

حائق و الفقه

في شرح شرائع الاسلام

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشهور بالمحقق الطهراني دام ظلته

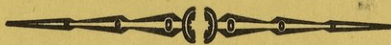
المجلد الثاني والعشرون

وقد طبع بنفقة المرحوم عبدالله النوراني

بمساعدة خير الحاج السيد احمد الجبوباتي وغيره

زيد توفيقهم

في سنة ١٤٠٢ هـ



المطبعة الغليية بقم

Princeton University Library



32101 047105703

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--

حائق و الفقه

في شرح شرائع الاسلام

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

المجلد الثاني والعشرون

وقد طبع بنفقة المرحوم عبدالله النوراني
بمساعدة خير الحاج السيد احمد الحبوباتي وغيره

زيد توفيقهم

في سنة ١٤٠٢ هـ



المطبعة الغيلية بقم

2271
13553
1827
mujallad 22

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله من اول الدنيا الى فنائها ومن الاخرة الى بقائها والصلاة
على انبياءه وسفراءه سيما خاتم انبياءه وآله الطاهرين ابد الابدين ودهر
الداهرين .

اما بعد فقد انتهى الكلام في المجلد الاحد والعشرين عند قول المصنف فلو باع
ملك غيره وقف على اجازة المالك الى ان بيع الفضولي مما يحتاج الى اجازة المالك
لامحالة ﴿و﴾ انه ﴿ لا يكفي سكوته مع العلم ولا مع حضور العقد ﴾ لامكان ان
لا يقدر على النهي عن بيع ماله فلا بد من الاجازة منه او من وكيله بحيث علم ان
اجازته اجازة المالك فلا فرق في وقوع البيع فضولة بين علم المالك و عدم تمكنه
من الرد وبين عدم علمه اصلا فيمكن وقوع البيع على ماله مع سكوته فلا يكون مثل
هذا السكوت دليلا على الرضا نعم ان تمكن من الرد والمنع وسكت كان دليلا على
الرضا لامحالة .

وكيف كان فالمعاملة الفضولية تحتاج الى الاجازة وقد وقع الخلاف في
انها على الكشف او النقل ومعنى الكشف انه اذا اجاز كشفت الاجازة عن وقوع
الملك من اول وقوع العقد وقد اختلف في ذلك اختلافاً شديداً وطال النقض والابرام
في كل واحد منهما .

قال الشيخ في مكاسبه ما لفظه فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتفاهم



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 نافلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كان العقد وقع حال الاجازة على قولين فالأكثر على الاول .

واستدل عليه كما عن جامع المقاصد وضمه بان العقد سبب تام فى الملك لعدم قوله تعالى اوفوا بالعقود وتماهه فى الفصولى انما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاماً يوجب ترتب الملك عليه و الا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شىء آخر وبان الاجازة متعلقة بالعقد فهو رضى بمضمونه وليس النقل العوضين من حينه وعن فخر الدين فى الايضاح الاحتجاج لهم بانها لو لم يكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود لان العقد حالها عدم انتهى .

فالظاهر من العبارة ان عقد المالك سبب تام للملك و عقد الفصولى غير تام للملك وانما تام بعد الاجازة فبعد الاجازة يكون تاماً و ظاهره ايضاً انه من حين الاجازة لاجل العقد واما كون ظاهر كلامه مراداً له ايضاً اولا فنحن نسئل ذلك منه .
فالعقد سبب تام للملك اذا صدر من المالك واما غيره فلا يعلم تمامية العقد اى لا يكون فعلاً سبباً تاماً للملك حتى يعجز الاجازة و من المعلوم انه من حين تحقق الاجازة قد تحقق الملك وهذا الذى ظاهر كلامه مقتضى للنقل لا الكشف الا ان يراد خلاف ظاهر عبارته .

وبالجملة مقتضى قوله وتماهه فى الفصولى انما يعلم بالاجازة هو كونه حين الاجازة قد تم لاجل وقوع العقد بداهة انه حين الوقوع لم يتحقق الاجازة وهو واضح وحين وقوع الاجازة لم يكن العقد قبلاً بل بعده بكثير .

ويمكن ان يتحقق الاجازة بعد سنة من مضى العقد فهذا الكلام لا يخلو عن تناقض فالعقد وان كان هو السبب التام لكن اذا صدر من المالك والا فليس بتمام بالضرورة لاحتياجه الى شىء آخر وهو رضى المالك فعند تحقق الرضا قد تم سبب النقل لا قبله ولذا قد اورد عليه شيخنا بقوله :

ويرد على الوجه الاول انه ان اريد بكون العقد سبباً تاماً كونها علة تامة للنقل اذا صدر عن رضى المالك فهو مسلم الا ان بالا اجازه لا يعلم تمام ذلك السبب ولا يتبين كونه تاماً اذا اجازه لا يكشف عن مقارنة الرضا غاية الامر ان لازم صحة عقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون له مدخل فى تمامية السبب كالرضا المقارن فلما معنى لحصول الاثر قبله .

ومنه يظهر فساد تقرير الدليل بان العقد الواقع جامعة لجميع الشروط وكلها حاصلة الارضى المالك فاذا حصل بالا اجازه عمل السبب عمله فانه اذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله انتهى .
ومن العجيب جعل قوله ان العقد الواقع جامعة لجميع الشروط وكلها حاصلة الارضى المالك متيناً بتوهم ان الرضا ليس اعتباره فى العقد كاعتبار ساير الشروط حتى لا يترتب الاثر الامن حينه بل هو من حين تحققه يجعل العقد السابق مؤثراً الخ وهذا الامر فى الفساد يكاد يلحق بالبدييات راجع خياراته ثم جعل كون السبب الشرعى ليس كالسبب العقلى كما فى الجواهر فى غاية المتانة مع انه كالاول فان الشرع تابع للعقل فضلاً عما اذا كان على خلافه والشىء اذا كان مؤثراً عقلاً كان مؤثراً شرعاً فالرضا ان كان له دخل عقلاً كذلك شرعاً .

والحاصل لاشكال فى ان العقد سبب تام للنقل فهو العلة التامة لحصول معلوله لكنه يسئل من القائلين بالكشف بان العقد مع قيد الرضا سبب تام او مطلقاً لاسبيل الى الثانى فلا يكون بدون اجازه علة تامة فان اجازه ح من شرائط العلة التامة .
وبالجملة ان الرضا ان كان كساير الشروط فلا يتحقق العقد بدونه و ان لم يكن كذلك معناه عدم كونه شرطاً ولا مدخلية له اصلاً فبنظر هذا المتوهم المدقق ان تمام العقد هو النقل والانتقال من اى عاقد كان وانما يحتاج الى رضا المالك بنحو الاطلاق فاذا تحقق يؤثر العقد من اول وقوعه وهو فى غاية الفساد .

وقد عرفت مما بيننا ان مثل الرضا والاجازة مثل الروح اذا تعلق بالجنين فانه يجعله حياً من حين تعلقه به لامن ابتداء حدوثه وما بعد ما بينه وبين من جعل الفضولى

باطلافان مناطه صدوره بغير رضا المالك من اول الامر وغاية ما يمكن التسلم عدم لزوم كون الرضا قبلا لانه يكشف وقوعه عن تحققه من اول الامر .
ومن العجيب ان هذا القائل في ذخائره في مقام اعتبار رضا المالك قال ان مطلق الاعتبار مما لا ريب فيه و اما عدم نفع اللحوق و اعتبار المقارنة فهو اول الكلام بل التحقيق عدم دلالة الادلة على اعتبارها بل دلالتها عقلا ونقلا على عدم اعتبارها وان المعبر انما هو الرضا كيف كان الخ وفساده واضح لمن له ادنى تأمل فانه وان سلم ان المعبر انما هو الرضا مطلقا لامن اول الامر لكن الكلام في انه قبل تحقق الرضا لم يكن شيء وانما يكون عقداً من حين لحوق الرضا لانه اذا حصل انكشف عن تحقق العقد من حين حدوثه .

ومن جميع ما ذكرنا يظهر ما في جميع كلماته فراجع بل يمكن ان يقال انتصاراً للقائلين بالبطلان رأساً ان قبول المشتري انما يتم ويصح بعد تمامية الايجاب و اذا لم يتحقق الرضا من المالك بانتقال ماله لا يتم الايجاب فيكون القبول واقعاً قبل تمامية الايجاب تدبر و يمكن دفعه بانه بعد تحقق الرضا يكون من قبيل تقدم القبول على الايجاب .

وقال ايضاً والفرق بين الاجازة والقبول ما عرفت من ان القبول جزء السبب والاجازة تنفيذ للسبب التام وقد عرفت حقيقة التمامية قبلها مع التوقف عليها فلا يقاس الاجازة بالقبول الخ .

وفيه ان كون العقد سبباً تاماً قبل الاجازة مجرد الدعوى ولازمه عدم اشتراط الرضا في اصل العقد وانه قبل الاجازة والرضا لا يحتاج في تماميته الى شيء آخر وهو كما ترى مع ان بين التمامية و عدم النافذية تناقض واضح اذ لو كان تاماً فلا جرم يكون نافذاً فعدم النفوذ دليل على عدم التمامية ولو سلم فكون التنفيذ من اول الامر لامن حين صدور الرضا كلام شعري اذ عدم النفوذ ليس الالفقد شيء من جزئه او شرطه ولا ظن لمحقق ولا مدقظن هذا الكلام الذي ليس الاتناقض محضاً فتدبر .
والحاصل اذا فرض ان من شرط العقد ان يكون واقعا برضا المالك فقبل الرضا

والاجازة لا عقد كى يكون تامة فاذا كان تماميته بالاجازة فقبلها لا يكون عقد تام .
نعم قد صدر امر لو لحقه الاجازة صار تماما من حينها فلو كانت الاجازة
كاشفة عن تمامية العقد من حين صدوره من اجزاء العلة وشرائطها هو الاجازة للزم اما
عدم كونها من اجزاء العلة وشرائطها او الالتزام بصحة تحقق المعلول قبل وقوع العلة
من غير فرق بين كون العلة عقلية او شرعية فانه اذا جعل الشارع المؤثر فى النقل هو
العقد مع الرضا او الاجازة كان معناه ان تمام العلة هو العقد مع احد الامرين فتحققه
بدون جزئه او شرطه مساوق لجواز تقدم المعلول على علته التامة .

واعجب منه ما عن الايضاح حيث حكم بان العقد فى حال الاجازة معدوم فلا بد
وان تتعلق الاجازة فى حال وجوده وهو حين صدوره وذلك لان المعدوم انما هو الفاظ
العقد لامضمونه فهو امر باق واقعا الى ان يرفع عنه اليد فمضمون العقد ثابت وواقع
فى وعاء الدهر والافلو كان مضمون العقد معدوماً حين الاجازة لما صح تعلقها بنفس
مضمون العقد الواقع من حينه ايضاً اذ المضمون السابق بمجرد صدوره صار معدوماً
فعلى فرض المعدومية لا يبقى المضمون حتى لحقه الاجازة ولو فى زمان صدور العقد
فانه بمجرد صدوره من لسان العاقد ينعدم بالمره .

ومقتضى ما ذكره عدم صحة تحقق عقد اصلا حتى فى الاصيل الذى كان واقعاً مع
الرضى المقارن اذ عليه هو معدوم حين تحقق القبول فكان القبول واقعا على امر معدوم
وهو كما ترى فحقيقة العقد و مضمونه باق فى وعاء الدهر بل الفاظه ايضاً وفناء اللفظ
بنظر البدوى الابتدائى وعند الحس والافجميع الالفاظ الواقعة الصادرة عن كل متكلم
واقع وثابت فى موطنه و علوم العصرية قد اثبت تحقق كلمات النبى الاكرم وسائر
الاولياء وماناجاه الرب تعالى مع موسى بن عمران وانهم كانوا بصدد اخذ كلماتهم
واظهارها تأمل فى فنون العصرية الجديدة تعرف .

وكيف كان فمضمون العقد واقع فى وعاء الدهر وله نحو وجود حقيقى واقعا
اما بنحو لا يحتاج الى الاجازة كما فيما صدر من المالك واما بنحو يحتاج الى الاجازة
حتى يكون مؤثراً من حين اتصافه بالاجازة .

وبالجملة فان اراد بمضمون العقد تماميته من جميع الجهات فهو خلف اذ حينئذ لا يحتاج الى الاجازة وان اراد تماميته بعد الرضا الحاصل بالاجازة فلا يكون مضمون العقد بتمام قبل الاجازة ولازمه انه بالاجازة يتحقق مضمون العقد .

واما وجه الثانى اى قوله ان الاجازة متعلقة بالعقد فهو رضى بمضمونه وليس الا النقل من حينه فتوضيحه ان الاجازة رضى وامضاء بمضمون العقد الذى صدر من الفضولى وراضيا بفعله وانه بمنزلة الصدور من نفسه فمعناه ان الذى تحقق فى السابق كأنه صدر من نفسى فليس معناه الا تعلق الاجازة بحين صدوره فلا يصح التفكيك بينهما بحسب الوقت فلا معنى لكون الاجازة موجبة لحصول النقل من حينها وفى حال تحققها وصدورها من المالك كى تكون نقلا لا كشفا .

وهذا مراد صاحب الجواهر قده بقوله المتقدم بل الاجازة فى الحقيقة رضى برضى الفضولى الذى كان مقارنا للعقد مثلا اذا فرضنا وقوع العقد من الفضولى من اول الشهر وفرضنا ان اجازة المالك الواقعة فى آخر الشهر بمنزلة رضاه بما فعل الفضولى فى أول الشهر كان معناه ان ما وقع من الفضولى فى أول الشهر هو عقدى ورضائى بالنقل به ولو كان زمان اجازتى فى آخر الشهر .

فعلى هذا لا يتصور التفكيك من حيث الزمان بين العقد والاجازة فان زمان الاجازة وان كانت متأخرة الا انها تعلقت بحين صدور العقد المقيد بأول الشهر فهى نظير الشك السارى فى تعلقه بنفس المتيقن السابق وعليه لو حصل من المبيع الواقع فى أول الشهر فضولة نماآت كثيرة كان الجميع للمشتري الاصيل اذ الفرض ان الاجازة معناها الرضا بما صدر من الفضولى فى أول الشهر كما اذا باع نفس المالك .

ولا يخفى ان لازم ذلك ان المالك لو صرح بخلاف مقتضى الاجازة حينئذ وقال انما اجزت من هذا الحين لم يكن جازياً لانه على خلاف مقتضى العقد بل لزمه قباض المبيع مع جميع نتاجه الى المشتري الاصيل ولم أظن القائلين بهذا المعنى من الكشف الالتزام بذلك مع ان بطلان ذلك كأنه ملحق بالبدهييات خصوصاً مع منع المالك عن البيع اذ الفرض ان الذى انتقل الى الغير بدون رضى المالك كان

انتقالاً منهياً عنه .

وانما يتبدل بالرضى اذا حصل الرضى فعلى الكشف الحقيقي لزم كون المبيع قبل الاجازة واجباً الدفع الى المشتري ومحرمأ كذلك فمن حين الرضا قد ارتفع المنع والمفروض ان الاجازة الواقعة بعداً قد تعلق بالمبيع الواقع قبلاً فيكون فعلاً للمشتري فى الواقع غاية الامر ليس له كاشف وبالاجازة يعلم ذلك مع انه فى تلك الحالة محرمأ على المشتري لكون البيع منهياً عنه لنهى المالك عنه وتوهم ان النهى بحسب الظاهر وعدمه بحسب الواقع لايجدى فى دفع الاشكال ولذا لايجوز التصرفات المنافية للملك قبل الاجازة بالضرورة هذا مضافاً الى ماأورد عليه الشيخ فى مكاسبه من ان الزمان ليس قيداً بل انما يكون ظرفاً لوقوع الزمانى فيه .

وبالجملة فمع قطع النظر عن كلام الشيخ ره لايتصور كون الاجازة فى حال وقوعها فى الزمان المتأخر كانت راجعة الى الزمان المتقدم وليس الزمانيات كالدهريات منسلخة عن الزمان بل واقعات فى وعاء الزمان سواء كان الزمان قيداً لها أو ظرفاً فالبيع الواقع بوصف عدم الانتقال لعدم الرضا او الاجازة فى زمان متقدم لايليق بأن يصلحه الاجازة المتأخرة من حين صدوره ووقوعه بحيث لو قال المالك انا أجزت من هذا الحين عمل على خلاف قوله كما اذا كان المبيع حين الاجازة اضعاف قيمته يوم العقد مع انه ليس كذلك و ليس وجهه الاعدم تعلق الاجازة الابنفس العقد من غير لحاظ وقوعه فى حين بل لم يكن ذلك فى قصد العاقد اصلاً ولو كان فى الواقع وقع العقد من حين الطلوع مثلاً لكن هذا الحين لم يكن فى ذهنه بأن يجعل عقده مقيداً بهذا الحين ولافى الواقع كذلك .

وانما وقع الاشياء فى زمان من حيث انها زمانى والا لزم ان يكون اذا تزوج امرأة فضولاً ثم زنى بها قبل الاجازة من غير تمكين للمرأة وبدون علمها بالعقد ثم بعد مدة كثيرة وحمل المرأة أعلمها بالعقد واجازت عدم كونه زناً حينئذ ولاعصيانا بل انما يكون بالنسبة الى الرجل تجريباً محضاً لعدم علمه بالاجازة فبعد الاجازة كان جميع التصرفات صحيحاً لتعلق الاجازة بنفس العقد الواقع من الزمان السابق ودو

بديهى البطلان فالزمان لم يكن فى الاشياء قيداً لوقوعها بل ظرف الا اذا قيد الزمان فيه كقوله عز من قائل أقسم الصلوة لدلوك الشمس الخ فالصلوة عند الزوال مقيدة بالزوال والصوم فى شهر رمضان مقيد برمضان .

وبالجمله فيما دل الدليل على جعل المتكلم شيئاً مقيداً بالزمان يتبع لامحالة بخلاف عدم التقييد وان كان الزمانى يحتاج الى الزمان ففرق واضح بين كون الزمان قيداً أو ظرفاً قال شيخنا الانصارى ما لفظه .

ويرد على الوجه الثانى اولا ان الاجازة وان كانت رضى بمضمون العقد الا ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الاجازة والرضا بذلك النقل المقيد بكونه فى ذلك الحال بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه فى زمان وانما الزمان من ضروريات انشائه فان قول العاقد بعث ليس نقلت من هذا الحين وان كان النقل المنشىء به واقعاً فى ذلك الحين فالزمان ظرف للنقل لا قيد له فكما ان انشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشىء فى ذلك الزمان فكك اجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الاجازة فكما ان الشارع اذا أمضى نفس العقد وقع النقل فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الاجازة ولاجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب مع انه ليس الا رضى بمضمون الايجاب فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه وكان القبول رضى بذلك كان معنى امضائه الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لان الموجب ينقل من حينه والقابل يتقبل ذلك ويرضى به انتهى وهو متين فى الغاية فمثل الاجازة مثل الروح .

وكيف كان فلم ارمعنى صحيحها للكشف الحقيقى وانه من المسلم عند العرف كون الاجازة مؤثرة من حين وقوعها لامن اول الامروانه من زمان صدورهما من المالك صار العقد مؤثراً نافذاً او اضاف اليه لانه رضى بمفاعل الفضولى قبلا والالزم اما كون المؤثر مطلقا هو العقد صدر من اى عاقد من دون اشتراطه برضى المالك او كون الشرط مع تأخره مؤثراً فى المتقدم ولازمه تقدم المعلول على العلة التامة لان

الاجازة اما شرط او جزء سبب فحصل المعلوم قبلهما ثم ان الكشف مبتل باشكال اعظم من الجميع وهو لزوم كون الملك قبل الاجازة ملكا للمالك والمشتري معا فى زمان واحد وهو فى الاستحالة كالشمس فى رابعة النهار بيانه ان الاجازة تكشف عن خروج الملك عن ملكه ودخوله فى ملك المشتري مع انه لولم يكن باقيا على ملكه لماصح منه الاجازة فان الاجازة من المالك ففى حال الاجازة كان الملك للمالك والمشتري وسيأتى تمام الكلام فيمن باع ثم ملكه فانتظره .

ونظيره الالتزام بالكشف الحقيقى مع جعل الشرط هو وصف التعقب بالاجازة كما حكى عن صاحب الفصول واخيه من ان الشرط هو وصف تعقب العقد بالاجازة وهو موجود حين صدور العقد لو الحقه الاجازة ولولم يعلم للمخلوقين فعلى فرض اجازة المالك كان وصف التعقب مقارنا مع العقد قد علمه الشارع ففيه ان الظاهر من الادلة .

وقوله الغلب حتى انفذه كون الانفاذ بوجوده الخارجى شرط الابد وجوده الوصفى الانتزاعى ومن ذلك يعلم بطلان القول بان الشرط هو وجوده العلمى والذهنى وهو مقارن مع العقد كما هو ايضا يرجع الى التعقب بتغيير العبارة .

هذا كله فى الكشف الحقيقى وقد يقال بالكشف الحكمى كما حكى عن شريف العلماء (ره) وهو ترتب آثار الملك من حين صدور عقد الفضولى مع عدم حصول الملك الا بعد الاجازة وهو اسوء حالا من جميع الاقوال اذ مع الاعتراف بعدم حصول الملك قبلا كيف نلتزم بآثار الملك كدفع النماءات الى المشتري بعد الاجازة مع ان النماءات كله للمالك .

وقد اشار الى جميع الاشكالات ايضا شيخنا فى مكاسبه بقوله وقد تحصل مما ذكرنا ان كاشفية الاجازة على وجوه ثلثة قال لكل منها قائل احدها وهو المشهور الكشف الحقيقى والتزام كون الاجازة فيها شرطا متاخرا ولذا اعترضهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة بان الشرط لا يتأخر والثانى الكشف الحقيقى والتزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لانفس الاجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط

عن المشروط والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة لو علم تحققها فيما بعد الثالث الكشف الحكمي وهو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك في الواقع الا بعد الاجازة .

وقد تبين من تضاعيف كلماتنا ان الانسب بالقواعد والعمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمي واما الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة من الشروط فتمامه بالقواعد في غاية الاشكال ولذا استشكل فيه العلامة في عدولم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الارشاد بل عن الايضاح اختيار خلافه تبعا للمحكى عن كاشف الرموز وقواه في مجمع البرهان وتبعهم كاشف اللثام في النكاح انتهى .

قد عرفت ان الكشف الحكمي ايضا على خلاف القواعد فلا ينطبق معها الا النقل لا الكشف الحقيقي ولا الحكمي بوجه وان توهم ظهور الاخبار في الكشف الحقيقي ولذا لا ينبغي اطالة الكلام في المقام في كل ما قيل او يمكن ان يقال فانه من تضيق الوقت وان كانت المسألة من مزال الاقدام وقد كثر من الاعلام المقال والنقض والابرار وانما نتكلم فيها ايضا في الجملة تبعا للاعلام والافلم يأت بدليل يشفي العليل ويروى الغليل وما بعد ما بينه وبين القول ببطلان اصل الفضولي كما عرفت ثم انه قال شيخنا في مقام استفادة الكشف من الاخبار هذا بحسب القواعد والعمومات واما الاخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف كما صرح به في س وكذا الاخبار التي بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور فيحتمل الكشف الحكمي نعم صحيحة ابي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا الامرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ظاهر في قول الكشف اذ لو كان مال الميت قبل اجازة الزوجة باقية على ملك ساير الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على اموالهم فاطلاق الحكم بالعزل منضمما الى عموم الناس مسلطون على اموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع فكانه احتياط في الاموال قد غلبه الشارع على اصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل

وجعله اكثر ما يحتمل انتهى .

ولا يخفى عدم دلالة الصحيحة على الكشف بوجه فان المشتري اذا باع الوليدة كان عليه عدم التصرف فيها بالوطء فانه يحرم بلا كلام قبل الاجازة الا اذا كان المشتري الاصيل جاهلا بكون المعاملة فضوليا وعلى اى حال فان كان عالما بالفضولى كان وطئها حراما والولد قبل الاجازة على النقل من الزنا وان كان جاهلا كان الوطء شبهة . وكيف كان فالامام لا يتكلم من حيث الولد وانه من الحلال او الحرام وانما حكم بتنفيذ البيع نعم ان صرح بكون الولد من الحلال يكشف عن كشف الحقيقى واما الكشف الحكمى فقد عرفت انه لامعنى له ولا يصح الحكم بحلية الولد مع عدم دخول الوليدة فى ملك المشتري .

وبالجملة النزاع فى صورة تنفيذ اصل المعاملة والامام عليه السلام اوضح لهما طريق التنفيذ والعلاج فى طرح النزاع ساكتا عن حال الولد فلا يظهر منه الكشف الحقيقى ولا يصح الحكمى .

واما «صحيحة ابى عبيدة المرورية فى قال سئلت ابا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجها وليان لهما وهما غير مدركين فقال النكاح جائز وابهما ادرك كان له الخيار فان ماتا قبل ان يدركا فلاميراث بينهما ولا مهر الا ان يكونا قد ادركا ورضيا قلت فان ادرك احدهما قبل الاخر قال يجوز ذلك عليه ان هو رضى قلت فان كان الرجل الذى قد ادرك قبل الجارية ورضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أترثه قال نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها السى اخذ الميراث الارضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت فان ماتت الجارية ولم يكن ادركت أيرثها الزوج المدرك قال لا لان لها الخيار اذا ادركت قلت فان كان ابوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك قال يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية» ففيه اولان موردها تزويج الوليين وهو بالولاية فيخرج عن الفضولى جـدا هذا مضافا الى ان المشهور قائلون بعدم الخيار للزوجين الصغيرين اذا ادركا .

واما على المختار من ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ كما سيأتي في النكاح وهو صريح الصحيحة فان خيار الرد والامضاء من حيث عقد الوليين لا عقد الفضولين فلا ربط له بامضاء الفضولى واجازته فالصغيرة على فرض اجازتها عقد الولى يكشف كون عقدها نافذة من اول الامر وانها وارثة للزوج فلا يدل على كون الفضولى كذلك وايضا ان المشهور غير قائلين بنفوذ اجازتها من حيث كون عقد الولى نافذا. وايضا لو سلم جميع ذلك فجواز العقد ولزومه فيما كان طرفى العقد باقيا حيا واما اذا مات احدهما ارتفع موضوع العقد فلا عقد حينئذ كى أمضى اورد ولو رضى احدهما ثم مات بسل شرط تنفيذ الاجازة بقاء الطرفين وبقاء المهر والارث بعد الموت انما كان فيما اثبتت الزوجية بعقد الاصيلين او الفضولين بعد اجازتهما واما لو مات احدهما قبل اجازة الاخر فارفع موضوع العقد رأسا وفى الصحيحة اشكال اخر ايضا مثل ثبوت الارث بالحلف ومثل نصف المهر الثابت بالطلاق لا بالموت وهو ليس قولاً للجميع ومن ذلك ظهر عدم صحة التمسك لاصل الفضولى بما ورد من امثال تلك الروايات المشتملة على الخيار بعد البلوغ وعدمه بعقد الولى وكيف كان فلا دلالة للصحيحة على الكشف بحال وقد مر تمام الكلام فيه فى المجلد الثالث والثلاثين ص ١١٩ فراجع واما الثمرات بين اقسام الكشف وبينها وبين النقل فواضح و اشار اليه فى المكاسب بقوله :

بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل فنقول اما الثمرة على الكشف الحقيقى بين كون نفس الاجازة شرطا وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له فقد يظهر فى جواز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بانشاء الفضولى اذا علم اجازة المالك فيما بعد واما الثمرة بين الكشف الحقيقى والحكمى مع كون نفس الاجازة شرطا يظهر بى مثل ما اذا وطى المشتري الجارية قبل اجازة مالكة فاجاز فان الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهر الاصاله عدم الاجازة حلال واقعا لكشف الاجازة عن وقوعه فى ملكه ولو اولد لها صارت ام ولد على الكشف الحقيقى والحكمى لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك .

ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك الخ وحيث كان بطلان الكشف الحكمى بمثابة من الوضوح فالاولى هو الاعراض عن جميع ما يتعلق به .

نعم قد ذكر شيخنا ايضا ثمرات بين الكشف والنقل فلا باس بنقلها وان كانت اكثرها واضحة ونحن نتبعه فيما هو محتاج الى بيان قال منها النماء وهو واضح فانه على الكشف الحقيقى لمن انتقل اليه العين وعلى النقل للبايع .

ومنها وهو يلىق ان يتكلم فيه اجمالا 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 القابل فى كونه ملغيا لانشائه السابق بخلاف ما لوجعلت كاشفة فان العقد تام من طرف الاصيل غاية الامر تسلط الاخر على فسخه وهذا مبنى على ما تسالموا عليه من جواز ابطال احد المتعاقدين لانشائه قبل انشاء صاحبه بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض فى الهبة والوقف والصدقة انتهى .

ولا يخفى ما فى هذه الثمرة اما على النقل فواضح لعدم حصول الملك فله ارتفاع موضوع سببه واما على الكشف فالملك وان كان حاصلابعد العقد لكنه لكشف الاجازة عن ذلك فما قبل الاجازة لا كاشف ولا مكشوف فللاصيل ايضا اذهاب محل الاجازة خصوصا مع اصالة عدم تحقق الاجازة فكما انه على النقل لم يحصل الملك فكذلك لو لم يتحقق الاجازة ويصح افناء محلها وموضوعها .

وبالجملة لا علم فعلا للاصيل بتحقق الملك ولو لاحتمال عدم وقوع الاجازة فبعد الفسخ لامحل للاجازة فلا فرق فى الصورتين الاكون عدم حصول الملك يقينى على النقل واحتمالى على الكشف ومدفوع احتمالها باصالة عدمها فاذا فسخ العقد القابل للاجازة فلا محل بعده لاجازة المالك ومن العجيب معارضة اصالة عدم الاجازة باصالة عدم الرد مع ان الفرق بينهما واضح اذ الملك خرج عن يد المالك بدون رضاه واجازته وفى مثله صح اصالة عدم الاجازة الموافقة لظاهر حال المالك بخلاف اصالة عدم الرد فان الرد مطابق لظاهر حاله فكيف يجرى فيه اصالة عدم

بل حينئذ العقد لم يكن باجازه ورضاه فالاصل بقاء عدم رضاه واجازته .
وبالجمله معنى الكشف الحقيقى انه لو اجاز كشف الاجازة عن تحقق الملك وقبل
الاجازة لا يكون شيئاً ويمكن ان لا يتحقق فليس دليل على تربص الاصيل كى يتحقق
الاجازة وعدمها نعم ان وقعت الاجازة قبل فسخ الاصيل كان الفسخ باطلا ولعمرى
ان ذلك واضح وترتب الاجازة ليس عليها دليل وقبلها لملك فبناء عليه لو تزوجت
امراً نفسها برجل فضولا ثم تزوجت برجل اخر اصالة بطل عقدها الاول لو كانت
اجازته بعد العقد الثانى وكذا لو تزوج رجل امراً فضولا كان للرجل الاصيل قبل
اجازتها الفسخ .

ثم قال ومنها جواز تصرف الاصيل فيها انتقل عنه بناء على النقل وان قلنا بان
فسخه غير مبطل لانشائه الى ان قال وربما احتتم عدم جواز التصرف على هذا القول
ايضا ولعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حق الاصيل و ان لم يجب فى الطرف
الاخر الى ان قال :

واما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة
كالعلامة والسيد العميدى والمحقق الثانى وظاهر غيرهم انتهى ولا يخفى ان المسألة
وان كانت محل خلاف الا ان الحق عدم الفرق بين النقل والكشف بتمام اقسامه لما عرفت
اولا من جواز فسخه و كونه مبطلا لعقده اما على النقل فواضح

واما على الكشف فلعدم تحققه والقول بتمامية العقد ولو قبل الاجازة كما ترى
فلا امر له بالوفاء ما قبل الاجازة ولا يجب عليه الصبر حتى اجاز المالك بل ولو علم بتحقق
الاجازة كان له اذهاب محلها بان يتصرف فيما انتقل عنه فكما انه للمشتري اذ لم تكن
المعاملة فضولية فسخ عقده قبل القبول فكذلك اذا كانت المعاملة فضولية .

والسرّ فيه عدم تعلق وجوب الوفاء به الا بعد تمام العقد حتى لو قلنا بان الشرط
هو التعقب بالاجازة وذلك لان التعقب انما يتحقق اذا تحققت الاجازة فى الواقع
ولا يعلمه الا الله فلا علم للمشتري بالتعقب فلا امر له بالوفاء فعلا الا بعد العلم بالتعقب
ومع ذلك ما لم يتحقق نفس الاجازة كان له الفسخ ولو علم بانه على فرض الاجازة

كان التعقب حاصلًا فعلا و كيف كان فصيل الاجازة لم يتحقق عقد فيجوز له التصرف مطلقا على النقل و الكشف بتمام انواعه و اقسامه و ح اذا حصلت الاجازة كشفت عن عدم محل لها لاعن بطلان كل تصرف منافية لها كى يؤخذ بالعين او البدل مثلها او قيمية بل كان العقد لم يقع بعد بطلان مايرتفع به محلها بمقتضى سلطنة الناس على اموالهم بعد عدم ثبوت الانتقال عنه و لايجب التربص حتى يعلم الحال و لايعارض الاصل الجارى فيه باصالة عدم الرد لان الغالب فى بيع المال فضولة عدم رضى المالك بخلاف عدم الاجازة فانه موافق لميله و شوقه الى بقاء ملكه و لو سلم فلايوجب ذلك رفع سلطنته على امواله .

و كما يجوز له التصرف فيما انتقل عنه فكذلك يجوز للاخر التصرف فى المبيع لعدم سلب قدرته على المبيع بعد كون اختيار اجازته بعد بيده و العمدة عدم توجه عمومات الوفاء به الا بعد الاجازة .

ومن العجيب عدم جواز الفسخ القولى او الفعلى فيما انتقل عنه حتى على النقل بتوهم عمومات الوفاء بالعقد على الاصيل مع انه على النقل لا عقد فى البين بعد كى يجب الوفاء به و ثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له و اعجب منه قوله و ان قلنا بان فسخه غير مبطل لانشاءه لما عرفت من انه على النقل لا عقد فى البين بعد فاذا فسخ ما أنشأ أولا فسخ قبوله قبل الاجازة فكيف لا يكون مبطلا له تأمل .

فلا فرق بين الفسخ القولى و بين ما فوت محل الاجازة بل على النقل لا قبول فى البين اذ القبول انما يكون اذا تحقق الايجاب و الايجاب انما يتم اذا تحقق اجازة المالك فالقبول الواقع بعد الايجاب الواقع عن الرضا قبول لا مطلق القبول .

قال (قده) ايضا و اما على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد وقد تحقق فيجب على الاصيل الالتزام به و عدم نقضه الى ان ينقض فان رد المالك فسخ العقد من طرف الاصيل كما ان اجازته امضاء له من طرف الفضولى و الحاصل انه اذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف

المبنى على كون ما يجب الوفاء هو العقد من دون ضميمه شىء شرطاً أو شرطاً حرمه نقضه على الاصيل مطلقاً فكل تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز .

وهذه العبارة مبنى على المشهور والاغماض عما ذكره فى رد جامع المقاصد وكيف كان فنسئل منه انه مع كون نفس الاجازة شرطاً فهل يكون الوفاء بالعقد بدون الاجازة مؤثراً تاماً أولاً لاسبيل الى الاول والا لزم عدم كون العقد مشروطاً بالاجازة رأساً وعلى الثانى لا يجب الوفاء الا بعد الاجازة فان الاجازة اما شرط لوجوب الوفاء واما سبب وعلى التقديرين كون نفس العقد بدون الاجازة عقداً تاماً مؤثراً يجب الوفاء به خلف .

ثم قال ايضا ودعوى ان الالتزام المذكور انما هو على تقدير الاجازة ودخول البديل فى ملكه فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فى المال المندور قبل تحقق الشرط اذا لم يعلم بتحقيقه فكما ان التصرف حينئذ لا يعد حثاً فكذلك التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الاجازة لا يعد نقضاً لما التزمه اذ لم يلتزمه فى الحقيقة الا معلقاً مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف فى مسألة النذر المشهور بالاشكال ان الفرق بينهما ان الالتزام هنا غير معلق على الاجازة وانما التزم بالمبادلة متوقفاً للاجازة فيجب عليه الوفاء به ويحرم عليه نقضه الى ان يحصل ما يتوقعه من الاجازة او ينتقض التزامه برد المالك ولاجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعد من التصرفات منافية لما التزمه الاصيل على نفسه دون غيرها انتهى .

ولا يخفى صحة الدعوى ومثانتها والمقام بعينه كمسألة النذر والفرق بينهما بما ذكره غير فارق فان العقد اذا كان شرطه الاجازة كان فى الواقع واللب هو معلقاً عليه وان كان فى اللفظ لم يوثق بصورة التعليق فالضابط بنحو كلى صحة رفع اليد عن كل ما يتوقع حصوله قبل حصوله و التربص حتى يحصل الشرط يحتاج الى دليل فما لم يجب الوفاء بعموم شىء امكن له فعل ارتفع موضوعه بعدا .

وبالجملة المقام لا يكون ادون من البيع الخيارى فانه مع تحقق الامر بالوفاء صح له رفع اليد عنه واذهاب موضوعه بالاخذ بالخيار فكيف بالمقام الذى لا امر فعلا بالوفاء اصلا وقد عرفت فساد توهم الامر بالوفاء قبل الاجازة فربما لايجزى الا بعد مدة طويلة عمداً او عذراً كما لو سافر البايع علما او جهلا او نسيانا .

ومنه يعلم صحة رفع اليد عن المندور قبل حصول الشرط فانه لادليل على حفظ موضوعات الاحكام حتى يتعلق عليها الاحكام فى موطنه فلايجب حفظ الاستطاعة قبل تحققها لوجوب الحج ولاحفظ النصاب لتعلق الزكاة بل له اذهاب الاستطاعة والنصاب ولو كان للفرار عن تعلق الزكاة بل وجوب الحفظ ضررى لامكان ان لا يحصل او بعد مدة طويلة بحيث يكون فيه ضررا على المكلف .

وذلك لان وجوب الوفاء معلق على امر غير حاصل فلا وجوب فى البين الابدع حصول ما علق الوجود عليه والفرض انه حينئذ لامحل له نعم لو كان النذر معلقا على شىء لو حصل كان عليه فردا من كلى كذبح شاة صح فوجب الوفاء به لكنه خارج عن البحث .

ومن ذلك يمكن عدم تأثير لتكثير الامثلة حيث حكى عن القواعد فقال قال فى القواعد فى باب النكاح ولو تولى الفضولى احد طرفى العقد ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهرة فان كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والاخت والام والبنت الا اذا فسخت على اشكال فى الام وفى الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلايقع المصاهرة وان كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره الا اذا فسخ والطلاق معتبر انتهى وعن كشف اللثام نفى الاشكال وقد صرح ايضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل وفرعوا عليه تحريم المصاهرة واما مثل النظر الى المزوجة فضولا والى امها مثلا وغيره مما لايعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الاصول لان ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة بل المنفية بالاصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لايتوقف على ثبوت نتيجة العقد اعنى علاقة الملك او الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين انتهى .

ويرد عليه وعلى القواعد ما ذكرناه فلا يتوجه عليه حرمة المذكورات حتى يجب عليه الوفاء بعمومات تحريم الخامسة وليس الا بعد الاجازة دون ما اذا لم يحصل كما اذا ماتت المزوجة فضولة.

ومما ذكرنا يظهر ايضا ما فى الجواهر قال: قيل وفى انه ليس للمشتري الاصيل مثلاً الفسخ بل ولا التصرف فى المال قبل اجازة المالك للبايع الفصولى على الكشف دون النقل، ونوقش بانه قديقال بذلك أيضاً على النقل ولكن لا يخفى عليك ما فيه، وغرضه عدم صحة ذلك بناء على النقل دون الكشف فانه يصح ثم شرع فى بيان صحة هذه الثمرة على الكشف فقال أما الاول فلما فيه تمامية العقد من جهته، فاستصحاب قابليته على وجه لا ترتفع بفسخه بحاله كتناول خطاب أوفوا له وعدم اللزوم من طرف الاخر لا ينافيه كما أن اصل عدم الاجازة قد انقطع بوقوع العقد المخاطب بالوفاء به، الذى لامعنى له الا التبرص به، والمراعاة لحاله الذى هو عند التأمل كل من صحته وبطلانه مشروط بامر وجودى وهو الرد والاجازة، وقد تحقق احدهما قطعاً بمجرد وقوع العقد فى علم الله تعالى شأنه بناء على ما عرفته من الكشف، وكما أن الاصل عدم الاجازة، الاصل عدم الرد ايضا انتهى .

وفيه مواقع للنظر :

الاول: قوله تمامية العقد من جهته فانه اذا اعترف الكل بان من تمام العقد هو

الاجازة والفرض عدمها بعد فكيف يكون تماماً من جهته .

الثانى: قوله استصحاب قابليته فان اريد بهذا الاستصحاب هو التنجيزى منه

فلم يكن له حالة سابقة وان اريد به التعليقى منه بمعنى انه عقد لواجازه المالك كان تماماً فالاستصحاب التعليقى مساوق مع الشك فلا علم بوجوده قبلاكى يستصحب .

الثالث : تناول خطاب اوفوا فانه اول الكلام بل عدمه يقينى .

الرابع: قوله وعدم اللزوم من طرف الاخر الخ فكيف يصح كون العقد الواحد

من طرف لازماً ومن طرف جائزاً .

الخامس: انقطاع الاصل بوقوع العقد وقد عرفت عدم عقد بعد .

السادس: قوله بمجرد وقوع العقد في علم الله بمعنى ان الله يعلم بوقوع الاجازة وفيه اولا كما انه تعالى يعلم بوقوع الاجازة يعلم بعدمها فلا عقد حينئذ أصلا وثانيا ان لازمه كون المكلف مأموراً بالواقع النفس الامرى لا الظاهر وهو كما ترى .

السابع: معارضة اصالة عدم الاجازة باصالة عدم الرد وقد عرفت فساده آنفاً وهنا امور :

(الاول) انه يشترط في الاجازة كونها بلفظ ظاهر في المراد كقوله اجزت وامضيت وانفذت ونحوها وقد يؤدي بالفعل الدال عليها او بالكتابة او الكناية او الايماء أو الاشارة أو حركة الرأس في مقام التكلم بها وغير ذلك كتمكين المزوجة من الدخول عليها ونحو ذلك وهل يكفي مجرد العلم برضى الباطن ولو لم يظهرها لمانع من الموانع خصوصاً في اجازة المرأة بعد علمها بالعقد وعدم الرد وصدور ما يظهر منها الرضا والظاهر كفايته الا ان يقال ولازمه كون الكراهة الباقية بعد بيع الفضولى كافية في الرد فلم يتحقق فضولى على ذلك الا ان يفرق بينهما ولعله ظاهر.

وفي المكاسب بل لولا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا اذا علم حصوله من اى طريق كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الاجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل لعدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا انتهى .

ونظائر ما دل على الرضا الباطنى وكفايته عن الاجازة كثير في لسان الفقهاء كمن زوجت في حال السكر واقامت عنده بعد الافاقة رقولهم ان العقد مستجمع لجميع الشرائط سوى رضى المالك فالحق هو العلم بالرضا وكفايته عنها .

(الثانى) قال شيخنا في مكاسبه ان الخلاف في كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس في مفهومها اللغوى ومعنى الاجازة وضعاً أو انصرافاً بل في حكمها الشرعى بحسب ملاحظة اعتبار رضى المالك وادلة وجوب الوفاء بالعقود وغيرها من الادلة الخارجية فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف او الامضاء

من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان انتهى .

ولا يخفى ما فيه فكيف يمكن الالتزام بالنقل ومع ذلك صح الامضاء من حين العقد وبالعكس فاذا لم يحصل النقل باعتراف كل من قال بالنقل فكيف يكون ما يترتب على الملك مترتباً عليه وقد يحصل نماآت عظيمة على ذلك فلا يصح ذلك الا بالالتزام بما هو مفاد الدليل من الكشف او النقل .

(الثالث) عدم كون الاجازة مسبوقاً بالرد لكنه كما عرفت ان الرد كما انه قد يكون لعدم الرضا بأصل المعاملة قد يكون لامورات اخر كزيادة في المبيع او لعدم حصول الثمن في يده وغير ذلك فليس كل رد يمنع المعاملة عن قابلية لحوق الاجازة وقد عرفت ان الصحيحة الواردة في الوليدة ظاهرة في صحة كون الاجازة بعد الرد بعد عدم الفرق في الرد بين القولي والفعلى منه الا ترى الى ظهور سياق كلام الامير ^{عليه السلام} في قوله خذابنه حتى ينفذ لك البيع وقول الباقر ^{عليه السلام} في مقام الحكاية فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه في ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه ولو بعد رده فليس ذلك الا من حيث عدم كون الرد مطلقاً مانعاً من صحة الاجازة بعدها .

(الرابع) ان الاجازة انما تعلق بمالك المال فلومات المالك فلا يورث الاجازة الورثة كسائر الاموال نعم انما يورث الاموال التي وقع عليها البيع فصولاً فله الاجازة الواقعة على المال الذي انتقل اليه ولا يشترط في مالك المجيز كونه هو المالك في حال العقد وفيه كلام سيأتى فيمن باع ثم ملك .

(الخامس) الاجازة هل تكون على الفور أولاً والظاهر الثاني وفقاً للشيخ ولعله الظاهر من العمومات بل لعله كذلك عند العرف بل قد لا يتمكن من الفور لاحتياجه الى تأمّل في ذلك وفي صلاحية الاجازة وعدمها لكن المسلم انما له تأخير عرفي كيوم ويومين مثلاً لاشهر وسنة فلو لم يجز بعد الاستعجاز عنه وتأخيرها بحيث عدّ في العرف عدم رضاه ردّت المعاملة .

(السادس) هل يجوز اجازة بعض المبيع أو بعض اقسامه كما اذا باع الفضولي

شيئين أو باع مال المالكين بعقد واحد فجاز المالك ما لنفسه وضرر تبعض الصفقة
ينجبر بالخيار أو لا يجوز .

قال شيخنا في مكاسبه هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً
أو خصوصاً أم لا وجهان الاقوى التفصيل فلو أوقع العقد على صفقة فجاز المالك
بيع بعضها فالاقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فجاز احدهما وضرر
البعض على المشتري يجبر بالخيار ولو أوقع العقد على شرط فجاز المالك مجرداً عن
الشرط فالاقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط انتهى .
والظاهر هو العدم مطلقاً حيث ان المعاملة وقعت على الكل او المشروط مع
شرطه واجازة البعض او المشروط فقط اجازة على غير ما وقع فالظاهر بطلان الكل
ويحتاج البعض الى ايجاب وقبول اخر هذا اجمال الكلام فى الاجازة وقد تركت
اكثر المباحث مراعاة لضيق الوقت .

اما الكلام فى المجيز ففيه امور الاول كونه جازين التصرف فى حال الاجازة
بحيث يجوز له الاجازة فان حالها كحال العقد يشترط فيها جميع الشرائط بل كأنها
هو العقد حيث ان بهايتم العقد السابق فلو لم يكن كذلك لا يصح منه الاجازة ويتفرع
عليه مسألة صحة منجزاته وعدمه فى حال مرضه المنتهى الى الموت اى المرض الذى
آيس عن الحياة معه فان قلنا بالصحة فلا كلام وان قلنا بالعدم فلا يصح منه الاجازة
فاذا باع الفضولى او ولده مثلاً داره بأقل من قيمتها فليس له فى هذه الحالة اجازتها
فان هذه الحالة حال الموت فكأنه داخل فى الاموات فلا يكون له التصرف فى امواله
منجزاً بحيث يوجب الضرر على ساير الوراث .

قال الشيخ الاعظم فى مكاسبه مالفظة يشترط فى المجيز ان يكون حين
الاجازة جازين التصرف بالبلوغ والعقل والرشد ولو اجاز المريض بنى نفوذها على
نفوذ منجزات المريض انتهى .

ولا يخفى انه مسألة مهمة وقد كثر الابتلاء بها ومحلها فى بابى الوصايا والحجر

ان شاء الله .

[الثانى] يشترط فى صحة الفضولى وجود مميز بالفعل فلا يجوز بيع مال الصغير بدون المصلحة لعدم صحة الاجازة من الصغير ولامن الولى لان المفروض عدم صحة الاجازة منه بعد مال يمكن فيه المصلحة نعم مع وجود المصلحة صح لامكان الاجازة من الولى ان كان فلا فرق فى البطلان بين عدم وجود الولى اصلا او كان لكن لا يصح منه الاجازة فاذا لم يصح فعلا فلا دليل على صحته بعد ذلك فان الشىء فى اول وقوعه اولى بالصحة من بعده فلا دليل على صحة مثل هذا البيع بالقطع فالمقتضى للصحة غير موجود ففى مثله لا يمكن ان يتصف بالصحة بعداً وهو المراد مما حكى عن القواعد بان صحة العقد والحال هذه ممتنعة فاذا امتنع فى زمان امتنع دائماً وبلزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه فى العين لامكان عدم الاجازة ولعدم تحقق المقتضى ولا فى الثمن لامكان تحقق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه انتهى .

فان الظاهر من الادلة هو صحة عقد لو بلغ الى المالك امكنه الاجازة بان كان موجوداً حينها مستجعماً للشرائط فلو لم يكن الا بعد دهر لما يدل عليه دليل وبالجملة غاية ما يستفاد من الادلة هو عدم لزوم تقارن الرضا وانه يكفى اجازته بعد العقد لكنه اذا كان المالك موجوداً مع جميع الشرائط فلا يصح بيع مال اليتيم فضولاً بتوقع اجازته بعد بلوغه فان الادلة منصرفه عن هذا القسم من الاجازة جداً وكفى فى الاستحالة فى زمان عدم الدليل عليه شرعاً .

و بالجملة هو متين فى الغاية و الايراد عليه صغيرى وكبرى لعدم الدليل على الامتناع وعدم الدليل على الامتناع الدائمى فى غير محله والموجود من الدليل وهو عقد الولى للصغيرين اجنبى عن العقد الفضولى فلا يقاس عليه عقد الفضولى .

واما النقض عليه بما اذا كان المميز موجوداً مع عدم التمكن من الوصول اليه عادة ففيه انه لا يصح ايضا فى مثله فان الظاهر من الجواز صورة التمكن من اجازة المالك .

نعم لو كان المميز موجوداً حين العقد مع مانع يزول عن قريب كساعة او يوم بحيث لا يعد عند العرف كثيراً كما اذا كان أو ان بلوغه او تمكينه من الاجازة او

فكّه من الرهن او خروجه من الحجر او نحو ذلك فالاقرب هو الصحة فانه عند العرف
 يعد من الموجود حال العقد هذا خلافاً للشيخ فقال في مقام الرد على العلامة .
 ويضعف الاول مضافاً الى ما قيل من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيداً امتنع
 الوصول اليه عادة منع ما ذكره من ان امتناع صحة العقد في زمان يقتضى امتناعه
 دائماً سواء قلنا بالنقل ام بالكشف واما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص
 المذكورة هذا كله مضافاً الى الاخبار الواردة في تزويج الصغار فضولا الشاملة
 لصورة وجود ولى النكاح و انما له الاجازة الى بلوغهم وصورة عدم وجود الولى
 بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح و انحصار الولى في الاب والجد
 والوصى على خلاف فيه و كيف كان فالاقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكى عن ابن
 المتوج البحرانى والشهيد والمحقق الثانى وغيرهم بل يرجح غير العلامة ره و تبعهم
 المحقق النائينى .

قال قده ما لفظه فالاقوى عدم اعتبار وجود مجيز فعلى نافذ الاجازة حال العقد
 الى ان قال لانه لم يقدّم دليل تعبدى على اعتبار وجود المجيز حال العقد في نكاح
 الصغير بل الدليل على خلافه فان الاخبار الواردة في تزويج الصغار فضولا لم يكن
 ظاهرة في مورد عدم وجود المجيز على ما هو منصرفها فلا اقل من اطلاقها ولا تقتضى
 القاعدة ايضاً اعتبار وجود المجيز لان اهلية العقد و شأنيتها للاحاق الاجازة به تكفى
 لصحته انتهى .

و الاشكالات ح لكثير خصوصاً فيما كان الثمن من الاصيل من غير النقود
 كما اذا باع دار الصغير بالفرس و خصوصاً اذا قلنا بعدم جواز فسخ الاصيل و وجوب
 الصبر عليه مترقباً للاجازة و ربما لا يجيز بعد البلوغ و ربما يحصل ضرر كثير على حفظ
 الثمن و عسر شديد وهو المراد من العلامة ره على المنع .

واما تمسكه بالاخبار فيظهر من جوابنا على الشيخ فالاقوى وجود مجيز فعلى
 ولو لم يكن حين العقد مستجماً للشرائط وكفاية كونه في حال الاجازة جامعاً للصفات
 بحيث كان زمان العقد والاجازة قليلاً .

الثالث: بعد ما اشترط في الفصولي وجود المجيز الفعلي فهل يشترط كونه جازئ التصرف حين العقد ام يكفي كونه كذلك في حال الاجازة الظاهر الثاني قال شيخنا الثالث لا يشترط في المجيز كونه جازئ التصرف حال العقد سواء كان عدم التصرف لاجل عدم المقتضى او للمانع وعدم المقتضى قد يكون لاجل عدم كونه مالكا ولا ما ذونا حال العقد وقد يكون لاجل كونه محجوراً عليه لسفه او جنون او غيرهما والمانع كما لو باع الراهن بدون اذن المرتهن ثم فك الرهن انتهى.

قال المحقق النائيني على ما في تقريرات بعض الافاضل عند قول الشيخ واما القول في المجيز الخ ما لفظه الكلام في المسائل المتعلقة بشرائط المجيز من جهات الاولى ان يكون جازئ التصرف حال الاجازة الثانية في اعتبار وجود المجيز الفعلي وعدمه الثالثة لوقيل باعتبار وجوده فهل يشترط ان يكون جازئ التصرف حال العقد ام لا ثم عدم جواز تصرفه اما لتعلق حق الغير بماله و اما لكونه غير المالك ثم صار مالكا حال الاجازة انتهى .

وكيف كان ففي الثاني لا يصح البيع لعدم المجيز وفي الاول تارة يكون عدم صحة الاجازة فعلا لمانع كالرهن فاذا باع الراهن بدون اجازة المرتهن ثم فكّه صح اجازته بل لا يحتاج الى الاجازة ح و اخرى لعدم المقتضى بان لم يكن مالكا حين العقد لكن باع بزعم انه اشترى من مالكة او انتقل اليه بارث ونحوه.

وكيف كان فلا يشترط كونه جازئ التصرف حين العقد بل يكفي كونه كذلك في حال الاجازة ورتبوا على ذلك مسائل كمسألة من ملك حين الاجازة بعد ما لم يكن كذلك في حال العقد وله مسائل عمدتها من باع ثم ملكه حين الاجازة فهنا مسائل الاولى مالو باع مال ابيه لابيّه فضولا بزعم حياته فانكشف كونه ميتا في حال العقد وان نفسه هو المالك .

فلا اشكال ح في الصحة من دون الاحتياج الى الاجازة فان المانع الذي يوجب الاجازة وهمى محض لا واقعى يحتاج اليها فانه في الواقع كان مالكا .
قال شيخنا في مكاسبه الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا وقد

مثله الاكثر بمالو باع مال ابيه بظن حيوته فبان ميتا والمشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة فى القواعد والارشاد فى باب الهبة الاجماع ولم نعر على مخالف صريح الا ان الشهيد رد ذكر فى قواعده انه لو قيل بالبطلان امكن وقد سبقه فى احتمال ذلك العلامة وولده فى النهاية و الايضاح لانه انما قصد نقل المال عن الاب لاعتنه ولانه وان كان منجزاً فى الصورة الا انه معلق والتقدير ان مات مورثى فقد بعته ولانه كالعابث عند مباشرة العقد باعتقاده ان المبيع لغيره انتهى اقول انما قصد نقل الملك عن الاب فلا يقدر فى وقوعه لانه انما قصد نقل الملك عن الاب من حيث انه مالك باعتقاده فى الحقيقة انما قصد النقل عن المالك لكن اخطأ فى اعتقاده ان المالك ابوه انتهى .

المسألة الثانية هذه الصورة مع كون البيع لنفسه فصح بلا كلام لعدم تأثير لكون البيع لنفسه بعد ما ظهر كونه هو المالك .

[فان قلت] اليس قدمر منك بطلان البيع الفضولى اذا باع لنفسه [قلت] الصحة فى المقام من حيث انه مالك فى الواقع بخلافه هناك .

المسألة الثالثة هذه الصورة مع وقوع موت الاب قبل الاجازة فالظاهر القوى بطلان المعاملة الفضولية سواء باع الابن لابيّه او لنفسه فان الموت يبطل البيع فلا يبقى محل للاجازة بعده وذهب القوم الى الصحة لزعم انه صار مالكاً فله اجازة ما باع فضولة اوردته غفلة عن ان موته يبطل للبيع ومن الاغلاط قوام المعاملة بالمالين دون المالكين مع انه ملحق بالبديهيّات فالركن فيها هو المالك وقد مات .

المسألة الرابعة مالو باع مال الغير فضولة لنفسه او غيره ثم اشتراه من مالكة وهى المسألة المعروفة بالصحة بل عدم الاحتياج الى الاجازة غاية كون المالك فى حال العقد غير المالك فى حال الاجازة .

لكن الظاهر كونها كما قبلها فى البطلان من حيث ان يبيعه ثانياً ايضاً مبطل للاول ضرورة ان البايع قبل تحقق المعاملة اذهب موضوعها فلامحل للاجازة كالاول الا انه فى الاول كان المبطل لها هو الموت وفى الثانى البيع ولا يقدر عدم علمه بالبيع الاول اذ حينئذ دائر مدار الواقع لا العلم فاذا باع ماله من الفضولى بطل الاولى .

نعم لو اراد المالك الجديد بقاء البيع فلا بد له من تجديد العقد فلا يستقيم شهرة الصحة فى مثلها وسيأتى تمام الكلام فيه ثم ان من القائلين بالصحة هو الشيخ فى مكاسبه حيث قال مانصه .

الكلام يقع فى مسائل الاولى الى ان قال الثانية ان يتجدد الملك بعد العقد فيجوز المالك الجديد سواء كان هو البايع او غيره لكن عنوان المسئلة فى كلمات القوم هو الاول وهو مالو باع شيئاً ثم ملكه وهذه يتصور على صورلان غير المالك اما ان يبيع لنفسه او للمالك والمالك اما ان ينتقل اليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالارث ثم البايع الذى يشتري الملك اما ان يجيز العقد الاول واما ان لا يجيزه فيقع الكلام فى وقوعه للمشتري الاول بمجرد شراء البايع له والمهم هنا التعرض لبيان مالو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك واجاز وما لو باع واشترى ولم يجز اذ يعلم حكم غيرهما منهما .

اما المسئلة الاولى فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق فى باب الزكوة من المعتبر فيما اذا باع المالك النصاب قبل اخراج الزكوة اورهنه انه صح البيع والرهن فيما عدا الزكوة فان اغترم حصة الفقراء قال الشيخ ره صح البيع والرهن وفيه اشكال لان العين مملوكة واذا ادى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً فافتقر بيعها الى اجازة مستأنفة كما لو باع مال غيره ثم اشتراه انتهى كلام الشيخ .

ولا يخفى ان مسألة بيع النصاب مع الزكاة حيث باع مالك النصاب ماله ومال الفقير كان فضوليا لانه للفقير ويحتاج الى اجازته ثم اشتراه المالك من الفقير بالغرامة ودفعت قيمة الزكاة اليه لكنه عندى بيع الفقير من المالك مبطل لبيع المالك او لا وصار المبيع كما تقدم ملكاً للمالك بالعقد الجديد فان كان نظر من أشكل الى ما ذكرناه مع بعده بان بيع الفقير من المالك مبطل لبيع المالك الزكاة أو لا فضولة فيصير فعلاً ملكاً للمالك جديداً فلا تنفع بحاله الاجازة بل لابد وان يدخله فى ملك المشتري النصاب بالعقد الجديد فنعم الوفاق والافقيه كلام .

وكيف كان فان كان المقصود بقوله فافتقر بيعها الى اجازة مستأنفة هو عقد

مستأنف فلاشكال .

وبالجسلة العقد الفضولي لا بد وان يكون بحاله مع الشرائط حتى يتحقق من المالك الاجازة فلو مات المالك قبلها او باعها بأخر بطل العقد الاول كما انه لو باع الاصيل الثمن بطل ايضاً كما عرفت ومن ذلك يظهر ما في كلمات الاصحاب من القائلين بالصحة والبطلان كما عن المحقق الثاني في تعليق الارشاد .

وقال ايضاً في مكاسبه الاقوى هو الاول اى صحة بيع الفضولى من الاصيل بعد مالكيته بالشراء والاجازة فان كان المراد الصحة بالعقد الجديد فلا كلام وان كان بالاجازة فلامجال لها كما ان المراد بالبطلان ان كان بطلان البيع الفضولى بالبيع الثانى فلا كلام .

ثم انه من جميع ذلك ظهر انه لو لم يجز مالك الجديد كان البطلان من حيث ما ذكرناه لامن حيث عدم الاجازة فالبطلان مستند الى الموت أو البيع لالى عدم الاجازة وانت اذا احطت خبيراً بما ذكرناه تقدر على ما يرد على الاعلام صحة ومعاً . ثم ان هذه المسألة مبنية على تعلق الزكاة بالعين وقد مرّنا تعلق الزكاة وما هو نظيرها بالذمة فيخرج عن هذه المسألة وصح بيع النصاب بتمامه وانما اشتغلت ذمته للفقراء .

واما مسألة مالو باع الراهن العين المرهونة ثم فكته والظاهر صحة البيع وانه خارج عن مسألة الفضولى لان لفضولى باع مال غيره وهو باع مال نفسه غاية الامر كانت العين المرهونة مورد لحق المرتهن فانه وثيقة دينه فيحتاج الى اجازته اما قبل البيع واما بعده فهذه الاجازة ليست اجازة مالكية وليس بيع الملك متوقفاً عليه وانما هو لمانع انتقاله الى المشتري بدون الفك ولذا لو شرط على المشتري عدم التسليم فعلاصح الشرط والبيع فاذا فكته ارتفع المانع من دون الاحتياج الى الاجازة . ثم انه مع قطع النظر عما ذكرنا كان صحة اصل مسألة من باع ثم ملكه مورد للاشكال لبعض الاكابر قد أشار اليه بقوله والمحكى عن المحقق الثانى في تعليق الارشاد هو البطلان ومال اليه بعض المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه والاقوى هو

الاول للاصل والعمومات السليمة عما يرد عليه ما عدا امور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع اكثرها الى ما ذكر فى الايضاح وجامع المقاصد .

الاول أنه باع مال الغير لنفسه وقد مر الاشكال فيه وربما لايجرى فيه بعض ما ذكر هناك وفيه انه قد سبق ان الاقوى صحته وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان .

الثانى انا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك ورضى المالك والقدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المميز لانه البايع حقيقة والفرص هنا عدم اجازته وعدم وقوع البيع عنه وفيه أن الثابت هو اعتبار رضى من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد ام لا لان الداعى على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم وقبح التصرف فيها بغير رضاهم وهذا المعنى لا يقتضى ازيد مما ذكرنا انتهى .

قوله عدا أمور الخ هذه الامور واردة على من باع ثم ملكه بالشراء على الكشف ولا يتم ما اجاب به قده فلا بد من القائل بالكشف من جواب صحيح عن جميعها وعمدتها أمور .

أوله ما أشار اليه بقوله الثالث ان الاجازة حيث صحت كاشفة على الاصح مطلقاً لعموم الدليل الدال عليه ويلزم حينئذ خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه تقرير الاشكال حتى يعلم وروده وعدمه انه على الكشف الحقيقى ان الاجازة تكشف عن خروج الملك من حين البيع ودخوله الى ملك الاصيل سواء كان البيع للمالك او للفضولى فالفضولى بعد الشراء من المالك اذا اجاز البيع الاول للاصيل يكشف عن دخول المبيع فى ملك الاصيل فلا يكون مال للمالك كى يدخله المشتري الفضولى فى ملكه . المبيع قبل دخوله فى ملك الفضولى بالشراء قد خرج عن ملك المالك هذا وجه البطلان الذى ذكره القوم .

