانعام مع الضميمة والمعتمد ان نقول ان كان الحمل تابعاً صح البيع كما لو باعه الام وحملها او باعه ما يقصد مثله [1] بمثل الثمن و ضم الحمل فهذا لا باس به والا كان باطلا واما الاحتمال الثانى اعنى مراعاة الغرض الشخصى للمتبايعين فلم نجد عليه شاهداً الا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصى بالمجهول وانتفائه على تقدير تعلقه بالمعلوم ويمكن تنزيل اطلاقات عبارات المختلف عليه كما لا يخفى .

---

١ ـ بان يكون قصد المشترى اولا وبالذات اليه .

وربما احتمل بعض[1] بل استظهر ان مرادهم بكون المعلوم مقصوداً والمجهول تابعاً كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم بمعنى الاقدام منهما ولو لتصحيح البيع على ان المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذى هو وان سمى ضميمة لكنه المقصود فى تصحيح البيع قال ولا ينافيه كون المقصود بالنسبة الى الغرض مافيه الغرر نظير مايستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض ٢ من العوارض بايقاع العقد على شىء معين معلوم لانزاع فيه و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقد عليه البيع فلا يقدح حصوله وعدم حصوله كما او مى اليه فى ضميمة الابق وضميمة الثمر على الشجر وضميمة مافى الضروع ومافى الاجام انتهى.

ولا يخفى انه لم يوجد عبارة من عبائرهم تقبل هذا الحمل ٣ الا ان يريد بالتابع جعل المجهول شرطاً والمعلوم مشروطاً فيريد ما تقدم عن القواعد والتذكرة ولا اظن ارادة ذلك من كلامه بقرينة استشهاده باخبار الضميمة ٤ فى الموارد المتفرقة.

والاوفق بالقواعد ان يقال اما الشرط والجزء فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة[5] و اما قصد المتبايعين بحسب الشخص فالظاهر انه غير مؤثر فى-

---

١- يعنى صاحب الجواهر او المحقق القمى و حاصل غرضهما ان المراد جعل المجهول بالتبانى على دفع الثمن صورة بازاء المعلوم وان كان حقيقة بازاء المجهول.

٢- كحصول الندم فى الاشتراء او تنزل سعر المبيع فحينئذ يجعل على شىء معين يوجب سد نزاع المشترى وادعائه من الجهل وغيره فقوله لعارض متعلق على التخلص لا بقوله يراد.

٣- لان موضوع كلام الاصحاب هو أن ضم الضميمة لاجل التوصل الى بيع المجهول وان البيع باطل اذا كان المجهول مقصوداً وصحيح اذا كان تابعاً واما بناء على قول ذلك البعض فهو ان المجهول تابع ابداً والضميمة مقصودة.

٤- لان الضمائم التى ذكرها كالابق والثمر ومافى الاجام ليس من قبيل الشروط قطعاً.

٥- اى بجهالة الشرط والجزء.

الغرر وجوداً وعدماً لان الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخلية قصد المتبايعين فى الموارد الشخصية بل وكك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذى ذكره فى المخ من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له وللمجهول.١

و اما التابع العرفى فالمجهول منه وان خرج عن الغرر عرفا الاان المجعول منه جزء داخل ظاهراً فى معقد الاجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقف على العلم بالمجموع .

نعم لو كان الشرط تابعاً عرفياً٢ خرج عن بيع الغرر وعن معقد الاجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه هذا كله فى التابع من حيث جعل المتبايعين .

واما التابع للمبيع الـذى يندرج فى المبيع و ان لم ينضم اليه حين العقـد ولم يخطر ببال المتبايعين :

فالظاهر عدم الخلاف والاشكال فى عدم اعتبار العلم به الا٣ اذا استلزم غرراً فى نفس المبيع اذ الكلام فى مسئلة الضميمة من حيث الغرر الحاصل فى المجموع لا السارى من المجهول الى المعلوم فافهم .

مسئلة يجوز ان يندر٤ لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة

١ـ اياً ماكان .

٢ـ حاصله اعتبار التبعية العرفية والتبعية البنائية الانشائية معاً على سبيل الشرط دون الجزء بنحو مانعة الخلو.

٣ ـ الجهالة التى هى مورد الكلام ماكان وصفاً للمبيع ويكون نفس المبيع معلوماً لاما اذا استلزم غرراً فى نفس المبيع يصير المبيع ايضاً مجهولا فانه باطل اجماعاً وقوله فافهم اشارة الى الدقة.

٤ـ ندراى سقط وخرج وفى اصطلاح الفقهاء اسقاط مقدار وزن الظرف وبعبارة اخرى ان يبيع البايع وزناً من الزيت والدبس مع ظرفه ثم يسقط وزن الظرف ومقتضى العبارة انه←

على المشهور بل لاخلاف فيه فى الجملة بل عن فخر الاسلام التصريح بدعوى الاجماع قال فيما حكى عنه نص الاصحاب على انه يجوز الاندار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقيصة فقد استثنى من المبيع امر مجهول واستثناء المجهول مبطل للبيع الا فى هذه الصورة فانه لا يبطل اجماعاً انتهى.

والظاهر ان اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من اول الامر بل الاستثناء الحقيقى من المبيع يرجع الى هذا ايضاً.

ثم ان الاقوال فى تفصيل المسئلة ستة:

الاول جواز الاندار بشرطين كون المندر متعارف الاندار عند التجارة وعدم العلم بزيادة ما يندره وهو للنهاية والوسيلة وعن غيرهما.

الثانى عطف النقيصة على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بهما وهو للتحرير.

الثالث اعتبار العادة مطلقا ولو علم الزيادة او النقيصة ومع عدم العادة فيما يحتملهما وهو لظاهر اللمعة وصريح ضة.

الرابع التفصيل بين ما يحتمل الزيادة والنقيصة فيجوز مطلقا وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى.

الخامس عطف العلم بالنقيصة على الزيادة وهو للمحقق الثانى ناسباً له الى كل من لم يذكر النقيصة.

السادس اناطة الحكم بالغرر ثم ان صورة المسئلة ان يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم انه عشرة ارطال فاذا اريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض وقلنا بكفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً على ما هو مفروض المسئلة

لا فرق فيه بين اسقاط ما جرت العادة فيه و بين مالم تجر و سياتى التفصيل فى الاقوال حيث ان الاقوال التى يذكرها ستة و ليس منها الجواز مطلقاً فيكون الاقوال معه سبعة.

ومعقد الاجماع المتقدم .

فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا و حينئذ فلايحتاج الى الاندار[1] لان الثمن والمثمن معلومان بالفرض:

واخرى يباع على وجه التسعير بان يقول بعتكه كل رطل بدرهم فيجيء مسئلة الاندار للحاجة الى تعيين مايستحقه البايع من الدراهم .

ويمكن ان يحرر المسئلة على وجه آخر وهو انه بعد ماعلم وزن الظرف المظروف وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فاندار اى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار او التراضى او بغير ذلك فالكلام فى تعيين المقدار المندر لاجل احراز شرط صحة بيع المظروف بعد

١ـ هذا شروع بتحرير محل كلمات القوم وحاصله أن مايمكن ان يفرض المقام على ثلاثة اقسام احدها بيع المظروف فقط فى جملة الظرف فهو صحيح وخارج عن محل الكلام ولايحتاج الى الاندار لكفاية العلم بالمجموع اوعدم اعتبار العلم بوزن المبيع مفرداً ولكون الثمن والمثمن معلومان.

ثانيها ان يباع على وجه التسعير فيجيء الاندار هنا لتعين حق البايع وانه اى مقدار من الدراهم يستحق من المشترى وهذا هو محل الكلام ومورد الاقوال الستة المذكورة وهو الذى اشار اليه بقوله واخرى يباع على وجه التسعير.

وثالثها ان يوزن المظروف مع ظرفه فعلم وزن المجموع ثم يندر قدراً للظرف ثم يباع الباقى فالاندار يحصل فى القسم الثانى و الثالث مع لزوم التراضى فى الثالث لكن فى الثانى بعد البيع وبعد الحكم بجواز بيع المجهول.

وفى الثالث يكون الاندار قبل البيع بل يكون الاندار مقدمة لصحة المبيع لكفاية الوزن التخمينى فراراً عن الغرر والقسم الثالث ايضاً خارج عن محل كلام الفقهاء الا ان بعض الاساطين قائل به واشار المصنف الى الوجه الثالث بقوله و يمكن ان يحرر المسئلة انتهى ويحتمل جواز تأخير الاندار عن العقد اذا كان المبيع كلياً ايضاً.

قيام الاجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير اوباخبار البايع والى هذا الوجه نظر بعض الاساطين حيث اناط المقدار المندر بمالا يحصل معه غرر.

و اعترض على ما فى القواعد و مثلها من اعتبار التراضى فى جواز اندار مايعلم زيادته بان التراضى لايدفع غرراً [1] ولايصحح عقداً وتبعه فى ذلك بعض اتباعه.

ويمكن ان يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء [2] المجهول من البيع على جواز الاندار اذ على الوجه الاول يكون استثناء المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول لا على جواز اندار مقدار معين اذ الاندار حينئذ لتعيين الثمن فتأمل [3].

وكيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقين فان جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين وغيرهما خصوا اعتبار التراضى بصورة العلم بالمخالفة فلو كان الاندار لاحراز وزن المبيع [4] وتصحيح العقد لكان معتبراً مطلقا اذ لا معنى لايقاع العقد

١ـ لوقوع البيع غرريا اولا من جهة الجهل.

٢ـ لانه اذا تعين البايع فقال بعد وزن السمن فى ظرفه بعتك سمن هذا السمن كل رطل بعشرة دراهم حينئذ استثناء المجهول قبل وقوع الاندار بخلاف الاخر حيث تحقق الاستثناء من المبيع قبله لان الاندار فيه لمجرد تعين الثمن لا لتصحيح البيع.

٣ـ لعله اشارة الى رد توهم دلالة كلام الفخر على التحرير دون الاول:

٤ـ محصله انه لو كان نظر الفقهاء فى الاندار فى التحرير الثانى الى صحة البيع للتراضى فى صورة العلم بالزيادة لكان الاندار معتبراً مطلقا سواء علم الزيادة ام لا لانه لامعنى للمعاملة مع عدم التراضى فى صورة الجهل بالحال لانه تضييع لمال احدهما وهذا بخلاف مالو كان الاندار قبل العقد الذى هو التحرير الاول لكون الاندار فيه لمعرفة ما يستحقه البايع بعد فرض صحة المعاملة فلا مانع من ارجاع الشارع لهما بما يتعارف عند التجار فى الاندار وان لم يرض احدهما او كلاهما.

على وزن مخصوص بثمن من دون تراض .

وقد صرح المحقق والشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة او النقيصة بان الاندار من دون التراضي تضييع لمال احدهما ولا يخفى انه لو كان اعتبار الاندار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال لان الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف سواء فرض زائداً أو ناقصاً هذا مع انه اذا فرض كون استقرار العادة[1] على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقيصة فالتراضي على الزائد عليه او الناقص عنه يقيناً لا يوجب غرراً بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادح في صحة البيع مثلا لو كان المجموع عشرة ارطال وكان المعتاد اسقاط رطل للظرف فاذا تراضيا على ان يندر للظرف رطلا فكانه شرط للمشتري ان لا يحسب عليه رطلا ولو تراضيا على اندار نصف رطل فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة ارطال ونصف ثمناً للتسعة فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضي في اندار ما علم زيادته او نقيصته بأن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصحح عقداً .

وكيف كان فالظاهر هو الوجه الاول[2] فيكون دخول هذه المسئلة في فروع مسئلة تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنون المسئلة بذلك في اللمعة بل نسبه في ثق البهم لا من حيث اندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد والتواطي على ايقاع العقد على الباقي بعد الاندار .

١ـ هذا دفع لما تقدم آنفاً من اعتراض بعض الاساطين على من اكتفى بالتراضي في في اندار ما يعلم زيادته بان التراضي لا يدفع ضرراً ولا يصحح عقداً كما يدل على تفريعه بقوله فلا معنى للاعتراض ره.

٢ـ يعني من تحريري المسئلة وحينئذ يكون مسئلة الاندار من مسائل تعين العوضين لان الاندار على التحرير الاول لجواز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول قبل الاندار وانما الاندار لتعيين ما يستحقه البايع وليس من حيث اندار مقدار معين للظرف المجهول قبل العقد الذي هو التحرير الثاني.

وذكر المحقق الاردبيلى ره فى تفسير عنوان المسئلة ان المراد انه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا ازيد ولا انقص بل وان تفاوت لا يكون الا بشىء يسير متساهل به عادة ثم دفع ثمن الباقى مع الظرف الى البايع انتهى .

فظاهره الوجه الاول[1] الذى ذكرنا حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف وجعل الانذار لاجل تعيين الباقى الذى يجب عليه دفع ثمنه وفى الحدائق فى مقام الرد على من الحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها قال الانذار حق للمشترى لانه قد اشترى مثلا ماة من من السمن فى هذه الظروف فالواجب قيمته المأة المذكورة وله اسقاط ما يقابل المظروف من هذا الوزن انتهى.

و هذا الكلام و ان كان مؤيداً لما استقربناه ٢ فى تحرير المسئلة الا ان جعل الانذار حقاً للمشترى و التمثيل بما ذكره لا يخ عن نظر فان المشترى لم يشترمأة من من السمن فى هذه الظروف لانه التعبير بهذا الغير هذا مع العلم بعدم كون ما فى هذه الظروف ماة من لغو بل المبيع فى الحقيقة ما فى هذه الظروف التى هى مع المظروف ماة من فان باعه بثمن معين فلا حاجة الى الانذار و لا حق للمشترى وان اشتراه على وجه التسعير بقوله كل من بكذا فالانذار انما يحتاج اليه لتعيين ما يستحقه البايع على المشترى من الثمن فكيف يكون الواجب قيمة المأة كما ذكره المحدث .

وقد علم مما ذكرنا ان الانذار الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن انما هو لتعيين حق البايع وليس حقا للمشترى و اما الاخبار

---

١ ـ لان قوله ثم يسقط عطف للمحذوف يعنى يباع المظروف ثم يسقط فيدل بيع الموزون ومع الظرف على ايقاع البيع به.

٢ ـ لان قوله و له اسقاط ما يقابل الظروف انتهى لا ينه يدل على تمامية المعاملة و لزوم الثمن الا فى مقدار الظرف.

فمنها موثقة حنان قال سمعت معمّر الزيات قال لابي عبدالله عليه السلام انّا نشترى الزّيت في زُقاقة[1] فيحسب لنا النقصان لمكان الزّقاق فقال له ان كان يزيد وينقص فلا بأس وان كان يزيد وينقص فلا تقربه قيل[2] وظاهره عدم اعتبار التراضي اقول: المفروض في السّؤال هو التّراضي ٣ لان الحاسب هو البايع او وكيله وهما مختاران و المحسوب له هو المشترى .

والتّحقيق انّ مورد السؤال صحّة الأندار مع ابقاء الزّقاق للمشترى بلاثمن اوبثمن مغاير للمظروف اومع ردها الى البايع من دون وزن لها فانّ السّؤال عن صحّة جميع ذلك بعدالفراغ عن تراضي المتبايعين عليه فلااطلاق فيه يعم صورة عدم التّراضي.

ويؤيده النهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة فان النهي عنه ليس ارتكابه بغير تراض[4]

١ـ الزقاقة والزق واحد الزقاق وهو جلد فيه زيت و غيره و في المصباح الزق بالكسر الظرف.

وحاصل معنى الرواية انا نشترى المظروف مع ظرفه فيحسب لنا النقصان لجهة الظرف فاجاب (ع) ان كان يزيد وينقص المقدار بعد وزن الظرف عن مقدار التخمين الخ وكذا الفقرة الثانية.

٢ ـ هو صاحب الجواهر حيث استفاد من الرواية عدم احتياج الاندار الى التراضي منهما.

٣ـ فلااطلاق في لا بأس للزوم مقدمات الحكمة فيه وهي منتفية هنا بوجود السؤال عن التراضي في الرواية مع الاختيار حيث ان الحاسب هو البايع ولا يحسب الا باختياره على المشترى والحساب والاسقاط لنفع المشترى هنا فلا يكون الا برضاه ايضاً مع انه لو كان فيه اطلاق قيد برواية ابن ابي حمزة ورواية علي بن جعفر الاتيتان .

٤ـ اذ مع عدم التراضي لا يحصل القرب .

فافهم [1] فحينئذ لايعارضها ٢ مادل على صحة ذلك مع التراضي مثل رواية علي بن ابي حمزة قال سمعت معمر الزيات يسئل ابا عبدالله عليه السلام قال جعلت فداك نطرح ظروف السمن والزيت كل ظرف كذا وكذا رطلا فربما زاد وربما نقص ٣ قال اذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس فان الشرط فيه مسوق لبيان كفاية التراضي في ذلك وعدم المانع منه شرعا فيشبه التراضي العلة التامة ٤ الغير المتوقفة على شيء و نحوه اشتراط التراضي في خبر علي بن جعفر المحكي عن قرب الاسناد عن اخيه موسى عن الرجل يشترى المتاع وزناً في الناسية ٥ والجوالق فنقول ادفع

١ـ ليس قوله فافهم إشارة الى ضعف ماقال حتى يحتاج الى القول بكون الحاسب يمكن ان يكون وكيلا في البيع لافي الاندار فلايكون البايع راضياً به وغير ذلك بل اشارة الى الدقة فيماذكره تدل عليه بقية كلامه .

ثم اعلم ان المصنف استظهر من الروايات ازوم الاندار في المحتمل للامرين مع المراضات والاكثر عدم احتياج الاندار فيه و انما يحتاج اليه فيما اذا علم بالزيادة فقط فلاتغفل.

٢ـ لان مفاد الجميع اعتبار التراضي فرواية الحنان تدل على جواز الاندار مع الجهل وعدم الجواز مع العلم بالزيادة وفي هاتين الروايتين ايضا عدم الجواز بدون التراضي في صورة عدم العلم بالزيادة.

٣ـ كماهو المعروف.

٤ـ توضيحه ان لجواز الاندار علتان ناقصتان احديهما ترخيص الشارع والاخرى تراضي المتبايعين واما ترخيص الشارع فهو ان يكون من الاول فاذا حصل التراضي منهما ترتب الاثر عليه ويكون الرضاء الجزء الاخير من العلة يشبه بالعلة التامة في التأثير .

٥ـ الظاهر الباسنة لان الباسنة نوع خاص من الجوالق ينسج من الكتان كما في القاموس والجوالق معرب جوال .

الناسية رطلا او اكثر من ذلك ايحل ذلك البيع قال اذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا باس اذا تراضيا.

ثم ان قوله ان كان يزيد وينقص فى الرواية الاولى يحتمل ان يراد به الزيادة والنقيصة فى هذا المقدار المندر فى شخص المعاملة [1] بمعنى زيادة مجموع ما اندر لمجموع الزقاق او نقصانه عنه او بمعنى انه يزيد فى بعض الزقاق [2] والنقيصة فى بعض آخر وان يراد به الزيادة والنقيصة فى نوع المقدار المندر فى نوع هذه المعاملة [3] بحيث قد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض اخرى النقيصة.

وهذا هو الذى فهمه فى النهاية حيث اعتبر ان يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة وينقص اخرى [4] ونحوه فى الوسيلة.

ويشهد للاحتمال الاول رجوع ضمير يزيد و ينقص الى مجموع النقصان [5] المحسوب لمكان الزقاق.

وللثانى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما. [6]

١ـ بمعنى ان تكون الواو بمعنى او و تكون الزيادة و النقيصة معلومتين حقيقة.

٢ـ فكل من الزيادة والنقيصة معلوم بالنسبة الى بعض ويرجع الضمير الى النقصان باعتبار بعض الزقاق فى يزيد وينقص.

٣ ـ ولا بد ان يكون المقدار المندر متعارفاً لكن يتفق زيادته عن وزن الظرف فى بعض المعاملات ونقصانه فى اخرى.

٤ـ يعنى يؤيده

٥ـ لكن بتأويل احتمال الزيادة لا المعلوم لانه لا يمكن ان يكون مجموع النقصان المندر زائداً او ناقصاً.

٦ـ يعنى فعلا.

وللثالث ماورد في بعض الروايات من انه ربما يشترى الطعام من اهل السفينة ثم يكيله فيزيد قال عليه السلام وربما نقص قلت وربما نقص قال فاذا نقص ردوا عليكم قلت لا قال لا باس فيكون معنى الرواية انه اذا كان الذي يحسب لكم زائداً مرة وناقصاً اخرى فلا باس بما يحسب وان بلغ ما بلغ[1] وان زاد دائماً فلا يجوز الا بهبة او ابراء من الثمن او مع التراضي بناء على عدم توقف الشق الاول عليه ووقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت .

وكيف كان فالذي يقوى في النظر[2] هو المشهور بين المتأخرين من جواز انداد ما يحتمل الزيادة والنقيصة لأصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البايع ازيد مما يعطيه المشترى من الثمن لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق[3]

١ـ يعنى من الكثرة.

٢ ـ توضيحه انه قد يكون الظرف زايداً لغلظته عن المظروف فيوجب فوات حق المشترى فلابد من ان يهبه البايع او يبرئه.

ثم ان الانداد والاسقاط تارة يكون بعد بيع البايع اولا وزن المظروف مع ظرفه واخرى يكون البيع بعد الوزن والاسقاط وهذا ايضاً تارة يكون الظرف مقوماً و اخرى لا بل يكون مجاناً وعلى هذه التقادير تارة يكون الانداد بالتراضي واخرى بدونه والعادية اما جارية به ام لا وعليه ايضاً اما ان يكون من محتمل الزيادة والنقيصة او معلومهما والبيع اما كلي او شخصي.

فهذه التفاصيل يعلم بعضها من العبارة وبعضها يعلم بالتأمل ولكن المصنف رحمه حمل الاخبار على ان الانداد لاجل تعيين ما يستحقه البايع من الثمن بعد وقوع بيع المظروف صحيحاً مع جهالته ويكون الانداد حينئذ معتبراً بنحو الشرط المتأخر واما بناء على القول الاخر من كون الانداد معتبراً في صحة البيع يكون بنحو الشرط المقارن.

٣ـ يعنى حق المشترى في صورة النقيصة وحق البايع في صورة الزيادة ووجه عدم الذهاب أنه يرجع الزايد بماله بعد انكشافه.

احدهما عند انكشاف الحال.

و اما مع العلم بالزيادة او النقيصة فان كان هناعادة تقتضيه كان العقد واقعاعليها مع علم المتبايعين بهاولعله مراد [1] من لم يقيد بالعلم ومع الجهل بها او عدمها فلايجوز الامع التراضي لسقوط حقّ من له الحق سواء تواطيا على ذلك فى متن العقد بان قال بعتك مافى هذه الظّروف كل رطل بدرهم على ان يسقط لكلّ ظرف كذا فهو هبة له اوتراضيا عليه بعده باسقاط من الذّمة اوهبة للعين هذا كله مع قطع النّظر عن النّصوص .

واما مع ملاحظتها فالمعوّل عليه رواية حنّان المتقدمة الظاهرة فى اعتبار الاعتبار من حيث ظهورها فى كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظّروف بما لايتسامح به فى بيع كل مظروف بحسب حاله وكان الشّيخ ره فى النهاية فهم ذلك من الرواية فعبر بمضمونها كما هودابه فى ذلك الكتاب .

وحيث ان ظاهر الرّواية جواز الاندار واقعاً بمعنى عدم وقوعه مراعىً بانكشاف الزيادة والنقيصة علمنابهاكك فيكون مرجع النّهى عن ارتكاب ماعلم بزيادته نظير ماورد من النهى عن الشراء بالموازين الزّائدة عما يتسامح به فان ذلك يحتاج الى هبة جديدة ولايكفى اقباضها من حيث كونها حقاً للمشترى.