وهذا الاشكال انما يكون مع قطع النظر عما ذكرنا واما معه فلا تصل النوبة الى هذا الاشكال اذ الفرض عند اعادة الفضولى الشراء وبيع المالك منه بطل المعاملة

الاولوية التى اوقعها الفضولى فلامورد للاجازة كى تكشف عن ذلك فافهم واغتنم .
 وأما ما اجاب عنه المحقق الانصارى بقوله وفيه منع كون الاجازة كاشفة مطلقا
 عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين
 العقد فان مقدار كشف الاجازة تابع لصحة البيع فاذا ثبت بمقتضى العمومات
 ان العقد الذى اوقعه البايع لنفسه عقد صدر من اهل العقد فى المحل القابل للعقد
 عليه ولا مانع من وقوعه الا عدم رضى مالكة فكما ان مالكة الاول اذا رضى يقع
 البيع له فكذلك مالكة الثانى اذا رضى يقع البيع له ولادليل على اعتبار كون الرضا
 المتأخر ممن هو مالك حال العقد وح فاذا ثبت صحته بالدليل فلامحيص عن القول
 بان الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى اول ازمنة قابليته اذ لا يمكن
 الكشف فيه على وجه آخر الى ان قال :

ولا يتوهم ان هذا نظير ما لو خصص المالك الاجازة بزمان متاخر عن العقد
 اذ التخصيص انما يقدح مع القابلية كما أن تعميم الاجازة لما قبل ملك المجيز بناء على
 ما سبق فى دليل الكشف من ان معنى الاجازة امضاء العقد من حين الوقوع أو
 امضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها
 الا من زمان ملك المجيز للمبيع انتهى .

ففيه ما لا يخفى فان حاصل جوابه عن الاشكال ان كشف الاجازة عن حصول
 الملك من اول الامر مختلف وليس فى كل مورد بنحو واحد بل هو فيما لم يتبدل
 المالك حين العقد بالمالك حين الاجازة واما فى مثل ذلك فلا لان مقدار الكشف
 تابع لصحة البيع فاذا كان المالك حين الاجازة غير المالك حين العقد انكشفت
 الاجازة لخروج الملك عن ملك المجيز فى زمان الامكان وهو زمان الذى ملك
 الفضولى المال بالشراء وباجازته يكشف عن خروج المبيع عن ملكه لامن حين
 الشراء عن المالك لامن حين العقد الاول .

والفرض ان هذا الزمان كان المبيع ملكا لنفس الفضولى وفيه ان معنى كون
 الاجازة كاشفة عن خروج الملك ودخوله فى ملك المشتري من حين العقد انه كذلك

واقعا وفي اللوح المحفوظ غايته لا يعلم ولا يكشف لنا هذا الامر الواقعي الا بالاجازة. ومن المعلوم بحكم العقل ان هذا المعنى غير قابل للتخصيص بوقت دون وقت وتبديل المالك باخر وعدمه فالمعاملة الاولى فضولية بلا كلام ومعناه كون الملك للمشتري واقعا وكشف ذلك لنا هي الاجازة كما اذا لم يكن الفضولي عازماً للشراء من المالك فالكشف والمكشوف لا يكونان بارادتنا الشراء ثانياً وعدمه فليس للخصم الانكار كون الاجازة كاشفة والا فعلى تسليم ذلك لامناص عن الالتزام بان المبيع بمجرد بيع الفضولي قد يخرج عن ملك المالك ودخل في ملك المشتري الاصيل. والانصاف انه بعيد من الشيخ قده اذ الكشف دائر مدار واقعه وحقيقته لا كون المالك في حال البيع دون المالك في حال الاجازة لان هذا القيد لا يستفاد من دليله ولا من العرف ولا من شيء آخر بل لو قلنا بالكشف فلا فرق بينه من حيث الموارد فاذا وقع المعاملة الاولى في اول يوم الخميس مثلاً فاجاز المالك الثاني في اول يوم الجمعة كشفت الاجازة عن تحقق الملك للاصيل الذي اشتراه من الفضولي من اول يوم الخميس بلا كلام ففي هذه الساعة لم يكن المالك الاول ذامال حتى اشتراه الفضولي فهو اشترى المبيع من المالك الاول بعد خروجه عن ملكه ودخوله في ملك الاصيل .

وبالجملة في البين معاملتان احدهما الفضولي وهو بيع دارزيد من الاصيل لنفسه بألف تومان كسى اشتراه بعد ذلك من مالكة بخمس مائة تومان مثلاً والثانية ما اشترها الفضولي من زيد بخمس مائة والاولى فضولي والثانية غير فضولي فالتى يحتاج الى الاجازة الاولى وحينئذ ان اريد بكشف الاجازة خروج الدار في اول يوم الخميس فهو الذى قد ذكر وان اريد ان الدار لا يخرج عن ملك المالك في اول يوم الخميس بل باق بملكه الى ان يبيعها من الفضولي وبعد البيع والاجازة تكشف عن دخول المال في ملك الاصيل فقد عرفت ان الكشف من حين صدور البيع الاول .

وبالجملة اساس الكشف على ان اجازة المالك الاول تكشف عن خروج المال من حين العقد ودخوله في ملك الاصيل فلا محل لاجازة الفضولي وان كان مالكا

بعد ذلك فىكون حكم الشرعى هو كشف الاجازة عن تحقق الملك من اول صدور العقد فلا يكون فى الواقع معلقاً على شراء الفضولى ثانياً كى تكشف عن هذا الزمان فهذا الجواب بعيد عن الواقع بمراحل .

ثم ان قوله ان العقد الذى اوقعه البايع لنفسه الخ هل يريد به العقد الاول الذى اوقعه الفضولى او الثانى الذى هو شراء الفضولى من المالك وان كان الاول فلا يكون الكلام فيه ومحل الكلام هو الثانى مع انه خلاف ظاهر كلامه وان كان الثانى فلا يلائم مع قوله الا رضى المالك فان الفرض هو رضى المالك بالشراء ولم يكن المعاملة فضولية فهذه العبارة يناسب بيع الفضولى للاصيل مع ان الكلام فى الثانى حيث انا قد فرغنا عن الصحة فى الاول فالكلام فىمن اشترى من المالك ما باعه فضولة وكونه عقد صدر من اهله فى محل قابل اول الكلام على الكشف فعلى الغمض عما ذكرنا يصح على النقل دون الكشف بوجه ونظير هذا الاشكال ما فى الرابع الذى اشار اليه فى المكاسب بقوله :

الرابع: ان العقد الاول انما صح وترتب عليه اثره باجازة الفضولى وهى متوقفة على صحة العقد الثانى المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الاصلى فىكون صحة الاول مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك وملك المشتري معافى زمان واحد وهو محال لتضادهما فوجود الثانى يقتضى عدم الاول وهو موجب لعدم الثانى ايضا فيلزم وجوده وعدمه فى آن واحد وهو محال انتهى .

توضيح الاشكال حتى يعلم وروده وعدمه ان البكر باع حمار المالك من عمرو بالف تومان لنفسه كى يشتري من المالك باقل من ذلك فهذه هو العقد الاول الذى صح باجازة الفضولى اذ المفروض انه بعد شراءه من المالك صار هو المالك فالمناط باجازته لا اجازة المالك الاول الذى صار اجنبياً عن الحمار وهذه الاجازة من الفضولى متوقفة على صحة عقد الثانى بداهة ان العقد الثانى وهو شراء الفضولى الحمار من صاحبه لو لم يصح لم يكن للفضولى اجازته وصحة العقد الثانى متوقفة على بقاء الحمار على ملك مالكة الاصلى اذ لو لم يكن باقياً على ملكه فكيف يبيعه بالفضولى

وح لزم بقاء الحمار فى زمان واحد ملكا لصاحبه والفضولى معاً اما لزوم كونه ملكا لصاحبه فانه لولاه لماصح بيعه من الفضولى .

واما لزوم كونه ملكا للفضولى فانه لولاه لماصح اجازته اذا اجازة من المالك لامن غيره و كون الملك فى آن واحد للشخصين محال الاعلى سبيل الشركة وهو منتف فى المقام بل يلزم كون الملك للثلاثة والثالث هو المشتري الاصيل كما سياتى فهذا الاشكال مع قطع النظر عما ذكرناه كاف فى استحالة البيع ثم الشراء من مالكة و اما على المختار فلانقول بالكشف اولا و لانقول بلزوم شىء ثانياً حتى لو قلنا بالكشف اذ المختار ان المالك بمجرد بيع ماله من الفضولى بطل البيع الاول ثم ان الشيخ اورد من قبل المورد بان هذا الاشكال وارد فى اصل الفضولى ايضا على الكشف ونقل مع جوابهم عن ذلك بقوله :

فان قلت مثل هذا لازم فى كل عقد فضولى لان صحته موقوفة على الاجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك ومستلزمة لملك المشتري كك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشتري معاً فى آن واحد فيلزم اما بطلان عقد الفضولى مطلقا او بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الايراد بما نحن فيه ثم اشار الى جوابهم عن الايراد بقوله قلنا يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهراً وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لانها فى الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ولا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى وحاصل ما اجابوا عما ورد فى مطلق الفضولى هو ان الملك للمالك حين الاجازة صورى لا واقعى فيكفى فى الاجازة ملك الظاهرى الصورى الحاصل من استصحاب الملكية السابقة بخلاف المقام حيث لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى فانه لولا بقاء ملك المالك الاصلى الاولى حقيقة لماصح تملكه بالفضولى فالفرق بين المقامين ظاهر فلاشكال فى مطلق الفضول بخلاف من باع ثم ملك .

اقول واما الجواب عن هؤلاء الاعلام هو ما اجاب شيخنا من ان الملك الصورى الظاهرى كيف يؤثر فى الاجازة فانه فى الحقيقة مساوق لعدم الملك مع ان الاجازة متوقفة على الملك الحقيقى و بعد خروج الملك الحقيقى كيف يصح استصحابه

مع ان اللازم فى الاستصحاب بقاء ما كان اولاً تدبر ثم تصدى شيخنا للجواب بقوله
اقول الخ .

وافاد فى الجواب بما اجاب قبلاً من عدم لزوم كون الاجازة كاشفة عن خروج
المملك من حين العقد مطلقاً بل فيما باع الفضولى ثم اشتراه من المالك كانت كاشفة عن
خروج المملك من حين اجازة الفضولى وانت اذا تأملت فيما ذكرنا تجد فساد ما ذكر من
هذا الجواب .

ثم اضاف على كون المملك فى زمان واحد للمالك و الفضولى و الاصيل
ايضاً بان يكون المملك فى زمان واحد للمالك و الفضولى و المشتري اما للمالك فانه
لولاه لم يصح اشتراء الفضولى منه و اما للفضولى فانه لولاه لم يصح منه الاجازة و اما
للمشتري الاصيل فلكشف الاجازة عن دخول المال فى ملكه من اول العقد .

فقال نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام الى ما يلزم فى المسئلة على القول
بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثانى لوجوب
التزام مالكية مالك الاصلى حتى يصح العقد الثانى و ملكية المشتري له لان الاجازة
تكشف عن ذلك و ملكية العاقد له لان ملك المشتري لا بد ان يكون عن ملكه و الا لم ينفع
اجازته فى ملكه من حين العقد لان اجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير الى غيره
ثم تصدى لبطلان ما اجابوا الاعلام عن الاشكال الوارد فى مطلق الفضولى وان ما اجابوا
لا يسمن ولا يغنى من جوع كما ذكرناه ايضاً .

فقال ثم ان ما اجاب به عن الاشكال الوارد فى مطلق الفضولى لا يسمن ولا يغنى
لان الاجازة اذا وقعت فان كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها لان
الاجازة لا تكون الا من المالك الواقعى و المالك الظاهرى انما يجدى اجازته اذا لم
ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة ولذا لوتبين فى مقام آخر كون المعجز غير
المالك لم تنفع اجازته لان المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية الى ان قال
والتحقيق ان الاشكال انما نشأ من الاشكال الذى ذكرناه سابقاً فى كاشفية الاجازة
على الوجه المشهور من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه

وحاصل تحقيقه العجز عن دفع الاشكال على المشهور من الكشف الحقيقي وكون الاجازة شرطاً متأخراً يوجب تحقق المعلول والملك قبلاً .
وقد عرفت منا ان فساد الكشف الحقيقي اظهر من الشمس وهذه المحذورات جميعها منه وح يدور الامر بين اختيار الكشف الحكمي او النقل و الاول اضعف من الكشف الحقيقي فليس النقل ومن الاشكالات الواردة من الاعلام على المقام ما اشار اليه بقوله الخامس ان الاجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول وعن كون المال ملك المشتري الاول فقد وقع العقد الثاني على ماله فلا بد من اجازته كما لو بيع المبيع من شخص آخر فاجاز المالك البيع الاول فلا بد من اجازة المشتري البيع الثاني حتى يصح ويلزم فعلى هذا يلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الاخر وتوقف صحة كل من العقد والاجازة على اجازة المشتري الغير الفضولي وهو من الاعاجيب بل من المستحيل انتهى بيانه ان يبيع مال البايع اذا اجاز كشفت الاجازة عن دخوله في ملك الاصيل و ح وقع الشراء في مال الاصيل البايع فيحتاج الى اجازة الاصيل كي يكون الفضولي مال كآله وملك الاصيل يتوقف على اجازة الفضولي فانه مالم يجز لم يدخل في ملك الاصيل فاجازة كل منهما يتوقف على اجازة الاخر فان قلت ملكية الاصيل متوقفة على اجازة المالك لا الفضولي فلا دور [قلت] المالك قد انتقل المال الى الفضولي بالفرض فلا مناط باجازته .

وايضاً لزم توقف صحة كل من العقد والاجازة على اجازة المشتري الاصيل وذلك لانه بالاجازة تكشف انتقال المال اليه من حين العقد واجاب عنه بما اجاب عن غيره من عدم كون الاجازة كاشفة من حين العقد مطلقاً وظهر فسادة فقد ظهر ورود هذه الاشكالات على المقام مضافاً الى الاشكال العام الوارد في مطلق الفضولي وقد عرفت عدم تمامية ما اجاب عنها شيخنا في مكاسبه مضافاً الى الاشكال العام ووروده وان الظاهر من كلامه هو ورود الاشكالات على الكشف الحقيقي وقد عرفت ان المختار في المسألة فيما لم يكن البايع غاصباً هو الصحة بناء على النقل بل وعلى الكشف ايضاً فلا يرد اشكال على ما عرفت من ان الموت والبيع ببطلان البيع الاول الفضولي وقد عرفت

ايضاً انه كالرد القولى وقد توجه الى ما ذكرنا المستشكلون و اشار اليه ايضاً فى المكاسب لكن الذى مر منها وصحة الثانى وصيرورة الفضولى مالكا ويصح له تملك الاصيل بالعقد الجديد لا بالاجازة فان كان هو مراد المستشكل بذلك فنعم الوفاق كما هو ظاهر قوله فلا يجدى الاجازة المتأخرة وان كان مراده بطلان هذا البيع الثانى رأساً فلان سلم ذلك قال قده ايضاً السادس ان من المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمها ولو باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن وهو لا يجامع صحة العقد الاول فانها تقتضى ملك المالك للثمن الاول وحيث وقع الثانى يكون فسخاله وان لم يعلم بوقوعه فلا يجدى الاجازة المتأخرة وبالجملة حكم عقد الفضولى قبل الاجازة كسائر العقود الجائزة بل اولى منها فكما ان التصرف المنافى مبطل لها كذلك عقد الفضولى انتهى .

وبالجملة هذه العبارة صريحة فى ان الاجازة غير مجد كما عرفت منى مفصلاً ولكن ظاهر الاشكالات المتقدمة عليه كلها هو بطلان المعاملة الثانية ولكننا نقل به بل بالصحة وقد اتعب نفسه الشريف فى الجواب عنه ويرجع حاصله الى ان الفسخ الفعلى ليس كالفسخ القولى فى كل مقام وحيث ان المسألة مشكلة فلا بد من نقل عبارته فقال ما هو لفظه والجواب ان فسخ عقد الفضولى هو انشاء رده و اما الفعل المنافى لمضيه كتزويج المعقودة فضولا نفسها من آخر وبيع المالك ماله فضولا من آخر فليس فسخاله خصوصاً مع عدم التفاته الى وقوع عقد الفضولى غاية ما فى الباب ان الفعل المنافى لمضى العقد مفوت لمحل الاجازة فاذا فرض وقوعه صحيحاً فات محل الاجازة ويخرج العقد عن قابلية الاجازة اما مطلقاً كما فى مثال التزويج او بالنسبة الى من فات محل الاجازة بالنسبة اليه كما فى مثال البيع فان محل الاجازة انما فات بالنسبة الى الاول فللمالك الثانى ان يجيز نعم لو فسخ المالك الاول نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد من حينه اجماعاً و لعموم تسلط الناس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها فالحاصل انه ان اريد من كون البيع الثانى فسخا انه ابطال لاثر العقد فى الجملة فهو مسلم ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة الى المالك الثانى

فيكون له الاجازة و ان اريد انه ابطال للعقد رأساً فهو ممنوع اذ لا دليل على كونه كك وتسمية مثل ذلك الفعل رداً فى بعض الاحيان من حيث انه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة الى فاعله بحيث يكون الاجازة منه بعده لغواً نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخاً فعلياً لم يعد كونه كالانشاء بالقول لكن الالتزام بذلك لا يقدر فى المطلب اذ المقصود ان مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابلية لحق الاجازة و اما الالتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلان صحة التصرف المنافى يتوقف على فسخ العقد والواقع فى ملك الغير بخلاف مانحن فيه فان تصرف المالك فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا يتوقف على فسخه غاية الامر انه اذا تصرف فات محل الاجازة و من ذلك يظهر ما فى قوله ره اخيراً و بالجملة حكم عقد الفضولى حكم ساير العقود الجائزة بل اولى فان قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلاً عن دعوى الاولوية وسيجىء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقق به الرد انتهى وفيه مواقع للنظر .

[الاولى] انه لا اشكال فى كون التصرف المنافى فسخاً فعلياً كالفسخ القولى بالفرق اصلاً التفت الى فعله وانه فسخ له او لالبيع الثانى فسخ للبيع الاول بمجرد صدوره عن البايع بالرضا والاختيار فلا يبقى معه محل للبيع الاول فضولاً .

[الثانية] قوله او بالنسبة الى من فات محل الاجازة بعد الاقرار بانه مفوت لمحل الاجازة فانه فيه ان تفويت محل الاجازة لاجل فوات العقد حيث ان الاجازة متقومة بالعقد وفوت محلها ليس الالفوت العقد وقوام العقد بالمالكين الذين اوقعاه فاذا فات احدهما او باع زال العقد والملكية ففات محل الاجازة مطلقاً والحاصل لاعمى لبقاء البيع و تفويت محل اجازته فان الاجازة من آثار البيع الاول و انه اوجب لزوم الاجازة على المالك ففوتها اقوى شاهد على انفساخ البيع وليس دليل على تبدل العقد والاجازة بغير من اتصف بهما فى حال العقد بعد زواله.

[الثالثة] قوله فهو ممنوع ففيه انه كيف يكون الابطال ممنوعا مع رد فعلى ومفوت لمحل الاجازة مطلقا وبقاء العقد متزلزلا انما كان قبل البيع الثانى ويرتفع بالثانى بارتفاع اصل البيع اذ التزلزل صفة قائمة بالبيع وعرض عارضة عليه ولا يعقل بقاءه مع ارتفاع اصله فانه اشبه شىء ببقاء العرض بلا جوهر بل نفسه لاستحالة بقاء العرض بلا معروض فالبيع الاول انعقد متزلزلا باجازة المالك فاذا ارتفع ارتفع مع وصف تزلزله كارتفاع الجنس بفصله .

والحاصل العقد المنعقد بوصف وقوع الاجازة هو بين المالك والاصيل وان الاجازة حق للمالك وهو غير باق بحاله [الرابعة] قوله بخلاف ما نحن فيه الخ فيه عدم الفرق فى مثل بيع الخيار والهبة والبيع الفضولى فكما يجوز لذى الخيار التصرف فى زمن الخيار ويكون فسحا للبيع او الهبة كوطء الامة فكذلك المالك فيما قبل الاجازة فكما اذا باع الامة بخيار الحيوان او الشرط كان البيع متزلزلا مادام زمن الخيار فاذا اراد الوطاء انفسخ البيع فى آن الشروع ورجعت الى ملكه فكذلك البيع الفضولى متزلزل قبل الاجازة فاذا باعه قبلها انفسخ بيعه قبلها حتى فيما لا يعلم بل التصرفات المنافية فى المقام اولى لبقاء ملكه وسلطنته قبل الاجازة واختيار امرها بيده فيكون له ابقاء ملكه السابق وزواله بخلاف بيع الخيارى والهبة .

فان المالك قد زال ملكه عن نفسه غاية الامر له ارجاعه فالخيار فى المقام طولا وفى بيع الخيارى عرضا يعنى انه فيما نحن فيه كان الملك بحاله من دون خيار فعلا فله التصرف بما شاء ففى البيع الخيارى رجع الى ملكه باعمال الخيار وفى المقام باصل بقاء الملكية .

ومن ذلك يظهر ما فى قوله فان قياس العقد المتزلزل الخ فانه اولا ان المعيار جواز التصرف فى زمن من الازمان كان من حيث الحدوث او البقاء والفرق تحكم وثانياً فى المقام بالاولوية وذلك لان انتقال الملك فى بيع الخيارى باختيار المالك واجازته فللوجه لجواز تصرفه فيما انتقل عنه .

فلولا ادلة الخيار لم يكن له التصرف فيما نقله بخلاف ما نحن فيه فان المالك

لم ينتقل عنه شىء برضاه واختياره ضرورة و يرى كونه مسلطاً على ماله و اختياره بيده ذاتا بعد عدم سبب الانتقال برضاه فامر الاولوية بالعكس جداً و ان التصرف هناك لاجل خياره بعد العلم بانتقاله عنه اختياراً وهنا لكونه مالكا ومسلطاً على ماله وعدم انتقاله ففسخه هنا اولى منه من هناك .

فما نحن فيه من قبيل الدفع وفى البيع الخيارى من قبيل الرفع فان الانتقال الثابت القطعى اراد ارجاعه بالخيار وفى المقام لانتقال فى البين بعد كون اصل الانتقال الذى بدون رضى المالك بمنزلة العدم فالبيع الثانى بالفضولى بمنزلة الدفع و عدم تأثير للمعاملة الاولى كما اذا علم بعداً بان الفضولى باع ماله فضولة فباعه المالك بأخر فانه دفع عن تأثير الاولى وعدم نفوذها .

وليت شعرى كيف غفلوا عن مثل هذه الامور فانه مع الغض عن اولوية المقام بذلك نقول ما الفرق فيما باع المالك باخر بعد علمه ببيع الفضولى ماله وبين من باع أمته او وطئها فى زمن الخيار بعد بيعها فكيف يكون الثانى رجوعاً فعلياً ولم يكن بيع المالك بأخر رجوعاً فعلياً عن بيع الفضولى مع انك قد عرفت ان المقام اولى بكونه رجوعاً لعدم انتقال البيع الفضولى وتحققه فى بيع الخيارى وان المقام دفع والبيع الخيارى رفع .

(فان قلت) ان تصرف ذى الخيار فى زمن الخيار بعد العلم بانتقاله فسخ فعلى والا لزم التصرف فى مال الغير بخلاف ما نحن فيه فان التصرف فى ماله ولم يكن التصرف فى مال نفسه فسخاً نعم يجوز له ذلك حتى فى التصرفات الموجبة لتفويت محل الاجازة .

(قلت) ليس الفرق بوجه بين بيع المالك بأخر بعد الاستجازة للبيع الفضولى وبين تصرف ذى الخيار فى زمن الخيار وهل يصح لعاقل ان يقول بيع المالك ثانياً ليس فسخاً فعلياً لبيع الفضولى ولكن كان بيع ذى الخيار فسخاً فعلياً عهدته على مدعيه ومن جميع ذلك ظهر ان قوله عقد الفضولى حكمه حكم سائر العقود الجائزة فى غاية المتانة بل التحقيق ان كلامنا من العقود الخيارى والفضولى متزلزل من حيث الحدوث

غاية الامر نحو الحدوث مختلف وفي الفصولى من حيث أصل الملك وفي الخيارى بعد انتقال الملك وانه انعقد الملك من اول العقد متزلزلا بخلاف مانحن حيث لم ينتقل الملك .

وبالجملة فى الفصولى لا يحصل أصل الملك قبل الاجازة وفى الخيارى لا يحصل استقراره فمن اول الامر لم يحدث ملك متزلزل اصلا فقوله البيعان بالخيار ما لم يفتر قامعناه ان الملك من أول الامر وحدوثه كان متزلزلا فكلاهما متزلزل حدوثاً وفى الفصولى فى أصل الملك وفى الخيارى فى صفته .

ومما ذكرنا يظهر ما فى كلمات بلغة الفقيه حيث قال فى مقام ان الرد قولى وفعلى ما لفظه والثانى كما لو تصرف فيه بما يوجب فوات محل الاجازة مطلقاً من تلف العين او زوال الملك كالعقد ونحوه لانتفاء الموضوع فيهما حيثئذ من غير فرق بين علم المالك بعقد الفصولى وجهله به واما التصرف الموجب لزوال المالكية كالنقل ببيع ونحوه فانما يفوت محل الاجازة بالنسبة اليه لامطلقاً وليس هو صريحاً فى الرد حتى يحكم بزوال القابلية عن العقد فتصح الاجازة من المنتقل اليه بنسبة على عدم اعتبار كون المميز مالكاً حين العقد غير انه على الكشف ينكشف نقله من حين التملك بالعقد من المالك لانه الممكن لامن حين عقد الفصولى لانه يلزم من صحتها كذلك بطلانها.

وبالجملة لاتلزم بين النقل عن ملكه والرد حتى يكون دالاً عليه بل هو أعم منه فيبقى ما كان من قابلية العقد على ما كان الى ان تلحقه الاجازة او الرد المزيل لها ممن له الرد والاجازة وقياس التصرف الناقل هنا فى الدلالة على الرد بالتصرف الناقل الدال على الرجوع فى العقود الجائزة قياس مع الفارق لان صحة النقل فى تلك العقود موقوفة على الملك المتوقف تحققة على الرجوع فيحكم بالرجوع بمعونة اصالة الصحة فى فعل المسلم فالنقل فى مثل ذلك رجوع فعلى لاكشف عن سبق الرجوع كما توهم ولا يتوقف صحة النقل هنا على الرد حتى يحكم به عليه بل يكفى فيها عدم الاجازة .

وبما ذكرنا ظهر لك مافى مكاسب شيخنا المرتضى (قده) من التشويش بل المنافاة بين كلاميه هنا حيث جعل التصرف بالنقل كالبيع ونحوه كالتصرف المتلف للعين أو المزيل للملك كالعق فى كونه مفوتاً للمحل عن قابلية تعلق الاجازة به مطلقاً وبين كلامه فى مسألة مالو باع ثم ملك حيث بنى على صحة الفضولى للاصل والعمومات وتأثير الاجازة من المالك الجديد غير انه تكشف اجازته عن النقل من حين تملكه لانه الممكن لامن حين عقد الفضولى لاستلزام صحتها كذلك فسادها وانه لادليل على ان الاجازة كاشفة عن الملك من حين عقد الفضولى مطلقاً حتى لو تجدد المالك بل من حين الامكان وهو فيه من حين تملكه بالعقد من حين المالك فراجع انتهى .

وقد عرفت عدم الفرق فى الفسخ القولى والفعلى وان مثل البيع فى المقام رد وفسخ فعلى وانه مفوت لمحل الاجازة من غير فرق بين البيع وبين العتق بعد كون كل منهما خروجاً عن الملك وتلازم زوال الملكية لزوال الملكية اذ الملك اضافة بين المال والمالك فاذا زالت الملكية زالت الملكية لهذا المال بداهة ان الملكية قد تعلقت بغير المالك الاول فليس الا كالعق منه واذا اعتق زال ملكيته عن المملوك واذا باع فكذلك وحيث زعم صحة المعاملة الثانوية وعدم كونه رداً للاولى وزعم عدم الفرق بين المالك فى حال العقد والمالك فى حال الاجازة انتج من الجميع كون بيعه من الفضولى لا يفوت محل الاجازة للثانى .

وانت اذا تأملت فى جميع ما ذكر فى الباب تعلم عدم دليل لصحة هذه المعاملة على الكشف الحقيقى أصلاً ولا يصح تبديل اجازة المالك الاول بالثانى فلا محل لاجازة الثانى وقد اعترف بأن كلام الشيخ فى غير المقام دال على كون النقل ايضاً رد كلقولى .

وبالجملة عدم الفرق كانه بديهى ومن العجيب الفرق بين البيع والعتق بان الاول ليس فيه زوال الملك بخلاف الثانى مع ان فى كليهما زوال الملك والفرق ان العتق لا يكون قابل للملكية ثانياً بخلاف العين المملوكة فانها مع زوالها عن الاول قد تعلق بالثانى .

فلا كلام في زوال الملك في القسمين فالرد كما تحقق بقوله رددت وفسخت
 فكذلك حاصل بعثته وبيعه بل ووطئه كى يقع في ملكه فاذا باع المالك أمته ثم ووطئها
 او باعها من غير الاول من زمن الخيار أو أعتقها فلا كلام في كون الجميع كقوله فسخت
 او رددت وقال الشيخ في مكاسبه وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل
 او بالاتلاف وشبههما كالعتق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك والوجه في ذلك
 ان تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الاجازة لفرض خروجه عن ملكه انتهى .
 وكيف كان فلا يتم ما ذكره ايضا وقد عرفت ما هو المختار وان البيع الثانى
 صحيح ومفوت لمحل اجازة الاول فلا يكفى اجازته للاصيل بل يحتاج الى عقد
 جديد ثم ان نظر هؤلاء من الاشكال الاخير وهو ان بيعه بالفضولى مبطل للبيع الاول
 ومفوت لمحل الاجازة ان كان هو بطلان الثانى كما هو لازم غيره من الاشكالات
 فليس لازم ذلك بطلان الاخير بل صحة غاية الامر بالعقد الجديد كما عرفت .
 ولو على الكشف من دون لزوم اشكال اذ الفرض انه بالشراء من المالك يبطل
 ما باعه فلا اجازة كى يكشف عن تحقق الملك من حين العقد الاول فيشتري الفضولى
 مال المالك من غير الاحتياج الى اجازة الاصيل او كون المال للمالك والفضولى
 بل الاصيل ونحو ذلك هذا كله من غير ناحية الاخبار واما بلحاظها فروايات :

منها: صحیحة ابن مسلم قال سئلته عن رجل اتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا
 لعلى اشتریه منك بنقد او نسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به باس انما يشتریه
 منه بعد ما يملكه .

وصحیحة منصور بن حازم عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل امر رجلا ليشترى
 له متاعاً فيشتریه منه قال لا باس بذلك انما البيع بعد ما يشتریه وظاهرهما المنع
 عن بيع الفضولى وهما لا يقاومتان ادلة الصحة مضافاً الى كونهما بالمفهوم .

ورواية يحيى بن الحجاج المصححة اليه قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل
 يقول لى اشترى هذا الثوب وهذا الدابة وبعينها اربحك كذا وكذا قال لا باس بذلك
 اشترها ولا تواجبها قبل ان تستوجبها او تشتريها وظاهرها المنع عن ايجاب البيع

معه قبل الايجاب مع صاحبه وقبل شراءه فيكون دليلاً على بطلان الفصولى ايضا.
ومنهارواية خالد بن الحجاج قل قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئنى ويقول
اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا قال أليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى
قال لابس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

ولا يخفى خروج ذلك عن المقام فان الظاهر من تحليل الكلام وتحريمه حيثئذ
هو الزامه بالشراء وعدمه فيحرم لو قال له لزم عليك الاخذ به فاني اشتريت لاجلك
ولا يحرم لو قال لك الخيار وفي المكاسب قال بناء على ان المراد بالكلام عقد البيع
فيحلل نفياً ويحرم اثباتاً كما فهمه فى الوافى او يحلل اذا وقع بعد الاشتراء ويحرم
اذا وقع قبله او ان الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم اذا كان بعنوان العقد الملزم
ويحلل اذا كان على وجه المساومة والمراضاة انتهى .

وكيف كان فظاهره هو حرمة عقد البيع معه بعد الشراء من مالكة فيكون فى
مقام انه اذا اشترى شيئاً لشخص ليس عليه الزامه بالشراء ولو كان اشتراؤه لاجله
وانه لولا امره لما اشتراه لكنه مع ذلك اذا اشتراه كان اللازم هو اختيار الامر للاخذ
لانه ملزماً بالاخذ فهذا هو الظاهر فلا ربط لبالفضولى ولا بمسألة باع ثم ملكه
فتحليل الكلام بقريئة السئوال والجواب هو قوله بعد الشراء لصاحبه انت مختار
فى الاخذ كما ان المراد من التحريم هو قوله لا بد لك من الاخذ ومع الغض عن
هذا الظهور كان مجمل لا يصح الاخذ به لكنه غير مضر باصل الشراء لاجله وانه يصح
الشراء منه مختاراً لا اجباراً .

ونظيره خالياً عن اجمال الذيل صحيحة معاوية بن عمار قال سئلت ابا عبد الله
عليه السلام يجيئنى الرجل فيطلب بيع الحرير وليس عندى شىء فيقاولنى عليه واقاوله
فى الربح والاجل حتى نجت مع على شىء ثم اذهب لاشترى الحرير فادعه اليه فقال
ارأيت ان وجد هو مبيعاً احب اليه مما عندك ايسطيع ان يصرف اليه ويدعك او
وجدت انت ذلك ايسطيع ان تصرف عنه وتدعه قلت نعم قال لابس .

وبالجملة هذه الروايات خارجة عن المقام فالحق هو صحة الشراء وبيعه بعده

لا الاجازة المحضمة على الكشف والنقل والله العالم .

ثم انه قد ظهر من جميع ما ذكرنا ان بطلان البيع الاول من حيث شراء الفضولى من المالك لا من حيث عدم اجازة المالك الثانى خلافاً للمشهور حيث ان البطلان عندهم من حيث عدم الاجازة ثم على مذهبهم هل يجوز للفضولى منع الاجازة اذا ملكه او لا فانه وان كان من اول الامر غير مالك لكنه صار مالكا بعد الشراء والمالك اذا باع شيئاً يجب عليه الوفاء بالعقد او يقال هذا اذا كان مالكا من اول الامر فاذا لم يكن من اول العقد مأموراً بالوفاء لعدم كونه مالكا فلا يجب ذلك فى اثناء العقد فيستصحب حكم الخاص فلا مقتضى للرجوع الى عمومات الوفاء وفى مكاسب شيخنا المرتضى ما نصه :

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا فى المسئلة المذكورة حال المسئلة الاخرى وهى ما لو لم يجز المالك بعد تملكه فان الظاهر بطلان البيع الاول لدخوله تحت الاخبار المذكورة يقيناً مضافاً الى قاعدة تسلط الناس على اموالهم وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس فان المفروض ان البايع بعد ما صار مالكا لم يطب نفسه بكون ماله للمشتري الاول والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً الا بكون مال غيره له اللهم الا ان يقال ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد والشروط على كل عاقد وشارط هو اللزوم على البايع بمجرد انتقال المال اليه وان كان قبل ذلك اجنبياً لا حكم لوفائه ونقضه ولعله لاجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الايضاح بناء على صحة الفضولى صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الاجازة قيل ويلوح هذا من الشهيد الثانى فى هبة المسالك وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية فى المعبر لكن يضعفه ان البايع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام فتأمل مضافاً الى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على اموالهم وعدم حلها لغيرهم الا عن طيب النفس انتهى .

(فان قلت) قبل كونه مالكا لم يكن مأموراً بالوفاء من حيث عدم كونه مالكا

فموضوع عدم المالكية قد تبدل بالمالكية في الاثناء فيجب عليه الوفاء فاستصحاب عدم وجوب الوفاء لم يكن مستمراً بل انتقض بالوجوب ولا بد في المستصحب بقاءه واستمراره الى زمان الشك .

[قلت] صحة المالكية في الاثناء غير مفيد فان المتيقن من وجوب الوفاء على المالك هو المالك من اول الامر لافى الاثناء ومن المعلوم انه من حين صار مالكا لم يبيع كى يكون ماموراً بالوفاء فعلى المشهور من صحة الشراء بعد البيع يكون له عدم الاجازة بعد ما صار مالكا .

وبالجملة الفضولى لم يكن ماموراً بالوفاء حين البيع كى يستصحب وبعد ما صار مالكا لم يقع منه بيع مع الاصيل هذا تمام الكلام فى حكم الفضولى اذا ملك فيما قبل الاجازة واما غيره كما اذا باع ولم يملك فى الاثناء فهو اما ان يجيز المالك اورده اما اذا اجاز فهو اما عقد وقع على مال المالك فقط او على عوضه فقط او تواردت عقود متعددة على كل منهما او يكون على نحو ترمى الاثمان فهنا مسائل .

الاولى العقد الواقع على ماله كما لو باع الفضولى داره من عمرو بفرس ثم اجاز فيصير المشتري مالكا للدار والمالك للفرس وهو معلوم .

[الثانية] وقوع العقود المتعددة على داره كما اذا باع الفضولى داره من عمرو ثم عمرو من بكر ثم البكر من خالد وحينئذ ايهما أجاز المالك صح وما بعده وبطل ما قبله فانه رد لما قبله كما اذا أجاز فى المثال عقد البكر من خالد فصح للخالد وصار ثمنه للمالك وبطل ما قبله .

[الثالثة] وقوع العقود المتعددة على عوض ماله وهو ايضا كذلك كما اذا باع داره بفرس ثم باع المشتري الفرس بالكتاب ثم باعه آخر بالعبد ثم باعه آخر بالجارية فان مال المالك قبل الاجازة هو الدار وبعدها هو الفرس فانه عوض داره فالعقود المتعددة واقعة على الفرس الذى هو عوض عن داره فاذا أجاز بيع الفرس بالكتاب صح وما بعده وبطل ما قبله فهذا حكم العقود الواقعة على ماله او عوضه فان للمالك اختيار ايهما شاء وانه يصح المجاز وما بعده وبطل ما قبله هذا كله على المشهور من

الكشف ومن صحة بيع الغاصب لنفسه .

واما على المختار من البطلان اذا كان البيع لنفسه فيبطل الجميع الا ما باع للمالك ثم انه قد ظهر منه حال ما اذا وقع البيوع المتعددة على كل منهما كما اذا باع الفضولى داره بفرس ثم باعها الثانى بغنم ثم باعها الثالث بكتاب ثم باع المشتري الفرس بدينار وباع بعده الدينار بأمة وبعدة الامة بالعبد وهكذا وهو بعينه كالعقود الواقعة على داره غاية الامر هنا يحتاج الى اجازتين لاجازة لاصل ماله كى يدخل عوضه فى ملكه واجازة للبيوع الواقعة على عوضه هذا كله اذا وقع البيوع المتعددة على نفس المال او عوضه كما اذا باعها اشخاص متعددة فى العقود المتعددة كما عرفت من الامثلة .

وأما اذا كان شخص واحد يتبدل المال او العوض بشىء آخر ثم بشىء آخر وهكذا كما باع الدار بالفرس والفرس بالغنم والغنم بالكتاب والكتاب بالعبد والعبد بالجارية وهكذا فينعكس الامر بمعنى انه اذا اجاز عقد منها صح وما قبله دون ما بعده .

وقال شيخنا فى مكاسبه فى هذا المقام ما لفظه وملخص ما ذكرنا انه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز فان وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسحا لما قبله واجازة لما بعده على الكشف وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر ولعل هذا هو المراد من المحكى عن الايضاح وس فى حكم ترتب العقود من انه اذا اجاز عقداً على المبيع صح وما بعده وفى الثمن ينعكس فان العقود المترتبة على المبيع لا يكون الا من اشخاص متعددة واما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادها ان يعقد على الثمن الشخصى مراراً لان حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من أن قولنا اما الواقعة على هذا البديل المجاز الى آخره بل مرادها ترمى الاثمان فى العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق والشهيد الثانى وقد علم من ذلك ان مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصى الاول له بل العوض ولو بواسطة انتهى .

وفى الجواهر وفى بلغة الفقيه فى مقام الثمرات بين الكشف والنقل ما لفظه ايضا وتظهر الثمرة ايضا فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على العوضين او احدهما مع وحدة المحل او اختلافه كما لو باع الدار فضوليا من زيد وباعها زيد من عمرو وهو من بكر وبكر من خالد وهكذا فللمالك اجازة ماشاء منها فان أجاز احدهما صح فيه وفى ما بعده على الكشف لوقوع البيع من المجاز له حينئذ فى ملكه وبطل فيما قبله لعدم الاجازة من المالك وعدم امكانها ممن ملك بعد لانه يلزم من صحتها بطلانها ان لم نقل بان النقل من المالك رد لما سبق عليه من العقد والا فيبطل بسبب ذلك ايضا وعلى النقل تبني على ماتقدم فى مسألة من باع ثم ملك من الاقوال فيها البطلان مطلقا او الصحة من غير اعتبار للاجازة منه او بشرط لحوقها كما هو الاقوى ومثله مالو باع الدار بفرس ثم تواردت العقود على الفرس فانه الاجازة تصح فيما اجاز وما بعده .

وفى الاول منها وهو بيع الدار بالفرس لتوقف صحة ما اجاز على تلك الفرس الموقوف على اجازة بيع الدار بها دون ما يتحلل بين عقد الاول والمجاز وينعكس الحكم فيما لو تواردت العقود على الاثمان فيصح فيما اجاز وما قبله وبطل فيما بعده كما لو باع الدار بفرس والفرس بسيف والسيف بقوس والقوس بكتاب وهكذا فان تملك الثمن المجاز من هذه الاثمان مستلزم لتملك ما قبله وهكذا حتى ينتهى الى الثمن الاول دون ما بعد المجاز هذا فيما لو تواردت على أحد العوضين ويظهر لك منه حكم مالو تواردت عليهما معاً انتهى عبارة البلغة .

وكيف كان فهذا اجمال الكلام فى الفضولى فى صورة الاجازة ﴿فان لم يجز﴾ المالك فان لم يدفع الفضولى المال الى المشتري اخذه وان دفعه اليه ﴿كان له﴾ أى المالك ﴿انتزاعه من المشتري﴾ بلا كلام بل له غرامة المنافع المستوفاة . ويدل على اخذ ماله ومنافعه المستوفاة مارواه (زرارة) قال قلت لابي عبدالله ^{عليه السلام} رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولاداً ثم أتاه من يزعم أنها له ، وأقام على ذلك البينة قال: يقبض ولده ويدفع اليه الجارية

ويعوضه قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها» .

وقال : ايضاً في (خبر جميل) « في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ، ثم يجيء مستحق الجارية فقال : يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية دل على اخذ المالك ماله واخذ منافعه المستوفاة من المشتري ورجوعه الى البايع هذا ان كان باقياً عنده .
واما اذا انتقله بآخر والاخر بآخر وهكذا فبعد رد المعاملة كان للمالك انتزاع ماله عند من كان وان الكل ضامن حينئذ ويستقر الضمان عند من تلف عنده بالكلام في امور .

الاول في معنى الضمان الثاني في تصوير تعلق شيء واحد على ذمم اشخاص متعددة بحيث يتخير المالك في الرجوع على من شاء مع ان الشيء الواحد لا يتعلق الا بالواحد فكيف يصح اشتغال ذمة كثيرين بشيء واحد الثالث في رجوع من رجع اليه المالك على غيره دون من تلف المال عنده فان الضمان قد استقر عليه من دون مراجعة له الى غيره .

وقد وقع الاشكال في كل منهما اما الاول فلانه كيف يتعلق الضمان على الذمة بمجرد اليد عليه مع بقاءه فان الضمان فرع تلفه والا فيكون من قبيل ضمان المالم يجب وهو غير صحيح والحاصل اذا وقع يد الغاصب على المال وكان المال باقياً عنده ولم يتلف فلامعنى للضمان مع عدم التلف حيث يتعلق الضمان بمن تلف المال عنده .

ويمكن دفعه بأن معنى على اليد ان عهدة المأخوذ على الاخذ بمجرد التسلط عليه حتى رد عينه فذمته مشغولة بالمأخوذ حتى يرجع الى صاحبه فليس التلف مأخوذاً فيه حيث ان ظاهر الحديث انه بمجرد التسلط عليه اشتغل الذمة ويجب عليه الرد فليس ضمان ما لم يجب وان الثابت وجوب القيمة وهو حاصل وهذا المعنى ليس متوقفاً على تلفه .

واما الثاني وهو تعلق المال الواحد على ذمة اشخاص متعددة فحله بعد النقص

بمثل الواجب الكفائي الذي بوحدته تعلق على ذمة الجميع بحيث لو تركوا لصار الكل معاقبين ويسقط عنهم باتيان واحد منهم ان معنى الضمان كما عرفت كون الخسارة والتدارك بقيمة نفسه او بدله على اليد المأخوذة الى ان تؤديه وبهذا المعنى يتعلق على اللاحق وهكذا .

فعلى الجميع هو الخروج عن العهدة على البديل الى ان يصل الى من تلف عنده لا ان هذا الواحد يتعلق على الجميع بنحو الوجوب العيني الذي كان على الجميع هو الخروج عن عهده ولا يخفى ان ذلك الجواب انما يصح لو قلنا باستغال الذمة بمجرد الغصب بخلاف ما اذا كان الخطاب شرعياً تكليفاً محض فهذا وارد على القائلين بذلك .

وفي الجواهر في كتاب الغصب جعل وجه قرار الضمان على من تلف المال عنده بان الخطاب الذمي الذي لزم الخروج عن العهدة قد تعلق عليه دون غيره فان خطابهم شرعي وجوبي محض لا يترتب عليه شيء سوى التكليف قال قده في هذا المقام ما هو لفظه :

ولافرق في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسدونحوه وعدمه ، نعم قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم ، بمعنى أنه لو رجع المالك على غيره رجوع هو عليه مع فرض عدم زيادة في العين يختص الاول بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه ، فانه لا رجوع له على غيره ، لان ذمته المشغولة للمالك بالبديل وان اجاز له الزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به ، فيملك حينئذ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية .

وبذلك اتضح الفرق بين ماتلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالاداء شرعي لا ذمي ، اذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد ، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو .

كما أنه اتضح لك ايضاً جواز مطالبة الكل ببديل واحد على السواء ومختلفاً ، لانه اذا جاز له مطالبة كل منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى ، ويرجع

حيثئذ غير من تلف المال في يده على من تلف المال في يده بمقدار ما أدى انتهى .
وليت شعري انه لو كان معيار الضمان بيوم التلف فكيف يشتغل ذمة كل من
وقع يده على المال مع انه قبل التلف ولذا قال قرار الضمان على من تلف عنده فلا
يتعلق على كل واحد الاحكم تكليفي وهو حرمة الاخذ ووجوب الرد فلا ضمان قبل
التلف فلا يكون من وقع يده عليه ضامنا فعلا وسياتي تمام الكلام فيه فانتظره .

وفي مكاسب شيخنا المرتضى ما لفظه : فنقول معنى كون العين المأخوذة
على اليد كون عهدها ودر كها بعد التلف عليه فاذا فرض ايدي متعددة يكون العين
الواحدة في عهدة كل من الايادي لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة
معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه وحيث ان الواجب هو تدارك التالف
الذي يحصل ببذل واحد لا يزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم بالخروج عن
العهدة عند تلفه فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البذل بمعنى انه اذا استوفى من احدهم
سقط الباقي لخروج الباقي عن كونه تدار كالان المتدارك لا يتدارك والوجه في سقوط
حقه بدفع بعضهم عن الباقي ان مطالبته مادام لم يصل اليه المبدل ولا بدل فايتهما حصل
في يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية
والمفروض عدم ثبوته بعنوان اخر ويتحقق مما ذكرنا ان المالك انما يملك البذل
على سبيل البدلية اذ يستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة احدها بدلا عن
التالف واصلا الى المالك . الى ان قال :

كما لا ريب في ان السابق اذا رجع عليه وكان غار اللاحقة 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 بالبذل قبل اللاحق فاذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن
شيئاً له بدل فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البذل والمبدل على سبيل
البذل اذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البذل والا خرج بدله عن كونه بدلا
فما يدفعه .

الثانى فانما هو تدارك لما استقر تداركه فى ذمة الاول بخلاف ما يدفعه الاول فانه تدارك نفس العين معيناً اذ لم يحدث له تدارك اخر بعد فان اذاه الى المالك سقط تدارك الاول له ولا يجوز دفعه الى الاول قبل دفع الاول الى المالك لانه من باب الغرامة والتدارك فلا اشتغال للذمة قبل فوات المتدارك وليس من قبيل العوض لما فى ذمة الاول فحال الاول مع الثانى كحال الضامن مع المضمون عنه فى انه لا يستحق الدفع اليه الا بعد الاداء .

والحاصل ان من تلف المال فى يده ضامن لاحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه فى اليد فيشتغل ذمته اما بتدارك العين واما بتدارك ما تداركها وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان فى الايدى المتعاقبة اشتغال ذمة اشخاص على البدل لشيء واحد لشخص واحد انتهى .

وفيه اولا ان ظاهر كلامه عدم الضمان قبل التلف ايضا وهو مشكل جداً وعلى خلاف الخبر حيث ان ظاهر على اليد هو كون الخسارة والدرك بمجرد الاخذ .
وايضاً توجهه لكون الشيء الواحد على ذمم المتعددين غير تام حيث ان قوله ان الوجه فى رجوعه الخ فيه اولا لم يتلف بعد كى اشتغل ذمة السابق بالبدل اذ الفرض ان التلف عند اللاحق الاخير فقبل التلف لا يتعلق الذمة بالتدارك فلا يضمن اللاحق شيئاً له البدل بل يضمن شيئاً لو تلف كان له بدل .

واما فعلاً فليس عليه الا رد نفس العين كالسابق وهكذا اللاحق بعده فالكل قبل التلف كان ذمتهم مشغولة شرعاً اى عليهم رد العين من دون ضمان فلا يشتغل ذمتهم بشيء سوى وجوب ايصال العين الى صاحبه فهذا الكلام منه عجيب بعد تصريحه بان الضمان بعد التلف وسيأتى تمام الكلام فى مسألة ان ضمان العين فى اى زمان فانتظره .

وبالجملة بمجرد الغضب يتحقق خطابان احدهما عرضى " موجود فعلاً وهو خطاب وضعى مالى برد قيمة العين لكل من وقع يده عليه والثانى طولى تقديرى وهو وجوب البدل على تقدير التلف فالاول فعلى يعم الجميع ممن وقع يده على

العين من غير توقف على التلف وحينئذ للمالك الرجوع الى اى منهم فى نفس العين .
ففى هذه المرحلة ليس خطاب بالبدل اصلا لانه خطاب قبل التعلق وهو غير
معقول بل الخطاب بنفس العين وضعاً حيث ان الغاصب بمجرد الاخذ اشتغل ذمته
بنفس العين وكذا كل من وقع يده عليها فيجب على الكل ان يوطن نفسه بالخروج
عن عهدة العين لو رجع عليه المالك .

ولا يخفى انه لولا هذا المعنى لما صح رجوع المالك على الكل فى تعاقب
الايادى لعدم تعلق شىء قبل التلف سوى العصيان بخلاف ما اذا قلنا بالخطاب الوضعى
من اول الامر قبل التلف ليس خطاب بالبدل واذا تلفت العين توجه التكليف بالبدل
من هذا المحين فيجب عليه رد البدل مثلها او قيمية .

وبالجمله الخطاب فى كلا المرحلتين ذمى مالى يتعلق بالمكلفين من اول
الشروع فى الغصب احدهما فعلا وهو وجوب رد نفس العين لامجرد الخطاب التكليفى
الشرعى بل بالعين كما فى قوله عليه الدية ضرورة انه ليس المراد هو الوجوب فقط
بحيث اذا خالف يترتب عليه مجرد المعصية بل كان ذمته مشغولة بالدية فكذلك اذا
يقال على اليد ما اخذت كان معناه اشتغال ذمته على العين حتى يدفع نفسها او بدلها
وتمام الكلام فيما بعد .

وكيف كان فقد ﴿ يرجع ﴾ المشتري ﴿ على البايع بما دفع اليه ﴾ من الثمن ،
بل ﴿ وبما اغترمه ﴾ للمالك ﴿ من نفقة أو عوض عن أجره أو ﴾ عن ﴿ نماء ﴾ أو
أرض جناية أو أجره حفر أو طمة أو بناء جدار أو غير ذلك وهذا ﴿ اذا لم يكن عالماً
أنه لغير البايع ﴾ واغتر بظاهر فعله ، وان لم يكن من قصد البايع غروره لعدم توقف
صدقه على ذلك ﴿ او ﴾ كان عالماً انه لغيره ولكن ﴿ ادعى البايع أن المالك
أذن له ﴾ .

وبالجمله لا كلام فى انه فى صورة جهل المشتري يرجع الى البايع بالثمن
وبتمام ما اغترم للمالك لقاء الغرور فلو كان المبتاع ارضاً فحفرها او طمها لغرس
الاشجار يرجع الى البايع بتمام الخسارات حيث انه مغرور والمغرور يرجع الى من غره .

وانما الكلام فيما حصل له نفع فى مقابل الغرامة مثل ما اذا غصبت شاة وذبحها وارسلها الى آكل فزعم الاكل انه له فأكله فاطلع المالك واغترمه قيمة الشاة فالاكل وان استوفى منفعة الشاة فيكون اكله فى مقابل اغترامه لكنه لو علم بالحال لما اكل لتحقق الخسارة عليه وانما اقدامه لزعمه مجاناً وابطاحه فالظاهر لافرق فى الغرور بينه وبين مالا يحصل اليه نفع .

قال فى محكى المختلف : لو رجع المالك على المشتري الجاهل بالعين والمنافع ، رجع المشتري على البائع بالثمن اجماعاً . واما المنافع التى استوفاهما هل يرجع بها ام لا ؟ قال الشيخ فى المبسوط : الاقوى انه لا يرجع ، لانه غرمه فى مقابلة نفع فلا يرجع به على احد وقال بعض علمائنا : له الرجوع ، لانه مغرور ، فكان الضمان على الغار ، كما لو قدم اليه طعام الغير فأكله مع جهل . فانه اذا رجع على الاكل رجع الاكل على الامر بجعله وتغيير الامر له .

ظاهر العبارة الاشكال فى المنافع المستوفاة مثل شرب اللبن بالحلب ونحوه . وفى المسالك بعد قول المصنف ما لفظه : اذا لم يجز المالك البيع يرجع فى عين ماله ونماؤها متصلو ومنفصلو وعوض منافعها المستوفاة وغيرها وبقيمة الهالك من ذلك او مثله والمعتبر بالقيمة يوم التلف على الاقوى ان كانت التفاوت بسبب السوق وبالاعلى ان كان بسبب الزيادة العينية كالسمن او الوصفية كالعلم بصنعة ثم نسيانها ثم المشتري يرجع بذلك كله على البائع مع احد الوصفين وهما الجهل بكونهما لغير البائع وادعاء البائع الاذن فى البيع ولو رجع عليه المالك بالقيمة مع التلف رجع بها على البائع وان زادت على الثمن المدفوع اليه ولا فرق فى ذلك بين ان يكون قد حصل للمشتري نفع فى مقابلة ما غرم او لا على الاقوى لغروره ودخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض انتهى صريح العبارة التعميم .

ونظيره عبارة الجواهر قال فيه لقاعدة الغرور ، وخبر جميل السابق والاجماع بقسميه ، عدا ما حصل له نفع فى مقابل ما غرمه من عوض نماء او منفعة ونحوها . اما فيه فالمشهور انه كذلك ايضاً للقاعدة المزبورة اذ النفع الذى قد حصل له

انما قدم عليه مجاناً ، باعتبار الغرور من فعل البايع ، او دعواه فيكون حينئذ كما لو قدم اليه طعام الغير فأكله جاهلاً ، وفي شرح الاستاد ان في خبر جميل دلالة عليه خلافاً للمحكى عن الخلاف وموضع من المبسوط وظاهر السرائر وصريح كشف الرموز فلا يرجع به لعدم تضرره بعد فرض انتفاعه في مقابلة غرامته ، وقاعدة الغرر مبناهما الضرر ، وفيه ان الضرر متحقق بعد الاقدام منه على استيفاء ذلك مجاناً ، وامكان كون بناء قاعدة الغرر على قوة السبب من المباشر انتهى .

وهو قوي جداً فانه وان استوفى في مقابل الغرامة لكن شخص المستوفى ربما كان لو علم بالخسارة لما اقدم على هذه المنفعة فان النفع حقيقة مالم يخرج من كيسه في مقابلة فالاقدام من حيث زعمه المجانية فكان مغروراً ولعله لافرق في ذلك بين صدور الفعل من المغرور باختياره كما في هذه الامثلة أو لا كوقوعه في بئر بفعل الغار بل هو صريح رواية زرارة وتعوضه قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها .

وكذا رواية جميل اذ قيمة الولد منفعة استوفاهما ولا ينافي ذلك خبر زريق المروى عن المحاسن والახبار قال كنت عند ابي عبدالله يوماً اذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفة من اصحابنا فقال ابو عبدالله عليه السلام : تعرفهما ؟ قلت : نعم هما من مواليك ، فقال : نعم : والحمد لله الذي جعل اجلة موالي بالعراق ، فقال له احد الرجلين : جعلت فداك انه كان على مال لرجل ينسب الى بنى عمار .

وله بذلك ذكر حق وشهود فأخذ المال ولم استرجع منه الذكر بالحق ، ولا كتبت عليه كتاباً ولا اخذت منه براءة ، وذلك لاني وثقت به وقلت له مزق الذكر بالحق الذي عندك فمات وتهاون بذلك ، ولم يمزقها وعقب هذا طالبني بالمال ورثته وحاكموني واخرجوا بذلك الذكر بالحق ، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال وكان المال كثيراً فتواريت عن الحاكم فباع على قاض الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال ، وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي . ثم ان ورثة الميت اقرؤا ان المال كان ابوهم قد قبضه ، وقد سألوه أن يرد على معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة ، فقال : اني احب ان أسأل ابا عبدالله عليه السلام عن

هذا ، فقال : الرجل يعنى المشتري جعلنى الله فداك كيف اصنع ؟

فقال : تصنع ان ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها ، وتخرج يدك عنها قال : فاذا انا فعلت ذلك له ان يطالبنى بغير هذا ؟ قال : نعم له ان يأخذ منك ماأخذت من الغلة من ثمن الثمار وكل ماكان مرسوماً فى المعيشة يوم اشتريتها يجب ان ترد ذلك الا ماكان من زرع زرعته انت فان للزارع اما قيمة الزرع واما ان يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع فان لم يفعل كان له ذلك ورد عليك القيمة وكان الزرع له .

قلت : جعلت فداك فان كان هذا قد احدث فيها بناء و غرس ؟ قال : له قيمة ذلك او يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه .

قلت : ارأيت ان كان فيها غرس او بناء ، فقلع الغرس وهدم البناء ؟ فقال : يرد ذلك الى ماكان أو يغرّم القيمة لصاحب الارض فاذا رد جميع ماأخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث الى ماكان او رد القيمة كذلك يجب على صاحب الارض ان يرد عليه كل ماأخرج منه فى اصلاح المعيشة من قيمة غرس او بناء وانفقة فى مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود اليه . وتمسك فى الحدائق بهذه الرواية بانه لا يرجع الا بالثمن فقال ما لفظه وظاهر كلام شيخنا فى الروضة ان المشتري يرجع على البائع أيضاً بمنافع المبيع ونمائه مما حصل له فى مقابلته نفع .

قال : لغروره ودخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض ، اما ما انفق عليه ونحوه مما لم يحصل له فى مقابلته نفع فيرجع به قطعاً انتهى .

وفيه : ان المستفاد من الخبر المذكور ، وقوله فيه : « تصنع ان ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة على صاحبها » ان الرجوع على البائع انما هو بالثمن خاصة ، والمقام مقام بيان ، مع حكمه عليه السلام فى الخبر برجوع المالك على المشتري بعوض المنافع ، فلو كان للمشتري الرجوع بها على البائع لذكره عليه السلام مع ذكره اخيراً ان المشتري يرجع بما انفق على المالك لاعلى البائع .

وبالجملة فان المطابق للاصول : انه لا رجوع هنا للمشتري ، لان المالك انما اخذ منه عوض منافعه التي استوفها من ماله ، فسيبيلها كسبيل العين في وجوب الرد على المالك ، وظهور البطلان الموجب لرد العين على مالكها موجب لرد ما استوفاه المشتري من منافعها .

وتعليله بأن دخوله على ان يكون ذلك له بغير عوض ، عليل لا يصلح لتأسيس حكم شرعى ، لاسيما مع دلالة الخبر على ما قلناه ، ومتى كان المشتري عالماً فانه يرجع المالك على المشتري بجميع ما تقدم ذكره ، واما المشتري فانه بالنسبة الى ما غرمه للمالك لا يرجع به ، لما علله به المسالك مما تقدم ذكره واما بالنسبة الى الثمن فقد عرفت من كلام شيخنا في المسالك ، ان المشهور عدم الرجوع به عليه ، باقياً كان الثمن او تالفاً .

وقيل بالرجوع مطلقاً ، كما نقل عن المحقق في بعض تحقیقاته .
وقيل بالتفصيل ، بالتلف وعدمه ، فيرجع على الثانى دون الاول ، وظاهره فى المسالك الميل اليه . والاشكال هنا فى موضعين :

(احدهما) : فى عدم رجوع المشتري على البائع بما اغترمه فى صورة العلم ، لما علله به فى المسالك من انه حينئذ غاصب مفرط ، فلا يرجع بشيء مما يغرمه للمالك مطلقاً .

فان فيه : ان مقتضى ما صرحوا به من صحة عقد الفضولى ، وجوب الحكم بصحة ما يترتب عليه من التصرفات ، اذ لا ثمرة لهذه الصحة مع بطلان ما يترتب عليها ، فكيف يكون مع عدم الاجازة غاصباً !؟

اللهم الا ان يقول : ان العقد وان كان صحيحاً ، لكن لا يجوز للمشتري قبض الثمن الا بعد الاجازة ، والا فهو غاصب . وصريح كلامهم خلافه الى ان قال :

وثانيتها فى عدم الرجوع بالثمن فى الصورة المذكورة موجوداً كان او تالفاً فان فيه ان ما عللوه به من ان المشتري قد دفعه اليه وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الاباحة مردود الخ .

ورده فى الجواهر فقال فما فى الحدائق من أنه لا يرجع الابا الثمن ، مخالف للنص والقاعدة والاجماع بقسميه لما عرفت .

مضافاً الى عدم ما يصلح له سنداً لذلك سوى ما ذكره من خبر زريق الى انقال بعد تمام الرواية .

وهو كما ترى لا غرور فيه، من أحد، ضرورة معذورية القاضى والشهود والورثة وأقصاه ظهور الخطأ فى حكم القاضى الذى قد باشر البيع، وهو الا يقضى بتغريمه، ومن هنا توجه ما ذكره فيه من الاحكام التى سمعتها كما هو واضح، فحينئذ لا اشكال فى الرجوع بما عرفت .

قال شيخنا فى مكاسبه المسئلة الثانية ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن فاما ان يكون فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن اذ رجع المالك بها على المشتري كان القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة و اما ان يكون فى مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار ووطى الجارية واللبن والصوف والثمرة واما ان يكون غرامة لم يحصل له فى مقابلها نفع كالنفقة وما صرفه فى العمارة وما تلف منه اوضاع من الغرس والحفر او اعطائه قيمة للولد المنعقد حراً ونحو ذلك او نقص من الصفات والاجزاء ثم المشتري ان كان عالماً فلا رجوع فى شىء من هذه الموارد لعدم الدليل عليه وان كان جاهلاً فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب كما فى ض وعن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع بل فى كلام بعض تبعاً للمحكى عن فخر الاسلام فى شرح الارشاد دعوى الاجماع على الرجوع ما لم يحصل فى مقابلته نفع الى ان قال .

واما الثانى و هو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل اليه من المنافع والنماء ففى الرجوع بها خلاف اقويها الرجوع وفاقاً للمحكى عن ط والمحقق والعلامة فى التجارة والشهيدىن و المحقق الثانى وغيرهم وعن التنقيح ان عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً فى من قدم مال الغير الى غيره الجاهل فاكلى ويؤيده قاعدة نقى الضرر فان تغريم من اقدم على اتلاف شىء من دون عوض مغروراً من

آخربان له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه الى من غره في ذلك ضرر عظيم ومجرد رجوع عوضه اليه لا يدفع الضرر .