هذا كلّه مع تعارف اندار ذلك المقدار وعدم العلم بالزيادة وامامع عدم احد القيدين [2] فمع الشّك فى الزيادة والنقيصة وعدم العادة يجوز الاندار لكن مراعى

١- يعنى ولعل فرض العلم بالعادة مراد من لم يقيد الرجوع الى العلم بالعادة .

٢- يعنى كلاهما معاً والافاذا انتفى احدهما و بقى الاخر يكون خارجاً من مدلول الرواية ويرجع الى القاعدة وحينئذ فاذا انتفى التعارف وبقى عدم العلم بالزيادة فيجوز الاندار مراعى بعدم انكشاف الزيادة والنقيصة واذاوجد العادة دون الشك فيهما بل يكون هنا العلم بالزيادة والنقيصة يجوز حينئذ.

بعدم انكشاف احد الامرين ومعهما يجوز بناء على انصراف العقد اليهما لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حداً يكون كالشرط فى ضمن العقد لان هذا[1] ليس من افراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة اليه .

ثم الظاهر ان الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن والزيت بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الاجماع المتقدم عن فخر الدين ره وعبارة النهاية و الوسيلة والفاضلين والشهيدين والمحقق الثانى ره.

و يؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الاسناد لكن لا يبعد ان يراد بالظروف خصوص الوعاء[2] المتعارف بيع الشيء فيه وعدم تفريغه منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق الظرف اللغوى اعنى الوعاء ويحتمل العموم وهو ضعيف.

نعم يقوى تعدية الحكم الى كل مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه[3] كالشمع فى الحلى المصنوعة من الذهب والفضة وكذا للمظروف الذى يقصد ظرفه بالشراء اذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس فى الزقاق واما تعدية الحكم الى كل ماضم الى المبيع مما لا يراد بيعه معه فيما لا ينبغى احتماله.

---

١ ـ حاصله انه لو كان لمقدار المعتاد فى الانذار لفظ مطلق بواسطة العادة كان الانصراف اليه جايزاً والمفروض عدمه.

٢ ـ الوعاء على اقسام احدها ظرف السمن والزيت والنفط و الدبس و نحوها مما يصعب افراغه وبيع المظروف وحده ثانيها ظروف المتاع كالجوالق:

ثالثها الظرف الذى يكون مصاحباً للمبيع ويصعب التفريق بينهما ايضا كالشمع فى الحلى رابعها الترك المتعارف فى الخضروات.

٣ ـ وذلك لعدم موضوعية الظرف وعدم كونه دخيلا فى الحكم بل المناط هو كون الضميمة مما يتعارف وزن المبيع معه واسقاط شيء لها كان ظرفاً اوشمعاً فى الذهب والفضة .

مسئلة يجوز بيع المظروف مع ظرفه[1] الموزون معه وان لم يعلم الابوزن المجموع على المشهور بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة الا ما ارسله في الروضة ونسب في التذكرة الى بعض العامة استناداً الى ان وزن ما يباع وزنا غير معلوم والظرف لا يباع وزنا بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد واختلاف قيمتهما فالغرر الحاصل في بيع الجزاف حاصل هنا.

والذي يقتضيه النظر اما فيما نحن فيه مما جوز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهالة وزنه فالقطع بالجواز منضماً اذ لم يحصل من الانضمام مانع ولا ارتفع شرط[2] واما في غيره من احد المنضمين اللذين لا يكفي في بيعه منفرداً معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مأة مثقال والف مع وصلة من رصاص[3] قد بلغ وزنها الفي مثقال فان الاقدام على هذا المبيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لاجله اللوم من العقلاء واما مع انتفاء الغرر الشخصي وانحصار المانع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل والوزن والاجماع المنعقد على بطلان البيع اذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل والموزون فالقطع بالجواز لان النص والاجماع انما دل على لزوم اعتبار المبيع لا كل جزء منه[4] ولو كان احد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفة وزن المجموع دون الاخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشى بالشمع وعدم جواز بيع المشع كذلك

١ـ الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة السابقة واضح لمن تأمل.

٢ـ ولحصول معرفة الجملة الرافعة للجهالة وان جهل قدر كل منهما كما تباع البطيخ والجوز واللوز ونحوها مع قشرها وهذا الظرف هو الذي تعارف بيعه في ظرفه من دون ان يفرغ الظرف.

٣ـ الرصاص بالفتح معدن معروف.

٤ـ لما مر من أن معرفة الجملة رافعة للجهالة للعلم بوزن الظرف اجمالا اذا كان الظرف مما يباع بالكيل والوزن او لكفاية المشاهدة في الظرف.

فان فرضنا الشّمع تابعاً لايضرّ جهالته والّافلا.

ثمّ انّ بيع المظروف مع الظّرف يتصوّر على صور.

احديها ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلاً فيقسط الثّمن على قيمتى كلّ من المظروف والظّرف لواجتيج الى التّقسيط فاذا قيل قيمة الظّرف درهم [1] و قيمة المظروف تسعة كان للظّرف عشر الثّمن.[2]

الثّانية ان يبيعه مع ظرفه بكذا على انّ كلّ رطل من المظروف بكذا فيحتاج الى اندار مقدار الظّرف ويكون قيمة الظّرف مابقى بعد ذلك و هذا فى معنى بيع كلّ منهما منفرداً

الثّالثة ان يبيعه مع الظّرف كلّ رطل بكذا على ان يكون التّسعير للظّرف والمظروف وطريقة التّقسيط لواحتيج اليه كما [1] فى لك ان يوزن الظّرف منفرداً وينسب الى الجملة ويؤخذ له من الثّمن بتلك النّسبة وتبعه على هذا غير واحد و مقتضاه انّه لو كان الظّرف رطلين والمجموع عشرة خذله خمس الثّمن [2].

والوجه [3] فى ذلك ملاحظة الظّرف والمظروف شيئاً واحداً حتّى انّه يجوز ان يفرض تمام الظّرف كسراً مشاعاً من المجموع [4] ليساوى [5] ثمنه من المظروف فالمبيع كلّ

---

١ ـ سواء كان وزن الظرف ايضاً بهذه النسبة اواقل اواكثر لان المناط بنسبة القيمة لا الوزن .

٢ ـ مثل ما اذا انكشف كون الظرف مال الغير و احتيج الى استرجاع جزء من الثمن فيلاحظ حينئذ بنسبة الوزن فاذا كان نسبة وزن الظرف الى المظروف الثمن يسترجع الثمن واذا كان بالخمس فالخمس و هكذا عكس الصورة الاولى.

٣ ـ يعنى علة ماذكره فى لك ملاحظة انتهى .

٤ ـ يعنى مجموع الظرف والمظروف.

٥ ـ الفاعل فى ليساوى هو مقدار ثمن الظرف ومفعوله ثمنه وضمير ثمنه يرجع الى مقدار ثمن من المظروف.

رطل من هذا المجموع لا من المركّب من الظّرف والمظروف لأنّه اذا باع كلّ رطل من الظّرف والمظروف بدرهم مثلاً وزّع الدّرهم على الرّطل و المظروف بحسب قيمة مثلهما فاذا كان قيمة خمس الرّطل المذكور الّذى هو وزن الظّرف الموجود فيه متساوياً لقيمة اربعة الأخماس الّتى هى مقدار المظروف الموجود فكيف يقسط الثّمن عليه اخماساً .

مسئلة المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشّيخ بلفظ ينبغى استحباب التّفقّه فى مسائل الحلال والحرام المتعلّقة بالتّجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا وعن ايضاح النّافع انّه قد يجب .

وهو ظاهر عبارة يق ايضاً و كلام المفيد ره فى المقنعة ايضاً لا يابى الوجوب لأنّه بعد ذكر قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ وقوله تعالى: أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّباتِ ما كَسَبْتُمْ وَ مِمّا أَخْرَجْنا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَ لا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ قال: فَنَدَبَ إِلَى الأنفاق من طيب الأكتساب و نهى عن طلب الخبيث للمعيشة و الأنفاق فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الأعمال و لا كان على ثقة فى تفقّه من طيب الأكتساب .

وقال تعالى ايضاً ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا فينبغى ان يعرف البيع المخالف للرّبا ليعلم بذلك ما احلّ الله وحرّم من المتاجر و الأكتساب و جائت الرّواية عن امير المؤمنين (ع) انّه كان يقول من اتّجر بغير علم فقد ارتطم[1] فى الرّبا ثمّ ارتطم ثمّ قال قال الصّادق (ع) من اراد التّجارة فليتفقّه فى دينه ليعلم بذلك ما يحلّ له مما يحرم عليه ومن لم يتفقه فى دينه ثمّ اتّجر تورّط فى الشّبهات انتهى .

١ـ اى دخل فيه و احتبس .

اقول ظاهر کلامه ره الوجوب[1] الاان تعبیره بلفظ ینبغی ربما یدعی ظهوره فی الاستحباب .

الاان الانصاف ان ظهوره لیس بحیث یتعارض ظهور ما فی کلامه فی الوجوب من باب المقدمة فان معرفة الحلال والحرام واجبة علی کل احد بالنظر الی ما یبتلی به من الامور[2] ولیس معرفة جمیعها مما یتعلق بالانسان وجوبها فوراً دفعة بل عند الالتفات الی احتمال الحرمة فی فعل یریدان یفعله او عند ارادة الاقدام علی افعال یعلم بوجود الحرام بینها فانه معاقب علی ما یفعله من الحرام لو ترک التعلم وان لم یلتفت عند فعله الی احتمال تحریمه فان التفاته السابق وعلمه بعدم خلو ما یرید من اولتها من الافعال من الحرام کاف فی حسن العقاب والالم یعاقب اکثر الجهال علی اکثر المحرمات لانهم یفعلونها وهم غیر ملتفتین الی احتمال حرمتها عند الارتکاب ولذا اجمعنا علی ان الکفار یعاقبون علی الفروع وقد ورد ذم الغافل المقصر[3] فی معصیته فی غیر واحد من الاخبار[4] ثم لو قلنا بعدم العقاب علی فعل المحرم الواقعی الذی یفعله من غیر شعور کما هو ظاهر جماعة تبعاً للاردبیلی ره من عدم العقاب علی الحرام المجهول حرمته عن تقصیر لقبح خطاب الغافل فیقبح عقابه لکن وجوب تحصیل العلم

١ـ حیث تمسک بما یدل علی الوجوب من الایات والروایات بل یدل کلامه علی الفتوی بالوجوب العقلی الغیری لتنجز الاحکام الواقعیة.

٢ـ فالواجب علیه ان یتعلم حتی لایقع فی الحرام الواقعی اذا شك فی صحة عمله وفساده.

٣ـ وهو من یعلم اجمالا بوجود التکالیف وقصر فی تحصیلها مع امکانه علیه و منه یعلم عدم الذم علی الجاهل القاصر الذی یعتقد صحة عمله.

٤ـ مثل ماورد فی ذات القروح المجنب الذی مات بعد الغسل والانقباض من البرد حیث ذمهم قتلوه قتلهم الله الاسئلوا الا یتیمموا وماورد من السئوال هلا عملت قال ما علمت قال هلا تعلمت.

وازالة الجهل واجب[1] على هذا القول كما اعترفوا به.

والحاصل ان التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام ولا على ترك التعلم الا اذا كان حين الفعل ملتفتاً الى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه بعد ثبوت ادلة التحريم[2] ووجوب طلب العلم على كل مسلم[3] وعدم تقبيح عقاب من التفت الى وجود الحرام في افراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الاثناء وان لم يلتفت حين ارادة ذلك الحرام.

ثم ان المقام يزيد على غيره بان الاصل في المعاملات الفساد[4] فالمكلف اذا اراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل في يده من اموال الناس على وجه العوضية يحرم عليه ظاهراً الاقدام على كل تصرف منها بمقتضى اصالة عدم انتقاله اليه الامع

١ـ توضيحه ان تعلم احكام الفقه واجب قطعاً حتى على قول الاخباريين ايضاً لكنه واجب نفسي بالنسبة الى قول المحقق الاردبيلي ومن تبعه وواجب غيري مقدمي بالنسبة الى قول المشهور فالعقاب على قول المحقق الاردبيلي على نفس ترك التعلم و على المشهور على مخالفة الاحكام الواقعية.

هذا ولكن الظاهر ان المحقق الاردبيلي انما يقول ذلك فيما اذا كان الشخص مكلفاً ايجابياً بالتكسب لا اذا لم يكن كذلك.

٢ـ يعني ادلة تحريم المعاملة لان هذه الادلة ناهية عن المعاملة حينئذ مطلقا سواء كان جاهلا بالحرمة او عالماً بها.

٣ـ الذي يشمل عمومه للمسائل الفرعية و الاصولية.

٤ـ اما لان الاصل الموضوعي في الاموال والاعراض والدماء عدم جواز الخوض فيها مالم يعلم سبب صحيح مقابل الاصل الاولي في سائر الاشياء من الحلية و الطهارة.

واما لوجوب تحصيل العلم بالاسباب والنواقل الشرعية فيما اذا وجب عليه تحصيل الاموال والتصرف فيها بالانفاق على نفسه ولعياله الواجبي النفقة.

العلم بامضاء الشّارع لتلك المعاملة

ویمکن ان یکون فی قوله (ع) التّاجر فاجر والفاجر فی النار الامن اخذ الحق واعطی الحق واخذ الحق اشارة الی هذا المعنی بناء علی ان الخارج من العموم لیس الامن علم باعطاء الحق فوجوب معرفة المعاملة الصحیحة فی هذا المقام[1] شرعی لنهی الشارع عن التّصرّف فی مال لم یعلم انتقاله الیه بناء علی اصالة عدم انتقاله الیه وفی غیر هذا المقام عقلی مقدمی لئلّا یقع فی الحرام.

و کیف کان فالحکم باستحباب التّفقّة للتاجر محل نظر بل الاولی وجوبه علیه عقلًا وشرعا وان کان وجوب معرفة باقی المحرمات من باب العقل فقط.

و یمکن توجیه کلامهم[2] بارادة التفقه الکامل لیطلع علی مسائل الربوا الدقیقة والمعاملات الفاسدة کك و یطّلع علی موارد الشبهة والمعاملات الغیر الواضحة الصّحة فیجتنب عنها فی العمل فان القدر الواجب هو معرفة المسائل العامّة البلوی لا الفروع الفقهیة المذکورة فی المعاملات.

و یشهد للغایة الأولی قوله (ع) فی مقام تعلیل وجوب التفقه انّ الربوا اخفی من دبیب النّملة علی الصفا و للغایة الثانیة قول الصادق (ع) فی الروایة المتقدّمة من[3] لم یتفقّه ثمّ اتّجر تورّط فی الشبهات لکن ظاهر[4] صدره الوجوب فلاحظ و قد حکی توجیه کلامهم بما ذکرنا عن غیر واحد و لا یخلو عن وجه فی مقام

۱ـ یعنی فی المال الذی وقعت المعاملة علیه بدون العلم بالسبب وذلك لوجوب احراز صحتها والقطع بالانتقال لترتب العقاب علی ترك التعلم.

۲ـ محصل التوجیه وجوب التعلم فی مسائل العامة البلوی مثل مسائل الربا و نحوه وحمل الاستحباب علی الفروع الغیر المبتلی بها.

۳ـ لان التحرز عن الشبهات لیس بواجب.

۴ـ لان قوله فلیتفقه امر یفید الوجوب.

التّوجيه .

ثم ان التّفقه فى مسائل التّجارة لما كان مطلوبا للتّخلص عن المعاملات الفاسدة التى اهمّها الرّبوا الجامعة بين اكل المال بالباطل وارتكاب الموبقة الكذائيّة لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد بل يكفى فيه التّقليد الصّحيح [1] فلا تعارض بين ادلّة التّفقه هنا وادلّة تحصيل المعاش.

نعم ربّما اورد فى هذا المقام وان كان خارجاً عنه التّعارض بين ادلّة طلب مطلق العلم الشّامل لمعرفة مسائل العبادات وانواع المعاملات المتوقّف على الأجتهاد وبين ادلّة طلب الأكتساب والأشتغال فى تحصيل المال لأجل الأنفاق على من ينبغى ان ينفق عليه وترك القاء كلّه على النّاس الموجب لأستحقاق اللّعن فانّ الأخبار من الطّرفين كثيرة يكفى فى طلب الأكتساب ماورد من انّه اوحى الله تعالى الى داود على نبيّنا عليه و آله و عليه السّلام يا داود انّك نعم العبد لولا انّك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئا فبكى (ع) اربعين صباحاً ثمّ اَلْاَنَ اللّٰهُ تَعالى لَهُ الْحَديد وكان يعمل كلّ يوم درعاً و يبيعه بالف درهم فعمل ثلثمأة وستّين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال الحديث.

وما ارسله فى الفقيه عن الصّادق (ع) ليس منّا من ترك دنياه لاخرته او آخرته لدنياه وانّ العبادة سبعون جزءاً افضلها طلب الحلال واما الأخبار فى طلب العلم و فضله فهى اكثر من ان يذكر واوضح من ان يحتاج الى الذّكر وذكر فى الحدائق انّ الجمع بينهما باحد وجهين احدهما وهو الأظهر [2] بين علمائنا تخصيص اخبار وجوب طلب الرّزق باخبار وجوب طلب العلم [3] ويقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقلّ تحصيله واستفادته

١- بمقتضى ادلته التى ذكرت فى بابه.

٢- وجه الاظهرية انهم اشتغلوا بالعلم لا الكسب.

٣- جمع صاحب ثق فى اوائل المتاجر بعد تقسيم العلم الى اقسام ثلاثة مستحب و واجب عينى و واجب كفائى و تقسيم طلب الرزق الى اقسام اربعة واجب ومكروه ←

وتعلیمه وافادته قال وبهذا الوجه صرح الشهید الثانی قدس سره فی رسالته المسماة بمنیة المرید فی آداب المفید والمستفید حیث قال فی جملة شرائط العلم وان یتوکل علی الله ویفوض امره الیه ولا یعتمد علی الاسباب فیتوکل علیها فیکون وبالا[1] علیه ولا علی احد من خلق الله تعالی بل یلقی مقالید امره الی الله تعالی یظهر له من نفحات قدسه و لحظات انسه ما به یحصل مطلوبه ویصلح به مراده وقد ورد فی الحدیث عن النبی صلی الله علیه وآله وسلم قد تکلف لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغیره بمعنی ان غیره محتاج الی السعی علی الرزق حتی یحصل له وطالب العلم لا یکلف بذلک بل بالطلب وکفاه مؤنة الرزق ان احسن النیة واخلص القربة وعندی فی ذلک من الوقایع ما لو جمعته بلغ فعل ما لا یعلمه الا الله من حسن صنع الله تعالی وجمل ما اشتغلت بالعلم وهو مبادی عشر الثلثین وتسعمائة الی یومنا هذا وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلث وخمسین وتسعمائة.

وبالجملة لیس الخبر کالعیان وروی شیخنا المقدم محمد بن یعقوب الکلینی ـ قدس سره باسناده الی الحسین بن علوان قال کنا فی مجلس نطلب فیه العلم وقد نفدت

ـ ومستحب وحرام بوجوه تقدیم وجوب طلب الرزق علی وجوب طلب العلم اذا کان کلاهما عینیین او تقدیم العلم اذا کان طلب الکسب مستحباً و تقدیم طلب الرزق اذا کان طلب العلم واجباً کفائیاً ثم قدم صاحب ثق طلب الرزق مقدماً علی طلب العلم اذا کان کلاهما واجباً عیناً ولکن الظاهر ان المقام من تزاحم المتزاحمین فیقدم منهما الاهم الا اذا امکن الجمع بینهما کما یاتی فی کلام المصنف عن قریب مع الجمع بانفس الاشخاص.

١ ـ الوبال سوء العاقبة والمقالید المفاتیح والنفح هب الریح و لحظ الیه ای نظر بمؤخر عینیه . والسعف النیل بالحاجة والنجاح الظفر بالمطلوب والیسر والاداء والنحی البعد والزوال والقرع الدق. والنوائب الحوادث والمهمات والعظیمة صفة للمهمة حذف الموصوف وبقی صفته. ولا یمل ای لا یسئم ولا یضجر والطرق الدق والضرب. والذرة جزء من اجزاء الهباء. والقیم المستولی. والبؤس الفقر والخوف و سوء الحال والقنوط الیأس .

تفقتي في بعض الاسفار.

فقال لي بعض اصحابي من تؤمّل لما قد نزل بك فقلت فلاناً فقال اذاً والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ املك ولا تنجح طلبتك قلت وما علمك رحمك الله قال ان اباعبدالله حدّثني انه قرء في بعض كتبه انّ الله تبارك وتعالى يقول وعزّتي وجلالي ومجدي و ارتفاع مكاني على عرشي لأقطعنّ امل كلّ مؤمّل غيري باليأس ولأكسونّه ثوب المذلّة عند النّاس ولانحّينّه به من قربي ولأبعدنّه من وصلي ايؤمّل غيري في الشّدائد والشّدايد بيدي ويرجو غيري ويقرع باب غيري وبيدي مفاتيح الأبواب وهي مغلقة وبابي مفتوح لمن دعاني فمن ذاالّذي امّلني لنوائبه فقطعته دونها ومن ذاالذي رجاني لعظيمة فقطعت رجائه منّي جعلت آمال عبادي عندي محفوظة فلم يرضوا بحفظي وملئت سمواتي ممّن لايملّ من تسبيحي وامرتهم ان لايغلقوا الأبواب بيني وبين عبادي فلم يثقوا بقولي الم يعلم من طرقته نائبة من نوائبي انّه لايملك كشفها احد غيري الّا من بعد اذني فمالي اراه لاهياً عنّي اعطيته بجودي مالم يسئلني ثم انتزعته منه فلم يسئلني ردّه و سأل غيري افترانى ابدء بالعطايا قبل المسئلة ثمّ اسأل فلا اجيب سائلي ابخيل انا فيبخله عندي اوليس الجود والكرم لي اوليس العفو والرّحمة بيدي اوليس انا محلّ الآمال فمن يقطعها دوني افلا يستحي المؤمّلون ان يؤمّلوا غيري فلوانّ اهل سمواتي واهل ارضي املوا جميعاً.

ثم اعطيت كلّ واحد منهم مثل ما املّ الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرّة وكيف ينقص ملكٌ انا قيّمه فيابؤساً للقانطين من رحمتي ويابؤساً لمن عصاني ولم يراقبني انتهى الحديث الشّريف وانتهى كلام شيخنا الشّهيد ره.

قال في الحدائق ويدلّ على ذلك [1] باصرح دلالة ما رواه في الكافي باسناده الى ابى اسحق البيعي عمّن حدثه قال سمعت امير المؤمنين (ع) يقول ايّها النّاس انّ كمال الدّين طلب العلم والعمل به.

---

١ - يعني على اختصاص طلب الحلال بغير طالب العلم.

الآوانّ طلب العلم اوجب علیکم من طلب المال انّ المال مقسوم مضمون لکم، قد قسّمه عادل بینکم وضمنه لکم وسیفی لکم والعلم مخزون عند اهله وقد امرتم بطلبه من اهله فاطلبوه الخبر.

قال ویؤکّد ما رواه فی الکافی بسنده عن ابیجعفر (ع) قال قال رسول الله (ص) یقول الله عزّوجل وعزّتی وجلالی وکبریائی ونوری وعظمتی وعلوّی وارتفاع مکانی لایؤثر عبد هوای علی هواه[1] الّا استحفظته ملائکتی وکفلت السّموات والأرضون رزقه وکنت له من وراء تجارة کل تاجر فتاتیه الدّنیا وهی زاعمة الحدیث انتهی کلامه.