وكيف كان فصدق الضرر واضرار الغاربه مما لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد فما في الرياض من انه لا دليل على قاعدة الغرور اذالم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المقفود في المقام لوصول العوض الى المشتري لا يخلو عن شيء مضافاً الى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور انتهى

﴿وان لم يكن كذلك﴾ بل اخبره البايع بانه غضب او علم المشتري بذلك من طريق اخر ﴿لم يرجع﴾ على البايع بما اغترمه على المبيع من نفقة حفظه وغسله واجازة مكانه ونحو ذلك لانه مع العلم بذلك قد اقدم على ضرره وفي الغرور مأخوذ جهل المغرور فان قوله المغرور يرجع الى من غره كالصريح في ان المغرور غير عالم بواقع الامر فلا يصدق مع العلم

وبالجملة رجوع المغرور الى الغار لاجل اضرار الغار عليه وهو صادق في صورة جهل المغرور فاقدم عليه غفلة عن حقيقة الامر فلا يصدق اذا كان عن علم بعدم استحقاق المبيع حتى يصرف الاجرة فيه

وانما الاشكال في جواز مراجعته بالثمن وقد ذهب كثير من الاعلام على عدم الرجوع فضلاً عن الرجوع بما اغترم فانه جزاء وعقوبة لمن علم عدم استحقاقه المبيع ومع ذلك اقدم على اخذه فاذا علم بعدم استحقاقه للمبيع كان دفع الثمن بازائه دفع له مجاناً سواء كان الثمن باقياً ام تالفاً وان فصلوا ايضاً بينهما بالرجوع في الاول دون الثاني .

وبالجملة والمسئلة مشكلة من حيث ان المشتري لم يدفع الثمن مجاناً ولازمه الرجوع اليه فانه اعطاه في مقابل المبيع غاية الامر علمه بانه لم يملكه وقوله ^{عليه السلام} ويرجع على من باعه بثمن الجارية صريح في الرجوع ومطلق من حيث العلم والجهل ومن حيث انه مع العلم بالغصب علم بان ثمنه لا يقح في مقابل شيء اصلاً فكانه اتلفه بيده فكيف يرجع الى البايع .

﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ أنه ﴿لا يرجع بالثمن﴾ الذى دفعه الى البايع ايضا بسوء اختياره ، ﴿مع العلم بالغصب﴾ وفى الجواهر بل فى التذكرة قال : علمائنا ليس للمشتري الرجوع على الغاصب وأطلقوا القول فى ذلك ، وفى تخليص التخليص أطلق الاصحاب كافة ذلك، بل عن الايضاح أنه نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فضلا عن تلفها تارة الى قول الاصحاب، واخرى الى نصهم، وفى جامع المقاصد يمتنع استرداده العين عند الاصحاب وان بقيت العين .

ولعله يريد ظاهرهم كما حكى عنه ذلك ايضا فى موضع آخر، الا أنه لا يخفى عليك ما فيه من الاشكال ، وعدم الانطباق على الضوابط المقتضية خلافه فى نظائره كثمن الخمر والميتة وغيرها، ومن هنا حكى عن المصنف فى بعض تحقيقاته القول بالرجوع به مطلقاً ، وهو وان كان موافقاً لما عرفت ، لكنه مخالف للجمع عليه بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً ، كما اعترف به الفخر والكركى وثانى الشهيدين والاستاد من عدم الرجوع فى صورة التلف الذى هو المتيقن من اطلاقهم، الموافق لما قرره من ان دفعه بعد العلم بالغصب اباحة منه للمال بلا عوض، فليس له الرجوع حينئذ بعد التلف كغيره من المال المباح من مالكة ، ولذا كان خيرة التذكرة والمختلف والقواعد فى موضع منها ونهاية الاحكام والايضاح وشرح الارشاد للفخر والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية التفصيل بينه وبين البقاء، فلا يرجع مع الاول، ويرجع مع الثانى، لبقائه على ملكه ، والناس مسلطون على اموالهم .

لكن فيه أن ذلك لو كان للاباحة لجرى فى غيره من نظائره. ولاقتضى حلية التصرف فيه وفيها ، مع أنه ورد فى كثير منها أن أثمانها سحت مضافاً الى ما عرفته سابقاً من ضمان الثمن والمثمن فى القبض بالعقد الفاسد ، من غير فرق بين التلف وعدمه ، والعلم بالفساد وعدمه ، انتهى موضع الحاجة .

قال فى المسالك فى شرح قوله «وقيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب» هذا هو المشهور بين الاصحاب، مطلقيين الحكم فيه الشامل لكون الثمن باقياً وتالفاً،

ووجهه بان المشتري قد دفعه اليه وسلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له ، فيكون بمنزلة الاباحة . وهذا يتم مع تلفه .

اما مع بقاءه فلا ، لانه له وهو مسلط عليه بمقتضى الخبر ، ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه ، لانه انما دفعه عوضاً عن شيء لا يسلم له لامجاناً ، فمع تلفه يكون اذناً فيه ، اما مع بقاءه فله اخذه ، لعموم النصوص الدالة على ذلك ، بل يحتمل الرجوع بالثمن مطلقاً .

وهو الذى اختاره المصنف فى بعض تحقيقاته ، لعدم جواز تصرف البائع فيه ، حيث انه اكل مال بالباطل ، فيكون مضموناً عليه ، ولولا ادعاء العلامة فى التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف ، لكان فى غاية القوة ، و حيث لا اجماع مع بقاء العين فيكون العمل به متعيناً .

فان قيل : كيف يجماع تحريم تصرف البائع فى الثمن عدم رجوع المشتري به مع التلف ، فانه حينئذ لامحالة غاصب آكل للمال بالباطل ، فاللازم اما جواز تصرفه او جواز الرجوع اليه مطلقاً .

قلنا : هذا اللازم فى محله ، ومن ثم قلنا : ان القول بالرجوع مطلقاً متجه ، لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة .

و حينئذ نقول : ان تحقق الاجماع فالامر واضح والافمن الجائز ان يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبة له حيث دفع ماله معارضا به على محرم وعلى هذا يكون البايع مخاطباً برده او رد عوضه مع التلف فان بذله اخذه المشتري وان امتنع منه بقى للمشتري فى ذمته وان لم يجز له مطالبته به .

ونظير ذلك ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال فى ذمته فانه لا يجوز حينئذ للمدعى مطالبته ولا مقاصته وان كان الحق مستقراً فى ذمة المنكر فى نفس الامر وذلك لا يمنع من تكليفه برده وعقوبته عليه لو لم يردده ولا فرق فى هذا الحكم بين كون البايع غاصباً صرفاً مع علم المشتري به او فضولياً ولم يجز المالك كما هو مقتضى الفرض انتهى .

وفى مكاسب شيخنا فى مقام كون الثمن باقيا وعدمه ما نصه : وان كان عالما بالفضولية فان كان الثمن باقيا استرده وفاقا للعلامة وولده والشهيدى والمحقق الثانى ره اذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا ومجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البايع قبله يلزم فوات محل الاجازة لان الثمن انما ملكه الغير فيمنع تحقق الاجازة فتأمل .

وهل يجوز للبايع التصرف فيه وجهان بل قولان اقويهما لعدم لانه اكل مال الباطل هذا كله اذا كان باقيا واما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانىين وغيرهم الاتفاق عليه ووجه كما صرح به بعضهم كالحلى والعلامة وغيرهما ويظهر من آخريين انه سلطه على ماله بلا عوض .
توضيح ذلك ان الضمان اما لعموم على اليد ما اخذت واما القاعدة الاقدام على الضمان الذى استدله به الشيخ وغيره على الضمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه والاول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه اليه لحفظه كما فى الوديعه او الانتفاع به كما فى العارية او استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستاجرة فان الدفع على هذا الوجه اذالم يوجب الضمان فالتسلط على التصرف فيه واتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق اولى .

ودعوى انه انما سلطه فى مقابل العوض لامجانا حتى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدم عدم الضمان فيها مندفعة بانه انما سلطه فى مقابل ملك غيره فلم يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة التى قد حكم الشهيد وغير واحد بعدم الضمان فيها انتهى . هذه كلمات الاصحاب رضوان الله عليهم وشكر الله سعيهم .

ولكن نقول ان كان مجرد تسليطه على الثمن غير موجب لانتقال المال اليه فلازمه عدم الفرق بين الموجود والمعدوم وان كان موجبا للانتقال وان التسليط

بمنزلة الاباحة فلازمه عدم الرجوع اليه وان كان موجوداً .

وكيف كان فالفرق بين تلف الثمن وعدمه غير واضح فلا بد اما من القول بالرجوع اليه مطلقاً أو عدمه مطلقاً وادلة الضمان من اليد والاقدام ان جرت فتجرى في صورتين والا فلاوجه للتفصيل بين القسمين فالذى ينبغى ان يتكلم فيه هو جريان ادلة الضمان وعدمه .

ومن العجيب التمسك بعدم الضمان باولوية موارد الاستئمان فان اليد في هذه الموارد امانة بحكم الشارع بمعنى ان الشارع جعل عدم الضمان في هذه الموارد من حيث كونهم أميناً فلوتلف لم يكن من استأمنه المالك ضامناً والا فربما لم يرض المالك بذلك الحكم اى بعدم الضمان مثل الودعى او المستأجر مثلاً وان سكوته وعدم دعواه لمجرد حكم الشارع فكيف بمن دفع ثمنه بازاء المثلث وان كان كيف يكون اباحة للغاصب نعم لو كان الدفع اليه مجاناً لكان للاولوية مجال للداعى للدفع اخذ المبيع وان علم انه لا يستحق لذلك لكن لم يبعد ان يكون برجاء الوصول بيده بنحو من الانحاء كاجازة المالك او رضائه بيد المشتري بهذا الثمن ويؤيده انه لو قيل بالمشتري أنت أبحت الثمن للغاصب مع علمك بان لا ينتقل المثلث في ملك قال لا .

والحاصل في مثل الوديعة قد جعل المال بعنوان الوديعة والامانة وفيه مأخوذ رجوعه اليه واخذه والحكم بعدم الضمان على خلاف ميله للدليل .

وفي المقام ايضاً دفع بعنوان اخذه المعوض فليس التسليط والدفع اليه مجاناً او هبة بل بعنوان قيمة المتاع ففى كلا الموردين كانه عنوان رجوع مالك العين محفوظة غايته في الاول لم تجر أدلة الضمان لامر الشارع ولا منع له في مورد الثانى أى المشتري فلا اولوية في المقام بل ليس المقصود في موارد الاستئمان الا جعل الشيء للحفظ ويعطى لاسترداده والانتفاع من العين فقط كما في المقام بعينه فالدليل على خلاف قاعدة اليد دل على عدم الضمان ولادليل على انه في المقام كذلك .

وقد عرفت من عبارة المسالك ان القول بالرجوع مطلقاً متجّه وان لا يجتمع

القول بعدم الرجوع مع القول بحرمه تصرف الغاصب فى الثمن والثانى مسلم اذ لاوجه للانتقال اليه فيثبت الرجوع وبالجملة عدم كون دفع الثمن مجاناً من الواضحات مع امكان اخذ بدله مثلاً او قيمته فى صورة التلف .

وكيف كان فلا رى وجهاً لعدم الرجوع مطلقاً بل يكون ذلك من الاعاجيب وقوله فى جواب مدعى عدم المجانية بانه سلطه فى مقابل ملك غيره كلام غير محصل المعنى فانه مضافاً الى ان ظاهر الجواب تسليم الدعوى وانه ليس مجاناً بل فى مقابل ملك غيره انه اذا كان فى مقابل ملك الغير فكيف يكون مجاناً كالهبة الفاسدة التى لم يكن فيها ضمان ومع علمه بأنه لا يملك المبيع كيف لا يكون من كيسه مع ان خروجه حينئذ من كيسه من أبده البديهيّات فالمال قد خرج من كيسه ومع ذلك لم يكن قد اباحه او اعرضه عنه قطعاً فلازمه بقاءه على ملكه فليس الدفع الا بعنوان المبيع وانه من المالك ولو ادعاه براءه كونه مالكاً له بوجه من الوجوه . والفرق بينه وبين البيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة كالشمس فى رابعة النهار اذ من معلوم فيهما ان نظر البايع والمؤجر هو الارفاق فهما يرجعان الى هبة العين فى الاول والمنفعة فى الثانى .

وما ذهبوا اليهما من البطلان غير مرضى عندي بعد هذا الاحتمال فانه عين الهبة الغير المعوضة عبّر بهذه العبارة والافلم لا يجعل الثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة فعدم الضمان فيهما لا يدل على عدم الضمان فى المقام مع انه لو سلم كونهما فاسدين كانا مضمونين لان فى صحيحهما الضمان لان فى صحيح البيع والاجارة ضمان وكذا فى فاسدهما .

وبالجملة تشبيه المقام بالبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة فى غير محله وقياسهما عليه مع الفارق فانه لو يرجعان الى ما قلناه من الهبة الصحيحة بهذه العبارة فواضح والا كان بيعاً واجارة فاسدة كان فيهما ضمان وتسليطه فى مقابل ملك غيره مسلم ولكن لا يوجب ذلك عدم خروجه من كيسه بل خرج بتقرب وقوع المعوض فى يده بنحو من انحاء الجواز .

و اين ذلك من دفع الثمن فى مقابل ما لا يملك وقوله ان البايع لم يقدم على ضمان الثمن الخ كيف لم يقدم على ضمان الثمن وهو يعلم ان ثمنه لا يقع فى مقابل شىء و ان يده عليه يدعدوانى فنفس ذلك يوجب كون الاقدام على اخذه اقدا ما ضمانيا خصوصا فيما لم يعلم الغاصب على المشتري بالغصبية ايضا اذ لا ملازمة بين علم المشتري بالغصب وعلم الغاصب بذلك ايضا .

فح يعلم الغاصب ان المشتري اشتراه بزعم انه مالك له فاخذ الثمن منه على زعم انه لا يملكه كاف فى ان الغاصب قد اقدم على ضمان الثمن سلمنا علم كليهما بالغصب لكن الغاصب كما اقدم على ضمان المبيع فكذلك اقدم على ضمان الثمن فاخذ الثمن منه ليس الا فى مقابل المثل فنفس علم البايع بان الثمن لا يقع فى مقابل شىء كاف فى ان اخذه منه اخذ بلاوجه فهو عبارة اخرى عن الاقدام على ضمانه الثمن .

وايضاً نفس الاخذ من اقوى مصاديق على اليد ما اخذت بل يمكن ان يقال انه ليس فى صدق اليد علم المأخوذ منه بوقوع المال فى مقابل شىء و عدمه ولا علم الاخذ بذلك بل بمجرد الاخذ فيما لم يصرح بعدم الضمان كالهبة و البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة كان الضمان ثابتا للاخذ بمقتضى اليد و الاقدام معا .

و بالجملة ليس دفع المشتري الثمن الا بعنوان المعاملة و وقوعه فى مقابل المثل ولو ادعاء و لولا ان لم يصح بيع الفضولى الغاصب لنفسه كما عليه القوم فلولا ان يمكن اخذه الثمن صحيحا ولو ادعاء لم يصح للمالك اجازة مثل هذا البيع اذا اجازة انما تصح لبناء الغاصب على كونه مالكا ادعاء فيقع المعاملة للمالك الحقيقى فصحة هذه من الاصحاب ليس الامن حيث صحة الادعاء و الاكتفاء بمالك الادعائى فالمشتري انما يشتري ادعاء من المالك و جعل ثمنه فى مقابل المبيع الذى اخذه من المالك الادعائى و لولا ان لم يعط شيئا للغاصب و لو قليلا فضلا عن تمام الثمن بل هو اقوى دليل على صحة رجوعه عليه فان بيع الغاصب لنفسه صحيح عند القوم مع اجازة المالك و لو علم المشتري بالغصب فدفعه برجاء الاجازة من المالك و تملك المبيع فاخذ الغاصب الثمن مساوق لعلمه بان خسارته و ضمانه عليه و وجوب رده عليه و انه لا يملك

منه شيئاً ابداً وانه محرم عليه التصرف .

والحاصل انافرض صورة علم المشتري بالغصب والفرض ان يبيع الغاصب لنفسه صحيح عندهم مع الاجازة فحين البيع صح برجاء الاجازة حتى يقع بين المالك والمشتري فعليه صح اقسام المشتري مع العلم فالمالك هو مالك ادعائى والمشتري اشترى منه برجاء انه بعد الاجازة كان المبيع له وبعد الرد انكشف البطلان فدفعه الثمن كان فى مقابل المبيع برجاء الاجازة غاية الامر قد خطأ بدفع الثمن الى الغاصب وهو لا يوجب المجانية والاعراض نحو ما قيل فعلم المشتري وجهه لا يضر بذلك .

ومن ذلك يعلم فساد توهم انه على صورة الجهل ايضاً لا يكون البايع الغاصب ضامناً فضلاً عن العلم بتوهم انه لا يصح جعل ضمانين لمال واحد عرضاً لان المفروض ان التضمين وقع على ملك غير الغاصب حقيقة لان المعاملة وان كانت واقعة بين الغاصب والمشتري بحسب الظاهر لكن بحسب الواقع بين المشتري والمالك حيث ان الغاصب ليس طرفاً للمعاملة ولذا لو اجاز المالك وقع المعاملة بينه وبين المشتري ففى الحقيقة ان الضمان على المالك فى مقابل المبيع لاعلى الغاصب و الا يلزم جعل الضمانين لمال واحد عرضاً وفى آن واحد يكون المال مضموناً على المالك والغاصب وحيث كان طرف المعاملة هو المالك فلا يكون الغاصب ضامناً لدفع المبيع فى مقابل الثمن .

ولا يخفى ان المعاملة حيث كانت باطلة مطلقاً على المختار او بعد الرد على المشهور فلا يكون المالك طرفاً للمعاملة اصلاً بمعنى انه لا يقع المعاملة بميله ورضاه والمالك الادعائى بمنزلة النبوة الادعائى لا يجعل غير الواقع واقعاً ولا المجاز حقيقة فلا تضمين للمبيع من جانبه للمشتري فى مقابل ثمنه كى يكون المشتري ضمنه ايضاً فى مقابل ثمنه فلا تضمين للمشتري على المالك رأساً فليس الاتضمين الغاصب فى مقابل ثمنه بعد عدم كون دفع الثمن مجاناً .

وليت شعري انه كيف يكون المالك والغاصب ضامناً للثمن حتى يكون ضمانين لمال واحد فلا يكون المال الا فى ضمان الغاصب فقط وان المشتري ربما

لا يعرف المالك اصلاً فدفعت الثمن الى الغاصب بعنوان اخذ المبيع منه .
وبالجملة لا اشكال فى ان ضمان البايع للثمن ثابت فيجربى فى المقام قاعدة
اليد والاقدام وقاعدة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فان البيع صحيحه ضمانية
فكذلك فاسده و هو عند القائلين بالفساد واضح وعند القائلين بالصحة للمالك بعد
الاجازة فكذلك لانفاق الجميع بالبطلان مع الرد كما فى المقام و مقتضى الجمع
انه لو كان الثمن تالفاً يجب عليه مثله او قيمته لجميع ما ذكر ولقوله من اتلف مال الغير
فهو له ضامن والغاصب قد اتلفه .

وقد عرفت عدم الفرق بين التلف وغيره ومنه يعلم ايضاً ما فى عبارة المسالك من
ان عدم رجوع المشتري الى البايع يمكن ان يكون من باب العقوبة ووح فان بذله الغاصب
اخذه المشتري وان امتنع كان ذمته مشغولة للمشتري مع عدم جواز المطالبة للمشتري
تأمل فيه حتى تعرف عجائبه فان كون المال لشخص على ذمة الغير مع عدم جواز
مطالبة ماله عن عليه متنافيان وليت شعري ما الدليل على عدم جواز مطالبة ماله ومن
العجيب تبعية الجواهر ايضاً عنه فقال ايضاً بعد العبارة الطويلة المتقدمة مانصه فالعمدة
حينئذ ظهور اطباق الاصحاب الذى قد عرفت الاعتراف منهم بأن معقده مطلق ،
شامل لصورتى البقاء والتلف ، مع امكان تقريبه الى الذهن بنحو ما سمعته من الاباحة
بالنسبة الى التلف ، بأنه يمكن أن يكون عقوبة له ، ولا استبعاد فى عدم جواز الرجوع
به وان بقى على ملكه ، بل ويجب رده على من فى يده ، كالمال الذى حلف عليه المنكر
أو يكون نحو المال المعرض عنه ، أو الموهوب أو نحو ذلك فيملكه حينئذ البايع
مع حرمة التصرف عليه ، او عدمها .

وعلى كل حال فبناء على ذلك لا وجه للتفصيل المزبور اللهم الا أن يقال أن
المنشأ فى التلف الاباحة من المالك ، وهى لاتنافى حرمة تصرف الغاصب ، للنهى
الشرعى عن الاباحة فى مقابلة المحرمات ، ولاتلازم بين الحرمة المالكية والشرعية ،
فيمكن أن يكون الشارع حرم التصرف فيما دفع عوضاً عن المغصوب مثلاً وان رضى
المالك ، فيكون عدم الرجوع عليه باعتبار الاباحة المزبورة التى هى المدار فيه وفى أمثاله ،

بل لابس بالتزام مثل ذلك فى جميع نظائره ، مما دفع فيه الثمن بلا مقابل معتدبه ، كما صرح به الاستاد فى شرحه ، حيث أنه بعد اختياره التفصيل قال : ويقوى تسرية الحكم فى المقامين الى كل مادفع من غير مقابل ، أو بمقابل غير قابل .
 نعم لا يجرى مثله فى البيع الفاسد بغير ذلك ، وما شاب به بأن كلامن المتعاملين فيه قد قدم على أخذ العوض من صاحبه ، ويرجع مع التلف الى ثمن المثل ، وان زاد على المسمى ، لتحقق مسمى الاقدام على الضمان فى الجملة ، بخلاف المقام الذى هو عند الانحلال تسليط على المال بلا عوض شرعا ، وهتك الحرمة الملك بالاذن منه فى الاتلاف ونحوه بل ربما ظهر من الكركى وغيره جواز التصرف للبايع فيه بملاحظة الاذن المزبورة ، بل نسب ذلك الى الاصحاب ، وان كان فيه ما لا يخفى من المنافات لما هو كالمعلوم ضرورة من الشرع انتهى ايضا وانما نقلناها بطولها ليعلم انه وامثاله قدس الله ارواحهم لم يأتوا فى المقام بشيء معتدبه بل لافرق فى الحقيقة بينه وبين البيع الفاسد بل هو وعلى المختار من فساد البيع الفضولى لنفسه كما عرفت وعلى المشهور من الصحة ايضا كذلك كما عرفت .

فلا فرق بين العلم بالفساد من اول المعاملة وبين ظهوره وبروزه بعدا وحينئذ فالمشتري ان علم بكون البايع غاصبا فيفسد من اول الامر على المختار وبعد الرد على المشهور فدفع الثمن الى الغاصب دفع فى المعاملة الفاسدة وعلى المختار حين الدفع يعلم بالفساد وعلى المشهور بعد الرد فما الفرق بين المقام وبين ما اذا اشترى خمرا أو خنزيرا مع العلم بانهما لا يملكان شرعا ولم يقع الثمن فى مقابلتهما فمع هذا العلم كان دفع الثمن بمنزلة الالتقاء فى البحر والاعراض عنه والاباحة للبايع ومع ذلك لا يقولون بعدم الرجوع الى البايع للثمن فما الفرق بين العلم بان الثمن لا يقع فى مقابل الخمر وفى مقابل مال الغير وبين المقام فقوله ره كلامن المتعاملين فيه قد قدم على اخذ العوض من صاحبه الخ ففقه ان المقام كذلك بعينه فان المشتري قد اقدم على اخذ المبيع من صاحبه والغاصب قد اقدم على اخذ الثمن من صاحبه فكما يعلم كل منهما عدم تملك مال الاخر فى العقود الفاسدة فكذلك يعلم فى المقام عدم تملك كل منهما مال الاخر فكما فى المقام سلب

المشتري الغاصب على ثمنه بلاوجه شرعى فكذلك مشتري الخمر سلط البايح على ثمن الخمر فكما انه حينئذ لا يكون تسليط الثمن اباحة او اعراضا عنه فكذلك فى المقام فى الفساد وتسليط الثمن فى مقابل الاخر كان المقام وغيره هو هو فبايح الخمر قد اقدم على اخذ الثمن من المشتري والمشتري قد اقدم على اخذ الخمر منه كما فى المقام .

نعم الفرق ان فى مسألة الخمر والخنزير ملكه ما لنفسه عرفا وفى مسألة التمام ملكه مال الغير ولكنه لافرق بينهما بعد العلم بان الخمر ايضا غير مملوك تأمل فى المقام حتى لا تكون مغترأ بكلمات القوم ومن العجيب ما حكاه عن استاذه من تسرية الحكم الى كل مادفع من غير مقابل او بمقابل غير قابل حيث ان لازمه حلية كل ما اخذ فى مقابل حرام سواء كان بعنوان المعاملة وهو المراد بقوله او بمقابل غير قابل او من غير مقابل كالمقام على زعمه فكل ما اخذ فى القمار دفع من غير مقابل فعلى زعمه اباحة او اعراض يجوز التصرف فيه للقاهر عليه نعم فى مقام يصدق عليه الاباحة والاعراض لا يجوز الرجوع ويجوز التصرف فيه كما عرفت منا فى المجلد الحادى والعشرين فى مسألة ما يسمى [به بخت آزمائى] ومن العجب الفرق بين البقاء والتلف مع ان الضمان وعدمه ليس دائرا مدار التلف وعدمه .

فانه ان ثبت مع التلف بالمثل والقيمة والافلا ونظيره فى التعجب تنظيره بمثل مقام الدعوى فان المنكر لو حلف كاذبا لم يكن الوظيفة شرعا الا الاعتماد بظاهر حلفه وان المدعى لا يجوز له مخالفة ظاهر القواعد ولو كان فى الواقع خلاف ذلك والفرق بينه وبين المقام بما بين السماء والارض ولا يكاد ينقضى تعجيبى من الاصحاب فى المقام مع عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى ومع علم الغاصب بان اخذ الثمن بعينه كسرقة المال فكما انه على اليد كما كمة على رد المثل على صاحبه فكذلك رد الثمن ودعوى تخصيصها فى المقام بالفحوى كلام شعري بعد وضوح ان المشتري لم يبيحه مطلقاً .

وقد عرفت ان الدفع بنحو من الرجاء والوصول فى يده وربما كان الغاصب فى مقام رد المال باى قيمة كان والمشتري غرضه دفع ثمن بخس حفظا لمال صاحبه

فيشترى برجاء انه ان ظهر صاحبه اعطاه وكيف كان فاغراض الاشخاص غير محدود وليس مجرد الاباحة .

فالدفع فى المقام كدفع الثمن بازاء الخمر مع علمه بأنه غير مملوك شرعا اوبازاء الخمر والخل وسائر البيوع الفاسدة ولذا قال بعض شراح المكاسب فى ذلك المقام مالفظه فيكون نظير المعاوضات التى تقع فاسدة من جهة عدم قابلية احد العوضين للملك كالخمر والخنزير والميتة فلو كان التسليط بمجرد العلم بعدم استحقاق العقاد للعوض موجبا لثبوت الاباحة لزم الحكم بها هناك ايضا وظاهر الاصحاب حكمهم بعدم الاباحة وثبوت الضمان حيث حكموا بان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من دون وقوع تفرقة منهم بين مالوسرى الفساد الى العقد من جهة عدم قابلية احد العوضين للملك وبين مايسرى اليه من جهة اخرى ولا بين العلم بالفساد وعدمه انتهى . وفى الحدائق مالفظه وثانيا - ان المشتري انما دفع الثمن متوقعا للاجازة من المالك ، فهو انما دفعه عوضاً عن شىء لكن لم يسلم له ولم يدفعه مجانا حتى يصير بمنزلة الاباحة وقوله فى المسالك - بعد نقل التعليل المذكور - : وهذا يتم مع تلفه . . . الى آخره، مردود بأن ما علل به الرجوع مع بقاءه جار ايضا مع تلفه، فان الخبر الذى اشار اليه - وهو قوله «الناس مسلطون على اموالهم» لا اختصاص له بالعين ، بل يشمل فى الذمم ايضا . وكذا قوله : ولم يحصل منه ما يوجب نقله، جار ايضا فى صورة مالوأتلفه .

واما قوله: فمع تلفه يكون اذنا فيه فانه ضعيف فى غاية الضعف بل بعيد الصدور من مثله ، مع ما عرفت . وكيف يصح اجتماع الحكم بوجوب الرد مع وجود العين ، وعدم جواز التصرف فيها مع الحكم ببرائة ذمة من يجب عليه ردها ويحرم عليه التصرف فيها لو اتلفها انتهى موضع الحاجة .

وبالجملة لا بد من رجوع المشتري الى الغاصب سواء قلنا بصحة بيع الفضولى لنفسه ام لا وعلى الاول واضح فان الفرض صحة البيع و المشتري يعلم بان له اجاز المالك كان المعاملة واقعة بين نفسه والمالك فدفع الثمن بهذا اللحاظ وعلى الثانى

كما هو الحق ظاهر ايضا غايته ان يكون من قبيل البيوع الفاسدة والضمان فيها ثابت وعلى كلا التقديرين تجرى قاعدة اليد والاقدام وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده على المشهور فى القاعدة .

وقال شيخنا ايضا ما لفظه ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضمان وهو الاقدام على الضمان هنالان البايح لم يقدم على ضمان الثمن الا بما علم المشتري انه ليس ملكاله فان قلت تسليطه على الثمن بازاء مال الغير لبنائه ولو عدوانا على كونه ملكاله ولولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو انما سلطه على وجه ، يضمنه بماله الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البايح للمثمن وتعاقدا معرضين عن ذلك كما هو الشأن فى المعاوضات الواردة على اموال الناس بين السراق والظلمة بنى المشتري على كون المثمن ملكا للبايح فالتسليط ليس مجانا وتضمنه البايح بمقابل الثمن من ماله حقيقى الا ان كون المثمن مالاله ادعائى فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكا للغير فان المشتري يرجع الى البايح بالثمن مع التلغ اتفاقا مع انه انما ضمنه الثمن بازاء هذا الشئ الذى هو مال الغير فكما ان التضمين هنا حقيقى وكون المثمن مالاله اعتقادى لا يقدر تخلفه فى التضمين فكك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثمن عدوانا لا يقدر فى التضمين الحقيقى بماله قلت الضمان كون الشئ فى عهدة الضامن وخسارته عليه واذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك وما ذكر من بناء المتعاقدين فى هذا العقد على كون المثمن ملكا للبايح الغاصب مع كونه مال الغير فهو انما يصحح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاء مع عدم كون البايح اهلا لذلك فى الواقع والافاصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضمان والتضمين الحقيقى بالنسبة اليهما ولذا ينتقل الثمن الى مالك المبيع ويدخل فى ضمانه بمجرد الاجازة انتهى موضع الحاجة.

اما قوله لان البايح الخ ففيه ان البايح وان لم يقدم على ضمان المثمن لكن المشتري اقدم على ضمان الثمن فى مقابل المثمن ولومن المالك الادعائى بعد القطع

بان غرضه ليس الاباحة ومن جميع ما ذكرنا ظهر المراد من مضمون الايراد الذى هو الحق ولا محيص عنه واما قوله فى الجواب قلت الخ .

ففيه انه كما ضمن المشتري البايع بالثمن فى مقابل الثمن مع علمه بان لا يملك الثمن فكذلك البايع ضمن المشتري بالمبيع فى مقابل الثمن مع علمه بان المشتري لا يملك الثمن فكل منهما ضمن الاخر فى مقابل احد العوضين تأمل فى جميع ما ذكرناه حتى تعلم فساد ما افاده ره ايضا من قوله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على اتلافه فى ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث .

ثم قال نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول المعوض للملك كالخمر والخنزير والحرقوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال كما صرح به شيخ مشايخنا فى شرحه على عد هذا ولما ذكرناه من فساد ما ذكر فى المقام مال الى رجوعه عما افاد ورام الى الضمان فقال ولكن اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضى الضمان فيما نحن فيه وشبهه نظراً الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان بفساده كك الا ان يفسر بما ابطلناه سابقاً من ان كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده ولا ريب ان العقد فيما نحن فيه وفى مثل المبيع بلا ثمن والاجازة بلا اجرة اذا فرض صحيحا لا يكون فيها ضمان فكذلك مع الحكم بالفساد لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً فى توضيح هذه القضية فان معناه ان كل عقد تحقق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه فيختص موردها بما اذا كان للعقد فردان فعليان لا للفرد الواحد المفروض تارة صحيحاً واخرى فاسداً انتهى .

ثم انه قد ظهر مما بيناه هناك انشاء الله ثم انك قد عرفت ان بيع الفضولى انما يصح فيما كان البيع للمالك لانفسه فان المتيقن من مخالفة الادلة وتصحيحها للفضولى فيما كان له فلا يصح بيع الغاصب علم المشتري بذلك اولا ولكن الاكثر ذهبوا الى الصحة عما منهم ان المعاملة قوامها ووقوعها بين المالكين لا المالكين وايضا الغاصب

جعل نفسه بمنزلة المالك فوقع المعاملة بين الاصيل والمالك الادعائي فاذا اجاز المالك وقع المعاملة بين المالك .

وقد عرفت ما فيه في المجلد الحادى والعشرين وما يرد عليه من الاعلام المتقدم سابقاً ومن عدم القدرة على تسليم احد العوضين الى صاحبيه وغير ذلك وفي الجواهر فى المقام بعد نقل الاقوال الكثيرة فى الصحة قال :

فما جزم به بعض الناس من عدم كون بيع الغاصب مطلقاً او مع علم المشتري بالغصب، او تردد فيه كذلك من الفضولى فى غير محله وقصد النفس او الغير لامدخلية له حينئذ ، بعد فرض دلالة الادلة على قابلية تأثير لفظ العقد مع وقوعه على ما كان قابلاً للتأثير فيه من غير فرق بين المالك وغيره ، ونصوص النهى عن بيع ما لا يملك والسرقة ونحوها قد عرفت الحال فيها ، وما تسمعه انشاء الله من عدم رجوع المشتري على الغاصب اذا لم يجز المالك بالثمن مطلقاً او مع التلف لو دفعه اليه عالم بالغصب غير مناف لصحة الفضولى قطعاً ، مع عدم انحصار الثمن فيما لو دفعت كما كان كلياً ضرورة رجوع المالك حينئذ على المشتري مع اجازته البيع دون القبض بمصدق الثمن الخ .

ويظهر ضعفه مما قدمناه فى هذا الكتاب وفيما قبله فراجع (وكذا) الحال فى الوقوف على الاجازة فى ما ﴿لرباع ما يملك وما لا يملك﴾ بثن واحد فانه ﴿مضى بيعه فيما يملك وكان فيما لا يملك موقوفاً على الاجازة﴾ بناء على صحة الفضولى ، وباطلا على القول الاخر .

وفى الجواهر وعلى كل حال فلا خلاف فى صحة بيعه ونفوذه فيما يملك اذا لم يتولد من عدم الاجازة مانع شرعى كلزوم رباء وبيع آبق من دون ضميمه ونحو ذلك ، بل ظاهرهم الاجماع عليه كما اعترف به فى الرياض ، بل عن الغنية دعواه عليه صريحاً كالاستاد فى شرحه ، لاطلاق الادلة وعمومها السالمين عن المعارض خصوصاً بعد ملاحظة ما يظهر من النص والفتوى من كون الاسباب الشرعية كالعقلية تؤثر فى القابل ، دون غيره ، وما سمعته من خير الصغار من وجوب الشراء على

البائع فيما يملك فهو حينئذ بمنزلة عقود متعددة ولذا لو ظهر بعض المبيع مستحقاً لم يبطل الا فيه ، انتهى .

اشكال هذه المسألة من غير جهة الفضولى ايضاً وهو تبعّض الصفقة وتعلق الرضا بالمجموع وربما لا يكون التبعض موافقاً لغرض المشتري وغير ذلك ففى الفضولى اشكاله من حيث رضا المالك وهنا منه ومن المشتري لوضوح تعلق رضاه بالمجموع وللزوم الغرر فى حال البيع وان كان يرفع بعداً للمشتري لكنه حاصل واقعاً وهى المانع حقيقة لانه مثل عقد الاختين دفعة بلفظ واحد او بيع الدرهم بالدرهمين ولذا حكى عن الاردبيلي ره انه احتمال البطلان .

ولكن لا يخفى انه بناء على صحة الفضولى لاشكال فى الصحة فيما باع للمالك بل فيما باع لنفسه بعد فرض الصحة اما فى مال نفسه فواضح واما فى مال غيره فهو موقوف على الاجازة فان اجاز فهو صحيح للمالك والمشتري والا ففى مال نفسه والتبعّض منجبر بالخيار والغرر بالتعيين من اهل الخبرة .

نعم على المختار من بطلان الفضولى لنفسه بطل فى مال الغير وصح فيما له وان اجاز المالك .

﴿ ويسقط الثمن ﴾ على المبيع حتى يأخذ كل من المالكين نصيبه على فرض الاجازة ، اولياً أخذ البائع ما يخصه منه ويرجع الباقي الى المشتري على فرض عدمها .
﴿ بان يقوم جميعاً ثم يقوم احدهما ﴾ منفرداً كما عن القواعد واللمعة والنهاية بل نسب الى الاصحاب ، ثم ينسب الى قيمة المجموع ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ يرجع ﴾ المشتري ﴿ على البائع ﴾ بمقدار وقع فى مقابل مال الغير .

وهذه المسألة بعينها مسألة رجوع المشتري الى الفضولى التى وقع فيها الاختلافات العظيمة التى قد عرفت وتفصيل الاصحاب بين العلم والجهل وبقاء الثمن وعدمه وليت شعري انه لم لا يتكلمون فى هذا المقام بشيء بل بالاتفاق قالوا بالرجوع الى الفضولى بمقدار ثمن مال الغير مع انه مع علمه بان بعض المثلث للغير كان دفع الثمن بمقدار الذى يقسط عليه دفعا اعراضيا او اباحيا والفرض اطلاق كلامهم فى

الموردين من حيث كون الفضولي باع لنفسه او للمالك بل اللازم هو فى المقام التفصيل وان الرجوع فى صورة جهله او فيما كان الثمن باقيا فتأمل فى المقام وقد عرفت منا الرجوع مطلقاً كما فى المقام .

وبالجملة كان رجوع المشتري ﴿ بحصة من الثمن اذا لم يجز المالك ﴾ نسبتها الى كل الثمن نسبة احد القيمتين الى المجموع وحينئذ يقوم المجموع ثم ينسب قيمة غير المملوك الى الكل فان كانت ثلثا أو ربعا اخذ المشتري ثلثا أو ربعا من الثمن وان كان ثلثين اخذ ثلثى الثمن .

مثلا اذا كانت قيمة المجموع تسعاً وقيمة غير المملوك ثلاث كان الثلث ثلث التسع فيؤخذ الثلث من الثمن وان كانت ستة كان نسبتها الى الكل ثلثين فيؤخذ ثلثا الثمن فالعيار نسبة غير المملوك الى الكل ويؤخذ بنسبته اليه من الثمن وهكذا .

قال شيخنا فى مكاسبه وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن فى غير المثلى ان يقوم كل منهما منفرداً فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتة اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين مثاله كما عن سرائر ما اذا كان ثمنهما ثلث دنائير وقيل ان قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثى الثمن .

وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به فى الارشاد حيث قال ويقسط المسمى على القيمتين ولعله ايضا مرجع مافى الشرايع والقواعد واللمعة من انهما يقومان جميعا ثم يقوم احدهما ولذا فسر بهذه العبارة المحقق الثانى عبارة الارشاد حيث قال طريق تقسيط على القيمتين الخ .

لكن الانصاف ان هذه العبارة الموجودة فى هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الارشاد التى اخترناها فى طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر اذ لو كان المراد من تقويمهما معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج الى قولهم ثم يقوم احدهما ثم تنسب قيمته اذ ليس هنا الا امران تقويم كل منهما ونسبة قيمته الى مجموع القيمتين فالظاهر ارادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احدهما بنفسه ثم ملاحظة نسبة قيمة احدهما الى قيمة المجموع انتهى .

والانصاف ان العبارات لاتخلوعن اجمال فى طريق التقسيط ولاتنطبق كلها على ذلك واطهرها فى ذلك ما فى المتن وما هو المحكى عن القواعد واللمعة فيقومان جميعا ثم يقوم احدهما وهى ايضا وان كان غير واف بالمقصود لكن الظاهر ان المقصود بعد هذه العبارة هو نسبة احدهما الى المجموع والا فلا يحتاج الى قيمة المجموع .

ثم احدهما فيكون المقصود هو قيمة المجموع أولا ثم قيمة غير المملوك الى الكل فانه المقصود من اخراجه عن القيمتين فبأى نسبة كانت له الى المجموع اخذ من الثمن ففى الشاة والخنزير او عبده وعبد الغير يفرض قيمة للمجموع عند العرف على فرض كونه مالا عند الشرع ثم يلحظ قيمة الخنزير الى الكل فبأى نسبة كانت له الى المجموع يؤخذ من الثمن .

ولا يخفى انه طريق يلائم التقسيط بنحو العدالة اذ ذلك الطريق لا يكون المدار فيه مدار اصل الثمن فانه ربما يكون فى حال التقويم الثمن اضعاف قيمته من حيث السوق فربما يكون قيمة المملوك مساو للقيمتين فالثمن او العكس بحاله ويقوم احدهما وينسب الى الكل كما عرفت .

ثم ان هذا كله فى القيمى واما فى المثلى ففرق شيخنا بين كون الحصاة مشاعا وبين كونها معينة والفرق غير واضح قال هذا كله فى القيمى اما المبيع المثلى فان كانت الحصاة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصتى البايع والاجنبى بما يخصه وان كانت حصاة كل منهما معينة كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة قيمتى الحصتين وتقسيط الثمن على المجموع فافهم انتهى .

ولعل قوله فافهم اشارة الى ما ذكرنا من عدم الفرق بين القيمى والمثلى وبين كون المثلى مشاعا او معيناً كما صرح به بعض محشى الكتاب .

اما القيميان فمثل ما اذا كانا شاة وخنزيراً أو شاة له وشاة لغيره .

واما المثليان المفروزان فتارة يكون من قبيل الحنطة كالمنين المفروزين واخرى مخلوطين لاثنين فأى فرق بين الاخير وما قبله فلو كان ثمن المنين تومانيين

والقيمة حين القويم اربعة توامين فان كان اخذت النسبة بنحو ما ذكر فلا اشكال اذ قيمة احدهما تومانان ونسبته الى المجموع النصف اخذ المشتري نصف القيمة وهو تومانان .

واما لو قسط الثمن على نفس المبيع لوقع في مقابل كل من تومان فيؤخذ المشتري تومان فقط والفرص ان قيمة كل واحد حين التقويم تومانان فيتضرر المشتري مع ان مامن قبيل حنطة والشعير ونحوهما من متساوي الاجزاء سواء كان مفروزاً أو مخلوطاً لا يحصل بينهما فرق من هذه الجهة فالطريق والضابط هو ما ذكر من غير فرق سواء كانت القيمة حين التقويم ازيد .

كما عرفت من الامثلة او انقص كما اذا كان ثمن الماين مائة وحين التقويم خمسين لكل واحد منهما خمسة وعشرين كانت النسبة الى المجموع النصف ويؤخذ المشتري نصف الثمن وهو خمسون و اذا كان حين التقويم الثمن بحاله كما اذا كان الثمن عشرة والقيمة ايضاً العشرة صح تقسيط الثمن على كل واحد فوقع في مقابل كل منهما خمسة كما انه على هذا الضابط ايضاً خمسة ولا يرد على هذه الطريقة اشكال الا فيما كان لوصف الاجتماع دخل في زيادة القيمة كمصراعين من باب واحد . ولذا قال ايضاً ومن هنا انكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد اطلاق القول بذلك اذ لا يستقيم ذلك فيما اذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعى باب وزوج خف اذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم احدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة فانه اذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته اليه كنسبة الاثنى الى العشر فاستحق من البايع واحداً من الخمسة فيبقى للبايع اربعة في مقابل المصراع الواحد مع انه لم يستحق من الثمن المقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع . الاخر أعنى درهمين ونصفاً انتهى .

ويمكن حله بان المشتري ان كان عالماً بالغصبية او عدم الاذن من المالك كان فوت وصف الاجتماع عليهما والافعلى البايع الغاصب المأخوذ باشق الاحوال ففي المثال على الاول يؤخذ المشتري درهمين ونصفاً وعلى الثانى يقوّم مال البايع

بوصف الانفراد اذ ليس له الا ذلك وهو درهما فى المثال وينسب الى المجموع فكان خمس المجموع فله خمس الثمن فيرجع المشتري اليه باربعة اخماس درهم فى مقابل مصراع واحد منفرداً هذا ان اراد بقاء المعاملة والا فله الرد بخيار الصفقة .

وبالجملة صورة جهل المشتري كانت غرامة فوت وصف الاجتماع على البايع فيخرج مال المشتري بوصف الانفراد والباقي على الغاصب فيغرمه للمشتري وبذلك يظهر ما فى كلام المحكى عن الفاضل القطيفى وفيما اجاب عنه فى الجواهر قال قد بعد نقل العبارات الكثيرة وما فى السرائر مما يمكن كون المراد ما ذكر وقوله ايضا ما لفظه :

كما اذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير وقيل أن قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان ، فيرجع المشتري بثلثى الثمن وهو عين ما ذكرناه ، ضرورة كون النسبة بما فرضه ذلك، فمراد الجميع حينئذ واحد، الى ان قال لكن عن الفاضل القطيفى أن فيه نظراً ولعله أشار الى ما فى جامع المقاصد والروضة والمسالك والرياض وغيرها من أن ذلك يتم اذا لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخلية فى زيادة القيمة .

أما اذا كان كذلك فلا يقومان مجتمعين اذ لا يستحق مالك كل واحد ماله الا منفرداً فلا يختص باستحقاق ما يزيد باجتماعهما بل يقوم كل واحد منهما منفرداً وينسب قيمة أحدهما الى مجموع القيمتين . ويقسط الثمن حتى ما قابل الهيئة الاجتماعية منه على تلك النسبة، فاذا كان قيمتهما مثلاً مجتمعين اثنى عشر، ومنفردين تسعة ، والثمن ستة وقيمة احدهما ثلاثة ، أخذنا له من الثمن بقدر نسبته الى التسعة، وهو ثلث الستة اثنان ، ولا يؤخذ بقدر نسبته الى الاثنى عشر وهو ربع الستة واحد ونصف .

ولو قوم كل واحد منهما بعشرة يؤخذ نصف الثمن ، لانه نسبة أحدهما الى المجموع ، ودعوى تحقق الظلم بذلك على المشتري الذى قد بذل الثمن فى مقابلة المجموع من حيث أنه مجموع يدفعها أولاً معارضتها بالظلم على البايع لو أخذ بالنسبة الى مجموع قيمتهما مجتمعين، مع عدم تقصيره واتلافه شيئاً على المشتري

وانما أراد له شيئاً لم يسلم له ، والحاقه بالغاصب حينئذ في ضمان الصفة ليس في محله ، انتهى موضع الحاجة .

هذا كله فيما كان لوصف الاجتماع دخل في الزيادة وقد يرد النقص بالضابط المذكور بما اذا كان وصف الاجتماع موجبا لقلّة القيمة والمثال الذي ذكر له فيما لو باع جارية مع امها قيمتهما مجتمعين عشرة وقيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية كى يكون نسبة العشرة الى العشرة نسبة الشيء الى مماثله فيرجع الى مثله من الثمن اى تمامه ففيه مضافا الى عدم تصور ذلك عند العقلاء انه خارج عن المقام وذلك لان هذا الفرض على فرض صحته يرجع الى ان القيمة لاحدهما فقط .

فانه لا يعقل قيمة شيء بوحدته مساو مع ضم شيء آخر اليه بل بوحدته له قيمة ومع ضم الشيء اليه يزيد في قيمته الا اذا كانت الضميمة من غير الاموال كالحشرات والخنافس والافلو كان له قيمة ولو في غاية القلّة اذا انضم الى شيء آخر يزيد في قيمته فالجارية في المثال اما يكون قيمتهما مع امها عشرة وبوصف الانفراد لا يكون لها هذه القيمة اولا يكون لامها قيمة اصلا كما اذا كانت كثيرة السن وذا الامراض المتنفرة منها الطباع ونحو ذلك ففي الاول لا يكون قيمتهما واحدة وفي الثاني لا يبذل بازاؤها مال فالعشرة حينئذ قيمة للجارية فقط فتدبر .

ثم انه لو باع من له نصف الدار نصف الدار فقد يكون المراد معلوماً فلا كلام وان لم يعلم المراد فهل يكون لفظ النصف ظاهراً في نصفه المشاع من نفسه ومن صاحبه حتى يكون بايعاً من نفسه ومن غيره فيكون من مسألتنا اولا بل النصف ظاهراً في نصفه المختص به .

وبالجملة لو قال بعث نصف الدار فهل ينصرف الى نصف نفسه او له ومن غيره مشاعا والظاهر القوى هو الاول لظهور اللفظ في البيع الذي كان امره واختياره بيده فالكلام على الظاهر فيمن كان له نصف الدار مشاعا وباعها وظاهر الاصحاب ظهور النصف وامثاله في المشاع وهو بعيد في الغاية الخ .

وكيف كان فظاهر لفظ بعث نصف الدار هو نصفه المملوك مشاعا كان او ممتازاً
 لان النصف المشترك من ملكه وملك غيره بان يبيع ربع داره وربع دار صاحبه وهو غير
 مربوط بباب الاقرار الذي سيأتي في محله ما يقتضيه ومحل كلامنا هو ظهور لفظ
 النصف في مقام البيع في النصف المختص به لاربع منه وربع من شريكه .
 وبالجملة انا لانفهم من قوله بعث نصف الدار الا النصف المختص به الا اذا
 قامت قرينة على كون النصف من الدار له ولشريكه بان يكون المبيع من كل منهما
 ربع من الدار فالنصف في مقام البيع نصف ما اختاره بيده من حيث المالكية وفي
 الجواهر في هذا المقام قال: هذا كله فيما لو علم ارادة البايع بيع ماله ومال غيره .
 اما اذا كان بلفظ ظاهر في ارادة ماله نزل عليه ، وان احتمل ارادته ماله ومال
 غيره ، كما لو باع مالك النصف مثلا النصف انصرف الى نصيبه ، كما صرح به
 جميع من تعرض لذلك ، بل عن غصب جامع المقاصد والمسالك ارساله ارسال
 المسلمات ، بل عن الثاني منهما نسبتته الى الاصحاب ، ولا ينافي ذلك احتمال
 الاشاعة في النصيبين ، في جملة من الكتب ، ضرورة عدم منافاة ذلك للظاهر انتهى
 وهو واضح فينصرف الى نصف ماله المختص به .

قال شيخنا في مكاسبه : لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار فان علم
 انه اراد نصفه او نصف الغير عمل به والا فان علم انه لم يقصد بقوله بعثك نصف
 الدار الا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان حملة على نصفه المملوك له وحملة على
 النصف المشاع بينه وبين الاجنبي ومنشأ الاحتمالين .

اما تعارض ظاهر النصف اعني الحصاة المشاعة في مجموع النصيبين مع
 ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص وان لم يكن
 له هذا الظهور في غير المقام ولذا يحتمل الاقرار على الاشاعة كما سيجيء او مع ظهور
 انشاء البيع في البيع لنفسه لان بيع مال الغير لا بد فيه اما من نية الغير او اعتقاد كون
 المال لنفسه واما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب والكل خلاف
 المفروض هنا انتهى .

والثاني اقوى بل لا ظهور ولا تعارض مع الثاني فاذا قال بعث نصف دارى
ينصرف الى بيع نصف نفسه كما اذا قال بعث الدار ولا ينصرف الى نصف المجموع
فى النصفين الا مع القرينة كما اذا قال من له نصف الدار بعث الدار كلها .

وبالجمله الكسر له ظهور فى مقدار من الكل بنحو الاشاعة بحيث اذا قسم الى
اقسام كان ذلك الكسر احد هذه الاقسام بنحو التساوى كالثلث فانه اذا قسم الكل الى
ثلاثة اقسام كان الثلث احد الاجزاء الثلاثة مشاعا وهكذا فى جميع الكسور التسعة
فالكسر جزء مشاع نسبتته الى ساير اجزائه متساوية .

وهذا المعنى ظاهر فى الاشاعة المختصة بالواحد بحيث لو اراد بين اكثر كان
بالقرينة فمن له نصف الدار اذا قال بعث نصف الدار كان له ظهور فى نصفه المختص به
وذلك لان البيع ظاهر فيما يكون لنفسه الا فيما اتى بالقرينة كما قال بعث هذه
الدار والفرض انه مالك لنصفها فيبيع الجميع له ظهور فى نصفه ونصف شريكه وكذا
اذا أقر احد الشريكين فى الدار او الصبرة بان ثلث هذه الدار او الصبرة لفلان كان
ظاهراً فى الثلث المشاع بين الشريكين فاذا انكره الشريك كان الواجب على المقر
دفع سدس من الدار او الصبرة الى المقر له حسب اقراره بخلاف ما اذا قال بعث
نصف الدار او ثلثها فان الظاهر النصف الذى له لاربع منه وربع من شريكه فمسألة
الافتاء باقرار احد الشريكين لثالث بثلث ما بيدهما موجب للاشاعة بين النصيبين
خارجة عن المقام لدلالته على النصيبين من حيث انهم مضمون الاقرار خروج مقدار
مما بايديهما للغير فلا يكون الا بنحو الاشاعة فى النصيبين وذلك غير مربوط بخصوص
لفظ النصف والثلث وسائر الكسور .

وتمام الكلام فى كتاب الاقرار ان شاء الله .

﴿و﴾ على فرض كون البيع منه ومن غيره أنه مع عدم الاجازة ﴿لو اراد
المشتري رد الجميع كان له ذلك﴾ لتبعض الصفقة بلاخلاف وعن التذكرة نسبتته
الى علمائنا وتمام الكلام فيه فى الخيارات .

﴿وكذا لو باع﴾ لمسلم ﴿ما يملك وما لا يملكه المسلم أو لا يملكه مالك كالعبد

مع الحر والشاة مع الخنزير والخل مع الخمر ❀ بضمن قصدا به مقابلة الجملة، فانه يصح فيما يملكه لعدم المانع منه بعد وجود المقتضى للصحة الاضم ما يملك وهو ليس بمانع فانه ان كان من حيث الغرر فهو منتفى بعد معلومية الثمن والمضمن اجمالا ولا يراد من الغرر الا ما لم يكن معلوما بحال لافيهما علم في حال البيع اجمال الثمن والمضمن وتفصيلهما بعد ذلك .

وكيف كان فقد عرفت في السابق انه لا يجوز البيع الا ان يكون البايع مالكا او مأذونا او يكون ممن له ان يبيع عن المالك ولاية كالأب والجد والوكيل والوصى . وقد عرفت الكلام فيما يتعلق بغير المأذون اذا اجاز وامان باع واشترى ولاية فهو امور .

❀ ❀ ❀ الاول ❀ الاب والجد للاب ❀ وان علا للام ولوأم الاب على الاصح فلا خلاف في أنه ❀ يضمن تصرفهما ❀ المقرن بالمصلحة أو عدم المفسدة على اختلاف القولين في مال الطفل، بل مطلقا ❀ مادام الولد غير الرشيد ❀ للصغير اوسفه او جنون ولو بعد البلوغ اذا كان متصلا به لكونهما وليين له في هذا الحال .

❀ ❀ ❀ انما ❀ تنقطع ولايتهما ❀ عنه ❀ بثبوت البلوغ والرشد ❀ بالاجماع لو لم يكن الجنون والسفه متصلا بالبلوغ والا فبعد حصول البرء فيكون الولاية باقية ولو بعد البلوغ نعم لو حصل البرء بعد البلوغ انقطع الولاية بعده فلا تعود لو عاد فيكون بعده راجعا الى الحاكم وقد مر بعض الكلام في المجلد الثالث والثلاثين ص ١٠٩ فراجع .

وكيف كان فيدل على الحكم طوائف من الاخبار قد تقدم منا في مباحث متعددة مثل كتاب الزكاة والحج والنيكاح وغيرها ويأتي ايضا في محله ويدل عليه ايضا مظاهر بعضها من جواز اخذها من مال الطفل والتصرف فيه ولو بنحو المفسدة فضلا عما اذا كان فيه المصلحة مثل ما دل على ان مال الولد للوالد كما في رواية سعد بن يسار وانه وماله لابييه كما في النبوي المشهور وصحيحة ابن مسلم ان الوالد يأخذ من مال ولده ماشاء وما في علل محمد بن سنان عن الرضا من ان علة تحليل مال الولد

لوالده ان الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى «يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور» .

ولكنه مشكل فى الغاية فان ظاهره جواز اخذ الاب والجد من مال صغيرهما فلا بد وان يقيد اطلاقها بصورة حاجة الاب كما يشهدله قوله عليه السلام فى رواية الحسين بن ابى العلا قال قلت لابى عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف اذا اضطر اليه قال فقلت له قول رسول الله (ص) للرجل الذى اتاه فقدم اباه فقال له انت و مالك لا ييك فقال انما جاء بابيه الى النبى فقال يا رسول الله هذا ابى ظلمنى ميراثى من امى فاخبره الاب انه قد انفق عليه وعلى نفسه فقال النبى (ص) انت و مالك لا ييك ولم يكن عند الرجل شىء او كان رسول الله (ص) يحبس الاب للابن ونحوها صحيحة ابى حمزة الثمالى عن ابى جعفر عليه السلام قال قال رسول الله (ص) انت و مالك لا ييك ثم قال لانحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد .

قال شيخنا فى مكاسبه بعد هذه الاخبار ما لفظه فان الاستشهاد بالاية يدل على ارادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة وانه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل هذا كله مضافا الى عموم قوله تعالى «ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن» فان اطلاقه يشمل الجدد ويتم فى الاب بعدم الفصل ومضافا الى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة بل فى مفتاح الكرامة استظهر الاجماع تبعاً لشيخه فى شرح القواعد على اناطة جواز تصرف الولى بالمصلحة وليس ببعيد فقد صرح به فى محكى المبسوط حيث قال ومن يلى امر الصغير والمجنون خمسة الاب والجد للاب ووصى الاب والجد والحاكم ومن يأمره ثم قال وكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير لانهم انما نصبوا لذلك فاذا تصرف فيه على وجه لاحظ فيه كان باطلا لانه خلاف ما نصب له انتهى .

وقال الحللى فى السرائر لا يجوز للولى التصرف فى مال الطفل الا بما يكون فيه صلاح المال ويعود نفعه الى الطفل دون المتصرف فيه وهذا الذى يقتضيه اصول

المذهب انتهى وقد صرح بذلك ايضا المحقق والعلامة والشهيدان او المحقق الثانى وغيرهم بل فى شرح الروضة للفاضل الهندى ان المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء واستظهر فى مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة فى باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين .

ثم قال ره ولكن الاقوى كفاية عدم المفسدة وفاقا لغير واحد من الاساطين الذين عاصرنا هم لمنع دلالة الروايات على اكثر من النهى عن الفساد فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة فى سلطة الوالد على الولد وماله .

واما الاية الشريفة فلو سلم دلالتها فهى مخصصة بما دل على ولاية الجد وسلطنة الظاهرة فى ان له ان يتصرف فى مال طفل بما ليس فيه مفسدة له فان ما دل على ولاية الجد فى النكاح معلل بان البنت واباها للجد وقوله انت ومالك لايبك خصوصا مع استشهاد الامام عليه السلام به فى مضى نكاح الجد بدون اذن الاب رداً على من انكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامة فى مجلسن بعض الامراء وغير ذلك يدل على ذلك الخ فالاولى وان كان كفاية عدم المفسدة لكن الاحوط مراعات المصلحة .

ثم الظاهر من الادلة عدم خروج اليتيم عن اليتيم حتى بلغ وانس منه الرشد كما تقدم فى المجلد الحادى والعشرين بان يكون ذاهم وشعور فى حفظ المال وقيامه بنفسه من غير الاحتياج الى ولى يكفله .

ويدل عليه روايات مثل قوله عليه السلام فى رواية هشام بن سالم: وان احتلم ولم يؤنس منه رشده، وكان سفيها اوضعيفا ، فليمسك عنه وليه ماله .

وعن الفقيه عن الصادق عليه السلام : انه سئل عن قول الله تعالى «فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم» قال: ايناس الرشد حفظ المال .

ونقل فى مجمع البيان عن الباقر عليه السلام - تفسير ايناس الرشد بالعقل واصلاح المال .

و بالجمله لا اشكال فى ثبوت ولاية الاب ثم الجد على الطفل الى ان يقدر على القيام بنفسه لافعاله ولذا لم ينقطع الولاية بعد البلوغ ايضا لو كان محتاجا الى

الولى فى القيام بامره كالجنون والسفاهة المتصلة بالبلوغ كما هو ظاهر الروايتين وعن المسالك - فى كتاب الوصايا ، بعد قول المصنف «وكذا لومات انسان ولاوصى له كان للحاكم النظر فى تركته» - ما صورته : اعلم ان الامور المفتقرة الى الولاية اما ان تكون اطفالا او وصايا او حقوقا او ديونا ، فان كان الاول فالولاية فيهم لابيهم ثم لجده لابيهم ، ثم لمن يليه من الاجداد ، على ترتيب الولاية الاقرب منهم الى الميت فالاقرب ، فان عدم الجميع فوصى الميت ، ثم وصى الجد ، وهكذا . فان عدم الجميع فالحاكم . انتهى .

وفى الحدائق بعد نقله قال وعلى هذا النهج كلام غيره من غير نقل خلاف فى المقام الا انه قال فى المسالك - فى كتاب الحجر ايضا - : لاخلاف فى كون الولاية عليهما للاب والجدله وان علا ، وانما الكلام فى انهما اذا تعارضا او وقع العقد دفعة فهل يقع باطلا ، لاستحالة الترجيح ، او تقديم عقد الجد او عقد الاب . الذى اختاره فى التذكرة فى هذا الباب هو الثانى ، والكلام فى المال . واما فى التزويج فسيأتى فى كتاب الوصايا من التذكرة ، قال : ان ولاية الاب مقدمة على ولاية الجد ، وولاية الجد مقدمة على ولاية الوصى للاب ، والوصى للاب والجد اولى من الحاكم انتهى .

وقد تقدم منا تقدم الاب على الجد وهو يجرى فى جميع المقامات فراجع ص ١١٠ من مجلد الثالث والثلاثين انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿يجوز لهما ان يتوليا طرفى العقد﴾ كما يجوز لهما تولي أحد طرفيه بمعنى الذى سيأتى فى الوكيل ﴿ فيجوز أن يبيع ﴾ كل منهما ﴿ عن ولده من غيره وعن نفسه من ولده وعن ولده من نفسه ﴾ بلاخلاف محقق أو معتد به أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه .

كما فى الجواهر هذا كله فى الاب والجد ﴿و﴾ الثانى ممن له الولاية فى البيع والشراء ﴿الوكيل﴾ فانه ﴿يمضى تصرفه على الموكل مادام الموكل حيا جازى التصرف﴾ بلا خلاف ولا اشكال فان جميع تصرفاته حينئذ تصرفات الموكل

بخلافه بعد موته فلا يكون يصح بعده لعدم الاذن فيها .

ويدل عليه ما رواه عبدالله بن بكير ، عن بعض أصحابنا ، عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب فأنكحو الغائب وفرضوا الصداق ، ثم جاء خبره أنه توفى بعد ما سيق الصداق ، فقال : ان كان أملك بعد ما توفى فليس لها صداق ولا ميراث ، وان كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق وهى وارثة وعليةا العدة لكنها قاصرة سنداً ودلالة للارسال ولما دل على العدة مع انها غير مدخولة ومثل الموت عروض الجنون بل قيل والاعماء وفيه كلام فانه حالة تعتربه وترتفع بنفسه او بعلاج فتكون كالنوم نعم فى الجنون مسلم المطبق والادوارى ان وقع العقد فى حال الجنون واما اذا وقع فى حال الافاقة فلا يبطل .

وبالجملة الفرق بين النوم والاعماء فى غاية الاشكال وان ذهب الىه فى الجواهر وان الاعماء كالجنون بسل السكر ونحوه مما يزيل العقل بخلاف النوم الذى هو بسبب اعتياده صار كالسهو والنسيان لا يبطل به شىء من العقود الجائزة انتهى .

لان النوم ان كان كالسهو والنسيان فالاعماء كذلك بعينه بل شباهته بهما اولى من شباهته بالنوم فان السهو والنسيان قديعرض الانسان كالاعماء بخلاف النوم العارض عليه دائماً فان كان ما يعرض الانسان احياناً غير مبطل للو كالة فكذلك الاعماء خصوصاً فيما كان عمداً ولولا لاضطرار كحالة المعالجة فاذا وكّله فى العقد ثم صار مغمى عليه فعقده الوكيل حال الاعماء القهرى او العمدى الاضطرارى لا يبطل العقد جداً ومن ذلك يظهر عدم بطلانه فى حال سكر الموكل .