وانت خبیر بانّ ما ذکره من کلام الشّهید ره وما ذکره من الحدیث القدسی لاارتباط له بما ذکر من دفع التّنافی بین ادلّة الطّرفین لأن ما ذکر من التوکّل علی الله وعدم ربط القلب لغیره لاینافی الاشتغال بالاکتساب ولذا کان امیر المؤمنین صلوات الله علیه وعلی اخیه وزوجته وولدیه وذرّیته جامعاً بین اعلی مراتب التّوکّل واشدّ مشاقّ الاکتساب وهو الاستقاء لحایط الیهودی ولیس الشّهید ایضاً فی مقام انّ طلب العلم افضل من التّکسّب وان کان افضل بل فی مقام انّ طالب العلم اذا اشتغل بتحصیل العلم فلیکن منقطعاً عن الاسباب الظّاهرة الموجودة غالباً لطلّاب العلوم من الوظائف المستمرّة من السّلاطین والحاصلة من الموقوفات للمدارس واهل العلم والموجودة الحاصلة غالباً للعلماء والمشتغلین من معاشرة السّلطان واتباعه والمراودة مع التّجار والاغنیاء والعلماء الّذین لاینتفع منهم الّا بما فی ایدیهم فی وجوه الزّکوات وردّ المظالم والأخماس وشبه ذلک کما کان متعارفاً فی ذلک الزّمان بل فی کلّ زمان فربّما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعیشة من الجهات الّتی ذکرناها.

١ـ لایؤثر ای لایختار وهویت الشیء اهواه اذا احببته والزاعمة الکفیلة والمطیة مقلوبها بالراء بمعنی المنقادة والذلیلة.

وبالجملة فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد ره من اوله الى آخره وما اضاف اليه من الروايات في الجمع المذكور اعني تخصيص ادلة طلب الحلال بغير طالب العلم.

ثم انه لا اشكال في ان كل من طلب العلم وطلب الرزق ينقسم الى الاحكام الاربعة او الخمسة ولا ريب ان المستحب من احدهما لا يزاحم الواجب ولا الواجب الكفائي الواجب العيني ولا اشكال ايضا في ان الاهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره .

وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به وقد يكون كسب الكاسب مقدمة لاشتغال غيره بالعلم فيجب او يستحب مقدمة .

بقي الكلام في المستحب من الامرين عند فرض عدم امكان الجمع بينهما ولا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الامرين .

فرب من لا يحصل له باشتغاله بالعلم الا شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة ويترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة منها تكفل احوال المشتغلين من ماله او مال اقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة او الصدقة الواجبة والمستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة وثواب الاعانة الواجبة او المستحبة على تحصيل العلم ورب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيي بها فنون علم الدين فلا يحصل له من كسبه الا قليل من الرزق فانه لا اشكال في ان اشتغاله بالعلم والاكل من وجوه الصدقات ارجح .

وما ذكر من حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام فانما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظايف النبوة والرياسة العلمية وبالجملة فطلب كل من العلم والرزق اذا لوحظ المستحب منهما من حيث النفع العايد الى نفس الطالب كان طلب العلم ارجح واذا لوحظ من جهة النفع الواصل الى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار

النفع الواصل فثبت من ذلك كله ان تزاحم هذين المستحبين كتزاحم سابر المستحبات المتنافية كالاشتغال بالاكتساب اوطلب العلم الغير الواجبين مع المسير الى الحج المستحب اوالى مشاهد الائمة (ع) اومع السعى فى قضاء حوائج الاخوان الذى لايجامع طلب العلم اوالمال الحلال الى غير ذلك مما لايحصى.

مسئلة لاخلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الاتية واختلفوا فى حرمته وكراهته فعن التقى والقاضى والحلى والعلامة فى المنتهى الحرمة.

وهو المحكى عن ظاهر الدروس وحواشى المحقق الثانى وعن الشيخ وابن زهرة لايجوز واول فى المختلف عبارة الشيخ بالكراهة وهى اى الكراهة مذهب الاكثر بل عن ايضاح النافع ان الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم وعن نهاية الاحكام تلقى الركبان مكروه عند اكثر علمائنا وليس حراماً اجماعاً ومستند التحريم ظواهر الاخبار.

منها ماعن منهال القصاب قال قال ابو عبدالله (ع) لاتلق فان رسول الله (ص) نهى عن التلقى قلت وماحد التلقى قال مادون غدوة او روحة[1] قلت وكم الغدوة والروحة قال اربعة فراسخ قال ابن ابى عمير وما فوق ذلك فليس بتلق وفى خبر عروة لايتلقى احدكم تجارة خارجاً من المصر ولابيع حاضر لبادو المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض و فى رواية اخرى لاتلق ولاتشتر ماياتلقى ولاتاكل منه وظاهر النهى عن الاكل كونه لفساد المعاملة فيكون اكلا بالباطل ولم يقل به الا الاسكافى.

وعن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه فيكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الاصحاب فيقصر عن افادة الحرمة والفساد[2] نعم لابأس بحملها على الكراهة لو وجد

١ـ فى المجمع الروحة هى دون اربع فراسخ فاذا صار الى اربع فجلب والروحة هنا هى السفر من الظهر الى غروب الشمس كما ان الغدوة هى السفر من الصبح الى الزوال وبياض يوم هو ثمانية فراسخ.

٢ـ لاعراض المشهور عنها لقصورها سنداً وموافقتها للعامة واحتمال التقية ولان

القول بكراهة الاكل مما يشترى من الملتقى ولا باس به حسما لمادة التلقى.

ومما ذكرنا يعلم ان النهى فى سايرالاخبار ايضا محمول على الكراهة الموافقة للاصل[1] مع ضعف الخبر ومخالفته للمشهور ثم ان حد التلقى اربعة فراسخ كما فى كلام بعض والظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود لان الظاهر زوال المرجوحية اذا كان اربعة فراسخ وقد تبعوا بذلك مرسلة الفقيه.

وروى ان حد التلقى روحة فاذا بلغ الى اربعة فراسخ فهو جلب[2] فان الجمع بين صدرها وذيلها لايكون الا بارادة خروج الحد عن المحدود كما ان مافى الرواية السابقة ان حده مادون غدوة او روحة محمول على دخول الحد فى المحدود لكن قال فى المنتهى حد علمائنا التلقى باربعة[3] فراسخ فكرهوا التلقى الى ذلك الحد فان زاد على ذلك كان تجارة وجلباً وهو ظاهر لان بمضيه ورجوعه يكون مسافراً ويجب عليه القصر

النهى فى المعاملات لاتدل على الفساد مضافاً الى ان النهى خارج عن حقيقة البيع ولقاعدة حمل مادل على الحرمة او الوجوب على الكراهة او الاستحباب اذا ضعف السند للتسامح فى ادلة السنن.

فان قلت ان فى احد الخبرين ابن محبوب وفى الاخر ابن ابى عمير وهما من اصحاب الاجماع التى اجمعت العصابة على تصحيح ماروا.

قلنا نعم ولكن الركون على هذا الاجماع مطلقا مشكل ومن ثم ضعف الخبرين المحقق الاردبيلى والشهيد الثانى.

١ـ اى اصالة الاباحة.

٢ـ جلب فى اللغة سوق الشىء من مكان الى آخر وفى الاصطلاح هو التجارة وحاصله أن رأس الاربعة خارج من موضوع التلقى وداخل تحت عنوان السفر فليس هو مرجوحاً

٣ـ محصل عبارة المنتهى ان الخارج عن عنوان التلقى المرجوح هو مازاد على الاربعة واما ماكان رأس الاربعة فهو داخل تحت التلقى المرجوح.

فيكون سفراً حقيقياً الى ان قال ولا يعرف بين علمائنا خلافاً فيه انتهى .

والتعليل بحصول السفر الحقيقى يدل على مسامحة فى التعبير[1] ولعل الوجه فى التحديد بالاربعة ان الوصول على الاربعة بلازيادة ونقيصة نادر فلا يصلح ان يكون ضابطاً لرفع الكراهة اذ لا يقال انه وصل الى الاربعة الا اذا تجاوز عنها ولو يسيراً فالظاهر انه لا اشكال فى اصل الحكم وان وقع اختلاف فى التعبير فى النصوص والفتاوى .

ثم انه لا اشكال فى اعتبار القصد اذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى فلو تلقى الركب فى طريقه ذاهباً او جائياً لم يكره المعاملة معهم وكذا فى اعتبار قصد المعاملة من المتلقى فلا يكره لغرض آخر[2] ولو اتفقت المعاملة قيل ظاهر التعليل فى رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد .

وفيه انه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الاخير فيحتمل ان يكون العلة فى كراهة التلقى مسامحة الركب فى الميزان بما لا يتسامح به المتلقى او مظنة حبس المتلقين ما اشتروه او ادخاره عن اعين الناس وبيعه تدريجاً بخلاف ما اذا اتى الركب وطرحوا امتعتهم فى الخانات والاسواق فان له اثراً بيناً فى امتلاء اعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء اذا اتى بالطعام .

وكيف كان فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة ثم انه لا فرق بين اخذ المتلقى بصيغة البيع او الصلح او غيرهما نعم لا بأس باستيهابهم ولو باهداء شىء اليهم ولو تلقاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية[3] نعم

١ـ حيث انه رد علق التجارة على مجرد مازاد على الاربعة مع انه لا يكفى بل لابد من ثمانية فراسخ بالاياب والذهاب .

٢ـ كما اذا خرج للاحتطاب فاتفق شراء شىء منهم .

٣ـ لان ظهور الروايات هو الشراء فيخرج غيره عن مساقها مع أن الاصل الجواز عند الشك فيه .

لو جعلنا المناط مايقرب من قوله (ع) المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض قوى سراية الحكم الى بيع شيء منهم وايجادهم المساكن والخانات كما انه اذا جعلنا المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل كما يدل عليه النبوى العامي لاتلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فاذا اتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم الى كل معاملة يوجب غبنهم كالبيع والشراء منهم متلقيا وشبه ذلك لكن الاظهر هو الاول وكيف كان فاذا فرض جهلهم بالسعر فيثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار وقد يحكى عن الحلى ثبوت الخيار وان لم يكن غبن ولعله لاطلاق النبوى المتقدم المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور او التراخي على قولين سيجيء ذكر الاقوى منهما في مسئلة خيار الغبن انشاء الله.

مسئلة يحرم[1] النجش على المشهور كما في الحدائق بل عن المنتهى وجامع المقاصد انه محرم اجماعا لرواية ابن سنان عن ابي عبدالله (ع) قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله الواشمة والمؤتشمة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد (ص) وفي النبوى المحكى عن معاني الاخبار لاتناجشوا ولاتدابروا[2] قال ومعناه ان يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لايريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزيادة والناجش خائن والتدابر الهجران انتهى كلام الصدوق والظاهر ان المراد بزيادة الناجش مواطاة البايع المنجوش له.

مسئلة اذا دفع انسان الى غيره[3] مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع اليه

١ـ قد مر الكلام فيه مستوفى في المكاسب المحرمة وذكره هنا لما ذكره الفقهاء عند بيان تلقى الركبان والاحتكار.

٢ـ يأتي تفسيره عن قريب بالهجران فكان الناجش اعرض عن المتاع بالاسقاط عن اعين الناس حين انزل قيمته.

٣ ـ الظاهر أن المال اعم من ان يكون واجب الدفع كالخمس والزكوة اومندوبه كالصدقات المستحبة.

منهم[1] ولم يحصل للمدفوع اليه ولاية [2] على ذلك المال من دون الدافع كمال الامام اورد المظالم المدفوع الى الحاكم فله صور.

احديها ان يظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالاخذ منه كما اذا عين له منه مقداراً قبل الدفع او بعده ولا اشكال في عدم الجواز لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه الماذون فيه.

الثانية ان يظهر قرينة حالية او مقالية على جواز اخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع الى غيره او انقص او ازيد ولا اشكال في الجواز حينئذ الا انه قد يشكل الامر فيما لو اختلف مقدار المدفوع الى الاصناف المختلفة كان عين للمجتهدين مقداراً وللمشتغلين مقداراً واعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع اليه.

والتحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع اليه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية [3] كان يقول ادفع الى كل مشتغل كذا والى كل مجتهد كذا وخذانت ما يخصك وان كان على وجه الداعي بان كان عنوان الصنف داعيا الى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع لان الداعي انما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع.

الثالثة ان لا يقوم قرينة على احد الامرين ويطلق المتكلم وقد اختلف فيه كلماتهم

---

١ ـ بان قال الدافع اصرفه في الفقراء او العلماء ويكون المدفوع اليه منهم.

٢ ـ يعني لم يحصل ولاية للمدفوع اليه التولية في هذا المال من الوكالة وغيرها والغرض من ذلك البحث أنه هل للمدفوع اليه ولاية في صرفه بدفع الكثير منه على بعض والقليل على بعض آخر وجعل نفسه منهم كما كان هذه الولاية للدافع فالمصنف قسم البحث على ثلاثة بجوازه مع القرينة وعدم جوازه مع عدمها والتفصيل.

٣ ـ يعني يكون النظر الى العنوان و موضوع الحكم ويكون تمام الموضوع معتقد المدفوع اليه لا ان يكون جزء موضوع وجزئه الاخر معتقد الدافع وذلك لان احراز الموضوع على عهدة المدفوع اليه والطريق فيه اعتقاده حينئذ.

بل كلمات واحد منهم.

فالمحكي عن وكالة المبسوط وزكوة السرائر ومكاسب النافع وكشف الرموز والمختلف وكره وجامع المقاصد تحريم الاخذ مطلقا وعن [1] النهاية ومكاسب السرائر والشرايع والتحرير والارشاد والمسالك والكفاية انه يجوز له الاخذ منه ان اطلق من دون زيادة على غيره ونسبه في س الى الاكثر وفي الحدائق الى المشهور وفي المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الاخذ.

وعن نهاية الاحكام والتنقيح والمهذب البارع والمقنعة الاقتصار على نقل القولين وعن المهذب البارع حكاية التفصيل بالجواز ان كان الصيغة بلفظ ضعه [2] فيهم اوما ادى معناه والمنع ان كانت بلفظ ادفعه وعن التنقيح عن بعض الفضلاء انه ان قال هو للفقراء جاز [3] وان قال اعطه للفقراء فان علم فقره لم يجز اذ لو اراده لخصه وان لم يعلم جاز.

احتج القائل بالتحريم مضافاً الى ظهور اللفظ في مغايرة المامور بالدفع للمدفوع اليهم المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امراة ان يزوجها من شخص فزوجها من نفسه او وكله في شراء شيء فاعطاه من عنده مصححة ابن الحجاج المسندة في التحرير الى مولينا الصادق عليه السلام وان اضمرت في غيره قال سألته عن رجل اعطاه رجلا مالا ليصرفه في محاويج او في مساكين وهو يحتاج اياخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو قال لا يأخذ شيأ حتى ياذن له صاحبه [4].

واحتج المجوزون بان العنوان المدفوع اليه شامل له والغرض الدفع الى هذا

١ـ يعني زايداً اوناقصاً او مساوياً.

٢ـ للمغايرة بين الدافع والمدفوع في لفظ الدفع بخلاف لفظ الوضع.

٣ـ لتعليق الدافع حينئذ الحكم على عنوان الفقراء الذي هو منهم بخلاف قوله اعط فانه يقتضي المغايرة.

٤ـ لكون الاصل الاولى الحرمة في الاموال والاعراض والدماء.

العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير واللفظ وان سلم عدم شموله له لغة[1] الا ان المنساق عرفاً صرفه الى كل من انصف بهذا العنوان[2] فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز.

نعم لو كان المدفوع اليهم اشخاصاً خاصة وكان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المامور و الرواية معارضة بروايات اخر مثل ما عن الكافي في الصحيح عن سعد بن بسار قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يعطي الزكوة يقسمه في اصحابه[3] اياخذ منه شيئا قال نعم وعن الحسين بن عثمان في الصحيح او الحسن بابن هاشم في رجل اعطى مالا يفرقه ممن يحل له اياخذ شيأ لنفسه وان لم يسم له قال يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره.

وصحيحة ابن الحجاج قال سألت ابا الحسن (ع) عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها و هو ممن يحل له الصدقة قال لا باس ان ياخذ لنفسه كما يعطى غيره ولا يجوز له ان ياخذ اذا امره ان يضعه في مواضع مسماة الا باذنه.

والذي ينبغي ان يقال اما من حيث دلالة اللفظ الدال على الاذن في الدفع والصرف فان المتبع الظهور العرفي وان كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوي في غيره كما ان الظهور الخارجي[4] الذي يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن.

ثم ان التعبد في حكم هذه المسئلة لا يخلو عن بعد[5] فالاولى حمل الاخبار

١ـ لان اللفظ تدل على مغايرة الدافع والمدفوع لغة.

٢ـ لان الظهور العرفي مقدم على اللغوي عند التعارض.

٣ـ يعني الشيعة.

٤ـ بان سماهم في لفظه او انه يعلم انه اراد غير المدفوع اليه.

٥ـ لان السائل سئل عن متفاهم العرفي لان الغرض صرفه باي نحو كان.

المجوزة على ما اذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع فى العنوان المرسوم- له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر وحمل الصحيحة المانعة السابقة على ما اذا لم يعلم الامر بفقر المامور فامرها بالدفع الى مساكين على وجه يكون المسكنة داعياً الى الدفع لا موضوعا ولما لم يعلم المسكنة فى المامور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال اليه ثم على تقدير المعارضة[1] فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ لان الشك بعد تكافؤ الاخبار فى الصارف الشرعى عن الظهور العرفى[2] ولو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع اذ لا يجوز التصرف فى مال الغير الا باذن من انما لك او الشارع.

مسئلة احتكار[3] الطعام وهو كما فى الصحاح وعن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء[4] لا خلاف فى مرجوحيته وقد اختلف فى حرمته .

فعن ط والمقنعة والحلبى فى كتاب المكاسب والشرايع والمختلف الكراهة

١- يعنى لو سلم بعدم قبول الجمع بما قلنا فالواجب بعد التعارض من جهة السند الرجوع الى ظاهر اللفظ لاصالة الظهور عند الشك فى وجود القرينة الصارفة

٢- لا يخفى انه بناء على جواز الاخذ لا يجوز اخذ الزيادة على غيره للزوم البسط هنا من جهة دلالة العام على الاستغراق اذا كان بلفظ الفقراء ومن جهة دلالة اللفظ لغة ايضا وان خرجنا منه فى باب الزكوة والخمس بالدليل

٣- الاحتكار من الافتعال والغالب فيه وان كان هو اللازم الا انه كثيراً ما يجيء متعدياً **ايضاً** كالاحتطاب والاصطياد والاختبار والحكرة اسم مصدر منه كالوضوء من التوضى **والغسل** من الاغتسال ثم ان عدها من الاداب مبنى على القول بالكراهة والا فلو قيل بالحرمة **كان** عده من الاداب مسامحة فى التعبير.

٤- **اعلم ان النسبة بين** الغلاء وقصد زيادة الثمن عموم من وجه والظاهر من العبارة كفاية قصد **الغلاء وان لم يقصد زيادة** الثمن فحينئذ يكون الغلاء بنفسه محرماً بدونه ايضاً .

و عن كتب الصّدوق والاستبصار والسّرائر والقاضي والتذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والرّوضة التّحريم وعن التّنقيح والميسية تقويته و هو الاقوى بشرط عدم باذل الكفاية [1] لصحيحة سالم الحناط [2] قال قال لي ابو عبدالله (ع) ماعملك قلت حناط وربما قدمت على نفاق [3] وربما قدمت على كساد وحبست [4] قال فما تقول من قبلك [5] فيه قلت يقولون يحتكر قال يبيعه احد غيرك قلت ما ابيع انا من الف جزء جزء قال لا باس انما كان ذلك [6] رجل من قريش يقال له حكيم بن حذام وكان اذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي (ص) فقال له ياحكيم بن حذام ايّاك ان تحتكر فان الظاهر منه ان علة عدم البأس وجود الباذل فلولاه حرم.

وصحيحة الحلبي عن ابي عبدالله (ع) انه سئل عن الحكرة فقال انّما الحكرة ان يشترى طعاماً وليس في المصر طعام غيره فتحتكره فان كان في المصر طعاما غيره فلا باس ان يلتمس بسلعتك الفضل [7] وزاد في الصّحيحة المحكية عن في ويب قال وسألته عن الزّبت قال ان كان عند غيرك فلا باس بامساكه.

و عن امير المؤمنين (ع) في نهج البلاغة في كتابه الى مالك الاشتر فامنع من

١ـ بعوض او بغير عوض

٢ـ الحناط بفتح الحاء والتشديد بايع الحنطة ويقال لبايع الحنوط ايضاً

٣ـ النفاد هو الانقطاع وفناء الغلة وفي بعض النسخ النفاق وهو كثرة المشترين و الثاني اولى للمقابلة بالكساد.

٤ـ حبست مبني للفاعل ومفعوله الطعام محذوف

٥ـ يعني من عندك

٦ـ يعني المحتكر

٧ـ يعني تحتكره وتبيع بازيدهما تبيعه الان.

الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه ولكن البيع بيعا سمحا[1] فى موازين عدل لايحجف بالفريقين البايع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد يهنك اياه فنكل به و عاقب فى غير اسراف.

وصحيحة الحلبى قال سئلته عمن يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك قال ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلاباس به وان كان الطعام قليلا لايسع الناس فانه يكره ان يحتكر وترك الناس ليس لهم طعام فان الكراهة فى كلامهم (ع) وان كان يستعمل فى المكروه والحرام الاان فى تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع مادل على كراهة الاحتكار مطلقا[2] قرينة على ارادة التحريم وحمله على تاكد الكراهة ايضاً مخالف لظاهر يكره[3] كمالايخفى.

وان شئت قلت ان المراد بالباس فى الشرطية الاولى التحريم لان الكراهة ثابتة فى هذه الصورة ايضاً فالشرطية الثانية كالمفهوم لها.

ويؤيد التحريم ماعن المجالس بسنده عن ابى مريم الانصارى عن ابيجعفر عليه السلام قال قال رسول الله (ص) ايمارجل اشترى طعاماً فحبسه اربعين صباحاً يريدبه الغلاء للمسلمين ثم باعه وتصدق بثمنه لم يكن كفارة لماصنع وفى السند بعض بنى فضال[4].

١ـ سمح بمعنى جادواعطى والحجف الظلم وقارف بمعنى قارب والنكال بالفتح العقوبة ونفى الاسراف هوعدم جواز تجاوز الحد فى العقوبة لان هذه العقوبة من جهة النهى عن المنكر فيكتفى فيها بمايرتدع به عن المنكر لاالزايد على هذا.

٢ـ يعنى يقيد مادل على كراهة الاحتكار ولومع السعة وعدم احتياج الناس بهذه الرواية التى تدل على احتياج الناس اليه بحملها على الحرمة ولعدم ثبوت الحقيقة الشرعية فى لفظ الكراهة.

٣ ـ حيث ان لفظ الكراهة مطلق و لادليل للتقييد فلايدل الاعلى الكراهة المطلقة فقط لاعلى تأكدها.

٤ـ وهو على بن حسن بن على بن فضال فاجازوا (ع) الاخذ بماروووا فى كتبهم لابماروؤا.

والظاهر ان الرواية ماخوذة من كتبهم التى قال العسكرى عليه السلام عند سؤاله عنها خذوا بما رووا وذروا ما راو ففيه دليل على اعتبار ما فى كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم فى السند وقد ذكرنا ان هذا الحديث اولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الاجماع الذى ادعاه الكشى على تصحيح مايصح عن جماعة .

ويؤيده ايضا ماعن الشيخ الجليل الشيخ ورام من انه ارسل عن النبى (ص) عن جبرئيل قال اطلعت على النار فرأيت فى جهنم وادياً فقلت يامالك لمن هذا قال لثلثة المحتكر و المدمنين [1] للخمر والقوادين ومما يؤيد التحريم مادل على وجوب البيع عليه .

فان الزامه بذلك ظاهر فى كون الحبس محرماً اذ الالزام على ترك المكروه خلاف الظاهر وخلاف قاعدة سلطنة الناس على اموالهم .

ثم ان كشف الابهام عن اطراف المسئلة يتم ببيان امور .