وقد ورد ما حاصله انه لو عقد على امرأة فى حال سكرها فافاقت واقامت عنده صح العقد وانه اجازة فالاعماء والسكر كلاهما كالنوم من غير فرق ثم انه قد يشكل الفرق بين موت الموكل وبين عزله مع اشتراك كل منهما فى خلوتصرفاته عن الاذن ولا فرق فى عدم الاذن بين عدم المقتضى وبين وجود المانع مع ورود النص بالصحة فى العزل ما لم يعلم وتمام الكلام فى محله .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هل يجوز له﴾ اى للوكيل بمقتضى ولايته فى البيع

والشراء ﴿ أن يتولى طرفى العقد قيل ﴾ والقائل ابو الصلاح والفاضل فى جملة من كتبه وولده فى الايضاح و الشهيد فى حواشيه واللمعة على ما حكى عن بعضهم ﴿ نعم ﴾ له ذلك ، سواء أعلم الموكل بذلك ام لا .

الظاهر من العبارة قد يتوهم كون المنع من حيث تولى طرفى العقد وهو فى غير محله بل الكلام فى ان الوكالة بنفسها هل تقتضى تولى طرفى العقد بمعنى انه اذا قل الموكل له بع مالى هل يكون له بيعه من نفسه فيكون موجبا من طرف الموكل و قابلا من طرف نفسه فاشترى لنفسه من الموكل كما يصح ان يشتري من غيره .

او اذا قال الموكل اشترى السمّن لى مثلا و كان له ذلك السمّن فباع سمّنه للموكل لعدم الفرق فيكون موجبا لنفسه و قابلا عن الموكل اولا تقتضى الوكالة الا ايجاب البيع والشراء بينه وبين غيره ولو كان نفسه محتاجاً الى المبيع او كان ما اراد شراءه عنده فهذا هو المراد من تولى طرفى العقد .

لا ان اللازم فى اجراء العقد هو التعدد بحيث يكون احدهما موجبا والاخر قابلا سواء كان فى الوكيل وعدمه فانه يجوز بلا كلام للكفاية التفاضل اعتبارى وفى المقام كان القول بالجواز قويا جداً من حيث ان المقصود حصول البيع والشراء للموكل باى نحو حسن وقع المبيع عند الوكيل او غيره او اشترى الوكيل من غيره او نفسه بل ربما كان ما لنفسه اعلى مما عند غيره .

وبالجملة لادليل لهم على المنع الا بمثل تبادل الغير من لفظ البيع والشراء وهو ممنوع كالتهمة ولعدم الفرق فى نظر الموكل بل شمول اذن الوكالة له ايضا هذا مضافا الى ان الوكيل ان كان وكيلا مفوضاً فى جميع الامور او فى خصوص هذا العقد كان يده يد الموكل فى جميع ما بيده او فى هذا العقد علم الموكل لوقوع البيع له او الشراء منه اولا .

وبالجملة الوكيل له ولاية من الموكل فى اتيان ما اذن له فاذا اذن له بالبيع وعم ظاهر اللفظ ولو كان البائع باع لنفسه كما انه اذا اذن له فى الشراء ، عم الشراء

من نفسه ان كان له ذلك او من غيره فاذا وكله فى بيع داره بقيمة معينة كان غرضه حصول البيع بهذا المقدار سواء كان المشتري نفس الوكيل او غيره ولا يلزم ان يصرح بانه ولو كان المشتري نفسك وحينئذ لاتهمة اصلا بعد رضى الموكل ببيع داره مثلا بعشرة دينار فاشترى الوكيل بهذه القيمة فمضافا الى دخوله فى بيع ماله لافرق بين كون المشتري نفس الوكيل او غيره .

وكذا فى اذنه فى شراء دار له وكان له دار مطابق لميله ورضاه ولا يحتاج حينئذ الشراء من الغير والاولى للاصحاب هو التعبير بمثل ذلك لا بمثل تولى طرفى العقد حيث يتبادر فى الذهن خلاف هذا المعنى مع امكان بيع مال الموكل من نفسه وبيع ماله من موكله مع تعدد طرفى العقد ومقتضى العبارة جوازه مع انه خلاف المقصود قطعاً .

﴿و﴾ منه يعلم وجه ما ﴿قيل﴾ والقائل أبو على والشيخ فى النهاية والخلاف وموضع من المبسوط وابن ادريس فى السرائر على ما حكى عن بعضها ﴿لا﴾ يجوز له ذلك وان أعلمه ، بل عن غاية المراد نسبتته الى كثير من أصحابنا وهو فى غير محله .

﴿وقيل﴾ والقائل جماعة ﴿ان أعلم الموكل جاز﴾ والا لم يجز ، بل ربما نسب الى ظاهر أكثر المتأخرين بل عن التذكرة أنه المشهور ﴿وهو﴾ ايضا كالأول فى الضعف لكفاية الاذن فى اصل الوكالة ولو لم يعلمه ولم يأذنه فى بيع نفسه نعم ظاهر بعض الاخبار عدم الجواز .

مثل ما رواه هشام بن الحكم ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : اذا قال لك الرجل : اشترى فلان فلاتعطه من عندك ، وان كان الذى عندك خيرا منه .

وما رواه على بن النعمان وابى المعز والوليد بن مدرك جميعاً ، عن اسحاق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث الى الرجل يقول له : ابتع لى ثوبا فيطلب له فى السوق فيكون عنده مثل ما يجد له فى السوق فيعطيه من عنده فقال : لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه ، ان الله عز وجل يقول : « انا عرضنا الامانة على

السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان انه كان ظلوماً جهولاً » وان كان عنده خير ممّا يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده وغير ذلك .

ودالتهما واضح ولا يكون وجه للمنع الا احتمال التهمة والتدليس فليحمل الروايتين عليه فانه معه مقطوع المنع والكلام فى جواز ذلك بمجرد الولاية لعدم الفرق فى غرض الموكل فلا يشمل ما يوجب ذلك فرقا من حيث التدليس وملاحظة الوكيل نفسه فى ذلك .

وكيف كان فقد عرفت ان ﴿الاشبه﴾ هو القول الاول لما عرفت وبأتى بعض الكلام فى ذلك ايضاً فى محالها .

قال فى الحدائق قد صرح جمع من الاصحاب منهم فى المسالك والروضة والدروس : بأنه يجوز لجميع من تقدم ذكره ممن له الولاية حتى المقاص ، تولى طرفى العقد ، بأن يبيع من نفسه وممن له الولاية عليه .

واستثنى بعضهم الوكيل والمقاص من الحكم المذكور ، فمنع من توليها طرفى العقد .

واقصر آخر على استثناء الوكيل خاصة ، على تفصيل فيه .

وممن ظاهره القول بالعموم هنا المحقق الاردبيلى فى شرح الارشاد .

ولافرق فى ذلك فى عقد البيع وغيره من العقود حتى النكاح ايضاً .

وتفصيل كلامهم فى التوكيل ، هو انه اذا اذن الموكل لوكيله فى بيع ماله

من نفسه ، او وكلته المرأة على ان يعقد بها على نفسه ، فهل يجوز له تولى طرفى

العقد أم لا ؟ المشهور بين اصحابنا هو الاول ، واليه مال فى المسالك ، قال : لوجود

المقتضى - وهو الاذن المذكور - وانتفاء المانع . اذ ليس الاكونه وكيلا ، وذلك

لا يصلح للمانعة .

وعن الشيخ وجماعة : المنع ، للتهمة وانه يصير موجباً قابلاً . ورد بأن التهمة

مع الاذن ممنوعة ، ومنع جواز تولى الطرفين على اطلاقه ممنوع . فانه جائز عندنا

فى الاب والجد ، كما قرر فى محله انتهى .

وكيف كان فعلى التفصيل بين الصحة مع الاعلام وعدمها مع عدمه * فان اوقع قبل اعلامه وقف على الاجازة * فانه فضولى حينئذ ولكنك قد عرفت الصحة مطلقاً .

وقد يتمسك للمنع بما عن عمار فى الموثق ، قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون فى اهل بيت ، فتكره ان يعلم بها اهل بيتها ، ايحل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها ، تقول له : قد وكلتك ، فاشهد على تزويجى . قال : لا . قلت : جعلت فداك ، وان كانت أيماً ؟ قل : وان كانت أيماً . قلت له : فان وكلت غيره فيزوجها ؟ قال : نعم وهو كما ترى وقد مر شرحه فى النكاح فراجع .

وعن المسالك - فى شرح قول المصنف فى كتاب الوكالة : « اذ اذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه فباع جاز ، وفيه تردد ، وكذا فى النكاح » - مالظه : والخلاف فى المسألة فى موضعين ، وينحل الى ثلاثة :

احدها : ان الوكيل هل يدخل فى اطلاق الاذن أم لا . الثانى : مع التصريح بالاذن هل له ان يتولاه لنفسه ، وان وكل فى القبول أم لا . الثالث : على القول بالجواز مع التوكيل ، هل يصح تولى الطرفين أم لا . والشيخ - عليه الرحمة - على المنع فى الثلاثة . والعلامة فى المختلف على الجواز فى الثلاثة . وفى غيره فى الاخيرين . والمصنف يجوز الاخير ويمنع الاول . وقد تردد فى الوسط . انتهى والحق هو الجواز مطلقاً .

وفى الحدائق ايضاً ولو كان المتولى لطرفى العقد وكيلا فيهما بأن وكله شخص على الشراء ، وآخر على البيع فهل له ان يتولى العقد نيابة عنهما ؟ المشهور ذلك . قال فى الروضة : وموضع الخلاف مع عدم الاذن توليه لنفسه ، واما لغيره بان يكون وكيلا لهما فلا اشكال فى الصحة ، الا على القول بمنع كونه موجباً قابلاً انتهى .

وحيث عرفت عدم مانع من ذلك ايضاً فجاز مطلقاً سواء فى المقام وغيره

هذا كله فى الوكيل .

﴿و﴾ اما ﴿الوصى﴾ الذى هو احد الاولياء فـ ﴿لايمضى تصرفه الا بعد الوفاة﴾ ضرورة اشتراط ولايته بذلك كاشتراط ولايته على الصغير والمجنون والسفيه المتصل جنونهما وسفههما به بعدم الاب والجد ﴿والتردد فى تولية طرفى العقد كالوكيل﴾ .

وقد عرفت الصحة فى الوكيل وفى الوصى اولى من الغبطة للصغير ﴿وقيل﴾ من انه ﴿يجوز﴾ للوصى ﴿ان يقوم على نفسه﴾ بأن يدخله فى ملكه بالقيمة بيع او صلح او نحوهما متولياً هو للايجاب والقبول ﴿وان يقتضى اذا كان ملياً﴾ . ولا يخفى ان صحة ما فى المتن موقوف على وجود المصلحة للصغير ولو بمعنى عدم المفسدة له فلا يجوز بدون ذلك اصلاً حتى فى الاب والجد فضلاً عن غيره وتام الكلام فى الوصية ﴿واما الحاكم وامينه﴾ منصوباً خاصاً او عاماً بان يكون مجتهداً مطلقاً مع فقدهما ، فهل يكون امره نافذاً على جميع الناس وولايتهما عامة على الجميع بحيث يكون الامر امره اولاً بل يكون نفوذ امره محدوداً فى أمور قد اشار اليها المصنف فى المتن .

ولا يخفى انك قد عرفت منا بحث ولاية الفقيه فى المجلد الرابع عشر وقد عرفت هناك ان ولايته ونفوذ امره لا يكون بحيث منحصر فى الافتاء ولا ان يكون نافذاً الامر بنحو الاطلاق كالامام المعصوم بحيث كان اولى الامر وله جميع ما للنبي ﷺ او الامام فانه منصب منحصر فى النبي ﷺ وأحد الائمة ﷺ وليس لاحد هذا المقام .

ولا يدل عليه دليل اصلاً بل للفقيه امر متوسط بين الامرين لامثل ذلك المقام ولا مثل الانحصار فى الفتوى بل له التصرف فى بعض الامورات الحادثة والموضوعات المستحدثة التى لا يكون امر حكمها الاً على الفقيه ومثل التصدى بأمور الصغار والمفلس والغائب ونحوها مما يجب على عدول المؤمنين ايضاً التصدى لذلك لولا الفقيه لوضوح انه بعيد من مذاق الشارع المسهل للامور ان يترك امر الناس ضائعاً مهملة

كما اشار اليه في المتن فلا بأس بالاشارة الاجمالية في هذا المقام .
قال شيخنا في مكاسبه ما لفظه فنقول مستعينا بالله للفقهاء الجامع للشرايط مناصب
ثلاثة احدها الافناء فيما يحتاج اليها العمامى في عمله و مورده المسائل الفرعية
والموضوعات الاستنباطية الى ان قال الثانى الحكومة فله الحكم بما يراه حقاً فى
المرافعات وغيرها فى الجملة وهذا المنصب ايضا ثابت له بلاخلاف الى ان قال
الثالث ولاية التصرف فى الاموال والانسف وهو المقصود بالتفصيل هنا الى ان قال :
وبالجملة فلا يهمننا التعرض لذلك انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه باحد
الوجهين المتقدمين فنقول اما الولاية على الوجه الاول اعنى استقلاله فى التصرف
فلم يثبت بعموم عدا ماربما يتخيل من اخبار واردة فى شأن العلماء مثل ان العلماء
ورثة الانبياء ثم نقل الروايات الواردة فى هذا الباب فى شؤون العلماء ومنها المقبولة
والمشهوره فقال :

وقوله فى مقبولة ابن حنظلة قد جعلته عليكم حاكما وفى مشهورة ابى خديجة
جعلته عليكم قاضيا وقوله عجل الله فرجه هم حجتي عليكم وانا حجة الله الى غير
ذلك ومما يظفر به المتتبع لكن الانصاف بعد ملاحظة سياقاتها او صدرها او ذيلها
يقتضى الجزم بانها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الاحكام الشرعية لا كونهم كالنبي
ﷺ والائمة صلوات الله عليهم فى كونهم لولى الناس نبي اموالهم فلو طلب الفقيه
الزكوة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع عليه شرعا .

نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة ادائهما بدفعه الى الفقيه مطلقا او بعد المطالبة
وافتى بذلك الفقيه وجب اتباعه ان كان ممن يتعين تقليده ابتداء او بعد الاختيار
فيخرج عن محل الكلام هذا مع انه لو فرض العلماء لعموم فيما ذكر من الاخبار وجب
حملها على ارادة العام من الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته من حيث كونه رسولا مبلغا
واللزم تخصيص اكثر افراد العام لعدم سلطنة الفقيه على اموال الناس وانفسهم الا
فى موارد قليلة بالنسبة الى موارد عدم سلطنته وبالجملة فاقامة الدليل على وجوب

طاعة الفقيه كالامام الا ماخرج بالدليل دونه خرط القناد انتهى .

ولا يخفى ان المسألة مشكلة جداً الا من حيث ان وظيفتهم بيان الاحكام فقط فانه بحكم العقل ولولم يكن دليل من النقل اذ في زمن الغيبة التي لا يتمكّن المكلف من الوصول الى الامام وعدم قدرته على استنباط الاحكام فلامناس من الرجوع الى الفقيه فاذا وجب على المكلفين الرجوع وجب عليه الفتوى .

ومن ذلك يعلم انه لا يصح جعل الوظيفة منحصرأ في الافشاء بل من حيث كونهم كاحد من الائمة عليهم السلام في وجوب اطاعتهم في كل ما قالوا فالتصرف في الاموال والنفوس يحتاج الى دليل وهو غير ظاهر من الادلة الواردة في حقهم المتقدمة في مجلد الرابع عشر فان اكثرها في شئون العلماء وانهم في المقامات كالانبياء .

نعم في الامور التي يكون وقوعها مطلوباً للشارع لا كلام في كونها وظيفة له ايضاً كما عرفت ولا منافاة بين كون شخص كان من الرتبة والمقام والخطر بمنزلة يكون تالى تلوا النبي صلى الله عليه وآله او الامام ولكن ليس له ولاية التصرف في الاموال والنفوس الا ما ثبت له من الدليل .

وقد تقدم ما يدل على انهم كانبياء بنى اسرائيل وهو كذلك وتوهم كون المراد بالعلماء الائمة عليهم السلام كما ترى كما تقدم لكنه جميعاً من حيث شئونهم ومقامهم لامن حيث التصرف في جميع الامورات فانه من هذه الجهة دائر مدار الدليل .

وبالجملة توهم كونهم بمنزلة الرسول والامام في جميع ما هو وظيفتهم وشئون لهم في غاية السخافة ومما يضحك به الثكلى توهم كونهم اولى الامر مع ان نص الروايات اختصاص ذلك بالائمة الاثنى عشر فالיום للامام الثانى عشر ارواح العالمين له الفداء فلا يكون هذا المقام الا لهم فوجوب اطاعة الفقيه في الجملة بما هو فقيه لا بما هو اولى الامر فهو المنصب المخصوص بالله ورسوله واوصيائه الذين لولاهم لما خلقت الافلاك بما فيها فهم الذين لو خولقوا كان المخالف في دركات الجحيم ولو اطيعوا كان المطيع لهم ففى درجات النعيم فهم الذين لهم الولاية

التكوينية والتشريعية نعم للفقهاء مرتبة ضعيفة من هذه المراتب فكل معروف لولا امره واذنه لبقى على الارض معطلة كان عهدته على الفقيه فلهم مرتبة دون مرتبة النبى ﷺ والامام و فوق مرتبة مقام الافتاء فهى متوسطة بين الامرين .

ثم قال قده ايضا نفى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى توقف تصرف الغير على اذنه فيما كان متوقفا على اذن الامام عليه السلام وحيث ان موارد التوقف على اذن الامام غير مضبوطة فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها فنقول كل معروف علم من الشارع ارادة وجوده فى الخارج ان علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الاب فى مال ولده الصغير او صنف خاص كالافتاء والقضاء او كل من يقدر على القيام به كالامر بالمعروف فلا اشكال فى شىء من ذلك وان لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطا فى وجوده او وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه اليه .

ثم ان علم الفقيه من الادلة جواز توليته لعدم اناطته بنظر خصوص الامام او نائبه الخاص تولاه مباشرة او استنابة ان كان ممن يرى الاستنابة فيه والا عطله فان كونه معروفا لا ينافى اناطته بنظر الامام عليه السلام والحرمان عنه عند فقده كساير البركات التى حرمانها بفقده عجل الله فرجه ومرجع هذا الى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده او وجوبه من موجد خاص انتهى .

وكيف كان فلا بد من ولايته فى امور قد اشار اليه المصنف الاول قوله ﷺ فلا يلبان الا على المحجور عليه لصغر ﷺ لا يكون له ولى من اب او جد او وصى فلا اشكال فى ولايته على حفظ امور الصغير مما يكون صلاحا له لكن المسلم منه فى غير النكاح واما فيه فقد وقع الخلاف فنقول ان كان مع وجود الاب والجد فكاناهاما الولى بلا كلام كما تقدم وان كان بدونهما فالامر الى الحاكم فى حفظ ماله مع المصلحة وتزويجه كذلك .

فالظاهر عدم الفرق مع كون ذلك صلاحا لحوال الصغير وان وقع فيه الخلاف فعن السرائر انه لا ولاية على النساء الصغار اللاتى لم يبلغن تسع سنين الا للاب

والجد من قبله انتهى وهو ظاهر فى الاجماع على اختصاص الولاية على الصغيرة بالاب والجدله .

وقال فى التذكرة فى ولاية السلطنة المراد بالسلطان هنا الامام العادل او من ياذن له الامام ويدخل فيه الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء و الحكم وليست ولايته عامة وليس له ولاية على الصغيرين ولاعلى من بلغ رشيدا ذكرا كان او انثى الى ان قال فى المسئلة الثالثة قدينا انه ليس للسلطان ولاية فى تزويج الصغائر وبه قال الشافعى خلافا لابي حنيفة فانه قال له تزويجها الا انه لايلزم فاذا بلغت كان لها الرد بخلاف تزويج الاب والجد وعلى هذا التفسير فهو موافق لمذهبنا لانه فضولى لافرق بينه وبين الاجنبى .

وقال فى الشرايع ولوزوج الصغيرة غير الاب والجد توقف على رضاها عند البلوغ وكذا فى الصغير انتهى وقال مثله فى النافع .

وقال فى القواعد واما الحكم فان ولاية الحاكم تختص فى النكاح على البالغ فاسد العقل او من تجدد جنونه بعد بلوغه ذكرا كان او انثى مع الغبطة فلا ولاية له على الصغيرين ولا على الرشيدىن وتسقط ولايته مع وجود الاب او الجدله وعن الكركى فى شرحه بعد ذكره المراد من الحاكم اذا تقرر ذلك فولاية الحاكم فى النكاح انما تثبت على من بلغ فاسد العقل او تجدد فساد عقله بعد البلوغ ذكرا كان او انثى اذا كان النكاح صلاحاله وقال فى الحدائق وتنفى اى ولاية الحاكم عن الصغير مطلقا عند الاصحاب .

وقال فى المسالك وقد ذكره المصنف وغيره انه لا ولاية للحاكم على الصغير مطلق وعللوه بانه لا حاجة له الى النكاح والاصل عدم ثبوت ولايته فيه ولايخ من نظران لم يكن اجماعيا وقال سبطه السيد السند فى شرحه على النافع وهذا التفصيل اعنى اختصاص ولايته بمن بلغ فاسد العقل هو المعروف من مذهب الاصحاب ولم نقف لهم فى هذا التفصيل على مستند والحق انه ان اعتبرت الاطلاقات والعمومات المتضمنة لثبوت ولاية الحاكم وجب القول بثبوت ولايته فى النكاح على الصغير

والمجنون مطلق كما فى ولاية المال والاوجب نفيها كذلك اما التفصيل فلاوجه له ولعلمهم نظروا فى ذلك الى ان الصغير لاحاجة له الى النكاح بخلاف من بلغ فاسد العقل وهو غير واضح فان الحاجة للكبير وان كانت اوضح لكنها ليست منتفية فى حق الصغير خصوصا الاثنى والمسئلة محل اشكال وللنظر فيها مجال انتهى .

ولقد اجاد فى ما افاد من عدم الفرق فانه ان دل الدليل على ولايته دل على الامرين والا فلا فلذا قد اثبتنا الثبوت فى كتاب النكاح وعن الكشف ولاولاية له على الصغيرين للاصل عدم الحاجة فيهما وفيه نظر ظاهر فان استند الفرق الا لاجماع صح والاشكل انتهى .

ومما يرد على القوم عدم انحصار فوائد النكاح فى الواقعة حتى يقال عدم احتياج الصغيرة الى النكاح لعدم الشهوة فيها بل فوائد كثيرة فربما بالنكاح كانت احفظ بمالها و فرجها وغير ذلك بخلاف العدم وحينئذ لافرق بين الصغيرة الفاسدة العقل وبين مجردها منه فى ثبوت ولايته عليهما وقد يتمسكوا للعدم بمفهوم روايات مثل ثبوت الارث بينهما او ان زوجها الاب والجد فيدل على عدم ثبوت التوارث المساوق للبطلان ان زوجها غير الاب والجد وفيه ان المقصود هو تزويج الولى وعدمه فى طر فى الوجود والعدم فى مقابل تزويج الاجنبى فضولة وذكر الاب والجد لانهما الغالب فى تزويج صغيرهما

وقد مر الكلام فى النكاح فراجع فى شرح قول المصنف القائل بالعدم ص ١٣١ وقد بالغ فى العدم فى بلغة الفقيه قال بعد التمسك بالاخبار ونقل الاقوال ما لفظه هذا مضافاً الى ان الولاية له ان سلّمت فانما هى فيما اذا اضطر الصبى الى النكاح بحيث يتضرر بتركه والمفروض عدم الحاجة الى الوطء لصغره حتى يتولاه الحاكم دفعا للضرر عنه وهذا بخلاف المجنون والسفيه الممكن فى حقهما الحاجة اليه والتضرر بتركه ودعوى امكان فرض الحاجة اليه لعدم انحصارها بالوطى حتى يقال بانفائها بالنسبة اليه كما فى الجواهر تبعاً لغيره واضحة الضعف :

الى ان قال واقصى ما يمكن ان يستدل به للقول بثبوتها له عموم ما دل على

ولاية الحاكم المستفاد من نحوه قوله السلطان ولى من لا ولى له وغيره المراد به انه قائم مقام الولى حيث لا ولى غيره مضافا الى خبر ابى بصير الوارد فى تفسير من بيده عقدة النكاح بل فى صحيح ابو سنان الذى بيده عقدة النكاح هو ولى امرها . وبذلك يقطع الاصل المستدل به على النفى ويخصص به سيما بالنبوى منها عموم ما دل بالمفهوم عليه لان النسبة بينها نسبة العموم والخصوص المطلق توضيح ذلك ان ما دل بالمفهوم على نفى الولاية عن غير الاب والجد له يعم الحاكم وغيره ومادل على ولاية الحاكم اخص منه مطلقا من حيث ذات الولى .

وان كان عاماً فى نفسه بالنسبة الى متعلق الولاية نكاحا او غيره بعموم حذف المتعلق ببناء على أن المنساق من النبوى ونحوه ان كل مورد يتعلق به ولاية الولى من الاب والجد له السلطان قائم مقامه ومنه النكاح بالنسبة الى الصغير ولكن فيه ما لا يخفى انتهى موضع الحاجة .

ولا يخفى تامة ما افاد فى وجه ثبوت ولايته له فى النكاح فلا وجه لرده بقوله ولكن فيه ما لا يخفى الخ بل للحاكم هو التصدى بامور الصغير فى النكاح وغيره بل لزوم ذلك بحيث لو لالحاكم كان على عدول المؤمنين هو التصدى لامور الصغار فيما فات الوهم ولولا ذلك لكان الامر مشكلا لمن ورد عليهم ودخول منازلهم واكل شىء مما فيه كما هو المتعارف فى عصرنا فى ليلة الدفن وايام الثلاثة والسبعة والاربعين والسنة ولذا ورد فى جوازه روايات ولذا قال فى الحدائق فى مقام لزوم التصدى لحال الصغير من عدول المؤمنين رداً على ابن ادريس التامل بالعدم لعدم الدليل ما هو لفظه .

ويؤيد ذلك باوضح تأييد ما قدمناه فى المسئلة السابعة فى احكام اليتامى واموالهم من المقدمة الرابعة ، [من صحيح] محمد بن اسمعيل بن بزيح ، وصحيح ابن رئاب ومثلهما فى ذلك . بل اوضح من ذلك رواية سماعة ، قال : سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية ، وله خدم ومماليك وعقار ، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس

[وعن اسماعيل بن سعد] ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك اولاداً ذكرانا وغلما صغاراً وترك جوارى ومماليك ، هل يستقيم ان تباع الجوارى؟ قال : نعم واطلاق هذا المخبر محمول على الاخبار المتقدمة الصريحة فى التقييد بالعدل من المؤمنين .

وبذلك يظهر لك زيادة ضعف ما ذهب اليه ابن ادريس ، من قوله بالمنع لمجرد خيال تخيله انتهى وهو فى محله نعم انما يجوز مع عدم التمكن من الحاكم فان الامورات بيده بحكم الشرع .

ونظير ذلك فيما يكون محل حاجة للناس و امكن الرجوع اليه فانه رجع بلا كلام مثل مقام المقاصة فيما لو كان له على غيره مال فجحده او تعذر استيفاؤه منه ، فانه ربما لا يحسن له المقاصة مستقلاً لعدم علمه بجميع المصالح الموجبة للاخذ بخلاف الرجوع الى الحاكم الا اذا تعذر فيجوز المقاصة ولا باس بالاشارة اليها اجمالاً فانه وان كان خارجاً عن المقام لكنه لا يخلو عن مناسبة .

والاصل فى ذلك الاخبار ، بعد ظاهر قوله عز وجل : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ،

(ومنها) مارواه الشيخ فى الصحيح عن داود بن رزين قال : قلت لابي الحسن موسى عليه السلام : انى اخالط السلطان فتكون عندى الجارية ، فياخذونها ، والدابة الفارسة فيبعثون فياخذونها ، ثم يقع لهم عندى المال فلى ان آخذه ؟ فقال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه .

(وعن ابى بكر الارمنى) قال . كتبت الى العبد الصالح عليه السلام جعلت فداك ان كان لى على رجل دراهم فجحذنى فوقعته له عندى دراهم فاقبض من تحت يدي مالى عليه ؟ فان استحلقتنى حلقت ان ليس له شىء على ؟ قال : نعم ، فاقبض من تحت يدك ، وان استحلقتك فاحلف انه ليس له عليك شىء .

(وعن على بن مهزيار) قال اخبرنى اسحاق بن ابراهيم ، ان موسى بن عبد الملك كتب الى ابى جعفر عليه السلام يسأله عن رجل دفع اليه مالا ليصرفه فى بعض وجوه البر ،

فلم يمكنه صرف ذلك المال فى الوجه الذى امره به، وقد كان له عليه بقدر هذا المال فسأل هل يجوز لى ان اقبض مالى اوارده عليه؟ فكتب - عليه السلام - اقبض مالك مما فى يدك .

(وعن على بن سليمان) قال: كتب اليه: رجل غضب رجلا مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب ودیعة او قرض مثل ما خاناه او غضبه، ايجل له حبسه عليه ام لا؟ فكتب اليه: نعم، يجل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فیاخذ منه ما كان له عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله .

وعن جميل بن دراج قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده، أياخذنه وان لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم .

[وفى الصحيح] عن ابي بكر الحضرمى، وهو ممدوح، عن الصادق عليه السلام قال: قلت له رجل كان له على رجل مال فجحده اياه وذهب به، ثم صار بعد ذلك للرجل الذى ذهب بماله مال قبله، أياخذنه مكان ماله الذى ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال نعم، ولكن لهذا كلام، يقول: اللهم انى آخذ هذا المال مكان مالى الذى آخذنه منى، وانى لم آخذ الذى اخذته خيانة ولا ظلماً الى غير ذلك من الاخبار .

ولكن ظاهر هذه الاخبار غير مشروط بالرجوع الى الحاكم لكن الاحوط خلافه وقد يقال لو كان لصاحب الحق بينة يثبت بها الحق عند الحاكم لو أقامها وامكن الوصول الى حقه بذلك لم تجز له المقاصة مطلقا، لان التسلط على مال الغير على خلاف الاصل، فيقتصر منه على موضوع الضرورة، وهى هنا منتفية، ولان الممتنع يتولى القضاء عنه الحاكم وهو فى محله .

وكيف كان فقد يجب الرجوع اليه فى المقاصة كما اذا كان فى مقام استحلافه فانه لا يجوز المقاصة ح بدون الرجوع اليه لدلالة الروايات عليه مثل: [مارواه] فى الكافى والفقيه عن خضر بن عمر والنخعى، عن الصادق عليه السلام فى الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده، قال: ان استحلّفه فليس له ان يأخذ منه بعد اليمين شيئا،

وان احتسبه عند الله تعالى فليس له ان يأخذ شيئاً ، وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه ومعنى احتسابه عند الله سبحانه هبته له او قصد التصديق به .

(ومارواه) فى الكافى والتهذيب عن خضر النخعى ، عن الصادق عليه السلام فى الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده ، قال : فان استحلفه فليس له ان يأخذ شيئاً فان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه .

(وعن ابراهيم بن عبد الحميد) عن بعض اصحابنا فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده اياه فيحلف له يمين صبر ان ليس له عليه شىء ؟ قال : لا ليس له ان يطلب منه ، وكذلك ان احتسبه عند الله فليس له ان يطلب منه .

(ومارواه فى الكافى) والتهذيب عن ابن ابى يعفور ، عن الصادق عليه السلام قال : اذ ارضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له . قلت له : وان كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم ، وان اقام بعدان استحلفه بالله خمسين قسامة ، ما كان له حق وكانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه .

(ومارواه فى الفقيه مرسل) قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم من حلف لكم بالله فصدقوه ، ومن سألكم بالله فاعطوه ، ذهب اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له .

وما رواه (سليمان بن خالد) قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه وحلف ، ثم وقع له عندى مال فأخذه لمكان مالى الذى اخذه وجحدته وحلف عليه كما صنع ؟ فقال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه .

(ومارواه) فى الكافى والتهذيب عن عبد الله بن وضاح قال : كان بينى وبين رجل من اليهود معاملة فخانى بالف درهم فقدمته الى الوالى فاحلفته فحلف ، وقد علمت انه حلف يمينا فاجرة فوقع له بعد ذلك عندى ارباح ودرهم كثيرة ، فأردت ان اقتص الالف درهم التى كانت لى عنده وحلف عليها فكتبت الى ابى الحسن عليه السلام

فأخبرته انى قد أحلفته فحلف وقد وقع له عندى مال فان أمرتنى ان آخذ منه الالف درهم التى حلف عليها فعلت فكتب عليه السلام لا تأخذ منه شيئاً ان كان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهبت اليمين بما فيها فلم آخذ منه شيئاً ، وانتهيت الى كتاب ابى الحسن عليه السلام (واما مرواه) الشيخ فى الصحيح الى ابى بكر الحضرمى وهو ممدوح عندهم قال : قلت له رجل لى عليه دراهم فجحدنى وحلف عليها أيجوز لى - ان وقع له قبلى دراهم - ان آخذ منه بقدر حقى ؟ قال : فقال نعم ولكن لهذا كلام قلت وما هو ؟ قال تقول اللهم لم آخذه ظلماً ولا خيانة ، وانما اخذته مكان مالى الذى اخذه منى لم ازد عليه شيئاً .

وفى الحدائق قال بعد نقله فحمله الصدوق والشيخ على انه حلف من غير ان يستحلفه صاحب الحق وهو جيد انتهى واولى واجود منه حمله وما قبلهما على الكراهة جمعاً لمادل على جواز الاخذ كما عرفت نعم قد ورد فى الوديعه مآظهره المنافاة لما مر من الجواز مع عدم الفرق اصلاً .

(مثل) مرواه المشائخ الثلاثة فى الصحيح عن معاوية بن عمار قال قلت للمصدق عليه السلام الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا الى أن آخذ مالى عنده قال : لاهذه خيانة .

(وما رواه) فى التهذيب عن ابن ابى عمرو عن ابن اخى الفضيل بن يسار قال كنت عند الصادق عليه السلام ودخلت امرأة و كنت اقرب القوم اليها فقالت لى : اسأله : فقلت عما ذا ؟ فقالت ان ابنى مات وترك مالا كان فى يد اخى فأتلفه : ثم أفاد مالا فأودعنيه فلى أن آخذ بقدر ما اتلف من شىء فأخبرته بذلك فقال لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أدّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك .

(وما رواه) فى الفقيه باسناده عن زيد الشحام قال قال لى ابو عبد الله (ع) من ائتمنك بأمانة فادها اليه ، ومن خانك فلا تخنه وحملها على الكراهة اظهر كما عن الشيخ جمعاً بينها وبين مادل على الجواز .

وفى الحدائق بعد نقل الاخبار قال ملخص الكلام فى المقام ، ان هذه الاخبار قد خرجت على اقسام ثلاثة :

- (الاول) : من وقع بيده مال لرجل فجحده حقه او امتنع من اعطائه .
 ولاخلاف ولا اشكال فى جواز مقاصته . وعليه تدل الاخبار الاولى .
 (الثانى) : من جحد وحلف .

والظاهر - ايضا - انه لا اشكال فى انه ان استحلفه المدعى فلا تجوز المقاصة كما تدل عليه الاخبار الثانية . والخبر المنافى ظاهر - كما عرفت - فى انه محمول على حلف من عليه المال بدون استحلاف صاحب المال ، وهو كمن لم يحلف اذ لا اثر لهذه اليمين اتفاقا ، بل لو احلفه الحاكم بدون طلب صاحب الدعوى ، فانها لاغية .
 (الثالث) : الوديعه .

وقد عرفت اختلاف الاخبار فيها .

وجمع الشيخ بينها بحمل اخبار المنع من المقاصة على الكراهة انتهى موضع الحاجة .

والثانى مما اشار اليه المصنف قوله ﴿ اوسفه ﴾ او جنون اذا عرض له بعد البلوغ ولا يخلو اما ان لا يكون له ولى اصلا مثل الاب والجد او يكون فلا اشكال فى الاول لانحصار الولاية حينئذ فى الحاكم .

واما الثانى فتارة كان الجنون بعد البلوغ فكالاول واخرى متصلا بالبلوغ ففيه اشكال من حيث استصحاب بقاء ولايتهما ومن حيث الشك فى مقدار استعداد الحكم للبقاء بناء على عدم حجيته للشك فى المقتضى فالمتيقن ثبوت ولايتهما الى البلوغ فيكون بعده راجعا الى الحاكم فانه رلى من لاولى له وفى بلغة الفقيه مالفظه :

ومنها الولاية على المحجور عليه وهو اما لجنون اولسفه او لصغر بالنسبة الى نكاحهم اما المحجور عليه للجنون مع مسيس الحاجة الضرورية اليه وكان صلاحا فجملة صورة هى انه لا يخلو اما ان لا يكون لهما ولى اجبارى من الاب أو الجد له او كان وعلى التقديرين فاما ان لا يكون جنونها متصلا بالبلوغ بل تجدد وطره عليه

بعده او كان متصلا به وعلى التقادير فاما ان يكون جنونه اطباقيا او ادواريا يجزى في وقت ويفيق في آخر اما اذا لم يكن لهما ولى ومستته الضرورة اليه وكان اطباقيا فلاشكال في كون الولاية حينئذ للحاكم مطلقا تجدد جنونه بعد بلوغه اوبلغ مجنوننا بل لعل الاجماع بقسميه عليه .

واما لو كان له ولى وكان الجنون طاريا عليه بعد البلوغ والرشد فالاقوى ولعله الاشهر كون الولاية فيه له ايضا دون الولى الاجبارى لانقطاع ولايته بالبلوغ والرشد الى ان قال فالولاية للحاكم لانه ولى من لا ولى له الى ان قال هذا اذا كان الجنون اطباقا واما اذا كان ادواراً فقد صرحوا بعدم الولاية لاحد عليه بل ينتظر به الى وقت الصحة ويوكل فيه الى نفسه .

وبالجملة يظهر من عباراتهم اعتبار الامرين مسيس الحاجة الى النكاح وكون الجنون اطباقا انتهى .

والثالث قوله **﴿ او فلس ﴾** فانه ثابت ولايته عليه فى الجملة .

قال فى البلغة ومنها ولايته على المفلس فى التحجير عليه عن التصرف فى ماله دون غيره بعد اجتماع شرايطه من ثبوت الدين عند الحاكم وحلوله ونقصان ماله عنه والتماس الغرماء له فى التحجير عليه لان الحق لهم فيتوقف على مطالبتهم فان ولايته فى التحجير عليه حينئذ ثابتة بالاجماع بقسميه ومنقوله فوق حد الاستفاضة المعتضد بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه وان خلت النصوص كما فى الحدائق عما يدل عليه صريحا بل وظاهراً ولذا الوقف فى اصل الحجر بالفلس محتجا عليه بذلك الا انه غير ملتفت اليه بعد ما عرفت من الاجماع عليه انتهى .

ولا يخفى ان الاجماع بوحدته ليس دليلا بيننا وبين الله لكنه يمكن دعوى النصوص عليه كموثقة عمار عن الصادق **عليه السلام** كان امير المؤمنين **عليه السلام** يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فيقسمه بينهم وخبر غياث عن جعفر عن ابيه **عليه السلام** ان عليا **عليه السلام** كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث .

وخبر الاصبغ بن نباتة عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى ان الحجر على الغلام حتى يعقل وقضى في الدين انه يحبس صاحبه فان تبين افلاسه والحاجة فيخلّتي سبيله حتى يستفيد مالا وقضى عليه السلام في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابى باعه فيقسم بينهم بل وخبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام انه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء وقال لهم اصنعوا به ماشئتم ان شئتم فاخروه وان شئتم فاستعملوه انتهى وتمام الكلام في كتاب الحجر .

والرابع قوله ﴿ او حاكم على غائب ﴾ غيبة يحصل بانتظارها بعض المضار، فيبيعان ماله في نفقة مثلا ، أو لحفظه أو لنحو ذلك في حفظ امواله ويبيعه اذا كان صلاحاً له كما كان مما يفسده البقاء نظير البقولات والفواكه وغيرهما كاللبسة او كان مما يخرج عن القيمة السوقية لوبقى على حاله أو مما اشتراه بمدة حلّ مدته مع المطالبة به أو العكس ونحو ذلك وتمام الكلام في محل آخر وهنا ايضا امور قد تركها المصنف في المقام وان تعرض للجميع في محالها مثل ولايته على الممتنع من رد الحق الى صاحبيه .

وفي بلغة الفقيه مالظه ومنها ولايته على الممتنع عن اداء ما عليه من الحقوق المستحقة عليه ونحوها حتى على قبض الثمن المردود له في زمن الخيار لو امتنع عن قبضه في بيع الخيار ونحوه ولم يمكن اجباره عليه فيتولى قبضه الحاكم ويفسخ بالخيار بعد قبضه وكذا بيع ماله للوفاء عنه ويدل عليه بعد الاجماع بقسميه النصوص المتقدمة وغيرها بل هو المعنى بقولهم الحاكم ولي الممتنع انتهى وتمام الكلام في محالها .

ومنها ولايته على الاوقاف العامة مع عدم تعيين الواقف ولياً عليها فان الولاية ثابتة له عليها نصاً واجماعاً بقسميه ولانه من المصالح العامة التي يرجع بها الى الامام والى نائبه بعموم النيابة كما في البلغة وتمام الكلام فيه في باب الوقف .
وغير ذلك من الموارد المتشعبة التي ثبتت بالادلة المراجعة الى الحاكم التي

سياتي بيانها كل في محله والمقصود فعلا اشارة اجمالية الى ثبوت الولاية له في كل مورد لولم يرجع اليه بقى معطلة فمن حكمة الشارع ان يجعل له ولاية التصرف فيها كي لا يبقى أمر شيء من الاحكام معطلة ويوجب العسر والحرج والضرر .

﴿ وكيف كان فمن الشروط المتعلقة بالمتعاقدين ايضاً ﴾ ان يكون المشتري مسلماً اذا ابتاع عبداً مسلماً ﴿ وفي الجواهر على المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، بل لم اتحقق الخلاف فيه صريحاً ، وان ارسله المصنف تبعاً للمحكي عن المبسوط بقوله :

﴿ وقيل يجوز ولو كان كافراً ﴾ لكن ﴿ بجبر على بيعه من مسلم ﴾ وعلى كل حال ﴿ فالاول اشبه ﴾ لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين المسلمين سبيلاً » ولخبر حماد المنجبر بهما « ان امير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد أسلم فقال : اذهبوا فبيعهوه على المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولا تقروه عنده » .

﴿ ولو ابتاع ﴾ الكافر ﴿ اباه المسلم هل يصح فيه تردد ﴾ بل وخلاف فعن المبسوط وابن البراج لا يصح . بل هو مقتضى المحكي عن الخلاف فيما لو قال الكافر للمسلم اعتق عبدك المسلم عن كفارتي كما انه احد وجهي الشافعية ﴿ والاشبه ﴾ عند المصنف ومحكي المقنعة والنهاية والسرائر وكافة المتأخرين ﴿ الجواز لانتفاء السبيل بالعتق ﴾ بل عن السرائر أنه مجمع عليه ، فالاقوى هو الجواز .

﴿ ومنها ما يتعلق بالمبيع وقد ذكرنا بعضها في الباب الاول ﴾ كالطهارة في غير ما استثنى وغيرها مما سمعته في شرايط التكسب الشامل للبيع وغيره ﴿ ونزيدها هنا شروطاً ﴾ اخر ﴿ الاول ان يكون مملوكاً ﴾ بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص واضحة الدلالة عليه بل في المرسل لا يبيع الا في ملك ﴿ فلا يصح ﴾ حيثنذ ﴿ بيع الحر ﴾ الذي هو مقابل للمملوك ﴿ وما لا منفعة ﴾ معتداً بها غالباً ﴿ فيه كالخنافس والعقارب والديدان ﴾ وغيرها من الحشرات ﴿ والفضلات المنفصلة عن الانسان كشعره وظفره ورطوباته عدا اللبن ﴾ الذي يعظم الانتفاع به .
وفي الجواهر نعم قد يلحق به شعر النساء والرجال ليوضع موضع القرامل ،

والحصصى للدواء كما احتمله بعض مشائخنا ، وأما ما لا نفع فيه فلا اشكال في عدم ملكيته انتهى .

والضابط ما لا يكون لهانفع فلا ينافى جواز البيع في بعضها احيانا مع حصول النفع ﴿ولا﴾ يصح ايضا بيع ﴿ما يشترك المسلمون﴾ بل وغيرهم ﴿فيه﴾ ، قبل حيازته كالكلاء والماء والسموك والوحوش قبل اصطيادها ﴿لعدم حصول الملك قبلها﴾ . ﴿و﴾ لا يجوز ايضا بيع ﴿الارض المأخوذة عنوة﴾ وقهراً من يد الكفار باذن امام الاصل المعمورة وقت الفتح فانها للمسلمين كافة اجماعاً .

قل في محكى المنتهى : الارضون اربعة اقسام ، احدها : ما يملك بالاستغنام ويؤخذ قهراً بالسيف . فانها تكون للمسلمين قاطبة ، فلا تختص بها المقاتلة ، بل يشاركهم غير المقاتلة من المسلمين وكمالايختصون بها كذلك لا يفضلون ، بل هي للمسلمين قاطبة . وذهب اليه علماؤنا اجمع .

وعن المبسوط - بعد كلام في المقام ، وذكر مكة وانها فتحت عنوة بالسيف ما لفظه واما ارض السواد فهي الارض المغنومة من الفرس التي فتحها عمر وهي سواد العراق الى ان قال والذي يقتضيه المذهب ، ان هذه الاراضي وغيرها من البلاد التي فتحت عنوة ، يكون خمسها لاهل الخمس ، واربعة اخماسها يكون للمسلمين قاطبة ، الغانمون وغير الغانمين في ذلك سواء .

«ويكون للامام النظر فيها وتقبلها وتضمينها بما شاء ، وأخذ ارتفاعها ويصرفه في مصالح المسلمين وما ينوبهم من سد الثغور ومعونة المجاهدين وبناء القناطر وغير ذلك من المصالح ، وليس للغانمين في هذه الارض خصوصاً شيء ، بل هم والمسلمون فيه سواء .

«ولا يصح بيع شيء من هذه الارضين ولا هبته ولا معاوضته ولا تمليكه ولا وقفه ولا رهنه ولا اجارته ولا ارثه ، ولا يصح ان تبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلك من انواع التصرفات التي تتبع الملك ، ومتى فعل شيء من ذلك كان التصرف باطلا وهو باق على الاصل .

«وعلى الرواية التى رواها اصحابنا» ان كل عسكر او فرقة غزت بغير اذن الامام فغنمت تكون الغنيمة للامام خاصة» هذه الارضون وغيرها مما فتحت بعد الرسول الا ما فتح فى ايام امير المؤمنين عليه السلام ان صح شىء من ذلك، يكون للامام خاصة، ويكون من جملة الانفال التى له خاصة لا يشر كه فيها غيره انتهى .

قال فى الحدائق : الارض المفتوحة عنوة ، اى بالقهر والغلبة والسيف .

وحكمها - على ما صرح به غير واحد من الاصحاب، وبه صرح ايضاً اخبار

الباب - انها للمسلمين قاطبة ، من وجد ومن سيوجد الى يوم القيامة ، ليس للغانمين منها الا كغيرهم من المسلمين انتهى .

وفى الجواهر بعد عبارة المبسوط ولا يصح بيع شىء من هذه الارضين قال من الولى بل قيل أن مثل ذلك ما فى النهاية، والغنية والنافع والتذكرة فى موضع منها والقواعد فى الجهاد والارشاد وموضع من التحرير وهى بل هو ظاهر المراسم والوسيلة لما عرفته من الشركة التى تمنع استقلال احد منهم بالتصرف المزبور ، سيما مع عدم تميز حصّة أحد منهم، بل لا يمكن تمييزها فلا طريق حينئذ الى قسمتها بينهم ، الا بتصرف الولى العام بها . وأخذ الخراج منها وصرفه فيما يعود مصلحته اليهم من الجهاد، ونحوه، نعم يمكن أن يكون لولى المسلمين بيع شىء منها مثلاً لمصلحتهم على اشكال فيه، لاحتمال كون حكمها شرعاً بقائها وصرف خراجها كالوقف انتهى .

ولا يخفى ان تصور هذا الحكم وبيان مصرفه فى غاية الاشكال كما سيأتى

فاللازم نقل ما ورد فى المسألة وهو روايات منها :

[ما رواه] فى التهذيب والفقيه عن ابى الربيع الشامى ، عن ابى عبدالله عليه السلام

قال لا تشتر من ارض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة ، فانما هو فىء للمسلمين .

[وما رواه] فى التهذيب عن صفوان فى الصحيح ، قال : حدثنى ابو بردة بن

رجاء قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : كيف ترى فى شراء ارض الخراج ، قال : ومن

يبيع ذلك ، وهى ارض المسلمين . قال : قلت : يبيعها الذى هى فى يده . قال :

ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس ان يشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون اقوى عليها واملى بخراجهم منه.

[ومارواه] الشيخ فى الموثق عن حريز عن ابى عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: رفع الى امير المؤمنين عليه السلام رجل مسلم اشترى ارضاً من اراضى الخراج، فقال امير المؤمنين عليه السلام: له مالنا وعليه ما علينا، مسلماً كان او كافراً، له ما لاهل الله وعليه ما عليهم.

[ومارواه] فى الكافى عن صفوان بن يحيى واحمد بن محمد بن ابى نصر جميعاً، قالوا: ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج، وما سار فيها اهل بيته. فقال: من اسلم طوعاً تركت ارضه فى يده واخذ منه العشر. مما سقى بالسماء والانهار ونصف العشر مما كان بالرشا، فيما عمره منها. وما لم يعمره منها اخذه الامام فقبله ممن يعمره، وكان للمسلمين. وعلى المتقبلين فى حصصهم العشر ونصف العشر وليس فى اقل من خمسة اوسق شىء من الزكاة. وما اخذ بالسيف، فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر، قبل سوادها وبياضها، يعنى ارضها ونخلها. والناس يقولون: لا تصلح قبالة الارض والنخل، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر. قال: وعلى المتقبلين سوى قبالة الارض العشر ونصف العشر فى حصصهم ثم قال: ان اهل الطائف اسلموا وجعلوا عليهم العشر ونصف العشر. وان مكة دخلها رسول الله - صلى الله عليه وآله - عنوة، وكانوا اسراء فى يده فاعتقهم وقال: اذهبوا فانتم الطلقاء.

[ومارواه] الشيخ فى الصحيح عن احمد بن محمد بن محمد بن ابى نصر، قال: ذكرت لابى الحسن الرضا - عليه السلام - الخراج وما سار به اهل بيته. فقال: العشر ونصف العشر على من اسلم طوعاً، تركت ارضه فى يده واخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها. وما لم يعمر منها الوالى قبله ممن يعمره، وكان للمسلمين وليس فيما كان اقل من خمسة اوساق شىء وما اخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله (ص) بخيبر، قبل ارضها ونخلها، والناس يقولون:

لاتصلح قبالة الارض والنخل ، اذا كان البياض اكثر من السواد . وقد قبل رسول الله (ص) خيبر وعليهم في حصصهم العشر ونصف العشر .

[وخبر ابن شريح] «سالت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء الارض من ارض الخراج فكرهه وقال : انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له : فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها ، فقال : لا بأس الا ان يستحيى من عيب ذلك» بناء على ارادة ما يشمل المفتوحة عنوة منه ،

[ومرسلة حماد بن عيسى] عن العبد الصالح ابي الحسن الاول عليه السلام والارضون التي اخذت عنوة بخيل اوركاب فهي موقوفة متروكة في ايدي من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم ، من حق الخراج : النصف او الثلث او الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا ولا يضرهم . ثم ذكر اخراج العشر ونصف العشر من الخراج .

[وصحيح الحلبي] سئل ابو عبد الله [ع] عن السواد ما منزلته فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلت : الشراء من الدهاقين ؟ فقال : لا يصلح الا ان يشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين فاذا شاء ولى الامر ان يأخذها أخذها قلت : فان أخذها منه ؟ قال يرد عليه رأس ماله وله أن يأكل من غلتها بما عمل .

وغير ذلك وظاهرها عموم المنع وقد اختلف الاصحاب فيها والمحكى عن الدروس : التخصيص بحال حضور الامام قل - رحمه الله - ولا يجوز التصرف في المفتوح عنوة ، باذن الامام عليه السلام سواء كان بالوقف او البيع او غيرهما . نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك واطلق في المبسوط : ان التصرف فيها لا ينفذ . انتهى .

وكذا المحكى عن المحقق الثاني في شرح القواعد ، فانه - بعد ذكر عبارة المصنف الدالة باطلاقها على ما ذكره في المبسوط - قال ، ماصورته : هذا في حال ظهور الامام (ع) اما في حال الغيبة فينفذ ذلك كله ، كما صرح به في الدروس وصرح به غيره انتهى .

وعن المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد الاعتراض عليه بأن هذه الاراضي ملك للغير، والبيع والوقف موقوفان على كونها ملكا للبايع والواقف . قال : بل تحصل الشبهة في جواز هذه حال الحضور، لبعده حصول الاذن بذلك منه (ع) الا ان يقتضى المصالح العامة ذلك، بان يجعل قطعة منها مسجداً لهم، او حصل الاحتياج الى ثمنها انتهى .

ولا يخفى ان الاحتياج الى الثمن لو اوجب البيع لكان مستلزماً لذهاب حق غير الموجودين الى يوم القيامة نعم في مثل المسجد صح لو لم يكن متوقفاً على الملك وفي الخلاف في باب الزكاة ما لفظه كل ارض فتحت عنوة بالسيف فهي ارض لجميع المسلمين المقاتلة وغيرهم وللإمام الناظر فيها تقبيلها ممن يراه بما يراه من نصف او ثلث وعلى المتقبل بعد اخراج حق القبالة العشر أو نصف العشر فيما يفضل في يده وبلغ خمسة اوسق وقال الشافعي الخراج والعشر يجتمعان في ارض واحدة يكون الخراج في رقبتهما والعشر في غلتها قال وأرض الخراج سواد العراق وحده من تخوم الموصل الى عبادان طولاً ومن القادسية الى حلوان عرضاً وبه قال الزهري وربيعه ومالك والاوزاعي والليث بن سعد واحمد واسحق وقال ابو حنيفة واصحابه العشر والخراج لا يجتمعان بل يسقط العشر ويثبت الخراج .

قال ابو حامد وظاهر هذا ان المسئلة خلاف واذا شرح المذهب ان انكشف ان المسئلة وفاق وذلك ان الامام اذا فتح ارضاً عنوة فعليه ان يقسمها عندنا بين الغانمين ولا يجوز ان يقرها على ملك المشركين ولا خلاف ان عمر فتح السواد عنوة ثم اختلفوا فيما صنع فعندنا انه قسمها بين الغانمين فاستغلوها سنتين او ثلاثاً ثم رأى انه ان اقرهم على القسمة تشاغلوا بالعمارة عن الجهاد وتعطل الجهاد وان تشاغلوا بالجهاد خرب السواد فرأى المصلحة في نقض القسمة فاستنزل المسلمين عنها فمنهم من ترك حقه بعبوس ومنهم من تركه بغير عوض فلما حصلت الارض لبيت المال . فعند الشافعي انه وقفها على المسلمين ثم اجرها منهم بقدر معلوم يؤخذ منهم في كل سنة عن كل جريب من الكرم عشرة دراهم ومن النخل ثمانية دراهم ومن

الرطبة ستة ومن الحنطة اربعة دراهم ومن الشعير درهمان فارض السواد عنده وقف لاتباع ولا توهب ولا تورث .

وقال ابو العباس ما وقفها ولكنه باعها من المسلمين بثمان معلوم يجب في كل سنة عن كل جريب وهو ماقلناه ، فالواجب فيها في كل سنة ثمن أو اجرة وايهما كان فان العشر يجتمع معه بلا خلاف فان العشر والاجرة يجمعان وكذلك الثمن والعشر يجتمعان فعلى تفصيل (مقتضى-خل) مذهبا لاختلاف بيننا وبينهم فيها .

واما مذهب ابي حنيفة فان الامام اذا فتح أرضا عنوة فعليه قسمة ما ينقل ويحول كقولنا واما الارض فهو بالخيار بين ثلاثة أشياء : بين ان يقسمها بين الغانمين أو يقفها على المسلمين ، وبين أن يقرها في يد أهلها المشركين ويضرب عليهم الجزية بقدر ما يجب على رؤسهم فاذا فعل هذا تعلق الخراج بها الى يوم القيامة ، ولا يجب العشر في غلتها الى يوم القيامة .

فمتى اسلم واحد منهم اخذت تلك الجزية منه باسم الخراج ، فلا يجب غلتها وهو الذي فعله في سواد العراق ، فعلى تفصيل مذهبهم لا يجتمع العشر والخراج اجماعا لانه اذا أسلم واحد منهم سقط الخراج عندنا ووجب العشر في غلتها ، وعندهم استقر الخراج في رقبتها وسقط العشر في غلتها ، فلا يجمع العشر والخراج أبداً على هذا .

واصحابنا اعتقدوا ان ابا حنيفة يقول : ان العشر والخراج الذي هو الثمن أو الاجرة لا يجتمعان وتكلموا عليه واعتقده اصحاب أبي حنيفة انا نقول ان العشر والخراج الذي هو الجزية يجتمعان فتكلموا عليه وقد بينا الغلط فيه وعاد الكلام في غيرها ظاهر المسئلة الى فصلين : احدهما اذا فتح أرضا عنوة بسيفها الذي يصنع ؟ عندنا تقسم وعندهم بالخيار والثاني اذا ضرب عليهم هذه الجزية هل تسقط بالاسلام ام لا ؟ - دليلنا - اجماع الفرقة والاختار التي اوردناها في كتاب تهذيب انتهى موضع الحاجة .

وقال ايضا في كتاب الفقه سواد العراق ما بين الموصل وعبادان طولا وما بين

حلوان والقادسية عرضا فتحت عنوة فهى للمسلمين على ما قدمنا القول فيه وقال الشافعى كانت غنيمة للغانمين فقسمها عمر بين الغانمين ثم اشتراها منهم ووقفها على المسلمين ثم اجرها منهم وهذا الخراج هو اجرة وقال الثورى وابن المبارك وقفها عمر على المسلمين وقال ابو حنيفة هذه الارضون اقرها عمر فى يد اهلها المشركين وضرب عليهم الجزية باسم الخراج فهذا الخراج هو تلك الجزية وعنده لا يسقط ذلك (الاسلام) بالاسلام وقال مالك صارت وقفا بنفس الاستغنام .

(دليلنا) ما (قدمناه) قلناه فى المسئلة الاولى سواء انتهى والمسئلة مضافا الى انها فى غاية الاشكال كانت فى غاية الاجمال من حيث المراد من هذه الملكية قال شيخنا فى مكاسبه ما لفظه واحترزوا ايضا به عن الارض المفتوحة عنوة ووجه الاحتراز عنها انها غير مملوكة لملاكها على نحو ساير الاملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الارض وان قلّ ولذا لا يورث بل ولا من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا ولا كالوقف على غير معينين كالعلماء والمؤمنين ولا من قبيل تملك الفقراء للزكوة والسادة للخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم لمنافعه بالقبض لان مصرفه منحصر فى مصالح المسلمين فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليه الدليل ومعناها صرف حاصل الملك فى مصالح الملاك انتهى .

وليت شعرى ما المراد بمصالح المسلمين وانت تفرض نفسك من اهل هذه الاراضى مع القطع بانها فتحت فى حال العمران والفرض انه لم يكن من عين الاراضى لك ولو بمقدار ذرة ولا من منافعها كالموقوف عليهم ولا كالكافة والخمس بل لك حق الاختصاص فهذا الحق ان كانت السكونة فيها الى الابد وبعدها الى وارثك . وهكذا وهذا عين غضب حقوق الغير لبداية قطع يد الغير عنها فان مثل هذا الاختصاص يكون الوف من المسلمين ولا يجوز اشتغال الاراضى بنحو يكون مزاحما لحق آخرين وليس شىء آخر كى يكون هو الحق لآخرين .

ثم ان كان المراد بحاصل الملك ذلك فهو غير حاصل اذ هذا الحاصل نفس

السكونة مجاناً فلا شيء يصرف في مصالح المسلمين وان كان سكونتهم بالاجارة ودفع مال الاجارة فاين حق اختصاصهم ضرورة انه اذا دفعوا الاجرة كان لهم جميع الارض ايها شائوا .

ثم ان الاجارة فيمن يصرف فان صرف فيهم ايضاً فيكون مساوياً للمجانبة وان صرفوا في غيرهم كمصالحهم النوعية مثل المساجد والمدارس لاطفالهم والسقايات والموقوفات ونحوها ففيه مع انه حينئذ لاشيء لهم وهو مناف للاخبار ان المذكورات لايجوز بنائها في بلدهم لعدم الملك وجميعها موقوف على الملك الا ان يراد سكونتهم في بلد المفتوحة عنوة ومساجدهم ومدارسهم في بلدة اخر تفكر حتى تفهم وان كان المراد بحاصل الملك هو الزراعات والاثمار والاشجار فحكم جميعها حكم نفس البلد :

وبالجملة قوله قده فهذه الملكية نحو من الملكية قد دل عليه الدليل فيه اولانحن لانتصور معنى لهذه الملكية اصلاً فان الملك ظاهر اما في ملكية العين او المنفعة او الانتفاع والفرض انه نفى الكل عنهم .

وثانيا ان الدليل الدال عليه هو الملكية لجميع المسلمين الموجودين و المعدومين و ظاهر الملكية كما عرفت بنحو ما ذكر و هو غير مراد وغيره غير مفهوم المراد فان الظاهر منه الملك الحقيقي فارادة ملك لكل من كان او يكون الى يوم القيامة بحيث لو قسم عليهم من الاعيان او المنافع كان قسمة كل واحد منهم بمقدار جزء لايتجزى غير معقول كما هو ظاهر قوله لمن كان او يكون وذلك لانه باى نحو اريد قد خرج عن سهم الجميع وكذلك لو اريد صرف المنافع في مصالحهم فان استفادة المنافع ليس الا بالبيع والشراء والبناء في البلد واجراء الماء والزراعة والبستان والقناطر والرباط وكل ذلك ممنوع وموجب لذهاب حق غير الحاضرين فضلا عن المعدومين .

وبالجملة الاختصاص وصرف المنافع لمصالح المسلمين لا يتصور الا في مكان بخصوص من البلد للناس على التبادل والتناول كمسجد او مدرسة او حمام

بحيث ورد فيه عدة ثم عدة اخرى الى يوم الدين نظير الاوقاف العامة والخاصة من مال خاص وشخص خاص بحيث كان الملك لواحد فيجعل من ماله المخصوص فى مكان مخصص لاشخاص خاصة او عامة لاجعل تمام البلد للجميع باى نحو اريد من الموجودين والمعدومين الحاضرين بعد ذلك .

ولا يمكن ارادة مثل ذلك من الروايات فانه مضافا الى عدم تصور معنى صحيح موجب لبقاء حق الموجودين والمعدومين موجب للعسر والحرج والضرر ومحدورات شديدة والاختلافات بين الناس و الفتنة و القتل والضرب فالفقيه يقطع بعدم ارادة مثل هذا الملك او المنفعة او الانتفاع او الاختصاص .

نعم لو كان حكم الاراضى المفتوحة عنوة حكم الموات التى كان للامام و هو ^{عليه السلام} اذن للشيعه و اباح لهم صح جدا و كان لجميع المسلمين المقاتلين وغير المقاتلين الحاضرين فى يوم الفتح وغيرهم بان يقسم الامام بينهم بقدر احتياجهم الى ان لا يبقى منها شىء صح ايضا بحيث صاروا مالكين بعداً فبعدا و نسلا بعد نسل و الافهذا المعنى غير محصل .

﴿ و ﴾ لاجل هذه المحاذير الشديدة ﴿ قيل ﴾ كما عن السرائر والمختلف و حواشى الشهيد واللمعة والروضة وموضع آخر من التذكرة والتحرير ﴿ يجوز بيعها تبعاً لاثار المتصرف ﴾ فيها .

وفى الجواهر نسبة بعض الى جمع من المتأخرين بل آخر الى المشهور بينهم ، بل عن حواشى الشهيد التصريح بكونها جزء مبيع ، قال : اذا بيعت تبعاً للاثار ، يجوز أن تكون مجهولة والاولى أنها جزء المبيع ، فلا بد من العلم بها ايضاً وفيه أنه مناف لما عرفته من الادلة السابقة القاضية بملكيتها للمسلمين على كل حال ولمعلومية بناء الملك على الدوام والتأييد دون الدوران مدار الاثار انتهى .

وحاصله كما ذكره انه لا يصح لانه اولا مناف لكونه لجميع المسلمين الى يوم القيامة الموجودين والمعدومين وثانياً ان اريد جواز البيع تبعاً للاثار بقاء

المشترى والمتصرف فيها مدة قليلة ثم يرحل ويخلو سبيله حتى يتصرفها قوم آخريين فنعلم لكنه غير مراد جدا بل الغرض منه معاملة الملك الحقيقي الدائمي بعدا فبعدا لأنفسهم ووراثتهم.

وهكذا ولا يعرفون اليد أيضا إلا بالمال والبيع والشراء والكل مناف لكونه لجميع المسلمين وثالثا إن أريد كون المبيع نفس الأثر دون الأراضي فلازمة صحة تراحم الغير فإن الفرض كون الأرض لهم أيضا ولا معنى لغصب الأراضي المملوكة لجميع المسلمين بما يقطع يد غيرهم عنه فما عن ابن ادريس يباح تحجيرنا وبنائها الخ .

فيه انه لو كان ملكا لجميع المسلمين الى يوم الدين و الفرض ان التحجير يخرج ما حجر عن ملك جميع المسلمين وكذا البناء والدور فكيف يجوز ذلك ولسان الأدلة آب عن زمان دون زمان فلا يصلح ذلك إلا بالتصرف في الأدلة بنحو من انحاء التصرف .

وتوجيه الروايات بنحو يجمع بين الكل بان يقال المراد بكونها ملك للمسلمين كونه في حال الفتح و الظفر والغلبة فقط وهذه الاستفادة غير بعيد بضميمة بعض الاخبار وبعض الأقوال لقوله عَلَيْهَا لا باس اشتر حقه منها .

وقد يقال بالتفصيل بين زمانى الغيبة والحضور، فينفذ بيعها وغيره فى الاول دون الثانى كما هو خيرة الدروس قال على ما حكى عنه لا يجوز التصرف فى المفتوحة عنوة الاباذن الامام سواء كان بالوقف او بالبيع أو غيرهما، نعم فى حال الغيبة ينفذ ذلك وأطلق فى المبسوط ان التصرف فيها لا ينفذ وعن ابن ادريس انما يباع تحجيرنا وبنائنا وتصرفنا فى نفس الارض

وفى الجواهر: أنه لا دليل على التفصيل المزبور الخ وقد عرفت ان صريح قوله ولمن لم يخلق بعد هو بقاء الأراضي للجميع الى يوم القيامة .

والحاصل انه لو لم يجز البيع والشراء فى زمان الحضور بل ملكا لجميع المسلمين نوع ملك فكيف يصير ملكا لهم فى زمان الغيبة حتى يجوز لهم البيع

فهل هو بالدليل والفرض عدمه او بتغيير للموضوع فهو كما ترى .

ثم انه قد يسهل الامر بعدم حصول العلم بالموضوع كما اشار اليه الشيخ في عبارته المتقدمة فان الاراضي المفتوحة عنوة وقهراً انما تكون لجميع المسلمين اذا كان مع الامام او باذنه مع ان تلك الاراضي التي فتحها عمر لم يكن باذن علي بن ابي طالب فلا يكون هذا الحكم لها بل كانت حلالاً وهو عليه السلام اباحها للشيعه ومجرد المشورة معه (ع) لا يكشف عن اذنه ورضاه بالحرب خلافاً لما عن الحدائق حيث جبل ذلك اذنا منه (ع) ولو سلم فليس ايضاً اكثرها مع الاذن او المشورة ولا علم بالحال فيكون من موارد العلم الاجمالي فان ما يعيش فيه لا يعلم كونه مع الاذن فتحت او لا فيمكن كون ما فتح باذن الامام غير ما يكون الذي بيده من بلاد آخر التي خرجت عن محل ابتلاء سلمنا العلم بكون بلده مع الاذن او فتحت في زمان خلافته بنفسه عليه السلام لكن البلد ليس جميعها مشتملاً على المعمورة حيث ان بعضها موات كما يشاهد في كل بلد كذلك وحكم المفتوحة عنوة راجع الى المعمورة منها .

فلا يعلم ايضاً ان ما بيده من المعمورة او الموات فيمكن كون المعمورة خارجة عن محل ابتلاءه وبذلك يجوز البيع والشراء والتصرفات المالكية بجميعها نعم لو امكن العلم بالمفتوحة بالاذن ومعمورية كلها قد اشكل الامر بما شرحنا لك بما لا مزيد عليه الا ان يتصرف نحو تصرف في الاخبار بحيث لا ينافي ايضاً صورة العلم والذي يهون الامر ايضاً الاختلاف في بعضها مثل مكة ومقدار من العراق وانها فتحت صلحاً فلا يكون من المفتوح عنوة فمثل هذه الامور يمكن ادعاء عدم العلم لابل مثل اختصاص ذلك بنفس الارض دون البناء او زمان الحضور دون الغيبة :

قال في الجواهر نعم يقوى في النظر أن الارض المفتوحة عنوة يختص بها من احيائها من المسلمين ، و يكون أحق بها من غيره ، وعليه خراج المسلمين بل قد يقوى في النظر عدم اعتبار الاذن في احيائها زمن الغيبة من حاكم الشرع او حاكم الجور ، قال : ابو الحسن عليه السلام «والارضون التي اخذت عنوة بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في ايدي من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما يصلحهم الوالي على

قدر طاقتهم من النصف والثلث والثلثين وعلى قدر ما يكون لهم خلاصاً ولا يضرهم ولعل ذلك وغيره من النصوص المذكورة هنا وفي باب الخمس و احياء الموات وغيرها دالة على الاذن منهم ﷺ في ذلك ، فلاحاجة الى تحصيلها الان من الحاكم وان كان هو الاحوط انتهى .

ظاهر الرواية حصول الملك لمن يعمّرها ويحييها وهو مع كونه لجميع المسلمين متناقضان بل قد عرفت ان من حكمة الباري بعبد ان يجعل حكماً كان منشأ للعصيان والعدوان والنزاع والغصب لحقوق الناس كما هو ظاهر كونه ملكاً للجميع الى يوم الدين وليس من قبيل مكان معد للمسافرين اناخواعشياوراحلون في الصباح اوبعده كى يصدق كونه بهذا النحو لجميع المسلمين فالحق ما ذكرناه من انه حين الفتح للجميع ولكن بعده بالحيازة والاحياء قدخرج عن ملك الجميع ويختص بالمحبي والمعمر لها ويصح لذلك بيعها ويكون ملكاً للمشتري كما في ساير الاملاك ويظهر الجواز من بعض الاخبار ايضا .

منها [صحيححة محمد ابن مسلم] قال سألته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى فقال ليس به بأس وقد ظهر رسول الله على اهل خيبر فخارجهم على ان تترك الارض فى ايديهم يعملونها و يعمرونها و ايما قوم احيوا شيئاً من الارض او عملوه فهم احق بها .

ومنها [صحيححة محمد بن مسلم] قال سألته عن شراء ارضيهم فقال لا باس ان تشتريها فتكون اذا كان ذلك فتؤدى فيها كما يؤدون فيها .

ومنها [رواية ابى بصير] قال سالت ابا عبد الله عن الشراء الارضين من اهل الذمة فقال لا باس ان تشتري منهم اذا عملوها و احيوها فهي لهم وقد كان رسول الله ﷺ حين ظهر على خيبر وفيها خارجهم على امر و ترك الارض فى ايديهم يعملونها ومنها رواية شريح المتقدمة ومنها رواية محمد ابن مسلم عن ابى عبد الله عليه السلام قال سئلته عن ذلك فقال لا باس بشرائها فانها ان كانت بمنزلتها فى ايديهم يؤدى عنها كما تؤدى عنها .

ومنها [رواية ابراهيم ابن ابى زياد] قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الشراء من ارض الجزية فقال اشترها فان لك من الحق ما هو اكثر من ذلك .

ومنها [خبر حريرى] عن ابى عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول رفع الى امير المؤمنين عليه السلام رجل المسلم اشترى ارضاً من اراضى الخراج فقال عليه السلام له مالنا وعليه ما علينا مسلماً كان او كافراً له ما لاهل الله وعليه ما عليهم .

ومنها [رواية] اسماعيل ابن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى ارضاً من اراضى الخراج فبنى بها اولم بين غير اناسا من اهل الذمة نزلوها له ان يأخذ منهم اجرة البيوت اذا ادوا جزية رؤوسهم؟ قال يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال .

ومنها ذيل رواية [صفوان] المتقدمة الناطقة بعد النهى عنه بقوله قلت يبيعها الذى هو فى يده قال ويصنع بخراج المسلمين ماذا ثم قال لا باس اشترحقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون اقوى عليها واملاء بخراجهم منه .

[وعن ابى بريدة] جواز بيع ارض الخراج من صاحب اليد والخراج على المشتري ، [وفى رواية] اسماعيل بن الفضل ايماء اليه «قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ارضاً من ارض اهل الذمة من الخراج واهلها كارهون وانما تقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها او غير عجز فقال : اذا عجز اربابها عنها فلك ان تاخذها الا ان يضاروا وان اعطيتهم شيئاً فسخت أنفس اهلها لكم فخذوها قال : وسألته عن رجل اشترى ارضاً من ارض الخراج فبنى بها أو لم يبن بها غير ان اناساً من اهل الذمة نزلوها له ان يأخذ منهم اجرة البيوت اذا ادوا جزية رؤوسهم قال : شارطهم؟ فما أخذ بعد الشرط فهو حلال» .

[وخبر حريرى] عن ابى عبد الله عليه السلام «رفع الى امير المؤمنين عليه السلام رجل مسلم اشترى ارضاً من ارض الخراج فقال امير المؤمنين عليه السلام : له مالنا : وعليه ما علينا مسلماً كان او كافراً ، له ما لاهل الله وعليه ما عليهم» على انه لادلالة فى اولهما على كونها من ارض الخراج .

[صحیح] محمد بن مسلم «سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشترها بقم النيل

واهل الارض يقولون هي لنا ، واهل البستان يقولون هي ارضنا فقال : لا تشترها
الابرضاء اهلها» .

وكيف كان فالروايات الواردة في المقام لو بقيت على حالها من الظهور
فمفاسدها كثيرة وحرجه شديدة الا ان يتصرف فيها بنحو من التصرف مثل ان يكون
كذلك مالم يتصرف المسلمون فيها ببناء وتحجير والا فبعده يدخل في ملكهم ويخرج
عن ملك جميع المسلمين .

وكيف كان فلم أدر أصل هذا القسم من الملك ولا كيفية حصوله ولا يصح
بالتفصيل بزمان الحضور والغيبة ولا الملك بتبع الاثار كما عرفت بل لا يرفع الاشكال
الا بكون حكمها أولا وبالذات حكم الموات وكان للامام ويجوز التصرف فيها
للشيعة وانهم عليه السلام يحملون لهم او كان للمسلمين لكن يجوز تملكها بالبيع والشراء
والتحجير جمعا بين اخبار الجواز وما دل على كونها ملكا للجميع الى يوم الدين .
ويؤيده ماورد من ان الارض جميعها للامام وأباحوا لشيعتهم وتوهم ان اخبار
التحليل مختصة بالانفال دون ما كان للمسلمين في غير محله فانه فيما أمكن للمسلمين
التصرف فيها لا فيما يلزم منه لغوية ذلك واعتبار اذن الامام حتى في زمن الغيبة مستلزم
للغوية جميع تلك الاراضى و من العجيب كون شىء ملكاً لاشخاص ومع ذلك
لايجوز لهم التصرف فيه بوجه وكونه ملكا للجميع وعدم كونه ملكا للشخص كلام شعرى
لان الشخص من أفراد الجميع وكذلك جواز التصرف فيها بالتحجير والوقف
ونحوهما بتبع الاراضى بحيث يرجع الوقف الى الاثار دون نفس الارض فانه بمكان
من الواضح من حيث الفساد .

فان قلت فعلى ما ذكرت لا يتصور كون شىء ملكا لجميع المسلمين الى يوم
الدين قلت نعم الا في موارد معينة كمقدار قليل من ارض بلدة لشخص معين أو
اشخاص كذلك للمساجد والمدارس ونحوهما ولا يتصور ذلك كون تمام البلد كذلك
فلا بد من التصرف في اخبار الباب جمعا بينهما وبين ما دل على الجواز .

مثل صحيحة ابى خالد الكابلى ، عن ابى جعفر - عليه السلام - قال : وجدنا فى

كتاب على - عليه السلام - « ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقة للمتقين » انا واهل بيتى الذين ارثنا الله الارض، ونحن المتقون ، والارض كلها لنا، فمن احبب ارضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى ، وله ما أكل منها فان تركها وأخر بها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيائها ، فهو احق بها من الذى تركها ، يؤدى خراجها الى الامام من اهل بيتى، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من اهل بيتى بالسيف ، فيحريها ويمنعها ويخرجهم منها ، لما حواها رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنعها ، الا ما كان فى ايدى شيعتنا ، فانه يقاطعهم على ما فى ايديهم ويترك الارض فى ايديهم .

وفى صحيحة عمر بن يزيد المتضمنة لحمل مسمع بن عبد الملك الى الصادق عليه السلام مالا من الخمس ورده عليه السلام له عليه واباحته له ، ما صورته : يا ابا سيار ، ان الارض كلها لنا ، فما اخرج الله منها من شىء فهو لنا - الى ان قال : يا ابا سيار ، قد طيناه لك وحللتناك منه ، فضم اليك مالك، وكل ما فى ايدى شيعتنا من الارض فهم محللون ومحل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فنحببهم طسق ما كان فى ايدى سواهم ، فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فىأخذ الارض من ايديهم ويخرجهم الارض المفتوحة عنوة .

وعن ابى ابراهيم بن ابى زياد فى الموثق قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الشراء من ارض الجزية ، قال : فقال : اشتراها ، فان لك من الحق ما هو أكثر من ذلك ، وفى الحدائق بعد نقل الاولين قال :

والتحقيق عندى فى هذا المقام ، على ما ادى اليه فهمى القاصر من اخبارهم عليهم السلام وان كان خلاف ما عليه علماءنا الاعلام ، هو : انه مع وجود الامام عليه السلام او نائبه وتمكنهما من القيام بالاحكام الشرعية ، فالمرجع اليهما فى ذلك ولا يجوز التصرف بشىء من انواع التصرفات الا باذن احدهما .

واما مع عدم ذلك فظاهر كلمة الاصحاب : الرجوع الى الجائر المتولى لاخذ الخراج من تلك الاراضى ، كما تقدم ذكره فى مسألة حل الخراج ، فان ظاهرهم :

وجوب الرجوع اليه وعدم جواز التصرف الا باذنه ، وان امكن الرجوع الى النائب في الاستيدان . وعندى فيه نظر ، لعدم الدليل عليه ، بل وجود الدليل على خلافه كما ستعرف انشاء الله تعالى .

واحتمال التصرف فيها للشبهة مطلقاً ، والحال هذه ، لا يخلو من قوة . لانها وان كانت منوطة بنظر الامام عليه السلام كما هو مدلول خبرى احمد بن محمد بن ابي نصر المتقدمين ، وكذا رواية حماد بن عيسى ، مع وجوده وتمكنه ، الا انه مع عدم ذلك لا يعد سقوط الحكم وجواز التصرف ، وليس الرجوع الى حاكم الجور - بعد تعذر الرجوع اليه عليه السلام - كما عليه ظاهر الاصحاب - باولى من الرجوع الى المسلمين يتصرفون كيف شاؤا وارادوا ، لاسيما مع استلزام ما ذكره المعاونة على الاثم والعدوان ، وتقوية الباطل وتشديد معاملته ، للنهي عنه كتاباً وسنة .

والروايتان صريحتان في ان جميع الارضين للامام ويحللون للشبهة ومن اجل ذلك أمكن ارادة ابن ادريس ذلك بصورة تبعية ملكية الاثار بل اظن انه من المجوزين بقول مطلق بنحو تلك العبارة لامن حيث انه لا يعمل بالاخبار الاحاد فقط بل لعدم تصور مثل هذا الملك وعدم تصور عدم جواز التصرفات فيها اصلا بعد ورود اخبار الجواز منهم عليهم السلام ولو ذهب الى المنع من خفى عليه اصل الامر وحكم بالمنع .

قال فى بلغة الفقيه وتنقيح هذه المسئلة يتم ببسط الكلام فى طى مقامين :
الاول هل يجوز ايجاد العمارة واحداث الاثار فى المفتوحة عنوة من دون توقف على الاذن من الامام عليه السلام او من يقوم مقامه أو لا يجوز الا باذن منه .

فنقول مقتضى الاصل الاولى فيما كان مملوكا للمسلمين كافة هو العدم الحاكم على اصالة الاباحة فى الاشياء ولكن قد يقال بالخروج عنه والحكم بالجسوز اما مطلقا لاخبار التحليل او التفصيل بين ما عرض له الموت بعد الحيوة عند الفتح لعموم اخبار الاحياء وبين ما كان باقيا عليها وفيه اما اخبار التحليل فهى مختصة بما كان لهم من الانفال دون ما كان للمسلمين ولهم ولاية النظر فيها .

واما اخبار الاحياء فهى مقيدة بعدم سبق الملكية لمالك معلوم وفى الفرض

مملوك والمالك معلوم وهو المسلمون فاذا لامناص عن القول بالتوقف على اذن الامام عليه السلام او من يقوم مقامه وهو لا ينافى الحكم بملكية الاثار لمن كانت يده عليها حملا للتصرفات على الوجه الصحيح من تحقق الاذن عند ايجادها واحداثها ودعوى سقوط اعتبار الاذن في زمان الغيبة او تحققها فيه على عهدة مدعيها وقياسه بالاجزاء المنفصلة منها لعمل الآلات والاوزان لعموم الانتفاع وميسر الحاجة ايضا قياس مع الفارق والسيرة عليها بدون الاذن ممنوعة .

الثانى اختلفت كلماتهم في عدم جواز بيع المفتوحة عنوة وغيره من النواقل لعدم التملك مطلقا أو جوازه كذلك أو التفصيل بين جواز بيعها تبعا للآثار بناءً على انها تملك تبعاً لها فيدخل في المبيع بالتبعية أو الجزئية أو التفصيل بين زمانى الحضور والغيبة كما نسب الى الدروس وان كان في النسبة نظر كما استعرفه عند التعرض لكلامه اقوال .

ذهب الى الاول منها جم غفير الى ان قال بعد نقل جملة من اقوال القائلين بالمنع والى الثانى السبزواري في الكفاية والسيد العاملى في مفتاح الكرامة في ظاهر كلاميهما والى الثالث جمع كثير كما عن التحرير والمختلف وهى وحواشى الشهيد واللمعة والروضة والمسالك وموضع من التذكرة والسرائر .

وفى المسالك نسبه الى جمع من المتأخرين بل نسبه بعضهم الى مشهورهم بل عن حواشى الشهيد دخولها فى المبيع بنحو الجزئية دون التبعية المحضة حيث قال اذا بيعت تبعا للآثار جاز ان تكون مجهولة والاولى انها جزء المبيع فلا بد من العلم بها ايضا وقال فى الدروس لا يجوز التصرف فى المفتوحة عنوة الا باذن الامام عليه السلام سواء كان بالبيع او الوقف او غيرهما نعم فى حال الغيبة ينفذ واطلق فى المبسوط ان التصرف فيها لا ينفذ .

وقال ابن ادريس انما يباع تحجيرنا وبنائنا وتصرفنا فى نفس الارض انتهى ونسب اليه القول بالتفصيل بين زمانى الحضور والغيبة بعض مشايخنا منهم شيخنا فى الجواهر والفاضل الجواد فى شرح اللمعتين بل استظهر منه فى مفتاح الكرامة

جواز بيعها مجردة عن الاثار .

قلت وظاهر عبارته وان اوهم ذلك فى بادى النظر الا انه بعد ادنى التامل فيها تجدها ظاهرة فى التفصيل بين الزمانين فى اصل التصرف باحداث الاثار وانه لايجوز فى زمان الحضور الا باذن الامام عليه السلام ويسقط اعتبار الاذن فيه فيصح وينفذ فى زمان الغيبة فهو قائل بصحة البيع تبعاً للآثار الصحيحة غير ان الاثار لايصح احداثها فى زمان الحضور الا باذنه وتصح فى زمان الغيبة بسقوط الاذن فيها انتهى . وقد ظهر ما فى هذه العبارات من الضعف كלהابل يظهر من وجود هذه الكلمات عدما وكيف كان فمع قطع النظر عما ذكرنا من فساد كونها للمسلمين كافة الى يوم الدين لو لم يوجّه بان موضوع حكم المفتوحة عنوة خصوص المعمورة باذن الامام فلا يعلم كون ما بايدهم كذلك لهلكوا جميع الساكنين فى مثل تلك البلاد .

﴿و﴾ لكن مع ذلك اشكل الامر ﴿فى بيع بيوت مكة﴾ وقال المصنف فيه ﴿تردد و المروى المنع﴾ وذلك لان فتحها مع النبى فيكون للمسلمين الى يوم الدين واشكاله لايدفع بمثل ما وجّهناه ساير الاراضى المفتوحة عنوة اذ فتحها مع النبى صلى الله عليه وآله فيقطع بانها لجميع المسلمين قال فى الحقائق :

المورد الثانى ، قال فى المبسوط : ظاهر المذهب ان النبى صلى الله عليه وآله فتح مكة عنوة بالسيف ثم امنهم بعد ذلك . وانما لم يقسم الارضين والدور ، لانها لجميع المسلمين ، كما نقوله فى كل ما يفتح عنوة ، اذا لم يمكن نقله الى بلاد الاسلام ، فانه يكون للمسلمين قاطبة ، وقد من النبى صلى الله عليه وآله على رجال من المشركين فأطلقهم . وعندنا : ان للامام عليه السلام ان يفعل ذلك وكذلك اموالهم من عليهم لمارآه من المصلحة . واما السواد فهى الارض المغزوة من الفرس التى فتحها عمر ، وهى سواد العراق . فلما فتحت بعث عمار بن ياسر أميراً ، وابن مسعود قاضياً ووالياً على بيت المال ، وعثمان بن حنيف ماسحاً ، الى ان قال : وكذلك امير المؤمنين عليه السلام لما افضى اليه الامر امضى ذلك ، لانه لم يمكنه ان يخالف ويحكم بما يجب عنده . والذى يقتضيه المذهب : ان هذه الاراضى وغيرها . . الى آخر ما قدمنا نقله عنه فى صدر المسألة .

اقول : ظاهر كلام الشيخ فى هذا المقام يؤذن بعدم ثبوت كون ارض السواد عنده من المفتوحة عنوة ، حيث ان الذى فتحها ليس بامام حق ، وان اجراء امير المؤمنين عليه السلام فى زمان خلافته عليها حكم الارض المفتوحة عنوة ، انما هو من حيث عدم تمكنه من اقامة الحكم الشرعى فيها ، كما فى كثير من الاحكام ، فان مقتضى الحكم فيها حيث انها فتحت بغير اذنه ان تكون من الانفال ، لكن رعاية التقية اوجبت له العمل فيها بما جرى عليه الولاية المتقدمون .

وعندى فيه نظر ، وان تلقاه بعض متأخرى مشائخنا المحققين عنه بالقبول ، وذلك فان الظاهر من بعض الاخبار : ان اكثر الفتوحات التى صدرت من عمر كان برأى الامام واذنه عليه السلام فروى الصدوق فى الخصال فى باب السبعة ، فى بيان ما امتحن الله تعالى اوصياء الانبياء - عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام فى حديث طويل مع اليهودى قال عليه السلام : فى اثنا عشر : واما الرابعة يا اخا اليهودى ، فان القائم بعد صاحبه كان يشاورنى فى موارد الامور ومصادرها فيصدرها عن امرى وينظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأى ، الحديث .

ويعضد ذلك حكم الائمة - عليهم السلام - بأن ارض السواد مما فتح عنوة كما تقدم فى صحيحة الحلبي ورواية ابى الربيع الشامى ورواية احمد بن محمد بن ابى نصر .

فان الجميع ظاهر فى انها من الاراضى الخراجية التى يجب اجراء احكام الاراضى الخراجية عليها ، و لو كان ما يدعيه الشيخ ومن تبعه حقا ، لما كان لهذه الاخبار معنى .

وظاهر الاصحاب : القول بها من غير خلاف يعرف ، الا ما يظهر من كلام المبسوط . والظاهر انه نشأ عن غفلة عن ملاحظة الاخبار المذكورة .

ويزيد ذلك تأييداً ما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن سيرة الامام فى الارض التى فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله

فقال : ان امير المؤمنين قد سار فسى أهل العراق سيرة هى امام لسائر الارضين الحديث .

ويعضد ذلك قبول سلمان ولاية المدائن ، وعمار امارة العساكر ، كما تقدم فى كلام الشيخ .

وبذلك يظهر ما فى كلام المحقق الاردبيلى فى هذا المقام ، حيث انه يظهر منه المناقشة فى كون ارض العراق فتحت عنوة ، مستنداً الى وقوع الخلاف بين العلماء فى ذلك ، حيث نقل العلامة فى التذكرة ان بعض الشافعية قال : انها فتحت صلحاً . قال : وهو محكى عن ابى حنيفة . وقال بعضهم : اشبه الامر على ، ولادرى فتح عنوة او صلحاً .

ثم قال المحقق المذكور : على انه قد اشترط -- فى المشهور عندنا وكاد يكون اجماعاً -- فى المفتوحة عنوة كون الفتح بأذن الامام عليه السلام ، والعلم بذلك فى شىء من الاراضى غير معلوم ، لان العراق المشهورة بذلك فتحت فى زمان الثانى ، وما تحقق كونه باذن امير المؤمنين عليه السلام ، بل الظاهر عدمه ، لعدم اختياره ، وما ثبت كون مولانا الحسن عليه السلام معهم . . . ثم نقل كلام الشيخ وقوله : وعلى رواية رواها اصحابنا . . الى آخره ، كما قد مناه .

ثم قال : وهذه كالصريحة فى نفى كون العراق مفتوحة عنوة ، بل فى عدم كونها مفتوحة بالمعنى الذى تقدم . انتهى ملخصاً .

وليث شعرى كأنه لم يراجع الاخبار التى اشرنا اليها ، مما هو صريح الدلالة واضح المقالة فى اجرائهم - عليه السلام - -- حكم المفتوحة عنوة على تلك الاراضى . واما قوله : وما تحقق كون الفتح بأذن امير المؤمنين عليه السلام ، الى آخره ، ففيه : ان الظاهر انما هو رضاه عليه السلام به ان لم نقل انه باذنه ، وذلك لانه عليه السلام صاحب الامر بعد النبى صلى الله عليه وسلم فهو يحب ظهور الاسلام وقوته ، وان لم يكن على يده ، فان الغرض من اصل البعثة ومن النيابة فيها انما خمود منار الكفر وظهور صيت الاسلام فهو عليه السلام وان لم يكن متمكناً من الامر والنهى وتنفيذ الجيوش ، الا ان غرضه

الاصلى ومطلبه الكلى حاصل بذلك فكيف يكرهه ولا يرضاه انتهى كلامه .
وعليه كان اكثر البلاد في عصرنا مفتوحة عنوة فيجرى احكامه عليه من عدم
جواز النقل والانتقال والبناء والوقوف فعلى مرامه ليس الدين الا الحرج والعسر
والضرر خصوصا على ماياتى من كلام اهل التاريخ من كثرة تلك البلاد ويرد عليه
ان نفس الرضا ليس اذنا والسكوت ليس فى جميع الموارد دليلا على الرضا بل
لوسلم انه استأذن وانه إللا قد اذن له لكن الحكم لما كان فيما بنفسه إللا مباشراً
للحرب والغزوة ليخرج عن حكم المفتوحة عنوة اذا كان مجرد رضاه بذلك .
وقال فيه ايضا مانصه ونقل بعض فضلائنا عن بعض كتب التواريخ قال : وكأنه من
الكتب المعتمدة فى هذا الفن ، ان الحيرة وهى من قرى العراق تقرب الكوفة فتحت
صلحاً ، وان نيسابور من بلاد خراسان فتحت صلحاً ، وقيل : عنوة . وبلخ وهرات
منها ، وقوشج والتوابع فتحت صلحاً . وبعض آخر فتح صلحاً وبعض عنوة .
وبالجملة فان بلاد خراسان مختلفة فى كيفية الفتح .
واما بلاد الشام ونواحيها فحكى ان حلب وحمى وحمص وطرابلس فتحت
صلحاً وان دمشق فتحت بالدخول من بعض الابواب غفلة ، بعد ان كانوا طلبوا
الصلح . وان اهل طبرستان صالحوا اهل الاسلام . وان آذربايجان فتحت صلحاً .
وان اهل اصفهان عقدوا اماناً . والرى فتحت عنوة . انتهى .
وحكى العلامة فى المنتهى عن الشافعى : ان مكة فتحت صلحاً بأمان قدمه
(ص) لهم قبل دخوله . قال : وهو منقول عن ابى سلمة بن عبدالرحمان ومجاهد .
ثم انه - رحمه الله - نسب الى الظاهر من المذهب : انها فتحت بالسيف
ثم امنهم بعد ذلك . ونقله عن مالك وابى حنيفة والاوزاعى .
وقد ذكر فى المنتهى أن حد سواد العراق فى العرض ، من منقطع الجبال
بحلو ان الى طرف القادسية المتصل بعذيب من ارض العرب . ومن تخوم
الموصل طولاً الى ساحل البحر ببلاد عبادان من شرقى دجلة ، فاما الغربى الذى
يليه البصرة فانما هى اسلامى مثل شط عثمان ابن ابى العاص وما والاها كانت سباخا

ومواتاً فأحيها عثمان ابن ابي العاص .

اقول : والذي يظهر لى من الاخبار هو فتح مكة والعراق عنوة ، وان كان قد من على اهل مكة كما تقدم فى كلام الشيخ باموالهم . واما غير هذين الموضوعين المذكورين فهو محل الاشتباه ، لعدم النص الوارد فى شىء من ذلك . والاعتماد فى الاحكام الشرعية على مجرد كلام المورخين محل اشكال والله العالم انتهى كلام الحدائق

وكيف كان فبمثل عدم العلم امكن التخلص عن اشكال اراضى المفتوحة عنوة حيث لا علم لنا بالحال فى القرون الماضية ومجرد نقل التاريخ لا يحصل العلم بذلك بل قد عرفت الاشارة الى ان الموات من مفتوحة عنوة ايضا داخل فى الانقال فهو ايضا طريق اخر لعدم العلم مع الغالب فى كل بلدة كون اكثر اراضيها مواتا حتى مثل الرى فعلا لو فرض كونه مفتوح عنوة كما تقدم فى عبارة الحدائق نسبتة الى مثل زمان الحضور نسبة الف الى الواحد وان فى سنة الف وأربعمائة بعد الهجرة بلغ تدريجا الى هذه الكثرة والبناء وكان قبلا مواتا والان ايضا كان اكثر اراضيها مواتا فلو كان الحكم مختصا بالمعمورة من الرى لكانت المعمورة بالنسبة الى الموات كشعرة ابيض فى بقرة سوداء قال فى الحدائق ايضا .

المورد الثالث : قد عرفت فيما تقدم ، ان موات الارض المفتوحة عنوة وقت الفتح انما هو للامام (ع) من جملة الانقال وان كان ظاهر بعض العبارات كون الارض المفتوحة عنوة للمسلمين كافة من غير تقييد بالعمارة ، الا ان كلام الاكثر قد اشتمل على التقييد بالعمارة وهو الظاهر ، نظراً الى اطلاق الاخبار الدالة على ان موات الارض من جملة الانقال اعم من ان تكون الارض من المفتوحة عنوة ام لا

ومن هنا ينقدح اشكال فى هذا المقام ، وذلك لان ما يكون معموراً من الارض لا يعلم انه كان معموراً وقت الفتح حتى يجب العمل فيه بحكم المفتوحة عنوة ، من كونه للمسلمين وما يترتب على ذلك من احكام الخراج اذ يجوز ان يكون فى ذلك الوقت مواتا ، وانما احبب بعد ذلك ، وقد عرفت : ان موات الارض لهم

- عليهم السلام - وانهم قد احلوا شيعتهم بالتصرف فيها ، فتكون للمحيين لايتعلق بها خراج بالكلية .

واما ماصار اليه بعض اصحابنا من الاستدلال على ان المعمور الان كان معمورا وقت الفتح بضرب الخراج الان ، ولومن الجائر واخذة المقاسمة من ارتفاعها ، عملا بان الاصل فى تصرفات المسلمين الصحة . فانه لا يخفى ما فيه انتهى كلامه زيد مقامه وقد بقى اكثر احكام الارضين ومحلها فى كتاب احياء الموات انشاء الله وملخص جميع ما ذكرنا انه لولا التمسك بعدم العلم لما يفهم معنى لكونها لجميع المسلمين واقوى ما يتصور كون خراجها يصرف فى منافع الاسلام وهو مبنى على جواز احداث الدور والداكاكين والرباط ونحوها والمعمورة منها ايضا لا تبقى الى الابد فيخرب بعد مدة فلولم يجز تجديد بنائها لزال منافعها رأسا وقد طال الكلام فيها لاجل اشكالها وحلها كاملا الى زمان القائم ارواح العالمين له الفداء وقد تقدم بعض الكلام فى السابق ﴿واما ماء البئر﴾ فى الارض المباحة ﴿فهو ملك لمن استنبطه﴾ ﴿و﴾ كذا ﴿ماء النهر لمن حفره﴾ وفى الجواهر كنفس البئر والنهر مع النية ، بناء على اعتبارها فى نحو ذلك ضرورة كون المقام منه بلا خلاف معتد به أجده فيه بل ظاهر غير واحد الاجماع عليه ، مضافا الى عموم الحيابة والاحياء فله حيثنذ البيع وغيره كما فى سائر الاملاك انتهى .

واما النبوى العامى «الناس شركاء فى ثلاث، النار والماء والكلاء» يراد منه ما كان مباحاً منها لالمملوك ولو بالحيابة كما فى الجواهر .

﴿ومثله﴾ اى الماء المستنبط كل ﴿ما يظهر فى الارض﴾ المملوكة ﴿من المعادن فهى لملكها تبعا لها﴾ كالنبات الكائن فيها .

﴿الثانى ان يكون﴾ الملك ﴿طلقا﴾ اى تاما فى الملكية بحيث يمكن التصرف فيه بيعا واجارة ورهناً وغير ذلك ﴿فلا يصح بيع الوقف مالم يؤد بقاؤه الى خرابه لاختلاف بين اربابه ويكون البيع﴾ عليهم ﴿أعود على الاظهر﴾ وفى الجواهر ونحوه الفاضل فى القواعد، والدليل على الحكم فى المستثنى منه واضح، فان النصوص

يمكن دعوى تواترها في عدم جواز بيع الوقف وهبته ونحوهما انتهى و المسألة مشكلة وبيانها في كتاب الوقف .

﴿ولا﴾ يصح ايضاً ﴿بيع أم الولد﴾ ولو كان حملاً ومثل البيع ساير ما يخرجه عن الملك فلا يجوز فيما اذا دفع ثمنها وكان حيناً كما قال ﴿الم يموت ولدها﴾ بلا خلاف فان المنع من البيع لاجل ارث ولدها من مولاها حتى ينعق الام وهو موقوف على بقاءه واذامات الولد ارتفع ما يوجب بقاءها ﴿او﴾ لم يكن البيع ﴿في ثمن رقبته مع اعسار مولاها﴾ .

واما اذا كان البيع لذلك بان لم يؤد مولاها ثمنها ولم يكن له مازاد على مستثنيات الدين كما في الحدائق ، فيجوز حينئذ بيعها خلافاً للمرتضى فمنع على ما حكى عنه من بيعها مطلقاً فصورة الجواز موردان الاول موت الولد والثاني عدم كون المولى دفع ثمنها فيباع ويدفع ثمنها لافي مطلق دين المولى ﴿و﴾ ذلك مسلم نعم ﴿في اشتراط موت المالك﴾ مع ذلك كما عن ابن حمزة ﴿تردد﴾ لاطلاق جواز بيعها في بعض الروايات ولكن الظاهر من اكثرها هو موت المولى مثل ما [عن عمر بن يزيد] في الصحيح قال: قلت للصادق عليه السلام كما في الكافي، او قلت لابي ابراهيم عليه السلام كما في الفقيه: أسألك؟ فقال: سل قلت لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد؟ قال في فكاه رقابهن قلت: وكيف ذلك قال ايما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه، اخذ ولدها منها فبيعت وادى ثمنها قلت: فبيعهن فيما سوى ذلك من دين قال: لا .

فان الظاهر من قوله ولم يدع من المال هو موته واطلاق بعض الروايات ناظر الى احتمال رده ثمنها مع بقاءه فلا يجوز ولكن هذا المقدار من الاحتمال غير موجب لحبس ثمنها على مالها الاول خصوصاً مع اعسار المولى وعدم تمكنه من دفع الثمن ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يجوز ﴿بيع الرهن﴾ من مالكة ﴿الامع الاذن﴾ من المرتهن أوفك الرهن قبل رد المرتهن بناء على الاكتفاء به ، لعدم كونه طلقاً له باعتبار تعلق حق الارتهان فيه المانع عن نفوذ ذلك بلا خلاف أجده فيه .

ج ٢٢ من شروط صحة البيع ان يكون المبيع مقدوراً على تسليمه -١٢٩-

وفى الحدائق فى مقام عدم جواز بيع الرهن قال فظاهر بالنسبة الى الراهن ،
لانه بالرهن صار ممنوعاً من بيعه ، بل مطلق التصرف فيه الا باذن المرتهن . واما المرتهن
فاظهر لانه غير مالك الا ان يكون وكيلاً من قبل الراهن فى البيع ، فيتوقف بيعه على
الاذن من المالك ، وان امتنع استأذن الحاكم الشرعى ، و ان تعذر جاز له البيع
بنفسه على الاظهر . و كيف كان فانه لا يجوز له بيع الرهن مطلقاً ، بل على بعض
الوجوه انتهى .

وتمام الكلام فى بابہ ، ❀ ولا تمنع جنایة العبد عن بيعه ولا من عتقه ، عمداً
كانت الجنایة أو خطأ على تردد ❀ فيه وفى الجواهر ينشأ مما عرفت ، ومن تعلق
الحق بعينه ، فلا يكون ملكاً طلقاً ، بل عن الشيخ الجزم بعدهم بين الجنانى عمداً الذى
يكون التخيير فيه للمجنى عليه بين القتل والاسترقاق ❀ الثالث ❀ من الشروط
❀ ان يكون ❀ المبيع ❀ مقدوراً على تسليمه ❀ .

واستدل عليه بالاجماع وبحديث الغرر و ببعض الاخبار .

وفى الجواهر قال اجماعاً فى محكى التذكرة وكنز الفوائد وحواشى التحرير
فلا يصح بيع ما يتعذر تسليمه كالطير فى الهواء والسمك فى الماء كما عن المبسوط
الاجماع عليهما ، والتذكرة فى الاول منهما ، وفى الثانى نسبتة الى اكثر العلماء
كالامامية والفقهاء الاربعة من الجمهور وغيرهم ، ثم قال ولا نعلم لهم مخالفاً ، وعن
الغنية واعتبرنا أن يكون اى المعقود عليه مقدوراً على تسليمه ، تحفظاً مما لا يمكن
فيه ذلك كالسمك فى الماء و الطير فى الهواء ، فان ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا
خلاف انتهى .

اما الاجماع فليس بوحدته دليلاً قانعا خصوصاً فيما احتمل استناده الى هذه
الاخبار واما حديث نفى الغرر فلا يخلو عن اشكال ايضا ولنذكر اولا ما فى كلمات
الفقهاء واللغويين ثم نتكلم فيه قال شيخنا فى مكاسبه واستدل فى التذكرة على ذلك
بانه نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر وهذا غرر والنهى هنا يوجب الفساد اجماعاً على
الظاهر المصرح به فى موضع من الايضاح واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر

ارساله اما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء واهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك فى الماء والطير فى الهواء مع ان معنى الغرر على ما ذكره اكثر اهل اللغة صادق عليه والمروى عن امير المؤمنين عليه السلام انه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر.

وفى الصحاح الغررة الغفلة والغار الغافل واغرّه اى اتاه على غرة منه واغتر بالشىء اى خدع به والغرر الخطر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء الى ان قال والتغريب حمل النفس على الغرر انتهى . وعن القاموس ما ملخصه غرة غرا وغرورا وغرة بالكسر فهو مغرور وغرير خدعه واطمعه فى الباطل الى ان قال غرر بنفسه تغريرا وتغره اى عرضها للهلكة والاسم الغرر محرركة الى ان قال والغار الغافل واغتر غفل والاسم الغرة بالكسر انتهى . وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة انه نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول وقال الازهرى ببيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة ويدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر فى الحديث ومنه حديث مطرف ان لى نفسا واحدة وانى لاكره ان اغرر بها اى احملها على غير ثقة وبه سمى الشيطان غروراً لانه يحمل الانسان على محابه وراء ذلك ما يسؤه انتهى .

وقد حكى ايضا عن الاساس والمصباح والمغرب والجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلاً له فى الثلاثة الاخيرة ببيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وفى التذكرة ان اهل اللغة فسروا ببيع الغرر بهذين ومراده من التفسير التوضيح بالمثال وليس فى المحكى عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل .

وبالجمله فالكل متفقون على اخذ الجهالة فى معنى الغرر سواء تعلق الجهل باصل وجوده ام بحصوله فى يد من انتقل اليه ام بصفاته كمّاً وكيفاً انتهى .

ولا يخفى ما فى التمسك بحديث الغرر فى كثير من الموارد بل يردّه فى كثير من الموارد ما عن امير المؤمنين فانه بعد ظهوره فى الغرر الشخصى لالنوعى

كما هو لعله ظاهر الاصحاب قوله انه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر فعليه لو باع صبرة بالمشاهدة مع عدم علم بمقداره لكن المشتري علم انه مع كونها مجهولة الوزن كانت باضعاف ثمنه فإى ضرر فيه .

فهذا المروى عنه الإبلا مقدم على جميع ما عن اللغويين و نلتزم بمضمونه فلا يجوز بيع ما لا يؤمن معه من الضرر بالنسبة الى شخص المشتري ضرراً يعنى به عند العرف .

وكيف كان فالمسألة مشكلة تارة من حيث ان كلمات الفقهاء واللغويين ظاهر فى بطلان كل مجهول الحال وعليه فلا يصل النوبة بادلة الخيار الا فيما لم يكن راجعاً الى مطلق الجهل فمثل العيب مجهول من حيث الجهل بصفاته بل الغبن فانه يرجع الى الجهل بصفة مفقودة يوجب الغبن وكذا خيار الرؤية وهكذا خصوصاً بناء على ما عن النهاية فان اللازم البطلان بمجرد كون ظاهر خلاف باطنه مع ان مقتضى ادلتها هو الخيار دون البطلان والفساد .

واخرى من حيث ان مجرد الجهل بشيء ومجرد ما ظاهره غير باطنه لو كان موجبا لفساده لما سلم بيع عن ذلك الا نادراً وثالثة من ان ما عن النهاية ظاهر فى التغرير من حيث الجهل بالصفات دون اصل وجوده مع ان امثلة الفقهاء واللغويين من حيث اصل وجوده .

ورابعة ان ذكرهم السمك فى الماء والطير فى الهواء ان كان لمجرد المثال فلا باس به والا فيرد عليه بعدم الكلية بداهة ان من كان شغله صيد السمك وعلم بانه يصيد كل يوم مقداراً كثيراً منها فباع قبل الصيد معيناً للمشتري صفاتها فلا دليل على بطلانها جداً للقدرة العرفى على التسليم .

نعم لو كان المقصود بيع شخص السمك المعين الجزئى لصح ما ذكره وكذا الطير فى الهواء ان كان المراد هو الطيور المطلقة فلا يكون داخل فى ملكه فيكون البطلان من هذه الجهة وان كان المراد هو طيور نفسه فلا يكون المتعارف منه الا الحمام الاهلى وهو مما تعارف عوده فى كل ما يطير فهو بمنزلة تسليم المقدور بل

نفسه وان كان من حيث وقوعه فسي قعر البحر او البشر فلا يكون له كلية ايضا اذ الالات العصرية بحيث يسكنون ويعيشون في تحت البحر فضلا عن عدم القدرة على اخذ شيء منها فلا يصح ما ذكره من المثال الا فيما كان المقصود عدم القدرة من الايصال الى المشتري بوجه .

وخامسة لو كان الغرض من التمسك بحديث الغرر هو بطلان ما تعذر تسليمه للزم بطلان كل بيع غائب بل في بيع الثمار والزروع لامكان عدم وصولهما وبلوغهما الى حد الكمال فالبيع على الاشجار صحيح مع عدم القدرة على تسليمه لامكان وقوع الافة الخارجة عن اختياره فافسده البرد والمطر والتلج وغير ذلك من الافات السماوية بل الارضية كما افاد .

والحل انه ليس كل غرر يوجب البطلان خصوصا في عصرنا الحاضر من ان المؤمن السالم الامين والتاجر العابد الوثيق كالكبيريت الاحمر ولذلك يشاهد عدم سلامة جنس من الاجناس كالسمن واللبن والثمار والنعال وغير ذلك وكثيرا مما يباع جنس وعلم المشتري خلافه وغير ذلك المحذورات فلو كان الامر كما ذكره لكان جميع معاملات اليوم باطلة وخصوصا اذا قلنا حينئذ بضمن الواقعي من كل المالمين مثلا او قيمة واجراء احكام الغصب كما هو المشهور .

والتحقيق انه ليس مطلق الغرر والخدعة والجهل موجبا للفساد بحيث كان كل منهما ضامنا لما اخذ من صاحبه وجريان احكام المبيع الفاسدة ولزوم الغرامة بالمثل او القيمة بعد جبرانه بادللة الخيار فان ذلك منافع للشريعة السهلة وموجب للعسر والحرج على المتبايعين فما عن تذكرة صغرى وكبرى ممنوع فلا يكون مجرد الجهل غررا ولا كل جهل مبطلا كما لا يصح تمثيلهم بالسلك والطير مطلقا فالمسلم هو بطلان ما لا يقدر على تسليمه علما كالفرس الضالة والمغصوب الذي لا يتمكن من خلاصه او المفقود الذي لا يرجى من حصوله وغيرها مما كان الجهل في اصل وجوده او كان مثل الحجر الغير المعروف كونه ذهبا او فضة مما كان الجهل في صفته فالمعيار عدم الجهالة والخطر في نظر المشتري فصح البيع والشراء مع

جهالة بعض الصفات اذا كان بقيمة فاقد الصفات فالبيع الباطل ما لم يحتمل القدرة على تسليمه وكفى في الدليل على فساد كونه سفهيا واكلا للباطل من غير الاحتياج الى الغرر الا فيما كان متيقنا منه فالبيع الغررى المنفى صحته هو الغرر الذى مرّ سواء كان فى اصل الوجود او فى صفاته كالحجر المتردد بين كونه ذهباً وونحاساً بل صح فيه ايضاً اذا كان بقيمة النحاس .

وبالجملة التمسك به لمطلق الغرر فى غير محله وبل المتيقن منه هو المتوغل فى الجهالة مع تعميم من حيث اصل الوجود او صفاته دون مقدار قليل منه ويمكن ان يقال ان مقدار القليل منه ليس من الغرر فلا يصدق الا فى الجهالة التامة التى يحكم العرف بكون الثمن فى مقابله اكلا للمال بالباطل .

ويدل على عدم البطلان ما سياتى فى صحة بيع الايق مع الضميمة معللا بانه لو لم يوجد كانت الضميمة فى مقابل الثمن فان الضميمة ليست بحيث تقع فى مقابلها الثمن لبداهة ان الثمن شىء مستقل اصلى ومورد لغرض المشتري لا الضميمة الشاملة لشىء يسيرة وغايته ان الثمن وقع فى مقابلهما فعمدة الثمن فى مقابل المثلن لا الضميمة فكيف يقع فى مقابل الضميمة فقط بل لازمه التقسيط فيكون من اعلام مراتب الغرر ومعه قد صح البيع .

والقول بان عموم الغرر قد خص بذلك ليس باولى من عدم بطلان المعاملة الغررية اذا رضى المشتري به الا فى بعض الموارد .

وتلخص انه مع القطع بعدم القدرة على التسليم بطل البيع لانه اكل للمال بالباطل دون صورة احتماله وذلك لان اكثر معاملات هذا العصر هو بيع اجناس محتمل لذلك بل كثيراً ما كان التاجر فى بلاد الايران يعامل مع التاجر فى بلاد الكفار معاملات خطيرة ولم يظن البايع قدرته على تسليم المبيع من حيث خطرات الطريق والافات الواقعة عليه من نحو احراق وغرق وسرقة فيكون محتمل الوصول الى المشتري بل هو كثير فى بيع الثمار على الاشجار وما يباع سلماً وغير ذلك فلا يبطل المعاملة الا فى صورة القطع بعدم القدرة على التسليم ولذا صح البيع

ايضا لو كان المشتري قادراً على التسلم ومع الشك ايضاً يمكن القول بالصحة فان
اشترط القدرة على التسليم يرجع الى مانعية العجز فكان الشك في المانع المحكوم
باصالة عدمه .

و في الجواهر بعد عبارة الغنية و اعتبرنا ان يكون اى المعقود عليه مقدوراً
على تسليمه تحفظاً مما لا يمكن فيه ذلك الخ قال ما حاصله ارجاع الشرط في كلام
الفقهاء الى المانع فقال مالفته :

قد يظهر من هذه العبارة بل وغيرها عند التأمل ان المراد من هذا الشرط عدم
جواز بيع ما يعجز عن تسليمه كالأمثلة السابقة ، وقد يطلق اشتراط القدرة على ارادة
كون العجز مانعاً ، نحو ما ذكره في كون القدرة شرطاً في التكاليف .

وتظهر الثمرة في المشكوك فيه ، فانه بناء على شرطية القدرة يمتنع بيعه ،
بخلافه بناء على مانعية العجز ومما يرشد الى ذلك انهم قد ذكروا الاجماع كما عرفت
على اشتراط القدرة ، مع انهم قد حكوا الخلاف في أمور :

ومنها بيع الضال الى أن قال بعد بيان الاختلاف في صحته وبطلانه والغرض
من ذلك كله بيان ان المراد بالاجماع المزبور على اشتراط القدرة ما عرفت من عدم
جواز بيع ما تحقق العجز عن تسليمه ، كبيع طير صيد ثم فرّ ومضى في الهواء ،
وسمك صيد ثم مضى في الماء ورجعا على حالهما السابق قبل أن يصطادا ، لأن
المراد اشتراط القدرة فعلا على تسليمه كى يتجه عدم جواز مطلق ما لا يعلم حاله من
الضال والضالة وغيرهما ، والا لم يكن لما عرفت من الخلاف في الامور المزبورة
وجه ، ضرورة عدم تحقق القدرة فعلا في شيء منها .

ومن هنا كان المتجه فيها جميعها الصحة مطلقاً ، لاطلاق الادلة ، نعم لو بان
بعد ذلك التندر ، تخير المشتري كما سمعته من اللعة والمعالم ، انتهى صريح كلامه
كون العجز مانعاً لان القدرة شرط وهو متين .

والظاهر من ذكره الخلاف في صحة بيع الضال مع الاجماع على اشتراط
القدرة هو كون المراد من القدرة عدم العجز فانه موجب للاختلاف والا لزم القول

بعدم الصحة اجماعاً لعدم تحقق الشرط فيعلم منه كون العجز عن التسليم مانعاً فصح البيع مع الشك لاصالة عدم المانع وحينئذ لو لم يقدر على التسليم لما كان البيع باطلاً بل للمشتري الخيار في الفسخ أو الامضاء مع ضمان العين بالمثل أو القيمة . وكيف كان فصريح قوله على أنه يمكن الخ عدم اشتراط القدرة في كل مجهول الحال الذي لا يعلم القدرة على تسليمه وعدمه وإنما يكون مراد الاصحاب من البطلان خصوصاً بيع مثل الطير في الهواء والسماك في الماء مما يقطع بعدم القدرة عليه . وبالجملة هو كلام متين موافق لسهولة الشريعة السمحة قال في الجواهر مضافاً الى ما قد عرفت من أن المراد باشتراط القدرة عدم جواز بيع المأبوس من تحصيله عادة كالطير في الهواء والسماك في الماء ، ولو فرض كون الابق كذلك في بعض الاحوال لم يجز بيعه فيها منفرداً ولا منضمماً كما في كل مأبوس منه ، بخلاف غير المأبوس منه انتهى .

فالأقوى صحة بيع ما لا يعلم قدرته على تسليمه وعدمه فعلى هذا كان المبيع على اقسام ثلاثة الاول القطع بقدرته على تسليمه فيصح بيعه بلا كلام والثاني القطع بعدمه فلا يصح بلا كلام الثالث الشك في ذلك فيصح اعتماداً على اصالة عدم المانع كما عرفت مع خيار للمشتري في صورة عدم التسليم .

وقد اورد عليه شيخنا في مكاسبه بما هو لفظه ثم ان ظاهر معاهد الاجماع كما عرفت كون القدرة شرطاً كما هو كذلك في التكليف وقد اكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة ان العجز مانع لا ان القدرة شرط قال ويظهر الثمرة في موضع الشك ثم ذكر اختلاف الاصحاب في مسألة الضال والضالة وجعله دليلاً على ان القدر المتفق عليه ما اذا تحقق العجز وفيه مع ما عرفت من ان صريح معاهد الاجماع خصوصاً عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة ان العجز امر عدمي لانه عدم القدرة عمن من شأنه صنفاً ونوعاً او جنساً ان يقدر فكيف يكون مانعاً

ان المانع هو الامر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم انتهى .
ولا يخفى ان الفسق ايضاً امر عدمى فانه عدم العدالة عمن من شأنه العدالة
وكذا الجهل فانه عدم العلم عمن من شأنه العلم بل لعل اكثر الامور الوجودى
حينئذ يرجع احدهما الى عدم مقابله كالليل والنهار والشجاعة والجبين والقوة والضعف
والغنى والفقر فالليل عدم النهار والجبين عدم الشجاعة والضعف عدم القوة والفقر
عدم الغنى و الثروة فلا يتصور ضدان وجوديان لم يكن احدهما عدم وجود الاخر
الانادراً كالماء الذى هو مانع عن الاحراق وهو امر وجودى ولا يرجع الى العدم
وهو ايضاً غير مستعمل فى التشريعات بل امر تكوينى و الا فى الاحكام فكل
ما جعل وجوده شرطاً كان عدمه مانعاً فالطهارة شرط للصلاة وعدمها مانع عن
تحققها والاستطاعة شرط لوجوب الحج وعدمه مانع والنصاب والحول شرطان
فى تعلق الزكاة وعدمهما مانعان وهكذا وهو امر معلوم وان امكن الخدشة فى بعضها
لكنه بنحو الكلية كان الامر كما ذكر فاشكاله على الجواهر غير وارد .

ثم انه قد قال بعد ذلك ايضاً مانعه ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لاثمة
فيه لافى صورة الشك الموضوعى او الحكمى و لافى غيرهما فانا اذا شككنا فى تحقق
القدرة والعجز مع سبق القدرة فالاصل بقاؤها ولامعه فالاصل عدمها أعنى
العجز سواء جعل القدرة شرطاً او العجز مانعاً و اذا شككنا فى ان الخارج عن عمومات
الصحة هو العجز المستمر او العجز فى الجملة او شككنا فى ان المراد بالعجز ما يعم
التعسر كما حكى ام خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق
بين تسمية القدرة شرطاً او العجز مانعاً .

و الحاصل ان التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله انما يصح و يثمر فى
الضدين مثل الفسق والعدالة لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل انتهى .

ولا يخفى ان موارد جريان الاصل مختلف فتارة لا يعلم قدرته على التسليم
بمعنى انه يشك فى ذلك اولا وهو محل الكلام فح يرجع الشك الى ان العجز مانع

عنه اولا واخرى كان عالما بالقدرة على التسليم ثم شك فيه وهو مسألة اخرى فيكون مجرى الاصل استصحاب بقاء القدرة فمانحن فيه هو الاول ومقام الاستصحاب هو الثانى .

وبالجملة من كان قادراً على تسليم مبيعه صح له يبيعه ومن كان عاجزاً قبلاً لا يصح له يبيعه للاستصحاب الجارى فيهما ومحل النزاع فيما لم يكن لاحدهما حالة سابقة كمن حمل المبيع من بلد الى بلد آخر فهو وان كان قادراً قبلاً على امواله ولكن اذا حملة للمشتري الساكن فى بلدة بعيدة عن محل المبيع خرجت القدرة الثابتة على امواله المبيعة و كانه زال موضوع الاستصحاب حيث ان القدرة فيما كان المال ليده وسلطنته وهو زال بالوجدان ولا يصح الاعتماد على زمان الذى كان لديه فالقدرة المتيقنة قد تبدلت بالقدرة المشكوكة قطعاً والاستصحاب ابقاء ما كان متيقناً فى السابق لا الذى علم بزواله فالمال بمجرد الخروج عن اختياره لا يعلم وقوعه بيد المشتري و عدمه من دون حالة سابقة له اصلاً فاذا ارسل الاموال المبتاعة الى الفلك لم يعلم بحفظها وسلامتها من دون حالة سابقة وكذا فى صورة القطع بالعجز كمن كان ماله فى يد الغاصب القوى ثم انقطع يده عنه و وقع المال فى يده صاحبه لكنه لا يعلم بتمكينه من الايصال الى بلده اذا كان المال فى بلد آخر او لا فالعجز الاول قد ارتفع مع حصول الشك له ابتداءً وفى كلا الصورتين صح البيع لانه يرجع الشك الى الشك فى المانع . لا يقال اذا ارتفع العجز حصلت القدرة فانه يقال فى ان الحصول وهى مادامت فى يده لا بخروجه وارساله الى المشتري البعيد منه فبمجرد الرد اليه انقطع عنه يقينه بالقدرة الثابتة وصار مشكوكاً ابتداءً فقوام البطلان والصحة بالقطع بعدم التسليم وعدمه ولذا صح السلم لعدم اليقين بالوصول الى المشتري وعدمه فان اقدر عليه والا فللمشتري الخيار ولا يجوز البيع فيما قطع بعدم القدرة عليه .

و اظهر افراذه القطع بعدم فيما باع الغاصب الفضولى مال المالك فكما لا يصح البيع من حيث الفضولى الغاصب لنفسه على المختار فكذلك لا يصح من حيث عدم القدرة على تسلم الثمن من الغاصب فان القدرة كما اشترطت فى المبيع فكذلك

فى الثمن .

نعم ظاهر كلامه فى الجواهر هو ان الغرر المنهى من حيث الصفات دون اصل الوجود حيث انه بعد استدلال القوم لاشتراط القدرة بحديث النهى عن بيع الغرر وبيان انه متلقى بالقبول عند الموافق والمخالف حتى من انكر حجية المخبر الواحد وبيان اقوال اللغويين قال ماهو لفظه .

قلت : المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره ، لامطلق الخطر الشامل لتسلمه وعدمه ، ضرورة حصوله فى كل مبيع غايب . خصوصاً اذا كان فى بحر ونحوه ، بل هو أوضح شىء فى بيع الثمار والزرع ونحوهما . مضافاً الى ما فى الدعائم رويانا «عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام أن رسول الله (ص) نهى عن بيع الغرر ، وهو كل يبيع يعقد على شىء مجهول عند المتبايعين او احدهما» والحاصل ان من الواضح عدم المخاطرة فى بيع مجهول الحال بالنسبة الى التسلم وعدمه خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر كما لا يخفى انتهى . وقد اورد عليه شيخنا فى مكاسبه بقوله وفيه ان الخطر من حيث حصول المبيع فى يد المشتري اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام اهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين و احتمال ارادتهم ذكر المثاليين لجهالة صفات المبيع لالجهل بحصوله فى يده يدفعه ملاحظة اشتهاى التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لالجهالة بالصفات .

هدامضافا الى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار حيث قال فيما حكى عنه ومما انفردت به الامامية القول بجواز شراء العبد الابق مع الضميمة وخالف باقى الفقهاء فى ذلك وذهبوا الى انه لا يجوز بيع الابق على كلا حال الى ان قال ويعول مخالفونا فى منع بيعه على انه يبيع غرر وان نبينا (ص) نهى عن بيع الغرر الى ان قال وهذا ليس بصحيح لان هذا البيع يخرج عن ان يكون غرر الانضمام غيره اليه انتهى وهو صريح فى استدلال جميع العامة بالنبوى على اشتراط القدرة على التسليم والظاهر اتفاق اصحابنا

ايضاً على الاستدلال به كما يظهر للمتبع وسيجىء في عبارة الشهيد التصريح به .
وكيف كان فالدعوى المذكورة مما لايساعدها اللغة ولا العرف ولا كلمات
اهل الشرع انتهى وهو حسن .

في الجملة اذ لفرق في الغرر والخطر بين كونه من حيث اصل الوجود او
الصفات لكنه كون نظره قده الى عدم شمول النبوى صورة احتمال عدم التسليم
كى يخرج عنه اكثر الموارد الا فيما قطع بعدم القدرة عليه كما مثل بفرار الطير
والسمك .

وكيف كان فكما لايعم الحديث مجرد احتمال عدم القدرة على التسليم فكذلك
لايعم مطلق حصول الغرر في بعض صفاته ايضاً و قد عرفت ان مثله لا يعد غرراً بل
العقلاء غالباً يرفع اليد عن امثال هذه الخطرات اليسيرة في مقابل ما اذا كان نفعها اكثر .
وبالجملة لا كلام في اعتبار النبوى عند الفريقين كما يظهر من عبارة المرتضى
والاشكال فيه سنداً و عدم كون عمل الاصحاب جابراً كما لا يكون اعراضهم عن
خبروهنا كما ترى وليس معيار الصحة بعد مضي مثل الف سنة الاعمال الاصحاب
بالخبر ورده الحاضرون في عصر الائمة وما يقرب بالحضور وليس هذا الاصطلاح
الجديد الاموجبا لطرح الاخبار بلاوجه لكن الكلام في دلالته على ما ادعوه ولايجرى
الايما علم بعدم القدرة على التسليم لافى صورة الاحتمال و الا فلا يصح في اكثر
الموارد وكذا يجرى في المتوغل في الجهالة من حيث الصفات لايما يشتمل على
مجهول قليل كمن او منويين في مائة اذا كان ذلك تفاوت المكيال او شوهد صبرة بزعم
انها مائة وكانت سبعين منا لكن كان قيمته اضعاف ثمنه فمن ادعى الغرر والخطر
حينئذ عهده عليه .

وكيف كان فقد قال تبعاً للقوم والنص ﴿ فلا يصح بيع الابق منفرداً او يصح منضمماً
الى ما يصح بيعه ﴾ وفي الجواهر فلا خلاف فيه نصاً وفتوى ، بل في محكى الانتصار
و الغنية و الخلاف و كشف الرموز و التنقيح الاجماع عليه ، بل عن كثير منهم
كالمفيد والفاضلين والشهيدين وغيرهم التصريح بأن المشتري حينئذ ان ظفر به قسطن

الثمن عليه .

ويدل عليه النص قال [سألت] ابا الحسن موسى عليه السلام فقلت أیصلح لی ان اشترى من القوم الجارية الابقه وأعطیهم الثمن وأطلبها أنا؟ فقال : لا یصلح شراؤها الا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فان ذلك جائز .

[والموثق] «عن أبي عبد الله عليه السلام فی الرجل یشتري العبد وهو آبق عن أهله ، قال : لا یصلح الا أن یشتري معه شیئاً آخر و یقول أشتري منك هذا الشیء وعبدك بكذا وكذا فان لم یقدر علی العبد كان الذی نقده فیما اشتري منه» ❀ ❀ انه ❀ لو لم یظفر به لم یکن له الرجوع علی البایع وكان الثمن مقابلاً للضمیمة ❀ كما هو مفاد الموثقة وهذا اقوی شاهد علی عدم فساد المعاملة بمجرد تحقق غرر فیها و الا كان اللازم هو الرجوع بمقدار ما قابل المثلث مجرداً بل النص دل علی عدم البطلان عند تعذر التسليم ایضا اذا كان مع الضمیمة .

وبالجمله اخبار الضمیمة فی الابق تدل علی شیئین الاول عدم كون مجرد الغرر مضراً فان الثمن قدر یسیر منه واقع فی مقابلهما والاكثر فی مقابل الابق فلا یصح جعل تمامه للضمیمة .

والثانی ان عدم القدرة غیر مبطل فی صورة الاحتمال ❀ ویصح بیع ماجرت المادة بعوده كالحمام الطائر والسموك المملوكة المشاهدة فی المياه المحصورة ❀ كما عرفت الاشارة به .