الاول فى مورد الاحتكار فان ظاهر التفسير المتقدم عن اهل اللغة وبعض الاخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام وفى رواية غياث بن ابراهيم ليس الحكرة الا فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب وعن الفقيه زيادة الزيت .

وقد تقدم فى بعض الاخبار المتقدمة دخول الزيت ايضا وفى المحكى عن قرب الاسناد برواية ابى البخترى عن على (ع) قال ليس الحكرة الا فى الحنطة والشعير و التمر والزيت والسمن وعن الخصال فى رواية السكونى عن جعفر عن ابيه عن ابائه عليهم السلام قال قال رسول الله (ص) الحكرة فى ستة اقسام الحنطة والشعير والتمر والزيت و الزبيب والسمن ثم ان ثبوته فى الغلات الاربع بزيادة السمن لاخلاف فيه ظاهراً .

وعن كشف الرموز وظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه وعن مجمع الفائدة نفى

١ـ مدمن الخمر اى مداوم شربها و القواد هو الذى يجمع بين الذكر والانثى حراماً .

الخلاف فيه وامّا الزّيت فقد تقدّم في غير واحد من الأخبار ولذا اختاره الصّدوق و العلّامة في التّحرير حيث ذكر انّ به رواية حسنة و الشّهيدين والمحقّق الثّاني و عن ايضاح النّافع انّ عليه الفتوى وامّا الملح فقد الحقه بها في ط والوسيلة والتّذكرة و نهاية الأحكام والدّروس والمسالك ولعلّه لفحوى ١ التّعليل الوارد في بعض الأخبار من حاجة النّاس.

الثّاني روى السّكوني عن ابي عبدالله (ع) ان الحكرة في الخصب [٢] اربعون يوماً وفي الغلاء والشّدّة ثلاثة ايّام فما زاد على الأربعين في الخصب فصاحبه ملعون ومازاد في العسرة على ثلثة ايام فملعون.

ويؤيّدها ظاهر رواية المجالس المتقدّمة و حكى عن الشّيخ و محكيّ القاضي والوسيلة العمل بها وعن الدّروس انّ الأظهر تحريمه مع حاجة النّاس و مظنّتها الزّيادة على ثلاثة ايّام في الغلاء واربعين في الرّخص للرّواية انتهى و امّا تحديده بحاجة النّاس فهو حسن كما عن المقنعة وغيرها و يظهر من الأخبار المتقدّمة.

و امّا ماذكره من حمل رواية السّكوني على بيان مظنّة الحاجة فهو جيّد ومنه يظهر عدم دلالتها على التّحديد بالعددين تعبداً.

الثّالث مقتضى ظاهر صحيحة الحلبي المتقدّمة في بادي النّظر حصر الأحتكار في شراء الطّعام لكن الأقوى التّعميم بقرينة تفريع قوله فان كان في المصر طعام ويؤيّد ذلك ماتقدّم من تفسير الأحتكار في كلام اهل اللّغة بمطلق جمع الطّعام وحبسه سواء كان بالأشتراء او بالزّرع والحصاد والأحراز الآن يراد جمعه في ملكه [٣]

١ـ لكن يلزم حينئذ التعدى الى اثر الاشياء الضرورية ايضاً كالسكر واللبن والشاى وغيرها.

٢ـ الخصب كثرة الغلات خلاف الجدب.

٣ـ يعنى الان يراد من الجمع ادخاله فى ملكه واحداثه فحينئذ يختص بالاشتراء فقط ولا يشمل الزراعة وغيرها.

ويؤيد التعميم تعليل الحكم فى بعض الاخبار بان يترك الناس ليس لهم طعام وعليه فلا فرق بين ان يكون ذلك من زرعه او من ميراث او يكون موهوبا له او كان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة و بقى الطعام لا يحتاج اليه المالك فحبسه متربصاً للغلاء.

الرابع اقسام حبس الطعام كثيرة لان الشخص اما ان يكون قد حصل الطعام لحبسه او لغرض آخر او حصل له من دون تحصيل له والحبس اما ان يراد منه نفس تقليل الطعام اضراراً بالناس فى انفسهم او يريد به الغلاء وهو اضرارهم من حيث المال او يريد به عدم الخسارة من رأس ماله وان حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به اهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر وزوار فى البلاد وتوقفهم يومين او ثلاثة فيحدث للطعام عزة لا يضر باكثر اهل البلد وقد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر اً .

هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه وقد يحبس انتظاراً لايام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقلة الطعام آخر السنة او لورود عسكر او زوار ينفد الطعام ثم حبسه لانتظار ايام الغلاء قد يكون للبيع بازيد من قيمة الحال وقد يكون لحب اعانة المضطرين ولو بالبيع عليهم والارفاق بهم ثم حاجة الناس قد يكون لاكلهم وقد يكون للبذر او علف الدواب او الاسترباح بالثمن وعليك فى استخراج احكام هذه الاقسام وتمييز المباح والمكروه والمستحب من الحرام .

الخامس الظاهر عدم الخلاف كما قيل فى اجبار المحتكر على البيع حتى على القول بالكراهة بل عن المهذب البارع الاجماع وعن التنقيح كما فى-

---

١ـ يعنى أن الاحتكار ينقسم الى الاحكام الخمسة فالحرام هو الاحتكار مع حاجة الناس بناء على القول به والواجب ما احتكر لحفظ النفس المحترمة و المستحب لاعانة الزوار والمضطرين والمباح لامع حاجة الناس والمكروه هو ذات الاحتكار مطلقا لو لم يعرض ما ذكر.

الحدائق عدم الخلاف فيه وهو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب.

ولذا ذكرنا انظاهر ادلة الاجبار تدل على التحريم لان الزام غير اللازم خلاف القاعدة نعم لايسعر عليه اجماعا كماعن السرائر وزاد وجود الاخبار المتواترة وعن المبسوط عدم الخلاف فيه لكن عن المقنعة انه يسعر عليه بما يراه الحاكم.

وعن جماعة منهم العلامة وولده والشهيدانه يسعر عليه انا احجف بالثمن لنفى الضرر وعن الميسى والشهيدالثانى انه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعاً بين النهى عن التسعير والجبر بنفى الاضرار[1].

خاتمة ومن اهم آداب التجارة الاجمال فى الطلب والاقتصار فيه ففى مرسلة ابن فضال عن رجل عن ابيعبدالله (ع) ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع[2] و دون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن اليها وليكن انزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف وتكسب ما لابد للمؤمن منه ان الذين اعطوا المال ثم لم يشكروا لامال لهم[3].

وفى صحيحة الثمالى عن ابيجعفر (ع) قال قال رسول الله (ص) فى حجة

١ـ محصله أن المحتكر لايسعر بل يؤمر بالنزول الى حد ينتفى معه الضرر جمعاً بين النهى عن التسعير لانه قد لايقدر على بذله او يضر بحال الناس و لتسلط الناس على اموالهم وبين الجبر اى جبر المحتكر على عدم الاضرار على المشترين لقوله (ص) لاضرر ولاضرار فى الاسلام.

٢ـ اى القاصر المهلك.

٣ـ يعنى لاينفعهم هذا المال فى الدنيا والاخرة فالقليل مع الشكر احسن منه.

الوداع الا ان روح الامین نفث فی روعی [١] انه لن یموت نفس حتی یستکمل رزقها فاتقوا الله واجملوا فی الطلب ولا یحملنکم استبطاء شیء من الرزق ان یطلبوه بشیء من معصیة الله فان الله تبارك وتعالی قسم الارزاق فی خلقه حلالا ولم یقسمها حراما فمن اتقی الله وصبر اتاه الله برزقه من حله ومن هتك حجاب الستر [١] وعجل فاخذه من غیر حله قصر به من رزق الحلال وحوسب علیه یوم القیمة.

وعن ابیعبدالله علیه السلام انه کان امیر المؤمنین (ع) کثیرا مایقول اعلموا علماً یقیناً ان الله عزوجل لم یجعل للعبد وان اشتد جهده وعظمت حیلته وکثرت مکائدته ان یسبق [٣] ماسمی له فی الذکر الحکیم ولم یحل [٤] بین العبد فی ضعفه و قلة حیلته ان یبلغ ماسمی له فی الذکر الحکیم ایها الناس انه لن یزداد امرء فقیر لحذفه [٥] ولم ینقص [٦] امرء فقیر لحمقه فالعالم بهذا العامل به اعظم الناس راحة فی منفعته

١ـ نفث فی روعی یعنی القی فی قلبی والنفث نفخ لطیف بلا ریق والجمیل فی الکسب الحد الوسط منه ولا یحملنکم ای لا یبعثنکم استبطاء الرزق علی طلبه بالمعصیة.

٢ـ یعنی کسی که پاره کند پردهٔ حیارا وعجله کند واز راه نامشروع روزی بدست آورد کم میشود باآن حرام از روزی حلال او ودر قیامت ازاو حساب آنرا میخواهند.

٣ـ هو فی محل مفعول ثان لیجعل بعد تأویل المصدر والجملات فی الوسط جملات معترضه والذکر الحکم و القرآن او اللوح المحفوظ.

٤ـ الظاهر انه من الحیلولة والمضارع منه یحول فسقطت الواو بدخول لم و فی بعض النسخ بالمعجمة او هو من خلی یخلی بمعنی الترك فسقطت الیاء من آخره بواسطة لم.

٥ـ الحذق المهارة .

٦ـ ینقص هنا لازم وقد یجیء متعدیاً کبعض الافعال التی حققناه فی رسالتنا العقد والحل فراجع الیه.

والعالم بهذا التارك[1] له اعظم الناس شغلا فى مضرته ورب منعم عليه مستدرج[2] بالاحسان اليه ورب مغرور[3] فى الناس مصنوع له فابق ايها الساعى من سعيك و اقصر من عجلتك وانتبه من سنة غفلتك وتفكر فيما جاء عن الله عزوجل على لسان نبيه (ص) وفى رواية عبدالله بن سليمان قال سمعت اباعبدالله (ع) يقول ان الله عزوجل وسع فى ارزاق الحمقى ليعتبر العقلاء وتعلموا ان الدنيا ليس ينال مافيها بعمل ولاحيلة.

١ـ المشار اليه هو عدم نفع الجد و الكد الزايد فى الرزق و الاخذ بحد الوسط .

٢ـ يعنى رب عبد انعم الله عليه ولكن لامن جهة اللطف اليه بل من جهة الخذلان عليه لانه مستدرج بالاحسان اليه يعنى تجديد درجة اخرى بعد الخطيئة و عدم الاستغفار بهذه النعمة حيث نقل فى المجمع حديثاً انه اذا اراد الله بعبد خيراً فاذنب ذنباً اتبعه بنقمة ويذكره الاستغفار واذا اراد بعبد شراً فاذنب ذنباً اتبعه بنعمة لينسيه الاستغفار ويتمادى بها وهو قوله تعالى «سنتدرجهم من حيث لا يعلمون» وفى الدعاء لا تستدرجنا بجهلنا وادرجنا ادراج المكرمين.

٣ـ اى غافل يعده الناس غافلا ويصنع الله له اوالمعنى رب غافل فى الناس فيصنع الله له اى يبتليه ليفعه ليتذكر بالاستغفار وفى نهج البلاغة ورب منعم عليه مستدرج بالنعمى ورب مبتلى مصنوع له بالبلوى فزدايها المستمع فى شكرك و قصر من عجلتك وقف عند منتهى رزقك تم بعون الله المجلد الثانى من شرح المكاسب ويتلوه المجلد الثالث فى الخيارات انشاالله والحمدلله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً والصلوة على محمد وآله الطاهرين.

وقدفرغت منه ليلة الاربعاء من شهر شعبان سنة ثلثمأة ثمان وثمانين بعدالالف من الهجرة النبوية على هاجرها آلاف الصلوة والتحية بيد العبد مصطفى النورانى الاردبيلى عفى عنه وعن والديه .

وفى مرفوعة سهل بن زياد انّه قال قال امير المؤمنين (ع) كم من متعب نفسه مقتر عليه رزقه وكم من مقتصد فى الطلب قد ساعدته المقادير.

وفى رواية علىّ بن عبدالعزيز قال قال ابوعبدالله (ع) مافعل عمر بن مسلم قلت جعلت فداك اقبل على العبادة وترك التّجارة فقال ويحه اما علم ان تارك الطّلب لاتستجاب له دعوته انّ قوماً من اصحاب رسول الله (ص) لما نزل قوله تعالى: «وَمَنْ يَتَّقِ اللهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ» اغلقوا الأبواب واقبلوا على العبادة وقالوا قد كفينا فبلغ ذلك النّبى (ص) فارسل اليهم فقال لهم مادعاكم الى ماصنعتم فقالوا يارسول الله (ص) تكفّل الله تعالى لنا بارزاقنا فاقبلنا على العبادة فقال (ص) انّه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطّلب وقد تقدّم رواية انّه ليس منّا من ترك آخرته لدنياه ولا من ترك دنياه لآخرته و تقدّم ايضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السّلام و على جميع انبيائه الصّلوة و السّلام بعد الحمد لله الملك العلاّم على ماانعم علينا بالنّعم الجسام التّى

من اعظمها الأشتغال بمطالعته

وكتابة كلمات

اوليائه

الكرام التّى هى مصابيح الظّلام للخاصّ والعامّ.

الفهرست

تعاريف البيع ٥
شمول البيع بالهبة و الصلح و ٠(٠ ٠ ١٢
المعاطات ١٩
محل الخلاف فيها ٢٢
اباحة التصرفات او التملك؟ ٣٠
الاقوال فى المعاطات ٣٤
اشكالات كاشف الغطاء فيها ٣٦
اصالة اللزوم فى عقد شك فيه ٤٧
نقل كلمات الاصحاب فيها ٥٠
انما يحرّم الكلام و يحلّل الكلام ٥٤
تنبيهات المعاطات ٥٨
الوجوه فى المعاطات ٦٥
ادلة اللزوم ٨٠
التنبيه السابع ٩١
الفاظ عقد البيع ٩٩
العقود اللازمة و الجايزة ١٠٠
الفاظ القبول ١٠٧

اشتراط الماضوية
تقديم الايجاب على القبول ١٠٩
شرطية الموالات ١١٠
شرطية التّنجّز ١١٧
قابليتهما على الأنشاء ١١٩
لو اختلفا اجتهادا و تقليدا ١٢٥
المقبض بالعقد الفاسد ١٢٦
كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ١٢٨
عكس القاعدة ١٣٠
الهبة الفاسدة ١٣٨
المنفعة الفائتة ١٤٢
ضمان المنافع ١٤٥
ضمان القيمى بالقيمى ١٤٧
زيادة القيمة السوقية ١٥٦
لو تعذر المثلى ١٥٧
ضمان المثلى بالمثلى ١٥٨
لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا ١٦٢
صحيحة ابى ولّاد ١٦٥
حكم تلف العين ١٦٧
غرامة البدل ١٨٠
الغاصب يؤخذ باشقّ الأحوال ١٨٥
شروط المتعاقدين ١٩١
شرعية عبادة الصبى و معاملاته ١٩٢
رفع القلم عن الثلاثة ١٩٤
شرطية قصد المتعاقدين ١٩٨
من شرائط المتعاقدين الاختيار ٢٠٤
الاكراه و الاضطرار ٢١٤
الاكراه على الطلاق ٢١٨
٢٢٩

الرضا المتاخر عن الاكراه ٢٣٦
بيع الفضولى ٢٣٧
البيع للمالك ٢٤١
الأجازة الكاشفة و الناقلة ٢٢٥
قضية العروة البارقى ٢٤٣
قضية بيع ابن السيد الوليدة ٢٤٥
الاحتجاج للبطلان ٢٥٣
بيع الفضولى لنفسه ٢٦١
اقسام بيع الفضولى ٢٧٧
الكشف الحقيقى و الحكمى ٢٨٧
الثمرة بين الكشف و النقل ٢٨٩
تنبيهات الفضولى ٣٠١
لو باع غير جايز التصرف ٣٣٢
المجاز ٣٤٠
البيع مع العلم بالغصب ٣٤٥
احكام الرد ٣٤٧
التصرفات الغير المنافية لملك المشترى ٣٤٩
لو لم يجز المالك ٣٥٢
اذا اغترم المشترى للمالك ٣٦١
لو باع الفضولى مال غيره ٣٧٧
من له نصف الدار ٣٨٣
مسئلة الاقرار بالنسب ٣٩٢
لو باع ما يقبل التملك ٣٩٣
تصرف الأب و الجد فى مال الطفل ٣٩٦
تصرف الحاكم فى مال الضعيف ٤٠٢
ولاية الحاكم ٤٠٤
ولاية الفقيه ٤١٠
ولاية عدول المؤمنين ٤١٤

عدم جواز نقل المصحف الى الكافر ٤٢٧
شروط العوضين ٤٢٨
عدم جواز بيع الوقف ٤٤٦
جواز بيع الوقف عند خرابه ٤٧٠
جوازه مع النفع ٤٧٥
جوازه عند الضرورة ٤٧٩
جوازه مع شرط الواقف ٤٨٠
جوازه عند الاختلاف ٤٨٤
عدم جواز بيع الرهن ٥٠١
لزوم القدرة على التسليم ٥١١
شرطية الشئ و مانعيته ٥٢٤
اشتراط العلم بالثمن ٥٣٠
العلم بقدر المثمن ٥٣٣
جواز الاعتماد باخبار البايع ٥٥٥
بيع متساوية الاجزاء ٥٦٠
بيع غير الشايع ٥٦٥
بيع البعض من الكل ٥٦٦
مشاهدة العين فى السابق ٥٨١
لو اختلفا فى التغير ٥٨٤
الاختبار بالطعم و اللون و الرائحة ٥٦٦
عدم جواز بيع المجهول ٦١٠
بيع المجهول مع الضميمة ٦١٤
انداز الظرف ٦١٩
بيع المظروف مع ظرفه ٦٣١
استحباب التفقه ٦٣٣
تلقى الركبان ٦٤٢
الاحتكار ٦٥٠
آداب التجارة ٦٥٦

فهرست موضوعی کتابهای مؤلف

۱۰ فلسفه واعتقادات ، تفسیر وطبیعیات (آیة محکمة)

۱/۱۰ فلسفه

۱/۱/۱) قواعدالفلسفة الاسلامیة (عربی)

۱/۱/۲) جهان بینی توحیدی

۱/۱/۳) شناخت فلسفه وفلاسفه (۵ جلد) شامل:

۱/۱/۳/۱) شناخت فلاسفه (جلد اول)

۱/۱/۳/۲) گفتار فلاسفه (جلددوم)

۱/۱/۳/۳) اصول اولیه، فلسفه (جلد سوم)

۱/۱/۳/۴) فلسفه، تطبیقی (جلد چهارم)

۱/۱/۳/۵) جهان شناسی (جلدپنجم)

۱/۱/۴) شرح رسائل التسع لابن سینا (عربی)

۱/۲۰ اعتقادات

۱/۲/۱) بررسی عقایدوادیان

۱/۲/۲) قواعدالعقاید

۱/۲/۳) اعتقادات به زبان اردو

۱/۲/۴) اصول عقایدبه زبان لاتین

۱/۲/۵) معارف اسلامی

۱/۲/۶) شناخت وسیره، معصومین(ع)

۲/۲/۷) ترجمه وشرح نهج البلاغة

۱/۲/۸) تحریف

۱/۲/۹) مجموعه، " ندای شرق "

۱/۲/۱۰) ردّ وهابی ها

۱/۲/۱۱) الجبروالتفویض

۱/۳۰ تفسیر

۱/۳/۱) ادبیات القرآن

۱/۳/۲) مقدمات تفسیر

۱/۳/۳) تفسیرجامع

۱/۳/۴) تفسیرموضوعی اخلاقی

۱/۳/۵) تفسیرموضوعی اعتقادی

۱/۳/۶) تفسیرموضوعی فقهی

۱/۴۰ طبیعیات

۱/۴/۱) علم هیئت وستاره شناسی

۱/۴/۲) علم الخواص وکیمیا

۱/۴/۳) علم الحیات وزیست شناسی

۱/۴/۴) قرابادین طب اسلامی

۱/۴/۵) کتاب روایی طب اسلامی

۱/۴/۶) کیاهان دارویی (چهارجلد)

۱/۴/۷) طب ودرمان (چهارجلد)

۱/۴/۸) بهداشت اسلامی

۱/۴/۹) فلکیات

۱/۴/۱۰) منابع دریایی

---

* تقسیم بندی فوق رابراساس حدیث شریف نبوی (ص) که فرمود : " انما العلم ثلاثة : آیة محکمة او فریضة عادلة اوسنة قائمة " (اصول کافی ، ج ۱ ، ص ۲۴) ترتیب داده ایم .

۰۲ علوم انسانی وتربیتی (سنة قائمة)

۰۲/۱ علوم انسانی

۲/۱/۱) روان شناسی (علم النفس)
۲/۱/۲) جامعه شناسی (علم الفراسة)
۲/۱/۳) انسان شناسی
۲/۱/۴) اقتصاداسلامی
۲/۱/۵) علم تشریح و ...
۲/۱/۶) همه، اینهاتحت عنوان " نمونه هایی ازعلوم اسلامی "

۰۲/۲ علوم تربیتی واخلاق

۲/۲/۱) فلسفه، اخلاق اسلامی
۲/۲/۲) تربیت اخلاقی اسلام
۲/۲/۳) دروس اخلاقی
۲/۲/۴) محرمات اخلاقی (جلداول ازسری:
محرمات وکیفرآنهادردین اسلام.
۲/۲/۵) اخلاق پزشکی
۲/۲/۶) کشکول علمی
۲/۲/۷) چهل حدیث

۰۳ احکام فقهی وقوانین اسلامی (فریضة عادلة)

۰۳/۱ فقه

۳/۱/۱) الفقه الجامع (۱۰ جلد)
۳/۱/۲) خمس وزکوة
۳/۱/۳) علل اختلاف الاقوال فی الفقه
۳/۱/۴) طبقات الفقهاء
۳/۱/۵) منابع الفقه
۳/۱/۶) شرح المکاسب (چهارجلد، شامل:
المکاسب المحرمة ، بیع ، خیارات دردوجلد)
۳/۱/۷) طبقات الرجال (دوجلد)
۳/۱/۸) مقدمات الفقه شامل :

۳/۱/۸/۱) قواعدالصرف
۳/۱/۸/۲) قواعدمنطق
۳/۱/۸/۳) قواعدالبلاغة
۳/۱/۸/۴) قواعدالنحو
۳/۱/۸/۵) قواعدالفقه
۳/۱/۸/۶) قواعدا لاصول
۳/۱/۸/۷) قواعدالحدیث والدرایة

۳/۱/۹) فروع الدین
۳/۱/۱۰) ولایة الفقیه

۰۳/۲ قوانین اسلامی

۳/۲/۱) القوانین العبادیة (دوجلد)
۳/۲/۲) القوانین المدنیة (دوجلد)
۳/۲/۳) القوانین الجزائیة (چهارجلد)
۳/۲/۴) قوانین اسلام
۳/۲/۵) العقدوالحل
۳/۲/۶) مقدمه ای برقوانین اسلام
۳/۲/۷) پرتوی ازقوانین اسلام
۳/۲/۸) قوانین ازدواج (جلدسوم ازسری:
محرمات وکیفرآنهادردین اسلام)
۳/۲/۹) کسبهای حرام (جلددوم ازسری:
محرمات وکیفرآنهادردین اسلام)
۳/۲/۱۰) گناهان کبیره (جلدپنجم ازسری:
محرمات وکیفرآنهادردین اسلام)

0315

قیمت [redacted] تومان

[redacted] ریال



انتشارات مکتب اهل بیت (ع)

چاپ و لیتوگرافی نور

چهار راه بیمارستان ، ۳۰ متری معلّم

روبروی بیت امام «ره»

تلفن : ۲۸۴۶۱



Kenneth H. Rockey
Class of 1916
Library Fund

WERT
BOOKBINDING
Grantville, PA
OCT-DEC 1997
We're Quality Bound

Princeton University Library
32101 047143332