❀ ولوباع ما یتعذر تسليمه الا بعد مدة فیہ تردد ❀ ان كانت المدة كثيرة من كونه ضرورياً فی المدة التي لم یسلم المبیع ومن ان المعیار هو امکان التسليم وهو حاصل ولا اشكال فی الصحة مع التراضی او الشرط كما لا اشكال فی الصحة لو كان مدة الصبر قليلاً .

❀ ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري ❀ أي مع الجهل ❀ (كان قویاً) ❀ جداً الشرط ❀ الرابع أن يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف . ❀

قال فى التذكرة يجب العلم بنوع الثمن من ذهب اوفضة بالدرهم ولايصح لو كان مجهولا ولو اطلق وفى البلد نقدا واحدا يعلم انه انصرف الاطلاق اليه عملا بالظاهر وكذا لو تعددت وغلب احدها وان كان فلو سا، الا ان يعين غيرها. ولو تعددت وتساوت وجب التعيين فان ابهم بطل، وبه قال الشافعى وابو حنيفة للجهاالة و كما ينصرف المطلق الى الجنس الغالب او المتحد كذا ينصرف فى الوصف الى الغالب بان تختلف النقود كالراضية والرضوية وان اتحد النوع، وكذا الصحيح والمكسر. ولو لم يكن هناك غالب وجب التعيين والابطال البيع وبه قال الشافعى لما تقدم انتهى .

وفى التذكرة ايضا يجب العلم بالقدر، فالجهل به فيما فى الذمة ثمنا كان أو مثنأ مبطل فلو قال بعتك ملاء هذا البيت حنطة أو بزنة هذه الصنجة ذهبا لم يصح السلم وبه قال الشافعى وابو حنيفة للغرر ولو قال بعتك ثوبى هذا بما باع به فلان فرسه وهما لا يعلمانه او احدهما لم يصح وهو اظهر وجهى الشافعى للجهاالة وله آخر الجواز لامكان الاستكشاف وثالث ان حصل العلم قبل التفرق صح العقد ولو قال بعتك بألف من الدرهم والدنانير بطل للجهل بقدر كل منهما اذ لافرق بينه وبين بعتك بألف بعضها ذهب وبعضها فضة، وبه قال الشافعى واحمد .

وعن ابى حنيفة انه يصح ويتساويان فيه كالا قرار . ويبطل بانه لو فسر به بغير التسوية صح ولو اقتضى التسوية لم يصح ولو باع الثوب برقمه وهو الثمن المكتوب عليه فان علماه صح اجماعا لانه يبيع بثمن معلوم قدره، كرهه طاووس ولو لم يعلماه بطل ولو قال بعتك بمائة دينار لاعشرة دراهم لم يصح الا ان يعلما قيمة الدينار بالدرهم وكذا لو قال بعتك بدينار غير درهم أو الادرهما انتهى .

اقول معلومية قدر الثمن مما لا اشكال فيه لعدم علم البائع بثمن مبيعه لو لم يعلم قبلا ولا يكفى فيه المشاهدة ايضا سواء كان من جنس واحد او اجناس متعددة لعدم حصول العلم بمقداره بالرؤية فبقى الجهل فيه بمقدار لا يتسامح فيه واما العلم بجنس الثمن بان يعلم كونه من النقود النحاسية او الفضية او الذهبية او القرطاسية بعد العلم

بمقداره بان يكون الثمن مائة مثلاً فلا يشترط العلم به اصلاً فلا يشترط العلم بجنسه او وصف جداً .

فلانسلم معلوميتهما مع فرض عدم الفرق بين الكل فان الثمن فى عصرنا الحاضر منحصر فى الاوراق القرطاسية لافرق بينها وبين الذهب والفضة بعد جعل الاعتبار لها كما ان المعمول فى سابق الايام بين كونه الفضة او النحاس او القرطاس المسمى بالاسكناس .

ومن المعلوم ان الكل من حيث المقدار واحد فعشرة قرانات بمنزلة تومان من الاسكناس او تومان من الفضة وهكذا وان كان بين القرطاس المسمى بالاسكناس او البرات او ما يسمى فى عصرنا بچك وسفته وبين الذهب او الفضة فى غاية البعد وكانا جنسين مختلفين متباينين سيما فى الاخيرين بل الغالب كون الثمن قرطاسا احب عندهم من الدرهم و الدينار حيث ان القرطاس والاسكناس اقرب بالحفظ عندهم من الدينار .

ومع ذلك لا يكون بين العرف متداولاً فى البيع والشراء وجميع معاملاتهم الخطرة والحقيرة هو السؤال عن ان الثمن من اى جنس أمن القرطاس او الذهب او الفضة وبالجملة معلومية قدر الثمن يرتفع الجهالة بالكلية لعدم الفرق بينهم فى ذلك اصلاً فلا يلزم غرر و جهالة اصلاً فيصح البيع والشراء ولو لم يعين الثمن فى ضمن المعاملة .

اللهم الا ان يكون المراد فيما كان الثمن من غير النقود والاوراق كالسمن والزيت والغنم كما اذا باع داراً بحيوان او سمن او دبس ونحوها وحينئذ لا بد من التعيين .

وبالجملة تارة يكون الثمن من النقود المتعارفة واخرى من غيرها فلا يجوز ولا يصح فى الثانى الا بالتعيين واما النقود سواء كان منصرفاً الى شىء معين او لاصح بلاتعيين نوعه بل اللازم تعيين مقدار السمن فقط كعشرة تومان مثلاً خلافاً لما عرفت من عبارة التذكرة .

وانت ترى نفسك لو بعت شيئاً بعشرة تومان وكان ذلك مطابقاً لدينار او مائة فلوس ونحو ذلك بحيث لافرق بينها اصلاً فهل يثمر التعيين بحيث لو لم يعين كان غرراً كلابل ايها يدفع في مقال ردّ الثمن كاف فالذي يلزم ويرفع الغرر هو اصل التعيين من اى شىء كان اذا كان الجميع متعارفاً بين الناس والمعاملة عليها بلا تفاوت وبدون التعيين لا يصح ولو كان بالمشاهدة اذ المشاهدة لا توجب التعيين لما هو مجهول بل في هذا العصر انحصر الاثمان في القراطيس المسمى بالاسكناس كما عرفت فيكفى تعيين مقداره من غير الاحتياج الى تعيين نوعه وصفه .

وكيف كان ﴿فلو باع بحكم أحدهما﴾ او ثالث أو عرف أو إعادة في قدر الثمن ، أو جنسه أو وصفه ﴿لم ينعقد﴾ البيع عند المشهور .

قال في الحقائق : قد صرحوا بأنه يشترط العلم بالثمن قدرأً ووصفاً وجنساً ، قبل ايقاع عقد البيع ، فلا يصح البيع بحكم احد المتبايعين او اجنبى اجماعاً . ولا بالثمن المجهول القدر ، وان كان مشاهداً ، لبقاء الجهالة ، وثبوت الغرر المنفى معها ، خلافاً للشيخ في الموزون . وللمرتضى في مال السلم . ولابن الجنيدي في المجهول مطلقاً ، اذا كان المبيع صبرة ، مع اختلافهما جنساً . ولا مجهول الصفة ، كمنة درهم ، وان كانت مشاهدة لا يعلم وصفها ، مع تعدد النقد الموجود يومئذ ومجهول الجنس ، وان علم قدره ، لتحقق الجهالة في الجميع انتهى .

قال في المختلف لا يجوز البيع بحكم احدهما في الثمن فان بيع احدهما كذلك بطل البيع ولو حكم الحاكم فيها باى شىء كان لم يلزم بل يبطل البيع فان كانت السلعة قائمة استردها البايح وان كانت تالفة وجب على المشتري قيمتها ولا اعتبار بما يحكم به احدهما الخ ثم عن نهاية الشيخ نظيره .

وعمدة ما استدلل به للبطان هو حديث الغرر ولكنك قد عرفت ان مجرد عدم العلم الفعلى بالثمن بعد العلم بمعلوماته بعداً لا يصدق عليه الغرر والصدق يتوقف على عدم المعلوماتية بحال مع وقوعه لاجله في خطر وضرر وجهالة .

وقد عرفت ان مجرد جهل يسير لا يوجب منعاً اصلاً فعليه لادليل على المنع

فيما علم بعداً فضلاً عن الدليل على وجوده لما رواه الصدوق في الفقيه، والشيخ في التهذيب، عن الحسن بن محبوب، عن رفاعه، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام فقلت: ساومت رجلاً بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت اليه بالف درهم، فقلت له: هذه الف درهم حكمى عليك ان تقبلها فأبى ان يقبضها منى، وقد كنت مستتها قبل ان ابعث اليه بالثمن.

فقال: ارى ان تقوم الجارية قيمة عادلة، فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك ان ترد عليه ما نقص من القيمة، وان كان ثمنها اقل مما بعثت اليه فهو له قلت: ارايت ان اصبت بها عيباً بعد ما مستها، قال: ليس لك ان تردها اليه، ولك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه فهي نص في الجواز.

ولذا حكى عن المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد - بعد ذكر الرواية وبيان صحة سندها ما صورته: وهى تدل على جواز الجهل فى الثمن، وانه يقع البيع صحيحاً، وينصرف الى القيمة السوقية اذا بيع بحكم المشتري. ولكن نقل العلامة فى التذكرة الاجماع على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه، يمنع القول بها، ولكن تأويلها مشكل، وكذا ردها، فيمكن ان يكون حكماً فى قضية، ولا تعدى انتهى.

وشيخنا المرتضى بعد نقلها قال لكن التأويل فيها متعين لمنافات ظاهرها لصحة البيع وفسادها فلايتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع اذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص نعم هى محتاجة الى ازيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يراد من قوله باعنيها بحكمى قطع المساومة على ان اقومها على نفسى بقيمتها العادلة فى نظرى حيث ان رفاعه كان نحاساً يبيع ويشترى الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بالف درهم اما معاطاة واما مع انشاء الايجاب وكالة والقبول اصالة فلما مسها وبعثت الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له فى البيع و ان رفاعه مخطى فى القيمة او لثبوت خيار الحيوان

للبيع على القول به بعضهم قائل بثبوت الخيار للبائع كالمشتري وقوله ان كان قيمتها اكثر فعليك ان ترد ما نقص اما ان يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد امسك الجارية حيث ان المالك لا حاجة له فى الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت واما ان يحمل على حصول الحبل بعد الممن فصارت ام ولد تعين عليه قيمتها اذا فسخ البايغ وقد يحمل على صورة تلف الجارية وينافيه قوله فيما بعد فليس عليك ان تردا اه .

وكيف كان فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري وانصراف الثمن الى القيمة السوقية لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف انتهى .

ولا يخفى ما فى هذا البيان وان الظاهر من السئوال والجواب هو صحة البيع بحكم ^{الاب} فقط بمقدار نقص القيمة السوقية فلو كان البيع باطلا فان كان من حين النزاع والدعوى باطلا فهو كما ترى وان كان من الاول كذلك فمضافا الى كونه خلاف الظاهر كان اللازم حينئذ رد الجارية الى صاحبها فلزم حكمه ^{الاب} بذلك لابقمة الجارية ورد ما نقص من القيمة اذ المفروض بطلان البيع وكون الجارية ملكا لمولاها فقوله ^{الاب} ارى ان تقوم الجارية ليس الا لاجل صحة البيع .

وبالجملة حكم ^{الاب} بتفاوت ما بين قيمتها وبين ما ارسل لبارسال نفس الجارية كما هو لازم البطلان وليس مسها ووطئها مانعا من الرد سواء كانت حاملا ام لا وليست ام ولد على الاول لعدم الملك ولا تصير ام ولد الا فى الملك .

الترى فيما مر من ادلة الفضولى من صحيحة محمد بن قيس فى وليدة باعها ابن مولاها فقال ^{الاب} الحكم أن يأخذ وليدته وابنها الخ وليس الحكم بأخذ الوليدة الا لاجل عدم صيرورتها أم ولد بعد عدم تحقق الملك قبل الاجازة .

واما قوله قده اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص ففيه ما لا يخفى وليت شعري أى ثمن خاص تحقق بينهما بعد فرض كون الثمن بحكم المشتري وكان ذلك بعيد منه (قده) حيث لم يعين ثمن معين الا بحكم المشتري فهو مجهول غاية الامر حيث كان فى ذهن البايغ ان حكم المشتري

بشمن اليوم وقيمتها الفعلى فكأنه معلوم عنده فعند البايع الثمن شىء وعند المشتري شىء آخر ولذا لم يقبله البايع .

فلو كان الثمن معيناً خاصاً لما وقع بينهما نزاع وهذا منه غفلة واضحة ولاجل ذلك لعله ضربه قده حيث كانت تلك العبارة فى بعض النسخ وعليه كان النسخة بعد نقل الرواية هكذا لكن التأويل فيها متعين بأن يراد من قوله باعنيها بحكمى الخ فيكون ما افاد كله وجه الصحة .

فحينئذ يمكن كون العبارة الاولى على بعض النسخ كنسخة المحشى غلطاً اذ بناء عليه كان الاخير وجهاً للبطلان وهو غير مستقيم وكيف كان ظاهر الرواية هو صحة من دون الاحتياج الى هذه التعسفات الموجبة للبعد عن الطريق .

وكيف كان فالتوجيه للصحة وهو كاف فى دلالة على المطلوب سواء كان من اول الامر وقع صحيحاً بمعنى خروج المشتري من عند البايع فى حال كونه مالكا للجارية أو تحقق البيع بعد ذلك عند المشتري ولازم ذلك دفع مانقص من القيمة الى البايع فعليه كان قوله بالبئلا أرى ان تقوم الجارية الخ على القاعدة فان المالك باعها اعتماداً بالمشتري وحكمه بالقيمة الواقعية لكن ظهر خلاف مازعم البايع المالك فكان عليه تكميل الثمن .

وحيثئذ فما غرض الشيخ من قوله اما ان يراد به لزوم ذلك عليه الخ فان كان غرضه منه اثبات صحة البيع فهو المطلوب وان كان الغرض منه اثبات البطلان فمع انه ليس كذلك فلا يحتاج الى هذه العبارة .

والحاصل قوله بالبئلا فعليك ان ترد مانقص لا ينطبق على البطلان لامن مجرد هذه العبارة الصادرة عن الامام ولا مع التوجيه من الشيخ وذلك لانه على البطلان كان اللازم رد نفس الجارية وقبض ثمنه واسترداده من البايع لارسال مانقص من القيمة فانه يتوقف على صحة المعاملة والبيع ثم مع الغض عن الجميع .

قوله فيسقط خياره ببذل التفاوت نص منه قده فى صحة البيع وايضا قوله واما ان يحمل الخ فهو ايضا صريح فى الصحة اذ حينئذ صارت ام الولد والا فمع

بطلان البيع كان على المشتري دفع الجارية مع غرامة قيمة ولدها لتفويت ولدها رقاً وصيرورته حرأ ولا تكون ام ولد لايجوز ردها لبطلان البيع على الفرض وام الولد انما تتحقق في ملك مولاها .

والحاصل تمام هذه الكلمات منه صريح في صحة البيع وهو المقصود التام فلا يحتاج الى هذه البيانات التي كالاكل من الققاء وكلتا العبارتين على بعض النسخ أو احدهما على بعض النسخ كانت في صحة البيع وهو قد لايس بصدد بيان الصحة فان كان مقصوده توجيه الرواية على الصحة فلا يحتاج الى توجيه لكونها صريحة فيها فلامانع من رده الا اعراض المشهور عن مضمونها وهو كما ترى والغرر ايضا منتف فالاقوى هو العمل بمضمونها .

ومن جميع ما ذكرنا تعرف وتقدر على عدم الاصغاء بما مر بك من كلمات الاعلام مثل صاحب الجواهر حيث قال في رد الرواية المذكورة ما لفظه ضرورة ان الخبر الاول (اي الذي كان البيع بحكم المشتري) الذي لم يحكم بصحة البيع فيه على نحو ما وقع فيه ، بل بضمن المثل الذي لم يكن مقصوداً لهما ، مع انحاده وهجره بين الطائفة ، واحتماله قضية في واقعة ، والموافقة للعامة ، والتوكيل في البيع الذي ينبغي فيه مراعات ثمن المثل ، وتلف الجارية والشراء جديداً بضمن المثل ، وغير ذلك مما لا يليق بالفقيه ، الجرأة به على مخالفة قواعد المذهب التي صارت من ضرورياته ، ويعرفه المخالف لنا فضلا عن الموافق انتهى .

ومن العجيب قوله بانه قضية في الواقعة وحكمه بتلف الجارية وغيرهما من عباراته (قده) وسيأتى في مجهولية الثمن فضلا عن الثمن الروايات الظاهرة في عدم البأس .

وبالجملة الظاهر من ابتياعه من البايح بحكم المشتري هو ان يكون المشتري قيمتها بقيمة عادلة فكانه معلوم للبايح قيمتها العادلة للجارية فلا يلزم الغرر لو فرض كونه مضرراً فالبيع ينصرف عنده بقيمة عادلة للجارية فكان الثمن معلوم حينئذ للبايح فتحقق البيع لامحالة لدى البايح والمشتري غاية الامر لو كان ما ارسله الى البايح

بعنوان القيمة أقل من القيمة العادلة السوقية كان البايع مغبوناً فيه وكان نظره الى الازيد من ذلك فكان على المشتري ان يتم القيمة لو ارسل اقل ولو اعطاه اكثر مما من قيمتها كان الزائد للبايع لكون المشتري دفعه اليه باختياره .

فهذا الحكم من الامام ليس الا في صورة صحة البيع والا فلو كان باطلا كان عليه الحكم برد نفسها لاقيمتها الواقعية ثم انه قد بعد رده الحدائق القائل بالصحة قال واضعف منه ما عن الاسكافي من تجويز قول البايع بعتك بسعر ما بعت ويكون للمشتري الخيار ويرده ان المبيع في نفسه اذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار واما بيع خيار الرؤية فذكر الاوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول الاسكافي في مسألة القدرة على التسليم انتهى قد عرفت ان مطلق الغرر غير مبطل للمعاملة فلا بأس بما افاد الاسكافي ايضاً .

والحاصل قد عرفت ان اجماعهم من حيث حديث الغرر وقد ظهر عدم تماميته بنحو الاطلاق وعن خليفة سلطان ، في حواشيه على كتاب الفقيه على هذا الخبر ما صورته : لا يخفى ان البيع بحكم المشتري أو غيره في الثمن باطل اجماعاً ، كما نقله الفاضل في التذكرة وغيره ، لجهالة الثمن وقت البيع ، فعلى هذا يكون بيع الجارية المذكورة باطلا ، وكان وطى المشتري محمولاً على الشبهة .

واما جواب الامام عليه السلام للسائل فلا يخلو من اشكال ، لان الظاهر ان الحكم حينئذ رد الجارية مع عشر القيمة أو نصف العشر ، او شراؤها مجدداً بثمن يرضى به البائع مع احد المذكورين ، سواء كان بقدر ثمن المثل أم لا فيحتمل حملته على ما اذا لم يرض البائع باقل من ثمن المثل ، ويكون حاصل الجواب حينئذ : انه تقوم بثمن المثل ان اراد ، ويشترى به مجدداً ، وان كان المثل اكثر مما وقع ، ندباً أو استحباباً ، بناء على انه اعطاه سابقاً .

وهذا الحمل وان كان بعيداً عن العبارة ، مشتملاً على التكلف لكن لا بد منه لئلا يلزم طرح الحديث الصحيح بالكلية . انتهى .

وفي الحدائق بعد نقله قال اقول : لا يخفى ان مدار كلامهم في رد الخبر

المذكور على الاجماع الذى ادعى فى التذكرة فى هذه المسألة ، فانه لامعارض له سواه .

وانت خبير بأن من لايعتمد على مثل هذه الاجماع المتناقلة فى كلامهم ، والمتكرر دورانها على رؤوس اقلامهم ، تبقى الرواية المذكورة سالمة عنده من المعارض ، فيتعين العمل بها ، خصوصاً مع صحة السند واعتضاد ذلك برواية صاحب الفقيه ، المشعر بقوله بمضمونها والعمل بها ، بناء على قاعدته المذكورة فى أول الكتاب ، كما تكرر فى كلامهم من عد مضامين اخباره مذاهب له بناء على القاعدة المذكورة انتهى .

وهو حسن كما ان ما عن خليفة سلطان اجتهاد فى مقابل النص الصحيح وهو كما ترى ولو سلم كون العمومات على خلافه كانت الصحيحة مخصصة لها فاللازم هو العمل بالنص ولاغرر فى البين لعلم البايح فعلا ان المشتري حكم بقيمة عادلة فاذا ظهر خلافه عنده يرجع الى القيمة السوقية فان كان أقل منها ماارسل يكملها وان كان أزيد كان الزائد للبايح ايضاً .

وبالجملة لامناص من العمل بالرواية حينئذ ولعله مدرك ماحكى عن الاسكافى فانه قال : لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما ، والثمن مجهول لاحدهما جاز اذا لم يكن يواجبه كان للمشتري الخيار ، اذا علم ذلك كقول الرجل يعنى كر طعام بسعر ما بعت فاما ان جهلا جميعاً قدر الثمن وقت البيع لم يجز وكان البيع منفسخاً . وكيف كان لو طرح الروايات الصحيحة بمثل ما عندهم من الاجماع الحديثة التى مدركها روايات التى بأيدنا لاشكل الامر ويوجب لفتح باب طردها وطرحها بلا وجه واللازم على الفقيه ارجاع قواعدهم الى الروايات لالعكس مع ما عرفت من عدم ظهور الروايات فما ادعوه مع القول بكفاية المشاهدة فى الثمن ايضاً .

كما حكاه فى الجواهر فقال نعم فى الناصريات الاكتفاء بالمشاهدة فى العلم به عن وزنه وكيله وعدّه ، من غير فرق بين ثمن السلم والجرة وغيرهما ، وكذا عن الشيخ رحمه الله الى ان قال وكذلك فى المبيع الا من الاسكافى ، فجوز بيع

الصبر المشاهدة جزافاً بجزاف مغاير للجنس ، كما حكاها عنه الشهيدان في الدروس والروضة والسيورى فى التنقيح على ما قيل الخ .

وكيف كان فماعن الاسكافى والسيد قوى جداً وبالجملة لايلزم اكثر من العلم بمقدار الثمن لاجنسه ونوعه وصنفه مع موافقة ذلك للشريعة السهلة السمحة ومما يؤيد كون أمر البيع ليس بهذه المثابة عدم تعارف هذه الدقائق بين الناس مع ان عمدة دليلهم على ما قالوا الاجماع وحديث نفى الغرر وقد عرفت عدم لزوم الغرر بما هو معناه فى اكثر الموارد المذكورة .

وكيف يكون غرر فى صورة يشاهدها أهل الخبرة واشتراها بثمان قد قطع بانها اكثر نفعاً من ثمنه ولولم يعلم مقدار الصبره تعييننا هذا حال المثلث وكيف بالمثلث والاجتماعات كما ترى مضافاً الى تعارضها غالباً حتى من شخص واحد فلا دليل على اكثر من الرضا الحاصل فى اكثر البيوع والمعاملات دون المعلوماتية بتمام جزئيات الثمن والمثلث .

﴿ و ﴾ كيف كان فبناءً على فساد المعاملة بعدم تعيين الثمن او المثلث او باختلال سائر الشروط فـ ﴿ لو ﴾ كان ﴿ تسلمه ﴾ المشتري مع علمه بفساد المعاملة وعدم استحقاقه للمبيع ﴿ فتلغ ﴾ فى يده ﴿ كان مضمونا عليه ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، لعموم على اليد ومن اتلف واصالة احترام مال المسلم ، وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، والاجماع بقسميه ، وغير ذلك مما يقضى بكونه مغضوباً فى يده ، أو كالمغضوب فى جميع احكامه .

وامامع جهله بالحال فلاموافقا للمحقق الاردبيلى ره وخلافاً للمشهور وصاحب الجواهر فقال رداً على الاردبيلى ما هو لفظه :

فماعن الاردبيلى وتابعه المحدث البحرانى من الوسوسة فى ذلك ، لاصالة البرائة وامكان العلم فضلا عن الظن بالرضاء من البايع بالتصرف فى المبيع ، عوض التصرف فى الثمن ، وان كان البيع فاسداً ، ونحو ذلك من الخرافات الخارجة عن

مفروض المسألة الذى هو قبض المبيع بالمبيع الفاسد، من حيث كونه كذلك، الاجنبى عن المعاطاة المتوقفة على انشاء جديد غير الاول ، وعن التصرف بعلم الرضا الذى هو جائز من دون توسط البيع فى غير محله ، انما الكلام انتهى .

ولا يخفى ما فى تعبيره قده من الخرافات الموجبة للتوهين بساحة قدسهما مع ان كلام الاردبيلى فى غاية المتانة وموافقا للشريعة السهلة السمحة بل على هذا الحكم الشديد العسير يشكل الامر بما اهوونه خرط القناد خصوصاً فى مثل عصرنا الحاضر الذى كان الاغلب فى معاملاتهم لا يلاحظون الشرائط المقررة التى توجب فقدها بطلان المعاملات وكان المبيع عند المشتري بلا وجه شرعى .

وقد انتقله الى آخر وهو الى الثالث وهكذا وكذا حال الثمن فيجربى كل ما ذكر فى ترتب العقود على الثمن والمثمن فى جميع الاوقات والايام والساعات فدائماً يقع التصرفات فى اموال الناس الموجب لضمان كل للآخر وضمان المنافع المستوفاة وغيرها فلا يكون ح شريعة بمثل ذلك من العسر والحرج والضرر فالاردبيلى قد اتى بما هو مقتضى التحقيق .

فليت شعرى اى دليل دل على ضمان المثل او القيمة اذا دفع كل منهما الى الاخر بالرضا والميل وطيب النفس فان كان قاعدة الاقدام فهو على نفس العوض والمسمى وان كان اليد فهو كالصريح فى اخذ المغصوب كالتهر والسرقه ونحوهما واين ذلك من الدفع الى الغير بالرضا وطيب النفس ومجرد عدم امضاء الشارع لا يوجب كونه ضامناً لقيمته الواقعية بل عند التحقيق انه لا تجرى قاعدة اليد حينئذ لما عرفت من ان كلا من الطرفين انما يدفع المال الى الاخر باليد الراضية فكيف تحكم بالاخذ منه فلامورد لها الا فى الاخذ العدوانى وليس الامع العلم بالفساد فانه ح بمنزلة اخراج المال عن يده قهراً وعدواناً لامع الجهل وزعم الصحة فليس بعد العلم بالفساد بقاء الثمن والمثمن عند احدهما الا امانة غير موجبة للضمان ولادليل على رد المال فوراً الى صاحبه لكون الاخذ به عن تراض وطيب بل كثيراً ما لو علم بالفساد كان اراضيين ايضاً بالمعاملة فليس دليل على الرد مع كون عوضه عند الاخر .

نعم صح جميع ما ذكره فيما كان فساده من عدم تمول احد العوضين كبيع الخمر و الخنزير والدم و نحوها حيث لامال فى البين واخذ الثمن فى مقابلها كل للمال بالباطل والكلام فيما كان الثمن مالا وعدم الصحة من حيث عدم معلومية الثمن والمشمون ونحوهما .

وحينئذ لايجرى ما قالوا بل لادى الى عدم دفع احد العوضين بل الغالب لو يؤخذ احدهما صاحبه بفساد المعاملة ورد مالهما ليؤدى الى النزاع والانكار وعدم القبول والاقالة فليس الا التراضى بكون احدهما فى مقابل الاخر وليس وجه صيرورة الملك منحصراً فى البيع الصحيح الشرعى بل يحصل ايضاً بمجرد رضى احدهما بكون ماله فى مقابل الاخر فنفس الرضا من الطرفين كأنه اعراض عن ماله فى مقابل الاخر . والفرق بينه وبين الرهن فى القمار حيث دفع احدهما الى الاخر الغالب عليه ايضاً بالتراضى واضح فانه مضافاً الى عدم حصول التراضى للمقهور بحيث لو كان قادراً على اخذه كان الدخول والاقدام فى القمار حراما ومعصية كبيرة بخلاف المقام .

وكثيراً ما كان الانسان مالكا لشيء لم يكن منشأة تملك الاخر واكثر وجه يتصور فى حصول الملك كونه اعراضا عن ماله بمجرد علمه بالفساد فى مقابل عوضه فيكون بعد العلم نظير الهبة المعوضة او الصلح فى مقابل الاخر فليس باقيا على ملك مالكة الاول .

فما عن المحقق الاردبيلى ومتابعة المحدث البحرانى له فى غاية المتانة وموافق للشريعة السهلة فاللازم نقل عبارته على ما حكاه عنه فى الحدائق كى يعلم مذاقهما قال فى الحدائق .

و يظهر من المحقق الاردبيلى - فى شرح الارشاد - المناقشة هنا فى عموم الحكم قال - بعد قول المصنف « والمقبوض بالسوم او البيع الفاسد مضمون على المشتري » - ما لفظه :

ثم الذى يظهر من كلامهم : عدم الخلاف فى ان المقبوض بالسوم اى المال الذى

اخذ للبيع او الشراء مضمون مثل الغصب ، ولو تلف مطلقا فالقايض ضامن ووجهه غير ظاهر مع الاصل ، والذي يقتضيه النظر كونه امانة ، ولعل لهم نصاً او اجماعاً ، كما هو الظاهر من تشبيه البيع الفاسد به في الضمان ، فتأمل .

وكذا المأخوذ بالبيع الفاسد كان القايض عالماً بالفساد او جاهلاً ، ودليلهم الخبر المشهور « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » والقاعدة المشهورة « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده » و« ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده » وصحتها غير ظاهرة و الاصل يقتضى العدم ، وهو مع الجهل بالفساد قوى ، ومع علم الاخر اقوى و مع ذلك قال في شرح الارشاد لاشكال في الضمان مع الجهل بالفساد ، فتأمل ومع علمه بالفساد ، وبعدم جواز التصرف وحفظه ووجوب رده الى مالكة معجلاً كالمغضوب .

وذلك قديكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد وعدم رضاه بكونه عنده ، وفتوى العلماء له بذلك ، فهو ضامن للاصل وما يتفرع عليه كما قيل في الغصب ، حتى انه يضمن العين و المنفعة و ان لم ينتفع بها مثل اجرة الدابة في المدة التي كانت عنده .

واما مع الجهل بالفساد لاسيما في امر غير ظاهر الفساد ، وكذا بعد العلم به ولكن مع عدم العلم بوجوب الرد في الحال ، والضمان غير ظاهر . ولو ظن ان المالك رضى لهذا المال بالبدل المعلوم ، فهو راض بأن يتصرف فيه عوضاً عما في يده ، فالاكل حينئذ ليس بالباطل ، بل بالرضا . فانه رضى بالتصرف فيه بان يجوز له التصرف في بدله ، وقد جوز صاحبه ذلك ، وعرف كل واحد من صاحبه ذلك فحينئذ يجوز تصرف كل واحد في بدل ماله و ان لم يكن بسبب البيع ، بل بسبب الاذن المفهوم مع البدل ، وكأنه يرجع الى المعاطاة والاباحة مع العوض من غير بيع ، ولا تجد منه مانعاً ، غاية الامر انه يكون لكل واحد الرجوع عن قصده الاول واخذ ماله عينا وزيادة .

نعم اذا علم عدم الرضا الا بوجه البيع ، او اشتبه ذلك ، يتوجه عدم جواز

التصرف والضمان على تقدير فهم عدم الرضا بالمكث عنده ، وكونه امانة على تقدير غيره ويحتمل جواز التصرف على تقدير التقابض ايضاً فى بعض المحال، بان غاب وامتنع الاطلاع عليه وايصاله اليه واخذ ما له منه . كما فى غير هذه الصورة .

وبالجملة دليل حكم المشهور بينهم ، وهو جعل حكم المقبوض بالسوم والعقد الفاسد مثل الغصب فى اكثر الاحكام ، حتى فى الزامه بالاىصال الى صاحبه فوراً ، فلا يصح عباداته فى اول وقتها ، على تقدير القول بمنافاة حقوق الادمى ، كما هو ظاهر كلامه غير ظاهر ، فالحكم مشكل ، ولا شك انه ينبغى ملاحظة ذلك مهما يمكن فتأمل انتهى كلام الحدائق .

والانصاف عدم الدليل على ما ذكره المشهور وما بعد ما بين المقام وما ذكره فى احكام الغصب بل ما بعد ما بين الموضوعين احدهما الرضا والحب والاخر البغض والعداوة ولت شعري انهما الفرق بينه وبين المعاطاة وانه ايضاً من مصاديق فساد البيع على القول باشتراط الصيغة .

وانه اذا كان فاسداً لزم عليهم اجراء احكام الغصب فلم قالوا بالاباحة كلا فالمراد مقام الرضا بالتصرف من الطرفين فيجرى احكامه عليه فالمعاطاة من البيوع الفاسدة عندهم مع كونها مفيدة للاباحة عندهم ومعنى اباحة التصرفات عدم الضمان بالمثل او القيمة اذ من التصرفات هو النقل الى الغير او وطاء الجارية و الدخول فى الملك قبل ارادة الوطاء كلام شعري .

فعلى فرض تسليم عدم كونها مفيدة للملك وتسليم كونها مفيدة للاباحة بقيت الاباحة بحالها فى مقابل عوضها فيكون كل منهما قدر ضيا يكون ماله عند الاخر وجواز تصرفات الاخر فيه .

فعلى القول بحصول الملك من اول الامر فواضح و على القول بالاباحة هو الرضا ايضاً بتصرف كل منهما فى ماله وهو الرضا الضمنى اللازم لمثل هذه الاباحة المطلقة التى منها العتق والوطء فمن حين وصول المال فى يد كل منهما حصل الملك لانه عند التصرف يحصل كى يرد عليه اشكالات مثل كاشف الغطاء كما مر فتارة

يحصل الملك عقيب الايجاب والقبول واخرى عقيب اباحة المطلقة واعراض كل من المتعاملين عن ماله بازاء مال الاخر .

وكيف كان فلا رى وجهها لما ذكره الاصحاب من اجراء احكام الغصب على المقبوض بالعقد الفاسد وان كانت المسألة كأنها اتفاقية عند القوم سوى المحقق الاردبيلى كما عرفت وتبعه صاحب الحدائق .

وفى مكاسب شيخنا ما لفظه لوقبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه اما عدم الملك فلانه مقتضى فرع الفساد واما الضمان بمعنى كون تلفه عليه وهو احد امور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف وادعى الشيخ فى باب الرهن وفى موضع من البيع الاجماع عليه صريحا وتبعه فى ذلك فقيه عصره فى شرح القواعد وفى السرائر ان البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب فى الضمان وفى موضع آخر نسبته الى اصحابنا .

ولا يخفى ما فى هذا الحكم اما الاجماع فهو كما ترى ما لم يكشف الحججة من قول المعصوم واما على اليد فهو ظاهر فى الاخذ القهرى العدوانى كما فى صورتي الغصب والسرقة فلا يعم الاخذ الحاصل من الرضا والرغبة فلو فرض كونه ظاهراً فى الاستقرار فى العهدة لكن لامورد له فى البيع الحاصل من التراضى بينهما لو كان بزعم الصحة فانه فى صورة كشف الفساد ترتفع الاباحة والتصرفات بعنوان المعاملة لابتعوان الرضا بينهما فاين ذلك من الغصب المستتبع للبغض والعداوة آناً .

ثم قال ويدل على الحكم المذكور ايضاً قوله (ع) فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة فان ضمان الولد مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الاصل بطريق اولى وليس استيلادها من قبيل اتلاف النماء بل من قبيل احداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمثلف فافهم» غير خفى على اولى اللباب ما فى التمسك بجارية المغصوبة لصورة البيع المبنى على التراضى فهو بالنسبة الى المقام كالحجر فى جنب الانسان ثم قال .

ان هذه المسئلة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده وهذه القاعدة اصلا وعكسا وان لم اجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة الا انها يظهر من كلمات الشيخ ره في المبسوط فانه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بانه دخل على ان يكون المال مضمونا عليه وحاصله ان قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعى او جعلى موجب للضمان وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التى تضمن بصحيحها وذكر ايضا فى مسئلة عدم الضمان فى الرهن الفاسدان صحيحه لايوجب الضمان فكيف يضمن بفساده وهذا يدل على العكس المذكور ولم اجد من تأمل فيها عددا الشهيد فى المسالك فيما لو فسد عقد سبق فهل يستحق السابق اجرة المثل ام لا» وفيه مواقع للنظر.

الاول فى اصل مفاد القاعدة وانه ما المراد منها فاذا باع الانسان داره ببيع صحيح ولم يقبض بعد فلا يكون البايح ضامنا لداره بل اذا تلفت تتلف من كيسه بخلاف ما اذا كان بعد القبض فتتلف من كيس المشتري فهو كان بمفاد كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فان مفهومه اذا تلف بعد قبضه فهو من مال المشتري فلا يحتاج الى هذه القاعدة ولا ربط لها بضمن المبيع الصحيح والفاسد .

مضافا الى ان لازمه كذلك فى البيع الفاسد فانه مثل الصحيح موجب للضمان فيتلف المبيع قبل القبض من مال البايح وبعده من مال المشتري .

فلا يدل على ازيد من ذلك بدليل المقارنة والمشابهة بينهما فإى شىء كان مفاد الصحيح كان مفاد الفاسد والفرض ان ضمان الصحيح يكون التلف من مال المالك قبل القبض ومن المشتري بعده ففى الفاسد ايضا كذلك وان كان المراد بضمن البيع الصحيح فى مثال بيع الدار ان البايح ضمن نفسه بدفع الدار الى المشتري فى مقابل الثمن وانه على ذمته ذلك بخلاف الفاسد فلا يجب عليه الدفع اليه وان دفعه استرده عينا أو مثلا أو قيمة .

فمضافا الى عدم دلالة عليه والى عدم الاحتياج الى هذه القاعدة بل هو مفاد

اوفوا بالعقود وجميع أدلة البيع ان اللازم بناء على هذه القاعدة في بيع الفاسد ايضا هذا المعنى أى كما على البايع دفع الدار فى البيع الصحيح الى المشتري فكذلك فى البيع الفاسد يجب أن يدفع الدار الى المشتري قضاء للمشابهة بينهما واتحاد مفادهما وهو على خلاف المطلوب أدل حيث ان المقصود عدم الدفع الى المشتري بل ان اقبضه لزم على المشتري ان تردها فوراً الى البايع وان كان المراد انه بعد البيع ان تلف قبل القبض فهو ضامن لماله ويتلف من امواله .

فالانسان لا يكون ضامناً لمال نفسه بل يتلف ماله وان كان المراد اذا باع المبيع كان البايع ضامناً للدفع الى المشتري والمشتري ضامناً لدفع الثمن الى البايع ففي الفاسد ايضاً كذلك وهو ايضاً على خلاف المطلوب أدل .

والحاصل فمضافاً الى عدم تصور معنى صحيح انه كل ما يتصور فى الصحيح يتصور فى الفاسد وليس فى شىء مما ذكر مفاد رد المبيع الى البايع او مثله او قيمته مع تلفه .

ومنه يعلم ما فى قوله المراد بالضمان فى الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته ودركه فى ماله الاصلى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه واما مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلاً فلا يقال ان الانسان ضامن لامواله انتهى وجه العلم ان الدرك وهو الخسارة لا يتصور فى مقام البيع اذ مبناه على النفع لا الخسارة فان اريد بكون الخسارة فى ماله الاصلى بأنه لو تلف يتلف من ماله فهذا هو الذى ينفيه قوله فلا يقال ان الانسان ضامن لامواله وان اريد خسارة دفع ماله الى المشتري عليه فهذا لا يكون خسارة بل فى مقابل العوض من المشتري .

والحاصل لاخسارة فى المضمون بل لامضمون فى البين وانما يكون الزام والتزام بأن يدفع ماله فى مقابل عوضه والمضمون والخسارة انما يتصور فى الغصب والسرقة فانه حينئذ يكون عليه عهدة رده الى صاحبه ودركه وخسارته عليه لو تلف وفى مقام البيع لو تلف قبل القبض يتلف من ماله وبعده لا ومقتضاه ان الفاسد كذلك

فالعهدية والخسارة والدرك كلها منتفية في مقام البيع وجارية في مقام الغصب وفيه يكفى ولليد ماخذت .

وليت شعري ما الفرق بين قوله كون خسارته ودركه في ماله الاصلى وبين قوله واما مجرد كون تلفه الخ فان كون الخسارة في ماله الاصلى هو كون تلفه في ماله مع انه في البيع لاخسارة ولا تلف فان البايع باع وقبض المشتري فوراً ويخرج المال عن ملكه آناً فلا يكون له مال بعد البيع كى يتلف عن ماله الاصلى وان كان التلف لما قبل القبض فالخسارة واقع في ملكه كما عن العلامة فواقع في ملكه الاصلى وهذه الخسارة لم يكن من ناحية البيع بل من ناحية الله ولولم يكن باعه ففي البيع لاخسارة يحتاج الى التدارك .

نعم بعد البيع يجب ان يخرج عهده عن المبيع وهو ليس مفاد هذه القاعدة بل العقود الدالة عليه .

وقال ايضا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي لان هذا هو التدارك حقيقة الخ وهو صحيح لكن مصداقه في الغصب لافى البيع فان التدارك فيه بالمسمى مطلقاً صحيحاً كان أم فاسداً لان المدعى بقاء الرضا في الفاسد بعد العلم بالفاسد ايضا فلا يصل النوبة بالتدارك اما في الصحيح فواضح .

واما في الفاسد فلتراضى ابتداء واستدامة بل لو اراد احدهما ابطال المعاملة ظاهراً فربما ينجر الى النزاع وعدم القبول من البايع او المشتري او منهما فحقيقة البيع مطلقاً اعطاء بالعوض فلولم يتلف حتى اقبض فلا كلام ولو اتلف قبل القبض فلم يعط شيئاً وبعد القبض لم يتلف شيئاً منه فالقاعدة لاتجرى في البيع مطلقاً وانطباقها عليه بتكلف وتغيير عبارة والفاظ مترادفة ظلّسات بعضها فوق بعض .

ويكفى عند شك في شيء الرجوع الى القواعد الاصلية من الكتاب والسنة وليس فيها من التدارك بالعوض الواقعي او الجعلى عين ولا اثر وليس من الضمان في البيع مطلقاً اسم ولا رسم ولا يصح اطلاق الضمان فيه لا بالنسبة الى البايع ولا الى المشتري الا بالنسبة الى التلف قبل القبض فيصح اطلاق كون الخسارة على البايع

ففى كل من الصحيح والفاسد لا يجب الا العوض المسمى لتعلق الرضا فيهما .
وعليه المحقق الخراسانى فى حاشيته بعد قول الشيخ والمراد بالضمان فى
الجمليتين هو كون درك المضمون عليه قال ما لفظه لا يخفى ان الضمان هو اعتبار خاص
يترتب عليه آثاره تكليفاً ووضعاً منها لزوم اداء المضمون الى المضمون له لو تمكن
منه واداء بدله من قيمته أو مثله لو لم يتمكن من ادائه لتلف ونحوه وهو بهذا المعنى
لا يكاد يكون فى مال نفس الضامن بل فى مال غيره فلا يكون فى العقد الصحيح ضمان
بمعناه الحقيقية الخ .

قوله فى مال غيره الخ ولا يتحقق الا فى الغصب والسرقه ونحوهما فيكون
الضمان على الغاصب والسارق بمعنى انه يجب عليهما الاداء بعين مال الغير أو بدله
من المثل او القيمة فعلى الضامن هو الخروج عن العهدة لمال الغير والدرك والخسارة
على الغاصب والسارق الى آن الخروج عن عهدة مال الغير فلا يتحقق هذا المعنى
فى مال الشخص بنفسه ولا يعقل كون المالك ضامناً لماله فى وجوب بدله من المثل
او القيمة .

والحاصل الضمان والعهدة والدرك بأى معنى اريد كلها يتصور بالنسبة الى
مال الغير ودليله على اليد من غير الاحتياج الى القاعدين فالمبيع قبل القبض يتلف
من مال البايع .

وقد عرفت انه لا معنى لضمان ماله وبعد القبض كان مال المشتري فلا يكون
شيئاً موجباً للضمان الواقعى الا جعل المسمى فى المعاملة فالبايع باع المبيع بعوض
مسمى وقد وفى به والمشتري اشترى المبيع بهذا العوض وقد وفى به فوصل كل
من الثمن والمثمن على يد صاحبيهما فالضمان بمعنى تدارك الخسارة غير متصور
وبمعنى الالتزام والالتزام بالنسبة الى الاخر حاصل وكذلك فى البيع الفاسد فالجعل
هو الجعل المسمى فى الصحيح والفاسد من الطرفين بالرضا والرغبة .

وانت لو نظرت بعين الانصاف لرأيت ما قلناه حقاً وانما ينشأ فى البيع التبدل والتبدل
والنقل والانتقال وجعل شيء هو المثمن بازاء عوض مسمى هو الثمن فلا ضمان لاحد

ولا خسارة لشيء وانما يكون على البايع بعد البيع هو الوفاء بما تعهد عليه وعلى المشتري باعطاء الثمن المسمى فى البيع الصحيح والفاقد .

نعم لو امتنع البايع بعد البيع من الوفاء بالعهد والعقد ولم يرد المبيع الى البايع حتى تلف كان عليه قيمته الواقعى من المثل والقيمة وهو غير مانحن فيه وداخل فى الغصب لعدم الفرق بين اقسام الغصب فانه حينئذ غصب لمال المشتري فكان عليه الخروج عن عهده وكذا فى جانب المشتري وهو غير مربوط بمقام المعاملة نعم لأبأس باطلاق الضمان فى المعاملة تقديراً بمعنى انه لو تخلف احدهما عما على ذمته كان عليه ضمانه وحينئذ كان عليهما ضمان الواقعى فى الصحيح والفاقد وكذا لو زال العقد بخيار ونحوه فانه لم يبق العوضين بعد الفسخ بحاله ولزم الضمان والخروج عن عهده عوضه الواقعى .

وبالجملة انه لا يكون فى البيع ضمان ولا خسارة وانما انتقل ماله فى مقابل العوض وهو خير محض له وانما عليه دفع الثمن وعلى المشتري دفع الثمن فلا ضمان فى احد من الطرفين فان اريد قبل القبض كان فى ضمان البايع فهذا لا يكون ضماناً بل تلف مال منه كما لو تلف قبل البيع فكما لامعنى للضمان حينئذ فكذلك بعد البيع وقيل القبض وان اريد بعده فخرج كل منهما عن ضمان صاحبه .

والانصاف انه عجيب من الاصحاب قال صاحب المستمسك فى حاشيته على المكاسب مالظه اذا باع زيد فرسه على عمرو بدينار بيعاً صحيحاً فهنا امور :
الاول الخسارة الواردة على كل من زيد بخروج الفرس عن ملكه وعمرو بخروج الدينار عن ملكه المتداركة بالعوض فان الخسارة الواردة على زيد متداركة بالدينار وعلى عمرو متداركة بالفرس .

الثانى ضمان زيد الفرس قبل قبض المشتري وضمان عمرو للدينار قبل قبض البايع فلو تلفت الفرس كانت خسارتها على زيد ولو تلف الدينار كانت خسارته على عمرو ويسمى هذا الضمان ضمان المعاوضة .

الثالث انه بعد التقابض لو طرأ فسخ باقالة او غيرها او انفساخ فان كانت العين

موجودة دفعها القابض الى المالك وان كانت معدومة يدفع بدلها من المثل او القيمة اليه وذلك يدل على ضمان القابض اذ لو لم يكن كذلك امتنع الفسخ مع التلف لانتفاء الموضوع مع انه لا اشكال فيه فى الجملة الى أن قال وحينئذ ان اريد من تطبيق الضمان فى الصحيح ملاحظة الامر الاول فليس هو من الضمان المصطلح فان المعاوضة تستلزم ملك كل منهما لمال غيره بعوض لان يكون كل منهما ضامناً لمال غيره .

كيف وقد عرفت ان معنى الضمان كون المال فى عهدة الضامن لغيره وذلك اجنبى عن المعاوضة وان اريد ملاحظة الامر الثانى فهو ايضا كذلك لبنائهم على ان التلف من مال البايع راجع الى انفسه اخ العقد عند التلف فيرجع المال الى المالك ويتلف وهو فى ملك من هو بيده لانه يتلف من ملك مالكة ويكون مضموناً على من هو بيده كما فى ضمان اليد فاطلاق الضمان عليه بنوع من العناية ولذا سموه بضمان المعاوضة .

وان اريد ملاحظة الامر الثالث كان اطلاقه فى الصحيح بالمعنى الذى يكون فى الفاسد وان كان فى الاول تبعياً وفى الثانى أصلياً وعليه فلا يلزم التفكيك بين معنى الضمان فى الفقرتين من دون حاجة الى ارتكاب ما ذكره المصنف انتهى .

قوله فليس هو من الضمان المصطلح الخ صريح فى ان الضمان الاصطلاحى ليس فى المعاملة أصلاً وان فى بيع الفرس لاختسار ولا ضمان فانه فى مقابل الدينار يدفع ويأخذ فى مقابله بل ليس للطرفين الا الخير والنفخ لالعهد والخروج عنها . ولذا صرح بأن المعاوضة يستلزم ملك كل منهما بازاء ملك الاخر لان يكون كل منهما ضامناً كى يجب عليه الخروج عن العهدة .

ثم صرح بأن ضمان زيد الفرس كما فى الامر الثانى ايضاً ليس ضمان مصطلح وهو ضمان شخص لآخر عينه أو مثله أو قيمته فان التلف قبل القبض من مال بايعه ومعناه انه يتلف عن ماله ويخرج عن كيسه وهو ايضاً ليس بضمان فان الانسان لا يضمن لماله والا كان فى كل خسار توجع عليه ضامناً لماله فهذا التلف بعينه كالتلف قبل

البيع فكما انه يتلف من ماله من دون ضمان لغيره لعدم الغير في البين .
فكذلك بعد البيع وقبل القبض فيخرج عن كيسه شيء لو لم يتلف كان له في
مقابله الدينار ففات عنه الدينار لتلفه فمسألة البيع اجنبية عن مسألة الضمان جداً
والتكرار في العبارات من قبيل تكرار الجنة والجحيم في الكتاب العزيز لاهمية
ما يكون مورد نظر الاعلام في مدة ألف سنة تدبر وكن من الشاكرين .
وبالجملة هذه القاعدة مضافاً الى عدم كونها دليلاً على المنكر لذلك ليست
آية ولا رواية كى يلزم التأمل فيها وفي مفادها ولا يكون مثل تلك القاعدة المجهولة
دلالة وسنداً مدركاً لكون المبيع بالبيع الفاسد بحكم الغصب فلا بد للخصم من
دلالة عليه .

ومع ذلك قد يقع الكلام في مدركها وقد حكى انه الاقدام واليد كما عن
المسالك والمبسوط في الاخير ولعله من العجائب اما قاعدة اليد فهي قاعدة برأسها
من غير أن يكون دليلاً على قاعدة ما يضمن فان موردها يد العادية وليس في البيع
يد عادية بوجه كما عرفت لافى صحبحه ولا في فاسده بل يد ملائمة ورضائية وميل
فلامورد للتمسك باليد لمسألة البيع فينحصر موردها في الغصب والسرقه ونحوهما .
واما الاقدام فهو أعجب منه فانهما أقدم على عوض المسمى لا المثل او القيمة
وحيث ان امضاه الشارع بهذه الكيفية ولو بعنوان مجرد التراضي بعد انتفاء البيع الصحيح
فلا كلام والا فلا اقدام بنحو خاص واذا لم يمضه الشارع لا يكون الاقدام على ضمان
المثل أو القيمة فالاقدم مع ان الكلام في أصل كونه دليلاً لا يكون دليلاً على هذه
القاعدة وحيث كانت القاعدة مع دليلها حالهما كذلك فلا فائدة في بيان النقوض
الوارد عليها أصلاً وعكساً في هذا المقام ويأتى كل في محله .

فان قلت أليس من باع داره ضمن نفسه بايصالها الى المشتري وكان عهدها
ودر كها عليه وهو عبارة عن الضمان حيث يعبر عنه بالضمان المعاملى .

قلت ان كان هذا الضمان بمعنى عهدة الايصال الى المشتري فهذا لا يكون
ضماناً اصطلاحاً بل اطلاق الضمان عليه مجاز جداً فان معناه نقل ماله الى المشتري

وهو مدلول بعث اللازم عليه الاخراج عن ملكه بمقتضى اوفوا بالعقود وليس فى
البين شىء سواه .

واما كون الدرك والخسارة عليه فان اريد انه بعد البيع فلم يف بعهده ولم
يقبض الى المشتري ظلماً وعناداً فهو داخل فى الغصب وخارج عن المقام وان اريد
انه بعد البيع وقبل القبض يتلف بتلف سماوى فيخرج عن كيسه من دون الالتزام
بالخروج الى الغير ومن دون أن تكون خسارته عليه مطلقاً بل يتلف عن ملكه وان
اريد انه يتلف بعد القبض فلا يكون ماله ولا عليه عهدته ولا دركه فلا أصل لهذا الاصل .
(فان قلت) فاذا سقطت القاعدة عن الاعتبار فلا يصح التمسك بها بوجه .

(قلت) نعم فى خصوص البيع ويمكن أن يصح التمسك بها فى موارد اخر
فلا يعنى بالفروع والكثيرة المترتبة عليه نعم كلها جارية فى الغصب او صورة كون
المشتري عالماً بالفساد بحيث كان غرضه اخراج المال عن يد البائع فقد ظهر انه
لادليل على كون المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة الغصب فانه لا ضرر ولا حرج اشد من ذلك .
فان المبيع قد وقع فى يوم واحد على الايدى المتعددة فلو كان بحكم الغصب
كما هو صريح عبارة المتقدمة من الجواهر فى كتاب الغصب حيث قال ولا فرق فى
تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه انتهى لاشكل الامر
على جميع الناس ولقد أصعب عبارات القوم الامر على العباد فى الغاية خصوصاً
التذكرة راجع الفروع الواقعة فيها بحيث لا يكون دين بهذه الصعوبة فضلاً عن
الاسلام المصرحة فى الكتاب والسنة باليسر وعدم الضرر والحرج .

قال فيها ما لفظه البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للمعقود عليه ، سواء فسد
من أصله أو باقتران شرط فاسد أو بسبب آخر . ولو قبضه لم يملكه بالقبض . ولو
تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع ، وبه قال مالك والشافعى وأحمد
لقوله تعالى : (ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وقول الصادق عليه السلام فى الرجل
يشترى الجارية من السوق الى ان ساقها بتمامها والرواية واردة فى الغصب فلا ربط
لها بالبيع الفاسد الى أن قال :

وقال أبو حنيفة : ان اشترى بما لا قيمة له كالدوم والميتة فالحكم كما قلناه ، وان اشتراه بشرط فاسد أو بما له قيمة في الجملة كالخمر والخنزير ، ثم قبض المبيع باذن البايع ، ملكه ونفذ تصرفه فيه ، لكن للبايع أن يسترده بجميع زوائده المتصلة والمنفصلة . ولو تلف في يده أو زال ملكه عنه بببيع أو هبة أو اعتاق وبالجملة كل تصرف يمنع من الرجوع ، فعليه قيمته الى أن قال :

إذا اشترى شراءً فاسداً وجب عليه رده على مالكه ، لعدم خروجه عنه بالبيع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب لوجوب ما لا يتم الواجب الا به . وليس للمشتري حبسه لاسترداد الثمن ، وهو أحد قولى الشافعى ، وفي الآخر له ذلك ، وبه قال أبو حنيفة . ولا يتقدم به على الغرماء ، وهو أحد قولى الشافعى ، وفي الآخر يتقدم ، وبه قال أبو حنيفة .

وتجب عليه أيضا اجرة المثل للمدة التي كانت في يده سواء استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده ، لان يده تثبت عليه بغير حق فهو كالمغصوب .

ولو زادت العين في يد المشتري زيادة منفصلة كالولد والثمرة أو متصلة كالسمن وتعلم الصنعة ، وجب عليه رد الزيادة أيضاً ، لانها نماء ملك البايع ، فتتبع الملك ، فان تلفت الزيادة ضمنها المشتري ، وهو أحد وجهى الشافعية ، وفي الآخر لا يضمنها المشتري عند التلف .

وان نقصت وجب عليه رد أرش النقصان لان الجملة مضمونة عليه حيث قبضها بغير حق ، ولانه قبضها على سبيل المعاوضة فأشبهت المقبوض على وجه السوم . وان تلف جميعها وجب عليه قيمتها يوم التلف كالعارية ، ويحتمل يوم القبض ، ويحتمل أكثر القيم من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب ، فانه في كل آن مخاطب من جهة الشرع بالرد . هذا اذا لم يكن مثلياً ، وان كان مثلياً وجب رد مثله لانه أقرب الى العين من القيمة ، ولا يضمن تفاوت السعر ، كما لو كانت العين باقية ودفعها لم يضمن تفاوت السوق .

وللشافعى هذ الأقوال الثلاثة الى أن قال ان كان المبيع بالبيع الفاسد جارية

لم يجز للمشتري وطؤها ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وان ذهب أبو حنيفة الى الملك بما تقدم من الشروط ، فان وطئها عالماً بالتحريم وجب عليه الحد مطلقاً عندنا ، لانه وطئ ملك الغير بغير اذنه مع علمه بالتحريم وانتفاء الشبهة عنه ، اذ التقدير العلم بالتحريم ، فكان زانياً يجب عليه الحد .

وللشافعي أقوال : أحدها ثبوت الحد ان اشتراها بمينة أو دم ، وسقوطه ان اشتراها بماله قيمة كالخمر والخنزير أو بشرط فاسد ، لاختلاف العلماء كالوطء في النكاح بلاولى ، والثانى وجوب الحد مطلقاً لان أبا حنيفة لم يبيح الوطء وان كان يثبت الملك بخلاف الوطء في النكاح بلاولى ، والثالث سقوط الحد مطلقاً ، لانه يعتقد أنها ملكه ، ولان فى الملك اختلافاً . وليس بمعتمد الى أن قال :

لو باع المشتري فاسداً ما اشتراه لم يصح ، لانه لم يملكها بالشراء الاول ، ويجب على المشتري الثانى ردها على البايع الاول ، فان تلفت فى يد المشتري الثانى كان للمالك أن يطالب بقيمتها من شاء منهما ، لان الاول ضامن والثانى قبضها من يد ضامنة بغير اذن صاحبها فكان ضامناً ، ولانه دخل فيها على وجه الضمان كالمشتري الاول .

ومتى تعتبر القيمة ؟ لعلمائنا قولان :

(أحدهما) حين التلف ، وهو الاقوى ، لانه قبضها باذن مالكة فلم يضمن الا يوم التلف كالعارية ، ولانه فى كل حال مخاطب برد العين لاغير وانما القيمة تعلقت بذمته يوم التلف ، ولو كانت العين موجودة لم يضمن تفاوت القيمة السوقية .

(و الثانى) أنه يضمنها بالاكثر من قيمتها من حين القبض الى حين التلف ، لانه فى كل حال مأمور بردها ، فاذا لم يفعل وجب عليه قيمتها فى تلك الحال كالمغصوب . ونمنع وجوب القيمة اذا لم يفعل بل اذا تلفت ، والتقدير بقاؤها . اذا ثبت هذا فالحال لا يخلو اما أن تكون قيمته فى يد الاول والثانى على السواء أولاً (١) فان كان الاول رجوع بالقيمة على من شاء كما قلناه ، لكن يستقر الضمان على

الثانى ، فاذا رجع المالك عليه لم يرجع الثانى على الاول بشيء لاستقرار التلف فى يده وان كان الثانى ، فلا يخلو اما أن تكون الزيادة فى يد الاول بأن كانت تساوى فى يده مائتين ثم صارت تساوى مائة ، ثم باعها .

فان رجع على الاول رجع بمائتين ، ورجع الاول على الثانى بمائة ، وان رجع على الثانى رجع بمائة ويرجع على الاول بالمائة الاخرى ولا يرجع الاول على الثانى بشيء . واما ان تكون الزيادة فى يد الثانى فان رجع على الاول رجع عليه بالمائة لا غير ، ويرجع على الثانى بالمائة الزائدة لحصولها فى يده وتلفها فى يده ويرجع الاول على الثانى بالمائة الاصلية التى أخذها المالك منه .

وان رجع على الثانى رجع عليه بالمائتين ، ولا يرجع على الاول بشيء . هذا اذا قلنا بانه يرجع باكثر القيم وان قلنا يرجع بالقيمة يوم التلف لا غير فان كانت قيمته حينئذ أقل من قيمتها مع الاول رجع بها خاصة ، وان كانت اكثر رجع بها على الثانى ، ولا يرجع الثانى على الاول بشيء .

هذا كله فيما اذا كانت العين من ذوات القيم وان كانت من ذوات الامثال رجع بالمثل على من شاء ، ويكون الحكم ما تقدم ، فان تعذر المثل رجع بالقيمة حين الاعواز ولو كان المشتري الثانى قد دفع الى الاول الثمن رجع به عليه ثم قال: ﴿تنبيه﴾ اذا كان البيع فاسداً وتقابضا الثمن والمثمن وأتلف البايع الثمن ، لم يكن للمشتري امسالك العبد عليه ، بل يجب رده على البايع ويكون المشتري من جملة الغرماء ، لانه لم يقبضه وثيقة ، وانما قبضه على أنه يملكه ، فاذا بان بخلاف ذلك وجب رده ، وبه قال بعض الشافعية . وقال أبو حنيفة : للمشتري امسالك العبد ويكون أحق به من بين سائر الغرماء فيستوفى منه الثمن .

ثم قال: لو فسد العقد بشرط فاسد ثم حذف الشرط ، لم ينقلب العقد صحيحاً ، سواء كان الحذف فى المجلس أو بعده ، وبه قال الشافعى فى أحد القولين ، لانه وقع باطلا ولا موجب لتصحيحه ، والاصل بقاء ما كان على ما كان ، ولان العقد الفاسد لا عبرة به فلا يكون لمجلسه حكم بخلاف الصحيح . وقال أبو حنيفة : ان كان الحذف

في المجلس انقلب صحيحاً ، وهو القول الاخر للشافعي انتهى تدبر فيما افاد فالطلب
الدليل عليه بمثل ما ذكره مع قطع النظر عن هذه الكلمات .

نعم ينبغي التعرض لبعض الفروع وان كان محلها كتاب الغصب لشدة مناسبتها
للمقام ولا مكان ان لا يمهلى الاجل وكان في قصدي ذكر جميع الفروع التي
يحتاج اليها العباد لكني انصرفت عنه لذلك فانه ارى نفسي في أول منازل الاخرة .
قال شيخنا في مكاسبه الثاني من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض
بالبيع الفاسد وجوب رده فوراً الى المالك والظاهر انه مما لا خلاف فيه على تقدير
عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن
جامع المقاصد ان مؤنة الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم الرد الا به واطلاقه
يشمل مالو كان في رده مؤنة كثيرة الا ان يقيّد بغيرها بادلة نفى الضرر ويدل عليه
ان الامساك انا ما تصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى
فرجه لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه ولو نوقش في كون الامساك
تصرفا كفى عموم قوله عجل الله لا يحل مال امرء مسلم لا خيه الا عن طيب نفسه حيث يدل
على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها كونه في يده .

واما توهم ان هذا باذنه حيث انه دفعه باختياره فمندفع بأنه انما ملكه اياه
عوضاً فاذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً والمفروض ان
كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشأها المالك وكونه مالا للمالك وامانة
في يده ايضا مما لم يؤذن فيه ولو اذن له فهو استيداع جديد كما انه لو ملكه مجاناً
كانت هبة جديدة هذا ولكن الذي يظهر من المبسوط عدم الاثم في قبضه معللاً بأنه
قبضه باذن مالكة وقد تقدم ايضا من السرائر التصريح بعدم الاثم في امساكه وكذا
السراير ناسباً الى الاصحاب وهو ضعيف والنسبة غير ثابتة ولا يبعد ارادة صورة
الجهل لانه لا يعاقب انتهى .

هذا غاية أدلتهم على وجوب الرد مع ان كلها اجنبية عن المقام اذ جميع
التصرفات عن اذن صاحبيه قوله فاذا انتفت صفة العوضية الخ فيه عدم انحصار صفة

الملكية فى العوضىة الشرعىة بل العوضىة العرفىة كانت بحاله وهو كاف فى حصول الملكىة لانه ناشئة عن حصول الرضا والتراضى بالتصرف فى مال كل منهما فىكون نظىر الهبة المعوضىة وانه هبة فى مقابل هبة الثمن والمنتفى هو بعنوان البىعة لامطلقاً بل لامانع من انه بعد العلم بالفساد فىكون اعراضاً عن أموالهم فى مقابل مال الاخر .

بل مضافا الى عدم دليل عليه كان ذلك مثار النزاع والخصومة المنكرة عند العرف بل اجراء هذه الاحكام فى البىوع الفاسدة منكر عند الشرع لعدم ورود دليل عليه .

ومما يترتب عليه هو ضمان المنافع المستوفاة بل مطلقاً وعدمها وان كان الضمان اتفاقياً فى الغضب لكنه بمناط العدوان وفى المقام بمناط الرضا والحب واعطاء كل منهما مال صاحبه الى الاخر بىده وطيب نفسه وقد تصرفا كل منهما بىعا وشراء وسكونة ووطئا وعتقاً فكيف الحكم بالضمان لكن كلمات الاصحاب مملوءة من الضمان وهو فى غاية الاشكال .

نعم لافرق بينه وبين المقام فيما اذا علم احدهما بفساد البىع وغرضه اخراجه من يد صاحبه بصورة البىع واما فى صورة الجهل منهما فلا خصوصاً مع قوله الخراج بالضمان .

قال شيخنا فى مكاسبه الثالث انه لو كان للعىن المبتاعة منفعة استوفاهامشترى قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر من كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم ويدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه بناء على صدق المال على المنفعة ولذا يجعل ثمنها فى البىع وصدقا فى النكاح خلافاً للوسيلة فنفى الضمان محتجاً بان الخراج بالضمان كما فى النبوى المرسل وتفسيره ان من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخراجه له فالباء للسببىة والمقابلة فالمشترى لما اقدم على ضمان المبيع وتقبله على نفسه بتقبيل البايع وتضمينه اياه على ان يكون الخراج له مجاناً كان اللازم من ذلك ان خراجه له على تقدير الفساد كما ان الضمان عليه على

هذا التقدير ايضاً .

والحاصل ان ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه الى ان الغنيمة والفائدة بازاء الغرامة وهذا المعنى مستنبط من اخبار كثيرة متفرقة مثل قوله فى مقام الاستشهاد على كون منفعة البيع فى زمان الخيار للمشتري الا ترى انها لو احترقت كانت من مال المشتري ونحوه فى الرهن وغيره ولا يخفى ان ما نقله عن الوسيلة فى غاية المتانة لكنه قد رده بقوله .

وفيه ان هذا الضمان ليس هو ما قدم عليه المتبائع حتى يكون الخراج بازائه وانما امره هو قهرى حكم به الشارع كما حكم بضممان المقبوض بالسوم والمغصوب فالمراد بالضمان الذى بازائه الخراج التزام الشئ على نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له انتهى .

وفيه ان حكم الشارع ليس دائراً مدار واقعه وصحته فى هذه القاعدة بل دائراً مدار حكمه بنظر المتعاملين وما ذكره انما يتم فى الغصب الذى ليس بنائهما بحكم الشارع اصلاً ولكن فى المقام زعماً ان هذا البيع صحيح فاقدم كل منهما بمقابل ماله فى مقابل مال الاخر فيكون الخراج لهما جدا لانهما زعماً صحة البيع واقدماً على كون الخراج لهما فى مقابل ما ضمنا من العوضين .

وبالجمله القاعدة تتم وصح التمسك بها للبيع الصحيح والفاسد ولذلك تجرى فى العارية المضمونة الضمان لانه فى مقابل الانتفاع بعد عدم الفرق بينه وبين المنفعة واما ماورد فى شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد وعوض اللبن بل عوض كلما انتفع ففيه ان الكلام فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكى العوضين من جهة ان مالك العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثمن لاما كان فساده من جهة التصرف فى مال الغير حيث لا كلام فى الغصب والتصرف فى المال حراماً .

واشكلك من ذلك هو المنفعة الغير المستوفاة فعلى هذا لو كان بيع الدار فاسداً و بقيت بحالها دهرأ من غير استفادة سكنها كان المشتري ضامناً لجميع ما يكون آخره مثل سكونة هذه الدار وبديهي انه لو ادعى البايع ذلك قائلاً ان بيع الدار فاسد

من جهة كذائى عدم مستنكراً و خصوصاً فيما لم يعلم بالفساد دهرأ و بقيت السدار بحالهما فيجب ردها بعد العلم مع زيادة الوف على اصلها قال شيخنا فى هذا المقام ما لفظه .

واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضاً الضمان و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمة ولعله لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين فهي مقبوضة فى يده ولذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة فى ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن فى السلم بقبض الجارية المجموعول خدمتها ثمنا و كذا الدار المجموعول سكنها ثمنا مضافاً الى انه مقتضى احترام مال المسلم اذ كونه فى يد غير مالكة مدة طويلة من غير اجرة مناف للاحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع اموالا حقيقة بان مجرد ذلك لا يكفى فى تحقق الضمان الا ان يندرج فى عموم على اليد ما اخذت ولا اشكال فى عدم شمول الموصول للمنافع و حصولها فى اليد بقبض العين لا يوجب صدق الاخذ و دعوى انه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الاعيان مشكلة .

واما احترام مال المسلم فانما يقتضى عدم حل التصرف فيه و اتلافه بلا عوض و انما يتحقق ذلك فى الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الايضاح او مع علم البايع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للاصل السليم مضافاً الى انه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و من المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة لانها له مجاناً ولا يتوسط الثمن عليها .

والانصاف ان مثل هذا الحكم مخالف لما ورد من الشرع من ارادة اليسر دون العسر والخرج والضرر ومن العجيب قوله بانه قد يدعى الظاهر فى تقليل قدفى المضارع مع ان عدم الضمان اظهر مصداق لهذه القاعدة فان البيع الصحيح بالنسبة الى المنافع مما لا يوجب الضمان و كذا فاسده حتى فى المستوفاة بناء على صحة التمسك بالقاعدة واما قوله فى عدم شمول الموصول الخ ففيه ان على اليد اذا دل على ضمان العين دل على ضمان جميع ما فات منها لكن موردها الغصب لا فى المقام .

ثم قال قد وه الانصاف ان للتوقف فى المسئلة كما فى المسالك تبعاً للدروس والتنقيح
مجالاً اوربما يظهر من القواعد فى باب الغصب عند التعرض لاحكام البيع الفاسد اختصاص
الاشكال والتوقف بصورة علم البايع على ما استظهره السيد العميد والمحقق الثانى
من عبارة الكتاب وعن الفخر حمل الاشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء
فيحصل من ذلك كله ان الاقوال فى ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة الاول الضمان
وكأنه للاكثر. الثانى عدم الضمان كما عن الايضاح. الثالث الضمان الامع علم البايع
كما عن بعض من كتب على الشرايع .

الرابع التوقف فى هذه الصورة كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد
من عبارة القواعد .

الخامس التوقف مطلقاً كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحمتمل القواعد
كما يظهر من فخر الدين وقد عرفت ان التوقف اقرب الى الانصاف الا ان المحكى من
التذكرة ما لفظه ان منافع الاموال من العبد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت
والفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبداً او جارية او عقاراً او حيواناً مملو كآضمن منافعه
سواء اتلفتها بان استعمالها او فاتت تحت يده بان بقيت مدة فى يده لا يستعملها عند علمائنا
اجمع ولا يبعد ان يراد باليد العادية مقابل اليد الحقبة فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه
خصوصاً مع علمه سيما مع جهل البايع به واطهر منه ما فى السرائر فى آخرباب الاجارة من
الاتفاق ايضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع ان البيع الفاسد
عند اصحابنا بمنزلة الشياء المغصوب الا فى ارتفاع الاثم عن امساكه انتهى وعلى
هذا فالقول بالضمان لا يخ عن قوة انتهى .

والاقوى عدم القوة فيه بل معلوم العدم واختصاص جميع ما قالوا بالغصب وهو
المراد باليد العادية فان المقام من مصاديق يد الحقبة بلا كلام مع انهم اجرو جميع
احكام الغصب فى البيع الفاسد ولا بأس بالاشارة الاجمالية اليها وان كان محلها
كتاب الغصب ومنها انه لو كان المبيع الفاسد مثلياً فانهم حكموا بوجوب المثل
من غير اشكال بينهم وانما اشكالهم فى بعض افراد المثلى دخولا وخروجاً وقد وقع

فيه نزاع عظيم بين الاعلام طرداً وعكساً .

قال شيخنا في مكاسبه ما لفظه الرابع اذا تلف المبيع فان كان مثلياً ووجب مثله بلاخلاف الا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي وقد اختلف كلمات اصحابنا في تعريف المثلى فالشيخ وابن زهرة وابن ادريس والمحقق وتلميذه والعلامة وغيره قدس الله ارواحهم بل المشهور على ما حكى انه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة والمراد باجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة الى قيمة البعض الاخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار ولذا قيل في توضيحه ان المقدار منه اذا كان يستوى قيمة فنصفه يستوى نصف تلك القيمة ومن هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً قال اذ لو انفصلت نقصت قيمتها .

قلت وهذا يوجب ان لا يكون الدرهم الواحد مثلياً اذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع الا ان يقال ان الدرهم مثلي بالنسبة الى نوعه وهو الصحيح ولذا لا يعد الجريش مثلاً للحنطة ولا الدقاقة مثلاً للارز .

ومن هنا يظهر ان كل نوع من انواع الجنس الواحد بل كل صنف من اصناف نوع واحد مثلي بالنسبة الى افراد ذلك النوع او الصنف فلا يرد ما قيل من انه ان اريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرف اذا من مثلي الا وجزائه مختلفة في القيمة كالحنطة فان قفيزاً من حنطة تساوى عشرة و من اخرى تساوى عشيرين و ان اريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب و الارض انتهى وقد لوح هذا المورد فى آخر كلامه الى دفع ايراده بما ذكرنا من ان كون الحنطة مثلية معناه ان كل صنف منه متماثل للاجزاء ومتساوية فى القيمة لا بمعنى ان جميع ابعاض هذا النوع متساوية فى القيمة فاذا كان المضمون بعضاً من صنف فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف لا القيمة ولا بعض من صنف آخر .

لكن الانصاف ان هذا خلاف ظاهر كلماتهم فانهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة والشعير ونحوهما مع عدم صدق التعريف عليه واطلاق المثلى على الجنس

باعتبار مثلية انواعه او اصنافه وان لم يكن بعيداً الا ان انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً انتهى .

ولا يخفى ان المراد بتساوى الاجزاء تساويها من جميع الجهات نوعاً وصنفاً وفرداً فلفظ تساوى الاجزاء بنفسه يخرج ويدخل من دون الاحتياج الى قيد نوع او صنف او فى القيمة لبداهة ان الحنطة العليا ليست مساوية اجزائها مع الحنطة الادنى بل المساوى هو نوع منها مع نفس هذا النوع لالنوع الاخر فالحنطة والارز والشعير متساوية الاجزاء نوع منها بنفس هذا النوع لالنوع الاخر .

واما المصوغ من التقدين فهما ايضاً باعتبار النوع الذاتى او العرضى اى المزج الواقع فيهما المصطلح عندهم بالفارسية بعبارة مثليان فيقولون للمشتري مثلاً بالفارسية به ١٤ عيار او ١٨ عيار ونحو ذلك فما يسمى به ١٨ عيار مثل لما يكون ١٨ عياراً للغيره وهكذا من حيث الصنع فالسوار بصنع معين متساو الاجزاء بالنسبة الى مثل هذا الصنع .

وهكذا صحيحه متساو بالنسبة الى صحيحه و مكسوره بالنسبة الى مكسوره فالدرهم الواحد وان كان له قيمة ليست هذه القيمة لنصف مكسوره لكن المكسور ليس متساو الاجزاء بالنسبة الى الصحيح بل بالنسبة الى المكسور فنصف الدرهم والدينار متساو بالنسبة الى نصفهما فهما مثليان بالنسبة الى صحيحهما فالنصف من الدرهم مثلى بالنسبة الى نصف الدرهم الاخر فالدرهم الصحيح لو كان قيمته عشرة افلاس كان نصفه ثلاثة افلاس وذلك ليس دليلاً على عدم كونه مثلياً وما افاد فى قوله ومن هنا يظهر الخ هو غاية التحقيق و ح فان كان مراد الاصحاب ذلك فنعم الوفاق والافقيه اشكال و اما المثال بالثوب والارض فهما من متساو الاجزاء كما يأتى وكيف كان فلو غصب مثلياً كان عليه رد هذا المثل بلا كلام بتمام المميزات النوعية والصنفيه والعرضية ومنها ملاحظة الزمان والمكان فالجمد فى فصل الصيف مضمون عليه فى هذا الفصل لالشتاء الذى طرح فى الطرق والاسواق والزقاق كثير منه والماء فى مكان الذى لم يوجد الا فى غاية الندرة مضمون عليه فى هذا المكان

لالماء المأخوذة منه في مكة والاعطاء له عند الشاطى او البحر اذ لا قيمة لهذا المثل عرفا وشرعاً وان كان مثلاً له حقيقة لانه مثله في مكان وزمان كان له قيمة لافى مثل هذا الزمان فالدرهم مثلى مع جميع الجهات المثلية .

و منها اعتباره بنحو كان له من الاعتبار فنحو الدرهم والدينار لا يكون مثلاً لما اسقطه السلطان عن الاعتبار فالقرطاس المسمى فى عصرنا بالاسكناس يكون مثلياً مع حفظ اعتباره فاذا سقط عن الاعتبار او بدل بنحو آخر كما فى عصرنا لا يكون مثلاً لما اخذه وان كان عينه من جميع الجهات فان من الجهات اعتباره وقد سقط فلا يكفى رده ح بل يلحق بتعذر المثل فنحو الدرهم والقرطاس الساقطة عن الاعتبار والماء عند البحر او الشاطى ملحق بالمعدوم.

وعلى ما ذكرنا اندفع كثير من الاشكالات والنقض والابرام ودخول القيمي فى تعريف المثلى اذ متساوى الاجزاء قد حصل كثيراً فى القيميات والطاقة الكرباس عندهم من القيمي مع انه متساو جميع اجزاء الطاقة وقد يكون متساو الاجزاء من القيميات كما كثر الجبوبات نوع منها بالنسبة الى آخر للتفاوت الكثير من حيث القيمة بين النوعين وبالعكس كالشائين متساوية الاجزاء من جميع الجهات فيصدق عليهما تعريف المثلى مع انهما قيميان وقد عرفت ان المثلية يلحظ فيها بجميع خصوصياتها فالدرهم الواحد متساو الاجزاء بالنسبة الى درهم واحد آخر ونصفه متساو الاجزاء بالنسبة الى نصف آخر وبهذا اللحاظ كان الدرهم والدينار مثلياً .

وكيف كان فبناء على جريان هذه الاحكام فى البيع الفاسد ان المثلى المبيع الفاسد لو تلف عند احد المتعاقدين وجب عليه مثله لامسماه وقد استدل عليه بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ويضعف بظهور الاية فى مقدار الاعتداء لا يزيد كما فى قضية حمزة ورسول الله ﷺ عند ما رآه مفاعل به ولا اقل هو التساوى مع نفس المعتدى به فيخرج عن صلاحية الاستدلال به اللهم الا ان يريد العموم بالموصول هذا مع ان الاية ظاهر فى الظلم والجور الذى هو مقام البغض لا المقام الذى بنائه على الحب والرضا مع انه يعم القيميات وتام الكلام فى

الغصب .

و كيف كان فلاشكال فى وجوب المثل فى المثلى غاية الامر عندهم حتى فى المبيع فاسداً و عندنا فى الغصب فقط فاذا كان المأخوذ مثليا وجب مثله مع الامكان فيجب بيعه و دفعه الى المالك و اذا لم يوجد الا بازيد من ثمن المثل فهل يجب بيعه اولا ولعل الظاهر هو الاول سواء كانت الزيادة لزيادة السوقية او لقلته فى الاسواق مع مطالبة المالك و تمكن الغاصب وبدون الاول آخر الى زمان المطالبة وبدون الثانى الى زمان التمكن ولعله اريد من محكى القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد انتهى غير هذه الصورة و الاضع المطالبة و التمكن لا ترديد فى وجوب الشراء .

وقال شيخنا فى مكاسبه كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلقه فالظاهر انه لا اشكال فى وجوب الشراء ولا خلاف كما صرح به فى الخلاف حيث قال اذا غصب مال المثل الحبوب والاذهان فعليه مثل ما تلف فى يده يشتره باى ثمن كان بلا خلاف انتهى ووجه عموم النصر والفتوى بوجوب المثل فى المثلى الى ان قال :

واما ان كان لاجل تعذر المثل وعدم وجدانه الا عند من يعطيه بازيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الاعواز بحيث يعدّ بذل ما يزيد ما لكه بازائه ضرراً عرفاً والظاهر ان هذا هو المراد بعبارة القواعد لان الثمن فى الصورة الاولى ليس بازيد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل وانما زاد على ثمن التالف يوم التلف وحينئذ فيمكن التردد فى الصورة الثانية كما قيل من ان الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة فى الكفارة والهدى وانه يمكن معاندة البايع وطلب اضعاف القيمة وهو ضرر ولكن الاقوى مع ذلك وجوب الشراء وفقاً للتحريم كما عن الايضاح والدروس وجامع المقاصد بل اطلاق السرائر ونفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر فى الصورة الاولى انتهى .

ولا يخفى انه فى الصورة الاولى ايضا كان بازيد من ثمن المثل بالنسبة الى

اصل المثل لا المثل فى هذه الحالة فكلاهما ازيد من ثمن المثل فلا فرق بينهما
واما يجب فى كليهما واما لا يجب والحق انه يجب مع المطالبة والتمكن .
وبالجملة قد عرفت وجوب المثل فى المأخوذ المثلى الا انه تسارة يكون
المثل بازيد من ثمنه لعزة وجوده واخرى يكون متعذراً لعدمه فانه بمنزلة تلفه حيث
ان تلف المثلى بتعذره فيجب دفعه وحيث كان متعذراً بقيمته مع المطالبة والتمكن
كما عرفت فيما كان ازيد من ثمن المثل فانه مع المطالبة والتمكن منع المالك ظلم
ومع عدمها الزام الغاصب ظلم بل لزم امهاله الى التمكن من البيع ونظيره الخشب
المغصوبة المصنوعة فى السفينة بحيث كان اخراجها للمالك ظلم وضرر على السفينة
بل على ساكنيها حيث ان اللازم مثلها لو امكن والا بقيمتها .
وفى المكاسب ايضا لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعدة وجوب دفع
القيمة مع مطالبة المالك لان منع المالك ظلم والزام الضمان بالمثل منفى بالتعذر
فوجب القيمة جمعاً بين الحقين مضافاً الى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم فان الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى واما
مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على الزامه بقبول القيمة لان المتيقن ان دفع القيمة
علاج لمطالبة المالك وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة وحق الضامن
لعدم تكليفه بالمعذور او المعسور اما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوطه حقه عن المثل
وما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة والايضاح حيث ذكر افي رد بعض
الاحتمالات الآتية فى حكم تعذر المثل ما لفظه ان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى
ان المغصوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به وانما المصير الى
القيمة وقت تغريمها انتهى لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل ولعلمهم
يريدون صورة المطالبة والا فلا دليل على الاطلاق انتهى .

وبالجملة بالتعذر والاعواز لا يسقط المثل عن المثلية والا فلو صبر الى زمان
التمكن ليس له المطالبة بالمثل اذ الفرض سقوطه والفرض خلافه فلا يسقط الا بالدفع
فمع ان المثل غير موجود كان فى ذمته هذا المثل بحيث فى اى ساعة طالبه المالك

يجب عليه الخروج عن عهده بدفع القيمة فعند المطالبة تصير قيميا اى يتبدل بالقيمة فيجب عليه قيمته عند الدفع .

وكيف كان فقد اختلف فى أن قيمة المثلى فى أى زمان كان فالظاهر القوى هو يوم الدفع لا يوم التعذر والاعواز ولا يوم الاخذ ولا يوم التلف ولا يوم المطالبة لانه ما لم يدفع كان على الذمة فالتلف أو التعذر لا يدل على تعيين القيمة بهذا الوقت لا مكان تعدد المطالبة مع عدم الاداء عصيانا او تعذرا اول عدم التمكن وكان قيمة العين فى كل زمان غير زمن مطالبة الاول فلو كان المعيار يوم المطالبة لزم عدم الفرق بالمطالبة الثانية الواقعة فى يوم آخر نعم وجوبه فوراً مبنى على المطالبة والا فلا .

قال شيخنا فى مكاسبه فلنرجع الى حكم المسئلة فنقول ان المشهور ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع لان المثل ثابت فى الذمة الى ذلك الزمان ولادليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذراته وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثانى وقد عرفت من التذكرة والايضاح ما يدل عليه ويحتمل اعتبار وقت تعذر المثل وهو للحلى فى البيع الفاسد وللحريزى فى باب القرض ومحكى عن مسالك لانه وقت الانتقال الى القيمة ويضعفه انه ان اريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمة الى القيمة فى ذلك الوقت فلا دليل عليه وان اريد عدم وجوب اسقاط ما فى الذمة الا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها وان حدث يوم التعذر مع المطالبة الا انه لو اخرج الاسقاط بقى المثل فى الذمة الى تحقق الاسقاط واسقاطه فى كل زمان باداء قيمته فى ذلك الزمان وليس فى الزمان الثانى مكلفاً بما صدق عليه الاسقاط فى الزمان الاول انتهى .

وكيف كان فمع تعذر المثل لا يسقط عن الذمة الا انه اذا طالب المالك فيجب اسقاطه عن الذمة بدفع قيمته وكيف كان فاجراء أحكام الغصب فى المبيع الفاسد مثلياً أو قيمياً محل اتفاق لهم وهو عجيب لهم فى الغاية قال شيخنا فى مكاسبه .

السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة ويدل عليه الاخبار المتفرقة فى كثير من القيميات فلا حاجة الى التمسك بصحيفة ابى ولاد الاتية فى ضمان البغل ولا بقوله ^{الابن} ~~الابن~~ من اعتق شقفاً من عبد قوم

عليه بل الاخبار كثيرة بل قد عرفت ان مقتضى اطلاق أدلة الضمان فى القيميات هو ذلك بحسب المتعارف انتهى .

وظاهره ان المسألة اجماعى عنده غاية الامر جعل المتيقن منه ما اذا كان مثل هذا القيمى متعذراً لاما اذا فرض تيسر المثل كما اذا اتلف عليه ذراعا من كرباس وجد مثله بهذا النسج بعينه فانه وان كان قيمياً عندهم لكن مثله موجوداً فالمتيقن من الرجوع الى القيمة مالم يكن مثل القيمى موجوداً كما فى المثل وعلى أى حال لانزاع بينهم اصلا فى القيمة اذا لم يكن المثل موجوداً بل فى هذه الصورة لانزاع لاحد سوى ما عرفت من الاردبيلى وصاحب الحدائق وقد عرفت منا موافقتهما فانه كلام متين ثم انهم اختلفوا فى وقت تعلق القيمة وعند المصنف كان المنط **﴿بقيمته يوم قبضه﴾** لانه زمان رفع يد المالك عن ماله وعند بعضهم يوم تلفه ونسبه فى الجواهر الى الاكثر لانه زمان الانتقال الى القيمة .

﴿وقيل باعلى القيم من يوم قبضه الى يوم تلفه﴾ وقد حسنه المصنف فى كتاب الغصب وفى الجواهر بعده قال كما هو ظاهر بعضهم : بل ربمانسب الى الاشهر لان القيمة على اختلاف أحوالها للمالك فيملك أعلاها : ولدعوى دلالة خبر البغل وان كانت التفاوت بسبب نقص فى العين او زيادة ، لان زيادة العين مضمونة مع بقائها ، فكذا مع تلفها دون مالمالو كان باختلاف السوق ، فانه يضمن حينئذ بقيمته يوم تلفه ، كما هو صريح المسالك .

وفى محكى المقنعة والنهاية فى خصوص الفساد بما فى المتن الضمان يوم البيع ، الا أن يحكم على نفسه بالاكثر فيجب أويكون البايع حاكما فيحكم بالاقل فيتبع . وعن أبى الصلاح والقاضى اختياره ، ولعل الاقوى الثانى ، لما عرفت من أنه زمان الانتقال اليها انتهى .

والمسألة فى غاية الاشكال خصوصا على القول بيوم التلف قال شيخنا فى مكاسبه مانصه ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد فالمحكى فى غاية المراد عن الشيخين واتباعهما تعين قيمة يوم التلف وعن الدروس والروضة

نسبته الى الاكثر والوجه فيه على مانبه عليه جماعة منهم العلامة فى التحريرات الانتقال الى البدل انما هو يوم التلف اذ الواجب قبله هو رد العين وربما يورد عليه ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة اما كون المنتقل اليها قيمة يوم التلف فلا ويدفع بان معنى ضمان العين عند قبضه كونه فى عهده ومعنى ذلك وجوب تداركه ببده عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف وتداركه ببده على هذا النحو بالتزام مال معادل له مقامه ومما ذكرنا ظهران الاصل فى ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف فان خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدليل خارج انتهى .

ولا يخفى انه لو سلم ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة فلامحالة لزم كونه بقيمة حين الانتقال اذ لا يصح جدا القبول بانه عند التلف انتقل الى القيمة لكن لا بقيمة هذا الوقت اذ لازم كون الانتقال الى القيمة هو خصوص حين التلف فالإيراد غير وارد جداً كما أن اصل الانتقال الى القيمة فى يوم التلف ايضا لا يمكن الالتزام به كما سيأتى بيانه .

وكذا الاشكال فى كون المعيار يوم الغصب كما هو صريح المصنف وظاهر صحيحة ابن ابي ولاد وحيث ان الصحيحة مشتملة على احكام كثيرة وفوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعاً .

فروى الشيخ فى الصحيح عن ابي ولاد قال اكرتبت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبى توجه الى النيل فتوجهت الى نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت أنه توجه الى بغداد فاتبعته فلما ظفرت به وفرغت عما بينى وبينه رجعت الى الكوفة، وكان ذهابى ومجيئى خمسة عشر يوماً ، فاخبرت صاحب البغل بعذرى وارادت ان اتحلل منه بما صنعت وارضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن يقبل، فتراضينا بابى حنيفة فاخبرته بالقضية واخبره الرجل .

فقال لى : ما صنعت بالبغل ؟ قلت قد دفعته اليه سليماً . قال : نعم بعد خمسة

عشر يوماً . قال : فما تريد من الرجل ؟ قال اريد كرى بغلى ، وقد حبسه على خمسة

عشر يوماً . قال : ما ارى لك حقا ، لانه اكترواه الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد ، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى ، فلما رد الرجل البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكرى .

قال : فخرجنا من عنده ، وجعل صاحب البغل يسترجع . فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة فاعطيته شيئا وتحللت منه ، وحججت فى تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما أفتى به ابو حنيفة . فقال لى : فى مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها وتمنع الارض بركتها .

قال : فقلت لابى عبد الله (ع) : فماترى انت ؟ قال : ان له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ، ومثل كرى البغل راكبا من النيل الى بغداد ، ومثل كرى البغل من بغداد الى الكوفة ، توفيه اياه .

قال : فقلت - جعلت فداك - : قد علفته بدراهم ، فلى عليه علفه ؟ قال : لا ، لانك غاصب . فقلت : أرأيت لو عطب البغل اونفق أليس كان يلزمنى ؟ قال : نعم ، قيمة البغل يوم خالفته ، فقلت : فان أصاب البغل كسر او دبر او غمز ؟ فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترد عليه .

قلت : فمن يعرف ذلك ؟ قال : انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة وتلزمك ، وان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة فيلزمك ذلك ، او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكتروى كذا وكذا ، فيلزمك . فقلت : كنت اعطيته دراهم ورضى بها وحللتنى .

فقال : انما رضى بذلك وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظلم . ولكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك به ، فان جعلك فى حل بعد معرفته فلاشىء عليك بعد هذا . قال ابو ولاء : فلما انصرفت من وجهى ذلك ، لقيت المكارى فاخبرته بما افتانى أبو عبد الله عليه السلام ، وقلت له : قل ماشئت حتى اعطيك . فقال : قد حببت الى جعفر بن محمد ، ووقع فى قلبى له التفضيل ، وانت فى حل . وان احببت ان ارد عليك الذى اخذت منك فعلت .

وفى الحدائق بعد نقلهما اختار مضمون الصحيحة كالمصنف وهو قيمة يوم القبض ، فقال لان ظاهره انه البغل اوجب عليه قيمة البغل يوم المخالفة ، التى بها صار مغصوبا وصار فى ذلك اليوم مضمونا عليه ، الا ان فى الخبر المذكور احتمالا آخر ، وهو ان يكون قوله البغل « يوم خالفته » ظرفا للزوم القيمة ، بمعنى انه يلزم القيمة فى ذلك اليوم .

واما قدر القيمة فهو غير معلوم من الخبر ، فيحتاج فى تعيينه الى دليل آخر . والاستدلال بالخبر - كما ذكرنا - اولا مبنى على كون الظرف المذكور ظرفاً للقيمة ، يعنى قيمة ذلك اليوم . وتغائر الوجهين واضح . وبذلك بقيت المسألة فى قالب الاشكال انتهى .

وجه الاشكال فى يوم التلف امكان ان يسقط عن القيمة فى يوم التلف او يبقى له قيمة نازلة فعلى هذا القول لزم رد قيمة نازلة وهو كما ترى وايضا لو حفظ الغاصب العين المغصوبة الى ان يموت فيلزم عدم كونه ضامناً اما حال الحياة لبقاء العين وأما حال الممات فلعدم تعلق الخطاب بالاموات مضافاً الى بقاء العين ايضا بعد مماته فلا يجب ايضا على الورثة ما لم تتلف بل الى الابد فلا ضمان على أحد عليه هذا على كون المناطق بيوم التلف .

وكذا الاشكال بيوم الغصب لما ذكر بعينه فى مدرك القائلين بيوم التلف فان العين مادام باقية لم يصح قيمتها فكيف يتعلق القيمة بمجرد الاستعلاء والتسلط عليه ولانه لو كان ضامنا ليوم الغصب صح له رد القيمة دون العين ولو مع القدرة عليها وهو كما ترى ولانه لو تمكن المالك على أخذ عينه صح للغاصب الامتناع ويقول ان قيمتها تعلق على " فليس لك رد عينك وهو كما ترى بل ليس للمالك الاخذ لتعلق قيمتها على الغاصب فهى (ح) بمنزلة ما باعها فتكون معاوضة قهرية .

و(ح) كما لا يمكن له ردها فكذلك فيما تعلق الضمان بيوم الغصب فالعين للغاصب والقيمة للمالك فيكون ذلك وسيلة لاجراج اموال الناس عن ايديهم ولا يمكن ان يكون القيمة فى يوم الغصب اقل بخلاف يوم التلف فلا يستحق الزيادة على يوم

الغصب ولانه لو تعلق القيمة بيوم الغصب فمع بقاء العين ان خرجت عن ملك المالك فهو بعيد وان بقيت فيه كان جمعا بين العوض والمعوض بخلاف يوم التلف فان قلت هذا يلزم بعينه لو كان المناط بيوم التلف ايضا كما اذا تعذر المثل في المثلى والقيمي فانه بالتعذر لا يسقط المثل ولذا لو صبر المالك الى زمان وجدان المثل كان له ذلك .

وبالجملة المثل بالتعذر لا يصير قيماً كي ينتقل الى القيمة فيكون للمالك الصبر الى زمان التمكن و(ح) لو لم يقبل القيمة وطالب المثل كان على الغاصب دفع البدل الحيلولة الى ان يتمكن من رد العين و(ح) فان ملكه لزم الجمع بين العوض والمعوض والا فلافائدة للتدراك فلما مقتضى لوجوب البدل الحيلولة لوجود المانع في كلا الحالين في حال التعذر من العين ثم ان اشترى به شيئاً وقع البيع بين بايعه وبين الغاصب لان الثمن له فالمبيع له لوقوع البيع بعين ثمنه سلمنا فان اشترى به شيئاً فيرد اليه العين فان لم يجب عليه رد البدل فهو كما ترى وان وجب فهو خلاف كونه مال كاله ثم ان قلنا بوجوب الرد فان امكن له الرد فلا كلام وان تعذر كان على المالك ايضا بدل الحيلولة حتى يتمكن من رد البدل الى الغاصب فيعود المحذور من جانب المالك وهلمس جرى .

وبالجملة حكم ملكية المالك البدل مع بقاء العين في ملكه في غاية الاشكال وعدمه والحكم باباحة المالك التصرفات فيه اشكل .

قلت نعم الاشكال وارد سواء قلنا بتعلق القيمة بالتلف او بالغصب وفي مكاسب شيخنا ما لفظه ثم ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وظادهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين ولعل الوجه فيه ان التدارك لا يتحقق الا بذلك ولو لا ظهور الاجماع وادلة الغرابة في الملكية لاحتملنا ان يكون مباحه مطلقة وان لم يدخل في ملكه نظير الاباحة المطلقة في المعاطات على القول بها فيها ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين وحكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي (ره) في اجوبة مسائله وعلى اي حال فلا ينتقل العين

الى الضامن فهى غرامة لاتلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين فى ملكه وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين فى عدم البديل له وقد استشكل فى ذلك المحقق والشهيد الثانى ان الاول فى محكى جامعه ان هنا اشكالاً فانه كيف يجب القيمة ويملكها الاخذ ويبقى العين على ملكه وجعلها فى مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه انتهى وقال الثانى أن هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً وتوقف تملك المغصوب منه للبديل على الياس من العين وان جازله التصرف كان وجهها فى المسئلة انتهى واستحسنه فى محكى الكفاية .

اقول الذى ينبغى ان يقال هنا ان معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن ولازم ذلك اقامة مقابله من ماله مقامه ليصدق ذهابه من كيسه ثم ان الذهاب ان كان على وجه التلف الحقيقى او العرفى المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً ووجب قيام مقابله من ماله مقامه فى الملكية وان كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام للملكية وجب قيام مقابله فى السلطنة لافى الملكية ليكون مقابلاً وتداركاً للسلطنة الفاتئة فالتدارك لا يقتضى ملكية التدارك به فى هذه الصورة نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفاتئة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليها ووجب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهدة وعلى اى تقدير فلا ينبغى الاشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها انما الكلام فى البديل المبدول ولا كلام ايضاً فى وجوب الحكم بالاباحة وبالسلطنة المطلقة عليها وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام (ح) الى ان اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل يستلزم الملك من حين الاباحة او يكفى فيه حصوله من حين التصرف وقد تقدم فى المعاطات بيان ذلك انتهى .

ومما يضحك به الثكلى هو القول بعدم فساد الجمع بين البديل والمبدل كما عرفت زعماً انه ليس من المعاملة حتى لا يصح مع ان الجمع بينهما لا اختصاص بالمعاوضة بل لا يصح ولا يجوز عقلاً فضلاً عن الشرع وبطلانه فى المعاوضة ايضاً لذلك.

وحينئذ اما يقال بعدم كون المالك مالكا له لبقاء المبدل في ملكه فلا فائدة في الرداليه واما بخروج العين عن ملكه لمكان المبدل وكلاهما مستحيل والقول بالاباحة ان كان المراد الاباحة الغير المتوقفة على الملك فلا فائدة فيه وان كان مطلقا فيرد عليه جميع ماورد في المعاطات واهونها دخول احد العوضين في الملك عند التصرف المتوقفة على الملك كالبيع والوطء وح ان كان عينه باقية على ملكه لزم محذور الجمع وان خرج بالتصرف في المبدل فهو كما ترى .

واما قوله قد عده الذي ينبغي ان يقال الخ فقيه انه لم يأت بشيء رافع للاشكال ان لم يكن زائداً عليه ويعلم عمدته مما ذكرناه ان تأمل فيه المدقق الخبير فان قلت فما الحيلة ح فانه ان لم يبذل المبدل كان ظلما على المالك وان يبذل لا يصح الجمع ولا الاباحة قلت الحيلة هو صرف النظر عن تعلق الضمان بيوم التلف فان المبدل الحيلولة من لوازم هذا القول لبداية ان المثل المتعذر في المثلي بعد فرض بقائه على ملك المالك وعدم امكان الايصال اليه لاجرم يستلزم بدل الحيلولة الى ان يتمكن والحاصل التعذر في المثلي بمنزلة تلفه فهو كتلف القيمي او تعذره ففي تلف القيمي او تعذرها ما لم يصل العين الى المالك يجب المبدل الحيلولة واما ورود الاشكال في القول بتعلق الضمان بيوم الغصب فليس بهذه المثابة كما سيتضح لك [فان قلت] على هذا ايضا يحتاج الى المبدل الحيلولة فانه كان بمجرد الغصب اشتغل الذمة بدفعها لامجرد الحكم التكليفي بل بمعنى ان مثلها او قيمتها ثابتة فعلا عليه لو لم يدفع العين لكنه امكن للغاصب عدم التمكن من العين كما لو وقعت في البحر مثلا وح لا بد من بدل الحيلولة [قلت] كلا فانه على ما ذكرنا كان عليه قيمة العين او مثلها .

[فان قلت] فما الحيلة على قول الاكثر القائلين بالتعلق بيوم التلف مع قولهم بان تعذر المثل بمنزلة التلف وقولهم بوجوب بدل الحيلولة حتى تتمكن من المثل [قلت] لامناص ح على قولهم لوصح من كون بذل المبدل بنحو المعاملة وارضاء المالك بان هذا المبدل عوض لماله اما مطلقا ان رضى المالك به واما بشرط

رد العين فى صورة التمكّن واسترداد البديل ان كان ومثله او قيمته ان لم يكن
 وح ان رضى المالك فلا اشكال اما مطلقاً واما مع رد البديل واخذ المبدل مع
 الامكان وان لم يرض بذلك فان رضى يكون البديل مبيحاً له فى التصرفات الغير
 المتوقفة على الملك كالمسكنى فى الدار فقط او الركوب على الدابة وحمل الاثقال
 عليه فقط الى ان يصل بيده العين فلا كلام والافان صبرحتى تمكن الغاصب عن رد
 العين اليه وان طال المدة فلا كلام ايضا والافان قبل عن الغاصب البديل مع عدم
 رضاه بوقوعه عن ماله فكان ذلك معاوضة قهرية فى تلك الحالة مطلقاً او مؤقتاً مع
 عدم تفاوت فى مقدار المالية بين البديل والمبدل وكان العين للغاصب فان يتمكن
 من ردها اليه لدفع غرامتها وضمانها وقبل والواقع المعاملة بين ماله والغرامة قهراً .
 وقد تلخص عدم المناس عن بدل الحيلولة الابهذا النحو وجعلها بدلا اصلياً
 دائماً مادام التمكّن من العين .

[فان قلت] فعلى ما ذكرت لامعنى للبديل الحيلولة [قلت] لو قلنا به فلاجرم
 لا بدوان يكون بنحو يرضى المالك بكونها عوضاً لماله فيكون المبدل للغاصب
 ان رضى المالك واما ان يهب البديل بالمالك جبراً لفاعله به مضافاً الى عين ماله
 حتى يتمكن من رد عين ماله اليه فان لم يتمكن من الرد وكانت البديل الموهوبة
 مساوية فى المالية مع المبدل فان رضى المالك بكونه عوضاً عن ماله والواقع ذلك
 معاوضة قهرية بين الغاصب وبين الله .

ولعله اراد بعض ما ذكرنا من المعاوضة القهرية بعض المحققين فى معاطته
 حيث قال ما لفظه وليس الخروج عن العهدة عند التلف بدفع البديل الا كالخروج
 عنها به عند الحيلولة فان الذى بعهدة الضامن انما هو العين الخارجى وانما تدفع
 ماليته فى ضمن البديل عند تعذر الاصل وقد تقدم سطر من ذلك فتبين ان البديل عين
 المبدل منه بمعنى ان مالية المبدل منه تؤدى الى المضمون له فى ضمن البديل فيملك
 المضمون له ما يستوفيه من المثل والقيمة بما كان يملك المبدل منه لابل ملكه غير فليس اخذ
 بدالحيلولة جمعاً بين العوض والمعوض مع بقاء العين المضمونة على ملك المضمون له

فانه لامعاوضة هنا كما فى البيع بل انما هو اىصال العين المضمونة فى ضمن البديل فالمضمون له استوفى ماله من الضامن فهو تغريم باعتبار وتبديل باعتبار واىصال لاصل المال باعتبار اخر ولا فرق بين بدل الحيلولة وبدل التلف .

فلوعاد التالف بعد التغريم فهو كما لوزالت الحيلولة ح وقد بينا ان التلف ليس مخرجا للمال عن الملكية ولهذا فلوعاد ملكه المالك الاول بالملك الاول والحاصل ان المضمون له لا يستحق الا العين المضمونة فلا يستوفى فى الحقيقة الا عين ماله وقد بينا سابقا ان هذه العينية اعتبار عرفت فى الاموال كما ان الاثمان بهذا الاعتبار مالية من الاموال ونسبتها اليها نسبة الارواح الى الاجساد الى ان قال

وبالجملة فاخذ البديل انما هو من باب ضمان الاصل بل البديل عين الاصل فليس هذا من باب الرجوع الى غير الحق عند تعذره بل انما هو استيفاء لنفس الحق باعتبار مالته الى ان قال فظهر ايضا بما حققنا ان حال الانتقال الى القيمة كحال الانتقال من الاصل الى المثل فى ان الدفع لكل من المضمون له والضامن فليس للمضمون له الامتناع من اخذ القيمة كما انه لم يكن له الامتناع من اخذ المثل فان الضامن يستحق فراغ ذمته فانه من شئون سلطنته على نفسه وبملاحظة ما حققنا من ان دفع البديل اداء للاصل حقيقة وان المضمون انما هو الاصل وهو الذى فى ذمة الضامن يظهر هذا الحكم غاية الظهور حيث ان عدم استحقاق المالك للامتناع من اخذ اصل المال لا يحتاج الى البرهان والضمان لا يتبدل بتغيير سبيل الخروج عنه فلا وجه لتبديل حكمه وهو استحقاق الاستيفاء والاداء انتهى .

وانما قلنا اراد بعض ما ذكرنا فان الظاهر من كلماته المكررة هو كون البديل الحيلولة بمنزلة المعاوضة القهرية التى لا اختيار للمالك لقبوله وامتناعه وانه بمجرد البديل الحيلولة يخرج العين عن ملكه ونحن نقول به مع رضاه وميله وانما نقول بالمعاوضة قهراً فيما قبل الحيلولة عن الغاصب ورضى بذلك .

واما مع عدم رضاه وعدم تمكن الغاصب من اىصال عين ماله فانه معاوضة

قهرأ ولو لم يرض به المالك ولكن مع امكان رد العين لا يخرج عن ذمته الا دفع العين لبداهة جواز منع المالك عن القبول والصبر الى زمان التمكّن وحينئذ لو اراد الغاصب بالبدل فلا بد وان يكون اما مع رضا المالك بالتبديل واما يكون العوض هبة غير معوضة لاجل جبران ماثلهم به وبالجملّة بطلان كون البدل الحيلولة قائمة مقام العين قهرأ ولو بدون رضا المالك من أبده البديهيّات .

وقد عرفت ان ذلك وسيلة لاجراخ اموال الناس عن ايديهم وتبديلها بآخر مع عدم رضا المالكين حيث ان صريح عباراته كون البدل بمنزلة العوض قهرأ فانه فى البطلان وان لم يكن بمثل جواز الجمع بين البدل والمبدل بزعم ان البطلان فى المعاوضة دون المقام لكنه ايضا خلاف الوجدان والعرف والشرع ومن جميع ما ذكرنا ظهر فساد قول المشهور من كون المالك يملك البدل مع كون العين باقية على ملكه ايضا .

ثم انه من جميع ما ذكرنا ظهر مافى تقريرات بحث المحقق النائينى قال الثانية هل البدل بدل للعين دائماً او مادام التّعذر او ما لم يرد العين او تفصيل بين القول بالملكية والاباحة وجوه والاقوى كونه موقئاً مطلقاً فيعود الى ملك الغارم او الى تحت سيطرته بعد التمكّن او بعد رده العين على الوجهين الاتيين وذلك لان من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد ان الحيلولة او التّعذر موضوع للحكم بوجوب الغرامة وعنوان له لانه علة له حتى يمكن ان تبقى الغرامة للمالك دائماً لاحتمال كون حدوثة آناما كافيا .

وفيه ان قوله موقئاً لنا سئوال انه على نحو الملكية اولا وعلى الاول لامعنى للتوقيت اذ الملكية لاتعود الا باسبابه ويكون فيه ايضا اشكال الجمع وعلى الثانى لامعنى له الا الاباحة وهى لاتصح الا فيما لا يتوقف على الملك وقياس المقام على الماء المتغيّر الذى يكفى حدوث التغير للنجاسة آناما ولو زال التغير بعده مع الفارق جداً بداهة عدم صحة القول بأن مجرد الغرامة تكفى فى الحكم ولو لم يكن الى الابد فيعود الغرامة بعد رد العين وذلك لبقاء السئوال فى ان الغرامة بنحو الملكية

او الاباحة وعلى الاول لاتعود برد العين قهراً مضافاً الى بطلان الجمع بين البديل والمبديل ولو فى ان فضلاً عن زمان عدم رد العين .

ثم قال وبالجمله بعد التمكن او بعد رد العين لوجه لبقاء الغرامة فى ملك المالك او تحت سلطانه فانها وان لم تكن عوضاً بل كانت اما بدلا عن السلطنة او بدلا عن المالية الا ان بدليتها كانت موقفة لادائية فيه انه صريح فى عدم كونها باقية فى ملك المالك فيكون على وجه الاباحة فان كانت فيما يتوقف الملك عليها فيرد عليه ماتقدم والا فلافائدة لها وقوله بل كانت اما بدلا عن السلطنة او بدلا عن المالية فيه ان البديل لا يخلو اما عن الملك واما عن الاباحة فلا يتصور غيرهما وعلى الاول لامعنى للتوقيت وعلى الثانى مفروض العدم .

ثم قال ولكن الحق عدم امكان الالتزام بالسلطنة الدائمة ولا بالملكية كذلك الخ فيه انه لو لم يكن بنحو ما ذكر فبأى نحو كان مع كفاية البطلان فى بعض الايام مع ان التوقيت باذن المالك او الشرع وكلاهما كما ترى .

ثم قل بعد كلام طويل وبالجمله حيث ان الغرامة سادة للثلثة التى وردت على ملك المالك فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول عين المالك فى ملكه لانها ليست بدلا عن نفس العين فبقاء العين فى ملك المالك لا يقتضى الجمع بين العوض والمعوض ولا البديل ولا المبديل انتهى ولا يخفى ان عدم دخول عين المال فى ملك الغارم مسلم بل يكون باقية فى ملك المالك .

ولكن حينئذ كيف لا يكون جمعا بين البديل والمبديل فلا تصلح الغرامة غرامة للمالك الا بنحو الهبة الغير المعوضة بأن يكون ذلك الغرامة للمالك بلا عوض فى مقابل هذه الثلثة التى وردت به حتى يصل عينه على يده فلا يكون ملكاً له مع بقاء ملك عينه بحال ولا اشكال فيه حينئذ لكنه لم يقله احد .

وبالجمله صريح الاصحاب هو كون البديل على نحو الملكية وخلافهم فى عود الملكية عند رد العين وعدمه وكلاهما ممنوعان قل المحقق الرشتى فى غصبه فى المقام عند بيان امور مالقظه الاول ملك المغصوب منه لبديل الحيلولة لان السلطنة

الفائنة سلطنة تامة مختصة بالاملاك والسلطنة المتعلقة بغير الاملاك غير جار حذوة كما لا يخفى فلا بد من الحكم بدخول البديل فى ملك المغصوب منه .
 فان قلت الفائنة هى السلطنة على الملكية لا الملك فلا وجه لتملكه للبديل بل قضية عدم الجمع بين العوضين بقائه فى ملك الغاصب وجواز التصرف له بأى نحو شاء كما ان المغصوب باق فى ملك المالك وان منع عن التصرفات فيه .
 قلنا من التصرفات ما يتوقف على الملك فجواز جميع التصرفات يستدعى سبق ملكه اولاً .

فان قلت هذا ممنوع لامكان القول بانه ملك للغاصب فى جميع حالات التصرف الا التصرفات المتوقفة على الملك فيدخل من حينه فى ملكه فلا وجه للحكم بدخوله فى ملك المغصوب منه بمجرد البذل ولو لم يتصرف بعد .
 قلنا لانحاشى عن ذلك لكن تسميته بالملك لانه عبارة عن السلطنة المطلقة ولو تسميه بالاباحة المطلقة فلا مشاحة انتهى قوله ملك مبداء لان السلطنة خبره وحاصل دليله على كون البديل ملكاً للمغصوب منه هو ان الذى يفوت منه هو السلطنة التامة والاستعلاء على ماله بأى نحو اراد من البيع والاجارة والعقق والوطء واستيفاء جميع منافعه وليس بدل ذلك الا ما يختص بالملكية فلا يكون بدل الحيلولة الا ملكاً وانت اذا احطت بما ذكرنا تعلم فساد جميع ما فى عبارته والله العالم .

وقد تلخص ان كلا من يومى الغصب والتلف غير خال عن الاشكال مضافاً الى ما يرد على الثانى وان اصرّ شيخنا فى مكاسبه عليه حتى ارجع الفقيرتين من الصحيحة المصرحة بيوم الغصب الى يوم التلف كما هو صريح .

قوله **إِنَّمَا** نعم قيمة بغل يوم خالفته وكذا قوله **إِنَّمَا** اويأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكتوبرى كذا وكذا والمراد بيوم الاكتراء هو يوم المخالفة الذى هو الغصب حقيقة اذ الكراء لمجيئه الى قصربنى هبيرة ذاهباً وجائياً ولما قرب الى قنطرة الكوفة فى هذا اليوم خالف وصار الى النيل فالتعبير بيوم الاكتراء من حيث انه يوم المعهود بينه وبين صاحب البغل وتواطئهما عليه والمخالفة والغصب

انما وقع بعد ذلك فلا يكون كلامهما في الغصب من اول الامر فلا يكون مورد للتعبير
 الا بذلك والفرض انه هو يوم المخالفة والغصب فالتعبير بيوم الاكتراء ويوم المخالفة
 كلاهما سواء من حيث المقصود ولكن لا يصح التعبير الا بالاكتراء من حيث انه
 وقع مورد المعاملة فمع ان من يوم الاكتراء الى يوم الرد مدة خمسة عشر يوماً
 وامكان كون الفرق بين يوم الاكتراء ويوم الرد كثيراً خص القبلا بأن المنطوق هو
 يوم المخالفة لا يوم الرد .

(فان قلت) قوله القبلا يوم ترد عليه ظاهر في يوم الرد.

(قلت) كلا فانه مضافاً الى التصريح بيوم المخالفة والاكتراء في موضعين
 كان المقصود هو لزوم الفرق بين الصحة والعيب في يوم اراد الرد للصحة و-
 العيب في هذا اليوم وبالجملة المراد انه في يوم الرد لزم عليك ايضاً ما بين الصحة
 والعيب .

(فان قلت) المراد من يوم الاكتراء الذي يوم المخالفة هو يوم الرد لعدم فرق
 في القيمة بين هذه المدة القليلة اى مدة خمسة عشر .
 (قلت) قد عرفت الفرق بينهما فاذا كان المراد هو يوم التلف والرد لاداعي
 للتعبير عنه بيوم الاكتراء .

(فان قلت) ان الصحيحة و ان كانت ظاهرة في يوم الغصب بل صريحه فيه
 لكنها مخالفة لقاعدة الخراج بالضمان وقضية من عليه الغرم فله الغنم فان الباء فيه اما
 للسببية او المقابلة والمعنى ان الخراج و المنافع بسبب الضمان او بمقابل الضمان
 يعنى من كان عليه ضمان شىء فلا يكون ضمان للمنافع بل المنافع له فحيث يكون
 الضمان في يوم المخالفة فلا يكون الكرى من بعده عليه كما استدله ابو حنيفة.
 (قلت) معنى الخراج بالضمان انه اذا ضمن الغاصب لمال المغصوب منه بالقيمة
 ورده في زمان الضمان فالمنافع بعد ذلك له و في المقام حين المخالفة والضمان
 لا يرد له بل بعد خمسة عشر يوماً بعد المخالفة حيث لم يكن البغل عنده جازي التصرف
 فكل تصرف صدر منه فيه من المنافع المستوفاة وغيرها كان على الغاصب جميعها

الى يرد قيمة البخل او نفسه فابو حنيفة زعم انه بمجرد الغصب وتعلق القيمة لا يتعلق المنافع فانها فى مقابل القيمة غفلة عن ان ذلك بعد الرد لا قبله والا فلا يجب على السراق والغصاب شىء سوى قيمة نفس المسروق والمغصوب .

وقد عرفت ضمان جميع المنافع المستوفاة وغيرها مالم يصل المالك بماله ولذا قال عليه السلام لمثل هذا الفتوى تحبس السماء مائها الخ .

فقاعدة الغرامة بالضمان لا تجرى فى موارد الغصب فانه قبل الغرامة و دفع القيمة كان الجميع على الغاصب وبعدها كان مال نفسه فله الخراج من ماله .

و كيف كان فعمدة كلام الاصحاب فى يوم الغصب او التلف وقد عرفت حالهما مع صراحة الصحيحة بيوم الغصب

ومما يرد على تعلق القيمة بالتلف انه يلزم ح كون الضمان تعليقيا اى شىء لو تلف كان ضمانيا فانهم يقولون معنى على اليد ما اخذت انه على عهدها لو تلف وحينئذ لا فرق بين ما قبل اليد وما بعدها فيلزم ذكر على اليد لغوا و لعله سخيىف اذ الفرق بينهما بين حيث انه قبل الاخذ لم يتحقق سبب الرد والضمان بخلافه بعد الرد فان سببه متحقق نعم يصدق كون القضية تعليقيا اى شىء لو تلف كان ضمانيا ويرد ايضا عليه ما مر من ان لازمه عدم الضمان لو حفظت العين الى الابد وهو فى غاية البعد عن مذاق الشرع .

ويمكن ان يقال بضمنان العين والقيمة بان يكونا ثابتين فعلا لكن لا عرضا بل طولا بان يجب على الغاصب رد القيمة والعين ايضا بنحو الترتب بان يقال افرغ ذمتك عن العين وان عصيت فعن مثله او قيمته و لازمه اشتغال ذمة الغاصب بنفس العين بمجرد الغصب مع بقاء نفس العين على ملك المالك فانهما ليسا فى عرض واحد بل الغاصب اشتغل ذمته بالعين وفى صورة العصيان ببذله .

فهنا شيان الهم والمهم والاول رد العين و الثانى رد البدل و الاول مطلق والثانى مشروط بالعصيان وبمجرد العصيان يتحقق الشرط ويسقط الاول وقد تحقق فى الاصول صحة الامر بالضدين بنحو الترتب فالمهم ليس فى رتبة الهم كى يتزاحمان .

(فان قلت) نعم لكن فى مرتبة المهم كانت مزاحمة الالم بحالها
 (قلت) كلا فان مرتبة المهم هو العصيان فبمجرد الدخول فى العصيان يسقط
 مرتبة الالم فبدون العصيان كان الامر بدفع نفس العين ومعه يسقط الامر بدفع العين
 فيصل النوبة الى الامر بدفع المهم بلامزاحمة وقدره بعض تلامذة شيخنا الاعظم
 فيما كتبه من بحثه فى المسودة بقوله :

والتحقيق فى المقام ان الضمان فعلى لانتقيرى ولكن لابلالمعنى الذى ذكره
 المعترض من كون المثل او القيمة ثابتين فعلا فى ذمة الغاصب لمافيه من المفاسد
 الاتية بل وعدم مساعدة الدليل بل بمعنى ان عهدة مافى يده وخسارته عليه و تلفه من
 كيسه وليس معنى كون الشىء فى عهدة مشخص ان قيمته او مثله مستقر فى ذمته و ذمته
 ظرف لبدله بل بمعنى ان له تعلقا بذمته و عليه ايصاله الى مالكة مع وجوده و ايصال
 بدله مع عدمه و لمالكه مطابته كذلك فالعهدة و الضمان موجودان فى حال وجود
 العين وعدمها ولا اختصاص لها بصورة التلف الخ.

وانت خبير بانه لم يأت بشىء الا بالعبارات المتعاقبة المتعددة فان قوله بل
 بمعنى ان له تعلقا بذمته و عليه ايصاله الى مالكة مع وجوده معناه ليس الا الحكم
 التكميلى فقط بالرد الى المالك مع وجوده و قوله و ايصال بدله مع عدمه صريح فى
 انه مع عدم العين كان الواجب بدله فالبديل واجب مع عدم العين و تلفه و انه ما لم
 يتلف لم يجب البديل وهو عين مقالة الاصحاب القائلين بالضمان بيوم التلف ببيان
 انه مادام موجوداً لامعنى للبديل فقوله فالعهدة و الضمان موجودان فى حال وجود
 العين وعدمها هل اراد بالعهدة فى حال الوجود والعدم هو البديل فهو الذى نفاه بقوله
 لابلالمعنى الذى ذكره الخ فانكر كون المثل او القيمة ثابتين فعلا مع وجود العين
 وان اراد ثبوتها بعد العين و مادام العين موجود لا يشتغل الذمة بالمثل او القيمة فهو
 عين الاشكال .

فالظاهر ما قلنا بثبوت الحكم بالضمان فعلا بنحو الترتيب فلم يكن الامر
 بالقيمة فعلا فى عرض الامر بالعين بل فى طوله فمن اول وقوع العين فى يد الغاصب

تعلق عليه القول بالضمان للعين او بدله طولا .

(فان قلت) على هذا يمكن القول بالضمان بهذا النحو عرضا لاطولا بان يكون

الواجب عليه ضمان العين او البديل بنحو التخيير .

(قلت) حينئذ يمكن ان يختار الغاصب البديل فلا يجب عليه حينئذ رد العين

وهو خلاف المذهب خصوصا مع عدم رضا المالك اللهم الا ان يقال على وجوب

العين او البديل فعلا طولا ايضا يلزم هذا الاشكال اذ الفرض وجوب البديل على العصيان

فيمكن للغاصب العصيان حتى يتعلق عليه البديل فيكون ذلك موجبا و وسيلة لاخذ

اموال الناس زعما لوجوب بدله عليهم وهو خلاف .

ولاجل ذلك يمكن منع هذا الحكم الترتيبي ايضا اذ لازمه انه مع عصيان الغاصب

يسقط العين عن تعلق الامراليه وهو بديهي البطلان .

مضافا بأن المانع عدم صحة البديل مع العين وهو موجود ايضا بل مع هذا

المانع لا يتعلق الامر بالمهم .

[فان قلت] ان الامر بالمهم على فرض ان الغاصب لا يريد الدفع الى المالك

وفى هذه الحالة لم يبدل دليل على توقف البديل على التلف لاستلزامه عدم الضمان

رأسا فيشتغل الذمة بالبديل فى حال العصيان وعدم ارادة الرد .

[قلت] لو كان مانع القائلين بهذا القول عدم الجمع بين البديل والمبدل وعدم

البديل مادام حيا كان ذلك باقيا لانه بالعصيان لا يخرج العين عن ملكه .

ويمكن أن يقال بأن رفع يد المالك عن عين ماله بمنزلة التلف بل هو صادق

بالنسبة الى المالك ولو بنحو من التوسعة لتحقق آثار التلف فانه فى التلف الحقيقى

لا يمكن للمالك استيفاء المنافع من العين ولا بيعه فى حال ترقى القيمة ولانمائاتها

المتصلة والمنفصلة بعد رفع يده عنها وعليه يمكن الالتزام بتعلق الضمان بمجرد

الغصب بل لعل هذا الذى ذكرناه كان مراد القائلين بيوم الغصب مستدلين عليه

بأنه يوم رفع يد المالك عن ماله كيف وهو صريح صحيحه ابن أبى ولاد فالاقوى

كون الضمان بيوم الغصب عملا بالصحيحه .

وقوله عَلَى اليد ما اخذت حتى تؤدي لكن ببيان ان متعلقه المال فيكون مفاده اشتغال الذمة بما اخذ مستمراً الى حين الرد فيتعلق الاشتغال من حين الغصب الى أن تؤدي فكما لو كان المال بيد المالك كان له جميع هذه المنافع وله القدرة على استنفائها فكذلك لو غصبت كأنه غصبت مع جميع هذه المنافع حيث لا قدرة للمالك على استنفائها فمن اول الغصب اشتغلت الذمة بنفس العين مادامت موجودة وبيد لها بعد تلفها وعليه لا امر بالبدل من المثل او القيمة في حال اشتغال الذمة بنفس العين فيكون المستفاد من اليد وسائر الأدلة ان نفس المأخوذ يجب عهدته وضمانيه على الغاصب مادام المأخوذ باقياً وان تلف فيجب عليه بدله وشيخنا في مكاسبه قال ويدل عليه النبوي المشهور على اليد ما اخذت حتى تؤدي والخدشة في دلالاته بان كلمة على ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدل على الضمان ضعيفة جداً فان هذا الظهور انما هو اذا اسند الظرف الى فعل من افعال المكلفين لالي مال من الاموال كما يقال عليه دين فان لفظة على حيثئذ لمجرد الاستقرار في العهدة عيناً كان اودينا ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون اذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز والشعور واستظهاره وان كان في محله لكنه قد صرح عديداً بتعلق الضمان في يوم التلف فالاقوى ما ذكره من ظهور على اليد حيثئذ في الضمان فمن اول الامر كان ضامنا من دون توفقه على التلف وان كان على خلاف مذهبه ونحن نأخذ استظهاره ونقبله من ان المستقر في الذمة نفس العين والاشتغال ليس الا به مع وجوده .

ولكن لا يقبل منه كون المناطق بضممان يوم التلف بل يوم التلف من أحسن الوجوه لما عرفت من امكان حفظ العين الى الابد او لم يتلف الا بعد سنين عديدة ولازمه عدم وجوب شيء على الغاصب حيثئذ حتى بالنسبة الى منافعها لا مكان عدم كونها ذات منافع كالباقوت الذي ليس له نفع الا الزينة وليس فوتها فوت المنافع وكيف كان فلو كان مفاد الأدلة هو الحكم التكليفي كان نتيجة الغصب وحفظ الاموال من التلف هو مجرد العصبان دون الاشتغال بشيء اصلا وهو

مما يقطع بفساده من قبل الشرع ومنه يعلم بفساد توجهات الشيخ لارجاع قوله يوم خالفته الى يوم التلف فانه قد استظهر اولاً ما هو الظاهر من الصحيحة من يوم الغصب فقال ومحل الاستشهاد فيه فقرتان .

الاولى قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته الى ما بعد فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمة اما باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانياً يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة لان ذا القيمة بغل غير معين حتى يوهم الرواية مذهب من جعل القبيى ضمونا بالمثل والقيمة انما هي قيمة المثل واما جعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل الى ان قال :

الثانية قوله او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكرتري كذا وكذا فان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا بد ان يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناء على أنه يوم الاكتراء لان الظاهر من صدر الرواية انه خالف المالك بمجرد خروجه الى الكوفة ومن المعلوم أن اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج او في عصر اليوم السابق ومعلوم ايضاً عدم اختلاف القيمة فى هذه المدة القليلة . ثم رجع عما أفاد بقوله ايضاً .

نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بانه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدة خمسة عشر يوماً ويكون السرفى التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه امثال صاحب البغل من العوام ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وان نقص بعد ذلك لانه خسر المبلغ الذى اشترى به البغلة .

ويؤيده التعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرواية بيوم الاكتراء فان فيه اشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث انه يوم المخالفة الا أن يقال ان الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة اقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعة

من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس
لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيئة كاليمين في
مقابل قول السائل ومن يعرف ذلك فتأمل .

ويؤيده ايضا قوله عَلَيْكَ فيما بعد في جواب قول السائل ومن يعرف ذلك قال
انت وهو اما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين فحلفت له لزمه او يأتي
صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك
الخبر فان العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول
المالك مع كونه مخالفا للاصل ثم لا وجه لقبول بيته لان من كان القول قوله فالبيئة
بيته صاحبه وحمل الحلف هنا على الحمل (الحلف - ظ) المتعارف الذي يرضى به
المحلوف له ويصدق فيه من دون محاكمة والتعبير برده اليمين على الغاصب من
جهة ان المالك اعرف بقيمة بغله فكان الحلف حق له ابتداء خلاف الظاهر .

وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف فانه يمكن ان يحمل توجه اليمين على
المالك على ما اذا اختلفنا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما او الاطلاع من
الخارج على قيمته سابقا ولاشك حينئذ ان القول قول المالك ويكون سماع البيئة
في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا مع اتفاقهما على بقاءه عليها الى يوم التلف
فتكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما ويبقى بعض الصور
مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة ولعل حكمها اعنى حلف
الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية واما على تقدير كون العبرة في
القيمة بيوم المخالفة فلا بد من حمل الرواية على ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق
على يوم المخالفة او اللاحق له او ادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة انتهى .
وقد اتعب نفسه الشريف وافاد بما هو خارج عن طريق مستقيم

وقد تلخص ان مفاد على اليد هو ضمان الماخوذ بمجرد الاخذ والاستيلاء
عليه وقطع يد المالك عنه فيتعلق على ذمة الاخذ نفس العين كما يتعلق على ذمته الدية
لو فعل ما يوجبها لا مجرد الحكم التكليفي ويكون ذمته مشغولا به بحيث في كل ساعة

وآن يتعلق عليه الامر بفرغ ذمته عن المأخوذ ولا امر له بدفع المثل او القيمة مادام باقيا والحاصل لا يكون الذمة الاظرفا لتعلق نفس المبدل عليه ولا يجب عليه الا نفسه فكما لو كان في يد المالك كان له السلطنة التامة عليه في كل آن وساعة واستيفاء منافعه فكذلك اشتمل ذمة الاخذ في كل آن وساعة بما يفوت عن المأخوذ وقد عرفت ان التصريح بيوم الغصب بلحاظ اوله اى الشروع في الاشتغال من اول الاخذ ويستمر الى ان الدفع .

ويدل عليه قوله تعالى من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فان الاية تدل على انه لو غصب الغاصب الشيء المعين فوجد المغصوب منه عنده نظير ماله بلا تفاوت بينهما اصلا جازله اخذ مال الغاصب بدلا عن عينه لامن حيث التفاضل بل من حيث وجدان مثل ماله فلو لم يكن على ذمة الغاصب قبل التلف شيء سوى الوجوب لايجوز للمغصوب منه اخذ بدل ماله لعدم تعلق المثل او القيمة عليه قبل التلف فكيف يجوز للمالك اخذ مثل ماله وهو كما ترى فجاوز الاخذ اقوى شاهد على اشتغال ذمة الغاصب بمال المغصوب منه فعلا وايضا بناء عليه ليس للمالك مطالبة ماله قبل التلف لعدم اشتغال ذمة الغاصب قبل التلف بالمثل او القيمة فلو كان المقصود من على اليد هو الحكم التكليفي دون اشتغال الذمة لم يكن له المطالبة بالمثل او القيمة فيلزم من وجود على اليد عدمه وما كان كذلك فهو محال بل للغاصب هو الاعتراف بالذنب وقوله للمالك أنا أعصى في حبس مالك ولا يشتغل ذمتي قبل تلفه بشيء وهو كما ترى .

وايضا فعلى القول بيوم التلف لا يمكن تعلق الضمان بالذمم المتعددة في نحو تعاقب الايادي اذ قبل التلف لا يترتب على الذمم الا العصيان دون الاشتغال المالى الا عند من تلف عنده فليس للمالك هو الرجوع الى كل من وقع يده على العين ولا الرجوع السابق الى اللاحق والرجوع ليس الا فيما كان عليه مال من الامر والجواب عن ذلك بان الخطاب في غير من تلف المال عنده شرعى محض وعند من تلف المال عنده ذمى ومالى لا يسمن ولا يغنى من جوع اذ بعد الاعتراف بانه شرعى محض كيف

يكون ذمته مشغولة للمالك وكيف يكون للمالك الرجوع اليه وهذا غير اشكال كون الشيء الواحد كيف يتعلق بالذمم المتعددة حتى قربه وشبهه بالواجب الكفائي حيث انه مع وحدته قد تعلق بالجميع بل اشكاله اشكال مالم يجب كيف على الواحد فضلا عن الكثيرين فلو كان تعلق الضمان بالتلف فقبل التلف لم يكن امر بالضمان فوقعه في الايدى واقع على صفة عدم وجوب التعلق فلا يصح للمالك الرجوع الى غير من تلف المال عنده .

نعم اذا قلنا بوجوب ضمان المال فعلا وقبل التلف يمكن تصحيحه بان ضمان المتعدد لمال واحد من قبيل تعلق الوجوب على المتعدد في الواجب الكفائي فالظاهر ليس للقائلين بتعلق الضمان بالتلف جواب عن ذلك فالحل منحصر بيوم الغصب بمعنى الذي ذكر

فعليه هذا القول متعين فان يوم الغصب هو صريح الصحيحة فلا بد وان يكون المعنى غير خصوص يوم الغصب بمعنى انقطاع القيمة وحصول البرائة بعد هذا اليوم بل المعنى ان الضمان من يوم الغصب مستمر الى زمان الدفع والخروج عن العهدة حيث عرفت ان المعنى اشتغال الذمة بالعين فعلا وبذلك يمكن القول باعلى القيم فان المفروض انه بمجرد الغصب قد تعلق عليه الحكم بالضمان ومن المعلوم ان الضمان قد تعلق عليه بتمام شئون العين فان لها في جميع الانآت والساعات قيمة سوقية وعينية ومنافع يمكن استيفائها وقد قطع يد المالك عنها .

فمعنى الضمان من يوم المخالفة هو يوم الشروع في الضمان مستمرا وان ابيت عن هذا المعنى وان الظاهر من قوله كون يوم المخالفة يوم تعلق الضمان فلا اقل من ان يوم المخالفة ظاهر في يوم الضمان وانه يوم حدث فيه الضمان فلا بد من استمراره الى حين الاداء بادلة اخرى الدال على عدم جواز حبس اموال الناس وكون مافات منها على الضامن والحابس

وقد تلخص ان القول باعلى القيم اقرب من الجميع وذلك لانه لو كان المال في يده المالكه كان له استفادة جميع المنافع في كل زمان قليلها وكثيرها وكان له تسلط

كامل على ماله والفرض ان الغاصب قدقطع يده عنها وذلك ضرر على المالك ولزم على الغاصب غرامة جميع المنافع المستوفاة وغيرها ومن ذلك الزمان الذي ارتفعت القيمة اعلاها .

قال شيخنا في مكاسبه بعد حكايته عن الشهيد الثانى و تضعيفه نعم استدلوا على هذا القول بان العين مضمونة فى جميع تلك الازمنة التى منها زمان ارتفاع قيمته الى ان قال بعد رده ايضا

نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة فى جميع الازمنة بان العين اذا ارتفعت قيمتها فى زمان وصارت ماليتها مقومة بتلك القيمة فكما انها اذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة فكذا اذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت اذ لافرق مع عدم التمكن منها بين ان تلف او تبقى نعم لوردت تدارك تلك المالية بنفس العين وارتفاع القيمة السوقية امر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا وانما هو مقوم لمالية المال وبه تمايز الاصول كثرة وقلة والحاصل ان للعين فى كل زمان من ازمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية ازيلت 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 .

ولاجل ذلك استدل العلامة فى السرائر للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لانه زمان ازالة يد المالك .

ونقول فى توضيحه ان كل زمان من ازمنة الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليتها فى زمان ازيلت من مقدار درهم وفى آخر عن درهمين وفى ثالث عن ثلثة فاذا استمرت الازالة الى زمان التلف وجبت غرامة اكثرها فتأمل واستدل فى السرائر وغيرها على هذا القول باصالة الاشتغال لاشتغال ذمته بحق المالك ولا يحصل البرائة الا بالاعلى وقد يجاب بان الاصل فى المقام البرائة حيث ان الشك فى التكليف بالزائد نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد

من حديث اليد انتهى .

اقول التمسك بالبرائة كانه عجيب بل الاشبه بالقواعد هو الضمان بل لعله الظاهر من صحيح ابى ولاد بل حديث اليد فان الظاهر منه رد ما اخذت فوراً ففوراً . ومن المعلوم ان المأخوذ له اقسام فانه تارة يكون نفسه لاغير من دون ان يكون له منافع قليلة ولا كثيرة كالكتاب الذى ليس له منفعة سوى النظر فى مطالبه واستفادة العلم منه مثلاً واخرى له فوائد كثيرة سواء استفادها الغاصب ام لا ولذا كان الغاصب ضامناً للمنافع المستوفاة وغيرها مثل الدار والفرس والغنم وآلات نسج الصوف والوبر والقطن والغزل فان لها نفع فى جميع الحالات والازمان والغاصب اذا غصب أمثالها كانه غصب جميع هذه المنافع والفوائد جداً .

فالحديث اذا دل على رد ما اخذ دل على رده بجميع شئونه وفوائده ومنافعه مستوفاة وغير مستوفاة فكما أن الغاصب ضامن لنفس العين فكذلك ضامن لجميع فوائدها الفائتة لان المفروض ان المغصوب ليس نفس العين فقط بل العين بتمام فوائدها وشئونها ومن ذلك قيمتها فى كل زمان ومكان بداهة ان الشئ فى كل زمان له قيمة لا يكون له هذه القيمة فى زمان آخر بل القيمة السوقية وارتفاعها ولا نسلم عدم ضمانها لعدم الدليل عليه بل الدليل على الضمان ولو من نفس الحديث كما عرفت من هذا البيان .

بداهة ان العين لو كانت بيد مالكة لاستفاد منها جميع هذه المنافع وكان له بيعها فى زمن ارتفاع قيمتها وقدرات بالغصب فلو سلم كون ضمان القيمة بالتلف فالتلف ليس منحصراً بالتلف فى ذى المنفعة بل يعم تلف منافعها وفوائدها وحيث قد فكما يصدق التلف بنفسها فكذلك يصدق بتلف منافعها ولو كان نفسها موجودة وباقية .

فاذا غصب نفس الشئ تلف منفعة من ايدى صاحبه ايضاً فمع انه لم يتلف نفس الشئ كان الغاصب ضامناً لماتلف من منفعته ولو رد نفس ماله الى صاحبه

فبمجرد ازالة يد المالك عن ماله كان ضامنا بمعنى انه لو تلف نفسه او منفعه كان عليه ضمانه والقرض فوت تلك المنافع والفوائد و ارتفاع القيمة السوقية فاذا رد نفس العين ضمن الفوائد واعلى القيم في زمان وان لم يرد حتى يتلف كان ضامنا للجميع ومن ذلك يمكن القول بقوته وحسنه ولعله مشهور وايضاً وهو الظاهر من الصحيحة. فان معنى الضمان بيوم الغصب ليس خصوص تعلق قيمته في هذا اليوم فقط بحيث لم يكن الغاصب بعده ضامنا لشيء حتى كانه كان العين له مع انه في كل يوم له منافع كثيرة بل معنى كون الضمان بيوم الغصب ان اليوم منشأ حدوث تعلق القيمة من هذا الوقت الى زمان التلف فاول تعلق القيمة يوم الغصب واخره يوم التلف فلا يكون المراد من يوم الغصب او التلف هو أن حصوله فانه الذي اوردنا على كل واحد منهما باشكالات .

و هذا المعنى يليق ان يستفاد من الصحيحة بمعنى ان يوم الغصب يوم ابتداء الشروع في الضمان الى ان الخروج عن العهدة فان الاشكال انما يجرى لما بعد التلف وكيف كان فهذه الاحكام جارية في الغصب دون المبيع فاسدأفضلا عما كان صحته مشكوكاً كما يأتي الكلام فيه .

﴿و﴾ على مذاق القوم انه ﴿ان نقص﴾ المبيع مثلاً ﴿فله ارشه﴾ مع رد العين أو عوضها ﴿و﴾ اما ﴿لوزاد المشتري﴾ في العين فلامحالة ﴿كان له قيمة الزيادة وان لم تكن عيناً﴾ فلا يجوز للمالك الامتناع منه كالخياطة والصبيغ في الثوب او غيرها مما يوجب زيادة الرغبات في المبيع وتمام الكلام في محله .

﴿الخامس﴾ فكما يشترط العلم بالثمن فكذلك يشترط ﴿ان يكون المبيع معلوماً فلا يجوز بيع ما يكال او يوزن أو يعد جزافاً و لو كان مشاهدأ كالصبرة ولا بمكيال مجهول﴾ كقصعة حاضرة و ان تراضيا بها ، ولا الوزن المجهول كصخرة معينة ولا العدد المجهول كملأ اليد ونحوها بلا خلاف كما في الجواهر .

ولا يخفى ان المسألة بمثل ما ذكره الاصحاب مشكلة قال في المختلف قد بينا انه يجب معرفة المقدار في الثمن والمثمن معا اذا كانا مما يكال او يوزن على الاشهر

ولا يجوز بيع المجازفة وان شوهد لانه غرر وقال ابو على بن الجنيدي لا بأس ببيع الجزاف مما اختلف جنسهما لان المقتضى وهو البيع موجود والمعارض منتف لانها اما مانع الجهالة والجهالة منتف بالمشاهدة او مانع تطرق الربا وهو منتف باختلاف الجنس والجواب المانع نفس جهالة المقدار لكونه غرراً انتهى .

والجواب ما عرفت سابقاً من ان مطلق الجهل ليس بغرر سواء كان بمعنى الخطر او الخدعة والثاني كما ترى وكذا الاول والجهالة مرتفعة بالمشاهدة .

وفي مكاسب شيخنا المرتضى ما لفظه العلم بقدر المثلن كالثلث من شرط باجماع علمائنا كما عن التذكرة وعن الغنية العقد على المجهول باطل بلا خلاف وعن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافاً وان شوهد اجماعاً وفي السرائر ما يباع وزناً فلا يباع كيلاً بلا خلاف والاصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الاخبار المعتبرة منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشتري اتبع مني هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الاخر الذي اتبعت قال لا يصلح الا بكيل قال وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام ويرد عليه اولا ان ظاهره الكراهة وثانياً اشتماله على عدم قبول قول البائع واخباره بالوزن والكيل وهو خلاف الاصحاب وثالثاً توصيفه بطعام سمي بالكيل بعد كون جميع الاطعمة كذلك مما لا يعلم به وجهه وكونه اعراضاً عما كان قائماً على الزرع فمضافاً الى ظهوره فيما اسقطه وحصاده الزرع انه لا ثمرة في اخراج هذا القسم فانه لا يصلح كيله كي يخرج به والقيد انما صح فيما يتصور كلال القسمين والعمدة ظهوره في الكراهة لنص لفظ الكراهة وظهور لا يصلح في الموضوعين فيها ولا يصغى الى هذا القول بعد ظهوره في المعنى المصطلح .

ومما يوهن ذلك عدم اختصاص الكيل والوزن بالطعام بل يجري في الكل فالدليل اخص من المدعى وبما ذكرنا يظهر ضعف ما افاد شيخنا في مكاسبه فراجع قال في الحدائق ما لفظه قال المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد - بعد قول

المصنف « ولوباع المكيل والموزون والعدد جزافاً ، كالصبرة بطل وان شوهده »
 مالفظه : اعتبارهما فيهما هو المشهور بينهم ، ولكن مارأيت له دليلاً صالحاً ، وادل
 مارأيتة حسنة الحلبي فى الكافى - ثم ساق الرواية الاولى - و ناقش فى السند بما
 لاطائل فى نقله ، الى ان قال : وبقي فى المتن شىء ، لانها تدل بظاهاها على عدم
 الاعتبار بخبر البائع بالمكيل ، وهو خلاف ما هو المشهور بينهم وفى الدلالة على
 المطلب ايضاً تأمل للاجمال ، وللاختصاص بالمكيل والطعام فى قوله « ما كان من
 طعام سميت فيه كيلاً » ولقوله « هذا مما يكره من بيع الطعام » وكأنه لذلك قال لبعض
 بجواز بيع المكيل والموزون بدونها مع المشاهدة ، ويمكن القول به مع الكراهة ،
 ويؤيد الجواز الاصل ، وعموم ادلة العقود ، ويدل عليه بعض الاخبار ، مثل ما ذكر
 فى جواز بيع الطعام من غير قبض انتهى .

وهو جيد مضافاً الى خلافه من بعض الاعلام كالسيد المرتضى والشيخ ويدل
 على الجواز ايضاً خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله البصرى « سألت أباعبدالله عليه السلام
 عن الرجل يشتري بيعاً فيه كيل أو وزن بغيره ثم يأخذه على نحو ما فيه فقال : لأبأس »
 وهو صريح فى الجواز .

ومن العجيب ما افاد فى الجواهر بعد الخبر بقوله من المحتمل قوياً كون بغيره
 فيه يعيره بالمشات التحتانية والعين العهملية من التعبير فصحف انتهى .

فعلى الفقيه ان يكون نظره الى ما يستقار من كلام الرسول والائمة فانه هو اهم
 ما يجب على الفقيه لاملاحة موافقة الاصحاب ومخالفتهم فلو كان الناظر الى كلماتهم
 يعلم بظهور كلمات الائمة (ع) على خلافهم يجب عليه المخالفة من دون ريب
 والافلو كان نظر الفقيه هو مجرد المخالفة للاصحاب ولو مع قطع النظر عن الاخبار
 فهو خارج عن درجة الانسانية فضلاً عن كونه من الاتقياء والكبراء .

وكيف كان فلا اقيم دليل على بطلان المعاملة بالمشاهدة ومعها كان الحكم
 بالبطلان لمجرد التقليد و متابعة الاصحاب و القاء كلمات الائمة فكمن الفتاوى
 المتفقة عليها كان منشأ فتوى الشيخ ره بوحدته فصار بعده الاجماع .

ومن جميع ما ذكرنا ظهر ما في عبارة صاحب الجواهر قده فانه بعد نقل خبر البصرى وخبر عبدالملك بن عمر «قلت لابي عبدالله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية او اثنتين فانهما ، ثم اخذ سائره على قدر ذلك قال : لا بأس » وحمل خبر البصرى وغيره من الاخبار عليه قال مالفظه :

المراد منها اعتبار بعض المبيع على وجه يشهد بصدق البايع فى الاخبار بالتساوى أو تحصيل الطمأنينة بذلك بحيث يرتفع صدق الغرر فى البيع ، بل لعل تصديق البايع من دون اعتبار كذلك ايضاً ، فان الشراء منه بناء على صدقه فيما أخبر به ، لا يعد من شراء المجهول و الغرر ، المجازفة قطعاً ، فانا لانعتبر فى المعلومية أزيد من ذلك ، بعد تظافر النصوص بها كما هو واضح لدى كل مجرد عن حب مخالفة الاصحاب الذين هم حفاظ المذهب و حماته وقوامه وهداته ، جزاهم الله عن إيتام آل محمد خير الجزاء وشكر سعيهم انتهى

وانت اذا تأملت فيها بعين الانصاف ترى انه قد تخرج عن طريق الانصاف حتى نسب مثل المقدس الاردبيلى فى فتواه بجواز المشاهدة انه كان فيه حب مخالفة الاصحاب فقد نسب فعل من كان فى غاية الخساسة والبعد عن طريق الانسانية الى مثله مع انه فى غاية الشرافة بل ولم ير الزمان بمثله من حيث تزكية النفس والاجتناب عن هوى النفسانية .

فعلى قوله لم يكن الاردبيلى من مصاديق مخالف لاهواه مطيعاً لامر مولاه نعوذ بالله تعالى من خطوات الشيطان فالفقيه من كان همه وجده فهم كلمات الرسول والائمة الاطهار ولو كان على خلاف فهم العلماء الابرار وليس خطائهم وخلافهم فى الفتاوى اول قارورة كسرت فى الاسلام .

وكم افتى السابقون بشئ عليم فى كلام المتأخرين منه عين ولا اثر وبالعكس ومع ذلك كل فى طريق الهدى واطاعة امر المولى ولهم مقام الى الله تعالى بما لعين رأت ولا اذن سمعت والمتصف بحب مخالفة الاصحاب بعيد عن السواقع بمراحل ولا يلبق ادخاله فى جملة الابرار وما بعد ما بينه وبين من لم ير الدهر بمثله فى مقام تزكية

النفس فراجع احواله فى محله ثم بعد غفلته فده عن ذلك وتعبيره فى حقه تارة بالخرافات واخرى بالوسوسة وثالثة بمثل هذه العبارة الركيكة يرد عليه فده اولامافى حمل لقطه بغيره فى خبر البصرى على التصحيح .

وثانيا حمل مضمونة على خبر عبد الملك بن عمر مع ان بينهما بون بعيد وثالثا عدم تدبره فى جميع الروايات وما يستفاد منها مع سهولة الشريعة اليها فالحق ما افاد الاردبيلى وصاحب الحدائق حيث وافقه وجعلهم الله وجميع الاصحاب فى اعلى عليين وقد ظهر من جميع ما ذكرنا عدم ظهور الروايات مجموعا فيما ذكره الاصحاب والحكم بالبطلان و جعل المبيع عند المشتري بمنزلة الغصب و ترتيب احكام الغصب عليه.

ويمكن التمسك للمنع ببعض آخر من الروايات مثل الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة قال سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن بغير كيل ولا وزن فقال اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه اذا اخذه المشتري الاول بكيل او وزن وقلت له عند البيع انى اربحك كذا وكذا .

ورواية ابان عن محمد بن حمران قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله قال لا بأس قلت ايجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل قال اما انت فلا تبعه حتى تكيله .

وفى دلالتها تأمل فلا يزيد على الكراهة بل هى مقتضى الجمع بين الروايات ونظيرهما فى عدم الدلالة فحوى رواية ابى العطار و فيها قلت فاخرج الكروا الكرين فيقول الرجل اعطنيه بكيلك فقال اذا ائتمنتك فلا بأس .

واما رسالة ابن بكير عن رجل سئل ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل فقال اما ان يأخذ كله بتصديقه و اما ان يكيله كله فهى لعله خارج عن المقام حيث انها ظاهرة فى استيفاء المبيع بعد الشراء بمعنى ان المشتري اشترى الكل من الجص و يأخذ بعضه كيلا وبعضه بغير كيل ومن المعلوم

انه ح يمكن اخذه انقص مما كان مستحقاً فلا يجوز قطعاً لعدم براءة ذمة البايح الا باقباضه تمام ما يستحقه المشتري من دون نقص.

و يؤيده ايضاً قول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي «لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر» و قال : في الاخر لا يحل للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر قلت فان الرجل يستأجر للكيل الكيال فيكيل له بمد بيته لعله يكون اصغر من مد السوق ولو قال هذا اصغر من مد السوق لم يأخذ به ولكنه يحمله ذلك ويجعله في امانته فقال : لا يصلح الامد واحد والامناء بهذه المنزلة

و صحيح سعد «عن ابي الحسن عليه السلام سأل عن قوم يصغرون القفزان يبيعون بها قال : اولئك الذين يبخسون الناس أشياءهم».

فان الظاهر منها هو دفع المبيع ناقصا عما كان اللازم عليه دفعه كما اشار عز من قائل ويل للمطففين الخ فهو اجنبى عما اذا شاهد المشتري المبيع و رضى بما كان باى مقدار كان و بينهما بون بعيد فان الاول باع مقداراً معين لكن فى مقام القبض قبض انقص فانه الظاهر من قوله ان يبيع بصاع غير صاع المصر فان الظاهر كون صاع المصر ازيد فلا يصلح له ان يبيع بغير هذا الصاع الذى انقص من صاع البلد فربما كان فى ذهن المشتري صاع المصر فلا بد ان يبيعه بصاع المصر لا لانقص وكذا الاخير ان خصوصاً الاخير فالرواية فى مقام ذم الذين يبخسون الناس اشياهم .

والحاصل تارة يقع البيع بكيل المصر و فى مقام القبض قبض بكيل آخر انقص منه واخرى بكيل غير كيل المصر بحيث يقع التراضى عليه مع احتمال كونه انقص من كيل المصر مورد الروايات هو الاول وما نحن فيه هو الثانى فهما مقامان مختلفان هذا مضافاً الى ما عرفت من بعض الاخبار من الكراهة وحيثئذ كان عمومات البيع بدون قيد محكمة خصوصاً قوله تعالى وتجارة عن تراض

وبالجملة الظاهر من جميع الادلة بضميمة سهولة الشريعة هو كفاية ما ترتفع الجهالة اجمالاً سواء كان بالوزن او الكيل او المشاهدة المحتمل لتفاوت يسير بل

الجميع ارشاد الى عدم حصول النزاع والتشاجر بين الناس لانه فعل حراماً ومعصية لو اخذ جزافاً او عدم حصول الملكية للثمن والمثمن كما هو لازم البطلان فيجري عليهما احكام الغصب خصوصاً بعد بناء عرف عصرنا الحاضر على المسامحة في جميع بيوعهم ومعاملاتهم خصوصاً في المعاملات المعاطاتية لوقلنا بفسادها. خصوصاً في الحقيرة وخصوصاً في مثل الاطعمة المطبوخة مما يسمى بالفارسية بحليم وآش وچلو و كله پاچه حيث ان بناء البايح دفع مقدار معين منها واخذ مقدار من الثمن والغالب فيها يسمى المشتري الثمن ويعينه ويقول اعط منها عشرة دراهم مثلاً ويعطيه البايح على ميله ورأيه و ليس البناء في اكثر الاشياء على تعيين الثمن او المثمن و لا يخطر ببالهم الغرر والخطر والجهل والخدعة (باى معنى اريد من الغرر.

بل الغالب كما عرفت تعيين الثمن فى المعاملة والتصريح بمقداره دون المبيع بل لا يكون مقدار عطاء البايح باختيار المشتري ولا يقدر على رده وعدم قبوله كما هو الغالب فى الطباخ حيث يعطيه المطبوخ باختياره و ميله فى مقابل عشرة دراهم مثلاً و الغالب كيله بمثل الملحقة مما لا يسمن و لا يغنى من تعيين بل هى مجرد آلة اعطاء المطبوخ و الجص غالباً يباع حمل حمار او ملاء ظرف بمقدار من الثمن المعين بحيث لا يعلم كون الحمل او الظرف باى مقدار كان و هكذا الخضروات وهكذا اكثر مصالح البناء والبناء فاكثر الاشياء يباع جهلاً بمقداره مع ثمن معين سماه المشتري بحيث لا يحصل للمشتري علم بمقداره الا بمشاهدة مقدار مجهول.

والخبز فى عصرنا الحاضر يباع عدداً فواحد منها بتومان مع معين انه لا يعلم وزن الخبز اصلاً فلا يكون من شرائط الصحة على ما قاله الاصحاب الا التراضى من الطرفين والمصالحة منهما عليه فلو صح التمسك بالغرر لكان جميع المعاملات الا نادراً فاسدة باطلة بل محرمة ولا ظن كون بناء الشرع عليه ولا دليل صالحاً على ذلك الا ما يظهر منه الكراهة او الارشاد الى عدم وقوع نزاع بين الطرفين فيحسن مراعات ذلك حتى المقدور وسيأتى ايضا بعض الكلام عند تعرض المصنف لبيانه.

و مجمل الكلام عدم صحة التمسك لكل مجهول بحديث الغرر لما عرفت ان كنت من اهل الانصاف و عدم اغترارك بسبب كلمات الكثير بل الجميع فانه قد انسد سلوك طريق الوصول الى الحق ولو كان القائلون به من الاساطين الذين بهم قوام الدين .

والمحصل الاشكال في النبوى من حيث السند في غير محله ومن حيث الدلالة يدور بين المعنيين الخطر والخدعة والثاني في غاية البعد اذ الخدعة امر مخفى للمخدوع و ظاهر للخادع وليس ذلك يصدق فيمن باع واشترى الموزون بالكيل جزافا بالمشاهدة اذ بنائهما على النقل والانتقال في هذا المقدار الذي مجهول عندهما لا خصوص احدهما والمشتري اشترى هذا المقدار الذي شاهده المحتمل للقلّة والكثرة عما سماه البايع واما الخطر فهو كذلك اذ لا خطر في اقدام بمثل هذه المعاوضة وبما احتمل عدم وصول المبيع في ديدنه بعدما كان جبره بالخيار او الفسخ .

قال بعض المحققين في صلحه ما لفظه ومن هذا يظهر السر في جواز الاكتفاء بالاوزان المتعارفة في البلد مع الجهل بها تفصيلا كالوقية والحقة والوزنه في بلادنا فان المترددين لا يعرفون منها الا الاسم بل اهل الامصار لا يعرفون غالباً الاوزان المتداولة في بلادهم تفصيلا ولم يفت احد بوجوب استعمال المقادير على الناس وبطلان معاملته من لا يعلم بها وليس الالعدم جرى العادة على هذا النحو من المكايسة وانما اكتفوا بتعيين العنوان الشايح المتداول المتعين في الواقع والوجه في دوران صدق الغرر مدار استقرار العادة المكايسة وعدمه ان ما يتسامح فيه عرفا ليس محلا للخطر عندهم فان العقلاء لا يقدمون على ما هو محل للخطر فلا يصدق على ما لا يتحرز عنه العقلاء انه موضع للخطر .

ومما ذكرنا ظهر ما في ما افاده شيخنا المرتضى حيث قال بعد تحقق القول في التقدير بغير ما يتعارف به التقدير:

ثم انه قد علم مما ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين دون الاخر كالحقة والرطل والوزنة باصطلاح اهل العراق الذي لا يعرفه

غيرهم خصوصاً الاعاجم غير جايز لان مجرد ذكر احد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة القدر معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة انتهى.

فان ما ذكره بعينه جار بالنسبة الى اكثر اهل العراق حيث لا يعرفون ان الحقنة كم مثقالا وان المثقال كم حمصا وانه كم شعيرة والقول بفساد معاملة هؤلاء للغرر زور و غرور لا يلتزم به احد لمخالفته للسيرة بل الضرورة.

ويقرب مما ذكرنا ما عن الشهيد ره في شرح الارشاد حيث قال في مسألة تعيين الاثمان بالتعيين عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامة تعيينها غرر فيكون منها عنه اما الصغرى فلجواز عدمها او ظهور مستحقه فيفسخ البيع واما الكبرى فظاهرة الى ان قال قلت لمنع الصغرى لان الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه وما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى .

فظهر منه ان المناط في الغرر كون المعاملة محلا للخطر بحيث يجتنب عنه العقلاء و يذمون ويوبخون من اقدم عليها ولم يعتد بما يتطرق اليها من احتمال الضرر المعتد به عند العقلاء واما ما يعتد به من احتمال الضرر ولم تجر العادة على الاعتداد به والتحفظ عنه فليس غرراً وان كان خصوص هذا المتعامل على خطرفى معاملته نعم قديكون هذا النحو من الاقدام على المعاملة سفها وهو غير الغرر على التحقيق فان بينهما عموما من وجه هذا .

ولكن التحقيق ان بين الاحتمال المجتنب عنه عرفا بحيث لو تركه وبخ عليه وبين الغرر ايضا عموما من وجه لتحقق الاول بدون الثانى فيما لو اشترى شيئا باضعاف قيمته من غير ما يصلح داعياله عرفا بل فى اشتراء ما لا يليق بحاله ولا يحتاج اليه فان اللوم متحقق مع انتفاء الغرر وتحقق الثانى بدون الاول فيما لو اشترى المجهول أو الآبق المرجو الحصول بقيمة نازلة جداً كما لو اشترى ما تردد بين ما قيمته الف دينار وبين ما قيمته خمسمائة دينار فانه لا يوبخ على هذه المعاملة بل انما يوبخ تاركها ويعد من تركها لهذه الجهالة والابهام من السفهاء و كما لو اشترى

الابق المرجوعوده الذى قيمته مائة دينار بعشرة دنانير فان الغرر متحقق فى المقامين مع انتفاء اللوم انتهى وكيف كان فلا دليل على ما افاد القوم وكم من الروايات الواردة فى موارد متشعبة مثل ماورد فى بيع سمك الاجام واوبار الانعام واللبن فى الضرع والمسك فى فأرة غيرها مما سيأتى .

واعجب من الجميع من صح بيع من يفسده الاختبار مع البرائة عن العيوب ولولم يكن لمكسوره قيمة وقد ظهر من جميع ما ذكرنا ان ما افاده المحقق الاردبيلى وتبعه فى الحدائق فى غاية التحقيق والمتانة ولا يصغى بمثل ما فى الجوهر من قوله والتراضى بغير المشروع غير مجد انتهى لما عرفت من ان التراضى وان كان لم يكن باذن الشرع لكن كان باذنهما فيخرج بهذا المقدار عن الغضب فلا يكون بحكمه جدا والله العالم . ثم ان الظاهر من الغرر هو الغرر الشخصى فان المعيار هو رفع خطر الشخص فى المعاملة وعلمه بحال المبيع فاذا لم يحصل له العلم بالمبيع كان غررا ممنوعا لو قلنا به ولو لم يكن بحسب النوع غرريا فلا ينفعه ارتفاع الغرر النوعى لو كان بحسب حاله غررا .

وكيف كان فيكفى معلومية مقدار المشمن ولو اجمالا بالكيل او الوزن او العدد او المشاهدة الموجبة للظن والتخمين بمقدار المبيع وهل المراد بالوزن هو الوزن المتعارف فى زمن ورود الروايات اوفى كل زمان حسب تعارف هذا الزمان .

والمسألة مشكلة فى الغاية من حيث ان الوزن موضوع لكثير من الاحكام كباب الزكاة والكفارات والصوم والربا فلا بد من العلم بالموضوع على نحو عينه الشارع ومن ان المعيار علم احد المتبايعين بوزن المبيع بما هو متعارف عنده وعند اهل بلده فانه المعيار اذا علم به واخبر غيره بوزنه عند بيعه من آخر اذا لم يعلم بذلك كان المبيع مجهولا عنده ولو علم بكون وزنه موافقا لوزن زمن الشارع بداهة انه مضى واهله ولا بد من المعيار الذى يتعارف بين زمانه نعم ان علم بان الاوزان اوزان زمانه من غير فرق كان المعيار هو العلم بوزن زمانه .

لكنه مشكل جدا اذ مضافا الى الفرق بين كما عرفت فى وزنه المثقال فى

الدرهم فى زمانه عنه وزمان المنصور والصادق عليهما السلام فى باب الزكاة انه لايجدى فيما علم بالفرق لان الضرورة قاضية حينئذ بان المعيار زمان القرون الفعلية مع وضوح ان لكل زمان اصطلاح جديد فى الاوزان والاحجار موضوعة للموازن كما سمي فى عصرنا بالكيلو .

و الحاصل المتبايعان لايعلمان الاوزان عصرهما فلا يرفع غررهما الا به نعم مع الشك فى التغيير يجرى اصالة عدم الانتقال الى غيره .

قال شيخنا فى مكاسبه بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشئ مكيلا او موزونا فقد قيل ان الموجود فى كلام الاصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما فى زمن الشارع وحكم الباقي فى البلد انما هو المتعارف فيها فما كان مكيلا او موزونا فى بلد يباع كذا والافلاوعن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق نسبتة الى الاصحاب وربما منع ذلك بعض المعاصرين قائلاً ان دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه عنه على الوجه المذكور غريبة فانى لم اجد ذلك فى كلام احدهم الاساطين فضلا عن ان يكون اجماعا نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى حكم الربا لانه كك بالنظر الى الجهالة والغرر الذى من المعلوم عدم المدخلية لزمانه عنه فى رفع شئ من ذلك واثباته انتهى .

اقول وما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعنى فى شروط العوضين وانما ذكره فى باب الربا حق الا ان المدار وجوداً وعدمياً فى الربا على اشتراط الكيل والوزن فى صحة بيع جنس ذلك الشئ واكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والمعياريه هنا يعنى فى شروط العوضين الا ان الاكثر ذكروا فى باب الربا ما هو المعيار هنا وفى ذلك الباب .

واما اختصاص هذا المعيار بمسئلة الربا وعدم جريانها فى شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع الى ان قال فنقول كلما ثبت مكيلا او موزونا فى عصره عنه فهو ربوى فى زماننا ولايجوز بيعه جزافا فلو فرض تعارف بيعه جزافا عندنا كان باطلا وان لم يلزم غرر للاجماع ولما عرفت من ان اعتبار الكيل والوزن لحكمة سد باب نوع

الغرر لاشخصه فهو حكم لحكمة غير مطردة نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع واعتبار الانضباط في السلم فيه لان في تركه مظنة التنازع والتغابن ونحو ذلك .

والظاهر كما عرفت من غير واحد ان المسئلة اتفافية واما ما علم انه كان يباع جزافا في زمانه عليه السلام فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعا و الظاهر انه اجماعى انتهى .

ولا يخفى انه ليس الكلام في صورة العلم بزمانه عليه السلام او زمان الائمة عليهم السلام بل الاشكال فيما علم بخلاف ذلك كما اذا قطع بان الصاع في زماننا انقص من صاع الذى في زمانه فانه مشكل جداً وان كان الامر سهل بالنسبة الى المقام لارتفاع الجهل والغرر بما هو معلوم عند المتعاملين لكنه بالنسبة الى ما ذكر ونظيره في غاية الاشكال فان الفرض انه ترتب الصاع في زكاة الفطرة على مقدار معين والفرض ان الصاع في زماننا لم يكن بهذا المقدار ولو فرض العلم بذلك فلايجرى قطعا .

نعم مع الشك تجرى اصالة عدم الزيادة على القدر المعلوم في زماننا كما عرفت بخلاف صورة العلم حيث لا بد من الاحتياط بمقدار علم براءة ذمته عنه .

ثم انه بناء على العلم بمقدار المضمن لاشكال في صحة الاعتماد بما اخبر به البايع فيصح الاعتماد على مقدار وزنه بلا كلام قال شيخنا في مكاسبه لو اخبر البايع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور وعبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه ويدل عليه غير واحد من الاخبار المتقدمة وعلى كل تقدير حكمتنا فيه بالصحة فلو تبين الخلاف فاما ان يكون بالنقيصة واما ان يكون بالزيادة فان كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ وبين الامضاء بل في جامع المقاصد احتمال البطلان كما لو باعه ثوبا على انه كتان فبان قطناً ثم رده بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه وانما الفئات الوصف لكن يمكن ان يقال ان مغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقة لا يشبه مغايرة الفاقد للوصف لو اجمعه لأشترهما في اصل الحقيقة بخلاف الجزء والكل فتأمل فان المتعين الصحة والخيار انتهى .

ولا يخفى ما فى احتمال البطلان والفرق بين الكتان والقطن وبين المقام لا يكاد أن يخفى على أحد بداهة انهما من جنسين متغايرين بخلاف الكل والجزء فان الجزء من أجزاء الكل وانهما من حقيقة واحدة غاية الامر احدهما انقص من الاخر ثم انه قد يشكل ايضاً فى ان هذا الخيار من خيار فوات الجزء او الوصف او الغبن والاخير كما نرى حيث ان الغبن هو البيع بما زاد عن القيمة السوقية بخلاف المقام للعلم بها والنقصان ناش من اعتماد المشتري على قول البائع بمقداره .

ونظيره فى الضعف توهم كونه من فوات الوصف اذ الوصف من الاموات الزائدة على الذات والحقيقة بحيث لو فقدت جميع اوصاف الموصوف كان ذاته بحاله بل ولو اتصف بصفات ضد الصفة الاولى كتبدل البياض بالسواد والشجاعة بالجبن والامية بالكتابة بخلاف فقدان الجزء حيث انه بانتفائه ينتفى الكل فان عشرين منا من الحنطة تغاير الثلاثين منها جداً وتماثل الكلام فى محالها .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال فى أنه ﴿يجوز اتباع جزء من﴾ كل ﴿معلوم﴾ لامجهور والا تجهل المبيع بجمله بخلاف ما اذا كان معلوماً بنفسه والجزء المبيع معلوماً ايضاً ﴿بالنسبة﴾ اى معلوم النسبة كالثلث والربع ﴿مشاعاً﴾ فاذا كان الكل المعلوم كالصبرة المعينة ثلاثين منا كان ثلثه عشرة امانان فهو معلوم ولذا لا يصح ذلك من المجهول .

فان تعيّن الثلث منه وان امكن كما جعل كلا مجهولاً لثلاثة اقسام متساوية ولكنه لا يعلم وزن كل ثلث الا فى صورة كون وزن الكل معلوماً نعم لو لم يكن بعنوان الكسر بل بعنوان الصاع والمن لصح من الكل المجهول اذا كان مشتملاً على مقدار الجزء كما صرح بذلك فيما يأتى ﴿سواء﴾ كانت أجزائه متساوية ﴿كما فى المثلثات كالحبوب والادهان﴾ او متفاوتة ﴿كالجواهر والحيوان وفى اللعة وشرحها فيصح بيع نصف الصبر المعلومة المقدار او الوصف ونصف الشاة المعلومة بالمشاهدة او الوصف انتهى .

وبالجمله فى المثلثات يجوز البيع سواء كان بالاشاعة او التعيين وفى القيميات

بنحو الاشاعة دون التعيين فصح البيع بنحو الاشاعة قيماً او مثلياً بخلاف القيميات فلا يصح الاشاعة ولذا قال ﴿ولا يجوز ابتياع شىء مقدر﴾ معلوم ﴿منه﴾ اى من هذا المعلوم ايضاً بدون قصد الاشاعة ، ﴿اذا لم يكن متساوى الاجزاء كالذراع من الثوب والجريب من الارض أو عبد من عبيدين او من عبيد او شاة من قطع﴾ .
وفى الحدائق قد صرحوا بأنه يجوز ابتياع جزء معلوم بالنسبة كالنصف والثالث - مثلاً - مشاعاً ، تساوت اجزأه كالحبوب والادهان او اختلفت كالجواهر والحيوان ، اذا كان الاصل الذى بيع جزؤه معلوماً بما يعتبر فيه من كيل او وزن او عدد او مشاهدة ، فيصح بيع نصف الصبرة المعلوم المقدار والوصف ، ونصف الشاة المعلوم بالمشاهدة او الوصف انتهى .

وقد عرفت نظيره من الشهيد ولعل تمثيلهما لمختلف الاجزاء بالشاة دون الذراع من الكرباس والثوب لاجل عدم كون الكرباس والثياب من مختلف الاجزاء كما ستعرف مفصلاً خلافاً لكثير قال فى التذكرة لوقال بعتك من ههنا عشرة اذرع فى جميع العرض الى حيث ينتهى الذرع طولاً فالاقرب عندى البطلان لاختلاف الذراع والجهل بالموضع الذى ينتهى اليه وللشيخ قول بالجواز وهو أصح وجهى الشافعية انتهى ظاهره جعله من مختلف الاجزاء .

وقال ايضاً لوباع مختلف الاجزاء مع المشاهدة صح كالثوب والدار والغنم ، بالاجماع ، وكذا لوباع جزءاً منه مشاعاً كنصفه او ثلثه او جزءاً معيناً كهذا البيت وهذا الرأس من القطيع انتهى .

وفى القواعد قال ولو باع ذراعاً من أرض او ثوب يعلمان ذرعهما صح ان قصد الاشاعة وان قصد معيناً بطل انتهى .

فحيث كان كلامه فى المختلف الاجزاء فصححه اشاعة دون قصد التعيين بخلاف متساو الاجزاء اى المثليات فيصح مشاعاً او ممتازاً ووجهه تعسر التعيين فى المختلف الاجزاء كالحيوانات مثلاً نعم فى كون الكرباس والثوب من مختلف الاجزاء كلاماً يأتى .

وقد حكى شيخنا وجه البطلان فى غير الاشاعة عن كاشف الغطاء فقال مالفظه قال بعض الاساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة ما بيع الذراع من الثوب والارض الراجع الى بيع الكسر المشاع قال وان قصد امعيناً او كلياً لاعلى وجه الاشاعة بطل لحصول الغرر بالابهام فى الاول وكونه بيع المعدوم وباختلاف الاغراض فى الثانى غالباً فيلحق به النادر وللإجماع المنقول فيه الى ان قال والظاهر بعد امعان النظر ونهاية تتبع ان الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى وبالعكس وارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهية ولعل الدائرة فى الشرع اضيق وان كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين وفهم الاصحاب لانهم ادري بمذاق الشارع انتهى ولقد اجاد حيث التجأ الى فهم الاصحاب فيما يخالف العمومات انتهى وفى الجميع والحكم بالجودة ما لا يخفى كما يظهر وجهه الان .

وفى مفتاح الكرامة بعد العبارة قال مالفظه اما الصحة فيما اذا قصد الاشاعة فكأنها مما لاخلاف فيه واما البطلان فيما اذا قصد معيناً فقد نص عليه فى الشرايع والتذكرة ونهاية الاحكام والارشاد والمختلف والدروس والمسالك والكفاية وغيرها الى ان قال وفى مجمع البرهان نسبه الى أكثر العبارات لانه كما لو قال بعتك شاة من قطيع لان المسألة مفروضة فى مختلف الاجزاء وفى المبسوط والخلاف اذا قال الدار مائة ذراع بعتك عشرة ذراع منها صح وتبعه على ذلك ابن ادريس والقاضى فيما نقل لانه عشر الدار .

وقال فى المختلف ان التحقيق انه ان قصد الاشاعة صح والا كان باطلا لانه يكون مجهولاً اذ الذراع اشارة الى بقعة معينة فاذا لم يعينها بطل وقد تأمل المولى الاردببلى فى المسألة وتبعه صاحب الحدائق .

قال فى مجمع البرهان لم يقد دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فانهما اذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من اى رأس اراده المشتري او من اى جانب كان من الارض فما المانع من صحة هذا العقد بعد العلم بذلك مع ان الغالب

هو التساوى بمعنى عدم تفاوت الاجزاء تفاوتاً مستلزماً لتفاوت فى القيمة انتهى .
قال وفيه بعد ما عرفت منع التساوى فى الجميع بل كثيراً ما تتفاوت اجزاء
الثوب و الارض كما هو مفروض المسألة و تساويهما فى بعض لا يلحقهما بالتماثل
فتأمل وقال الاستاذ الشريف دام ظله فى اثناء تقريره منذ عشر سنين ليس المرجع
فى التماثل والاختلاف الذى يترتب عليه الحكم الى عرف العام ولا الى اللغة لانهما
يحكمان على المختلفين بالتماثل كما يقولون زيد مثل عمرو و هذا الثوب مثل
هذا الثوب فتعين ان المرجع فى هذا التماثل والاختلاف الى الفقهاء والى ما اصطلحوا
عليه الى آخره .

ولا يخفى ان اصل المسألة وان كان كأنه اتفانى اذ مختلف الاجزاء صح بيعه
مشاعاً لكن الكلام كما عرفت من مجموع العبارة فى ان الثوب و الارض من مختلف
الاجزاء وهو محل تأمل بل منع فان مثل الثوب و الكرباس من متساوى الاجزاء بل
وساير الثياب و الالبسة كذلك فان الكرباس و ساير الثياب و الالبسة انما نسج على
نسيج واحد مع طوله من غير فرق اصلاً فى ذلك فالنسيج واحد و القطن واحد
و النساج واحد و كان الجميع على الادوات الغير المتفاوتة فنسج الاقمشة بتمامها
وانواعها واصنافها مع طول المجموع الذى يقال له بالفارسية (توپ فاستونى و توپ
كرباس) وغيرهما بنحو لا يتفاوت من اولها الى آخرها بحيث كان رأسها مع وسطها
و آخرها واحد نسجاً و جنساً و ظرافة و خشونة و كذا ساير البسة سواء كان من
قطن او صوف او وبر فالجميع واحد مع جنس واحد و كذا الاراضى من حيث
الجنس .

نعم قد تفرق من حيث ما يعرضها من الامكنة و المحل قرب ارض واقعة فى
مكان يكون لها الاعلى القيم بخلاف غيرها و كذلك بالنسبة الى البلدان و كذلك
فى مكان واحد كان بعضها اعلى قيمة من بعضها الاخر باعتبار كونها انفع من غيرها
و هذا لا يوجب كونها مختلفة الاجزاء اذا الظاهر كونها بحسب ذاتها و جوهرها لا
بحسب طرو الطوارى فبيع الارض و الكرباس و الاقمشة باجمعها من متساوى الاجزاء .

وبالجملة وان وقع نزاع عظيم من الاصحاب فى تعريف القيمى والمثلى طرداً وعكساً كما عرفت ووقع فى كل منهما النقص والابرام .
وقد عرفت بما ذكرنا سابقاً ما اندفع به كثير من الاشكالات للفرق بين اجزاء نوع من الحنطة مع نوع آخر فيكون نوع من الحنطة مثلياً مع هذا النوع لالنوع الاخر وهكذا القيميات لكن جميع التعريفات صادق على تساوى اجزاء البسة والثياب بعد لحاظ نوع بالنسبة الى هذا النوع و صنف بالنسبة الى هذا الصنف فيكون من المثليات .

وكذا الارض سلمنا كونها من مختلف الاجزاء لكن ليس كل ما كان كذلك مما يوجب الجهل والغرر فالطاقة من الكرباس المطوى المنسوج على نسج واحد سواء باع خمسة اذرع من رأسه تعييناً او وسطه او آخره لاغرر ولا جهل فيه ولو سلم لما كان مضرراً بالبيع والعلم بحال المبيع اصلاً فهذه العبارات من الاصحاب رضى صغرى وكبرى ممنوعة .

بداهة انه لو لم يصح بيع مثل الثوب والارض الا اشاعة لاحتمال تفاوت يسير لما صح اكثر المعاملات فى هذا العصر بل من عصر الائمة الى زماننا هذا بل لم يعهد البيع بنحو الاشاعة فان طاقة الكرباس المطوى الموضوع فى دكان البزاز يتعارف بيعة من اول الطاقة الى ان يتم فلا يقع البيع بنحو الاشاعة بل لا يتصور الاشاعة فيه فانه قبل البيع كان تمامه ملكاً للبائع وليس هو شريكاً مع الغير كى يكون مشاعاً بينه وبين شريكه ولا يتصور ايضاً بينه وبين المشتري لما عرفت من ان المتعارف فى بيع جميع الاقمشة هو الذراع بمقدار شاء المشتري من اول الطاقة الى ان لا يبقى منه شىء فاذا قال المشتري معنى خمسة اذرع اراد هو خمسة اذرع من اول الطاقة سواء كان من اوله ابتداءً او اوله من الباقي و البائع ايضاً يذرع خمسة من الاول الباقي من الطاقة فهو يكون معيناً من دون الاشاعة فالبيع بنحو الاشاعة غير متصور فى جميع الاقمشة والالبسة ولا يعهد ان يقال بعتك خمسة اذرع مشاع من هذه الطاقة بحيث كان كل جزء منها مشاعاً بينه وبين المشتري و اى منها اراد

اعطاها البايع .

نعم هو متصور في الاراضى فانه كما يباع مقدار من العرصة مشاعا فكذلك معيننا كما اذا اختار المشتري مكانا خاصا منها .

والحاصل ليس مثل الارض والثياب من مختلف الاجزاء اولا ولا يتصور

البيع فى الثياب بنحو الاشاعة ثانيا ولا يبطل لو باع بغير الاشاعة ثالثا

ثم انه لو فرض الشك كان المرجع فيه هو العرف واللغة ومن العجيب هو

الاعراض عنها الرجوع الى كلمات الاصحاب مع ان الفرض هو خلافهم فيه فالمناقشة

من بعض المتأخرين فى محله

ثم ان ظاهر عبارة القواعد يعلمان ذراعهما ظاهر فى ان اللازم هو العلم بمجموع

الكرباس المطوى لهما بحيث اذا اراد المشتري ان يبيع ذراعين من الثياب علم

بأذرع هذا المطوى وسئل البايع عن مقدار اذرع الكل حتى صح له بيع بعضه وهو

عجيب مع ان البايع لم يعلم مقدار الكلى اذا بلغ مقدار الاواسط ولم يكن ذلك مرسوما

ابداً ولم يكن سثوالا عن مقدار الكل اصلا بل اى مقدار اريد قطع من الكلى

المسمى [به توب] سواء علم البايع مقداره ام لا

ثم من العجيب جعل مثل المطوى من الكرباس المعلوم عند البايع ذراعه

والمجهول عند المشتري مثل الصبرة من الحنطة فى ان اللازم هو العلم بنفس الصبرة

وجعل مقدارها مبيعا فان الصبرة اذا اراد بيعها ثلثاً او نصفاً وهكذا يتوقف على العلم

بجموعها كى يعين ثلثه او نصفه بخلاف الكرباس فلا يتوقف البيع على العلم بجموعه

بل اللازم هو علمه بمقدار المبيع كالذراع او الذراعين او عشرة اذرع مثلا فيطلبه من

البايع واعطاه بمقدار ذراع معين من الدرهم سواء علم مقدار المطوى من الكرباس

ام لا بل الصبرة ايضاً كذلك فانه تارة يريد بيع ثلثها او نصفها فهو يتوقف على العلم

باشتمالها عليه

واما اذا اراد بيع صاع او صاعين من هذه فلا يتوقف على العلم بمقدار جميعها

فبييع البايع من الصبرة المعلومه عنده او المجهولة الى ان تنتهى الى آخرها حتى صح

ان يقول المشتري بعنى ثلاثة صياح و كان الباقي من الصبرة ايضا بهذا المقدار تقريبا فصح المعاملة جدا .

واذا انتهى اليه الكلام فلا بأس بالاشارة الى اقسام صور المثليات والقيميات الاولى ان يبيع ثلثا او نصفا من صبرة معلومة الوزن فصح بلا كلام الثانية ان يبيع صاعا او صاعين او صاعاً من صبرة مشتملة على المبيع وزنا. الثالثة ان يبيع صاعا او صاعين مثلا من صاع متفرقة فلا اشكال ايضا فى الصحة لو كانت الصيعان متساوية وزنا وقيمة الرابعة هذه الصورة ولكن كانت مختلفة وزنا فلا يصح الا اذا عينها قبل البيع وشاهدها المشتري فباع بعد ذلك ففي الجميع الا الرابعة صحيح ويكون المبيع فى الاوليين كسر أمشاعا وفى الاخير بنحو الكلى فى المعين هذا فى المتساو الاجزاء

وهكذا فى الاقمشة والكرابيس فتارة اشترى ثلث الطاعة او نصفها من طاعة علم باشمالها على المبيع واخرى ثلثاً او نصفاً معيناً منها قبل البيع او ذرعا كذلك وقد عرفت او لا كون الاقمشة جميعها من متساو الاجزاء وثانيا صح البيع مطلقا ولو كانت مختلفة الاجزاء مشاعا وممتازاً كما عرفت مفصلا

وكيف كان فبين تلك العبادات وبين سهولة الشرع بون بعيد قال فى الحدائق ما لفظه قالوا ولو قال بعتك كل قفيز منها بدرهم لم يصح ولو قال بعتكها كل قفيز منها بدرهم فالمشهور انه لا يصح ايضا خلافا للشيخ ونفى عنه البعد فى الكفاية ظاهر العبارة فى الاول هو البطلان مطلقا بخلاف الثانى فان المشهور فيه البطلان لا عند الكل والفرق بينهما ان البايع لم يعلم مقدار اختيار المشتري من الصبرة المعلومة وانه هل يختار قفيزاً او قفيزان او القفز ان بخلاف الثانى فان الظاهر من قوله بعتكها هو بيع جميع الصبرة ففي الصورتين كان قيمة المبيع معلومة وهى كل قفيز بدرهم والفرق بين كون الصبرة باجمعها مبيعا كما فى الاول واحتمال عدمها كذلك كما فى الثانى وانت اذا تأملت فى الروايات تجد ان امثال ذلك اجنبية عن مفاد اخبارهم ولذا كان المحكى عن الشيخ الصحة وليت شعرى انه على تسليم العلم بالمبيع كان

معناه علم المشتري بذلك لاعلم البايع و علم المشتري ايضاً بوزنه بحيث لا يكون مجهولاً عنده و هنا يرجع الى علم البايع وان المشتري هل يختار قفيزاً او قفيزان او الكل بعد علمه بان اي المقدار اختار كان وزنه و قيمته معلومين فمن اي دليل يعلم فساد مثل ذلك .

ويمكن ان يكون مرادهم بالاول ما كان الصبرة مجهولة وبالثاني معلومة وبيعه ظاهر بعض العبارات قال السلطان في حاشيته عند قول الشارح لايبيع كل قفيز منها بكذا ما لفظه لان مجموع المبيع مجهولاً بخلاف السابق انتهى ونظيره عبارة المسالك وسياتي في محله و السابق هو بيعها كل قفيز منها بكذا فان الظاهر من بيعها بيع كل الصبرة حيث جعله الشارح فيما يصح بيعه .

وبالجملة على فرض صحة العلم بالمبيع هو العلم بمقداره ووزنه لالعلم باي مقدار منه اراد مع معلومية اي مقدار اريد لكن يحتمل من بعض العبارات كون الاول الباطل هو صورة الجهل باصل الصبرة وصورة الصحة ولو خلافاً هو العلم بها حيث قال بعد العبارة التي نقلناه عنه ما لفظه ايضاً .

وظاهر هذا الكلام هو صحة هذه الاحكام ، اعم من ان تكون الجملة مجهولة او معلومة ، وخص في الدروس البطلان في الصورة الثانية بما اذا كان المجموع مجهولاً .

قال : ولو كان قال «بعتموها كل قفيز بدرهم» بطل مع الجهالة . و ظاهر الشيخ الصحة مطلقاً . انتهى .

قال في الروضة : واعلم ان اقسام بيع الصبرة عشرة ، ذكر المنصف بعضها منطوقاً وبعضها مفهوماً وجملتها : انها اما ان تكون معلومة او مجهولة ، فان كانت معلومة صح بيعها اجمع ، وبيع جزء منها معلوم مشاع ، وبيع مقدار كقفيز تشتمل عليه ، وبيعها كل قفيز منها بكذا لايبيع كل قفيز منها بكذا والمجهولة تبطل في جميع الاقسام الخمسة الا الثالث . انتهى .

ومنه يعلم : ان بيعها كل قفيز بكذا يصح مع المعلومية ، ويبطل مع المجهولية الاعلى

قول الشيخ، حيث نقل عنه الصحة مطلقا.
واما بيع كل فقيز منها بكذا فهو باطل مطلقا ، وبه يتبين ما فى الكلام الاول
من الاجمال .

وقد صر حوا - ايضا - بأنه لا يجوز ابتعا شىء مقدر غير معين منه، اذا لم يكن
متساوى الاجزاء، كالذراع من الثوب، والجريب من الارض، وعبد من عبيد، وشاة من
قطيع . ولوعينه من جهة ، كما لو قال : من هذا الطرف الى حيث ينتهى ، ففى
صحته قولان، اشهرهما : الصحة ويجوز ذلك فى المتساوى الاجزاء ، كالقفيز من الكر
اقول : لا يبعد التفصيل فى هذا المقام، بان يقال بعدم الصحة فى نحو عبد من عبيد
او عبد، وشاة من قطيع . والصحة فى نحو ذراع من الثوب وجريب من الارض لحصول
المجهولية فى الاول فيبطل البيع لذلك، لتفاوت افراد العبيد و افراد الشاة تفاوتاً فاحشاً
بخلاف اجزاء الثوب و اجزاء الارض، اذ الغالب فى الثوب المصنوع ان تكون صنعته
من اوله الى آخره على نهج واحد وكذلك الارض وحينئذ فلا فرق بين ان يبيعه ذراعاً
معيناً مشاراً اليه - كما اعترفوا بالصحة فيه - ولا بين ان يبيعه ذراعاً من اى طرف
اراد المشتري وهكذا فى الارض .

ثم ايد ذلك بما حكاه عن الاردبيلى فى شرح الارشاد فقال حيث قال - بعد ان
نقل عنهم المنع من عدم تعيين الموضع، والجواز مع تعيينه، كأن يقول - ابتداء - :
الذرع من هذا الرأس وابتداء الجريب من هذا الجانب من الارض - ما لفظه : وفيه
تأمل، اذ لم يقم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فانهما اذا تراضيا على ذرع من هذا
الكرباس من أى رأس اراد المشتري او من اى جانب كان من الارض، فما المانع
بعد العلم بذلك مع ان الغالب هو التساوى فى طول ثوب الكرباس - مثلاً - وارض
متصلة الاجزاء بمعنى عدم تفاوت بين اجزائها المستلزم لتفاوت فى قيمته فتأمل فيه
انتهى ولقد اجاد واتى بما هو فوق المراد .

وفى الجواهر بعد هذه العبارة قال وكأنه لحظ ما ذكرناه وان زاد بالمعية أخيراً
فى المناقشة ، فى خصوص الارض والثوب بأنه ربما كانت متساوية الاجزاء، فمافهمه

منه في الحدائق من اختصاص خلافه في خصوص ذلك من مختلف الاجزاء ، حتى أنه هو قد اختار التفصيل في مختلف الاجزاء بذلك في غير محله ، ضرورة اتحاد المدرك في الجميع ، بناء على ما ذكرناه انتهى .

﴿ وكذا ﴾ صرحوا في البطلان فيما ﴿ لوباع قطعياً ﴾ من الغنم مثلاً ﴿ واستثنى منه شاة أو شيئاً غير مشار الى عينها ﴾ وفي الجواهر لان الجهالة في عين المخرج جهالة في المخرج منه الذي هو المبيع من غير خلاف انتهى .

وفي التذكرة لوباع قطعياً واستثنى شاة معينة صح البيع ، وان لم تكن معينة بطل ، وهو قول أكثر العلماء لان النبي ﷺ نهى عن الثنيا الا أن يعلم ونهى عن الغرر ، ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال الاشاة مطلقة وقال مالك يصح ان يبيع مائة شاة الاشاة يختارها ، او يبيع ثمرة حايطه ويستثنى ثمرة نخلات بعينها انتهى .

وهو لعلة في محله اسكان ان يقال لو كان افراد القطيع متساوسنا وسمناً بحيث كان التفاوت يسير لادليل على منعه اذا الغرر مع ما عرفت فيه يسير اذا التفاوت بالنسبة الى المبيع في غاية القلة فهو في متساو الاجزاء نظير بيع صبرة كيلا المحتمل للزيادة والنقصية بمقدار قليل كان التفاوت فيها اكثر من استثناء غنم من القطيع ولا يظهر من الروايات العلم بحال المبيع بحيث لا يكون قابلاً للزيادة والنقصية ولو قليلاً اصلاً نعم لو استثنى اكثر من ذلك كثلثه او رבעه او نصفه لزم التعيين جداً والاي بطل قطعاً .

﴿ و ﴾ لا اشكال في انه ﴿ يجوز ذلك في متساوي الاجزاء كالفقير من كره ﴾ فيجوز بيع الفقيريات كثيرة باستثناء فقير او فقيرين مثلاً وقد عرفت في القطيع ايضاً وقد عرفت من جميع ما ذكرنا سهولة امر الشريعة وعدم الدليل على العلم بالمبيع بمقدار لم يكن قابلاً للنقصية وعلى فرض توهم بعض الروايات مجردة عن غيرها لا بد من تاويلها بدهاء ان بطلان المعاملات بنحو ما ذكره الاصحاب والقول بان حكم المبيع حكم المغصوب مستلزم .

وفي الجواهر بعد قوله من التذكرة قال حنطة مثلاً ، كما يجوز بيع الفقير منه بلا خلاف ولا اشكال فيه للعمومات ، بل ﴿ وكذا يجوز ﴾ عندهم ﴿ لو كان ﴾ المبيع

من متساوى الاجزاء ❀ من أصل مجهول كبيع مكول من صبرة مجهولة القدر ❀
الانها معلومة الاشتمال عليه .

وفى الجواهر بل ربما جوز بعضهم بيع ذلك منها مع عدم العلم باشمالها كما
عرفت منا ايضا بل ومع العلم بعدم الاشتمال اذا كان المقصود تكميله من غيره ان كان
او الاكتفاء بهذا المقدار لو لم يشتمل عليه وقد عرفت سهولة امر مع سهولة المذهب
❀ واذا تعذر عدما يجب عده جازان يعتبر بمكيال ويؤخذ بحسابه ❀ بلاخلاف
[للصحيح] عن ابن مسكان والحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام انه سئل عن الجوز لا يستطيع
أن يعده فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكالم ما بقى على حساب ذلك من العدد قال
لابأس .

وفى الجواهر بل الظاهر الاكتفاء بالتعسر كما عبر به غير واحد من الاصحاب،
بل قد يقال بعدم اعتبار شىء منهما فى ذلك لصدق المعلومية واندفاع الغرر الذى لا ينافيه
الاختلاف اليسير بذلك نحو اختلاف المكايل والموازيين والانداز للظروف ، بل
قد سمعت خبر عبد الملك المشتمل على شراء مائة راوية من الزيت بوزن واحد منها
ثم قياس الباقي من غير ذكر للتعذر والتعسر لا ينافيه ذكر عدم الاستطاعة فى سؤال
هذا الخبر دون جوابه ، فيكون ذلك أحد الطرق التى يرتفع بها الغرر والجهالة
نحو اخبار المخبر لان ذلك مستثنى من قاعدة الجهالة والغرر للتعذر او التعسر انتهى
وقد عرفت وستعرف سهولة امر الشرع فى المعاملات وغيرها

❀ وكيف كان فلاخلاف معتد به فى أنه ❀ بجوز بيع الثوب والارض مع
المشاهدة وان لم يمسح ❀ من المسامحة اى لم يذرعاً بل فى التذكرة الاجماع عليه
انتهى .

وما ابعد ما بين الحكم بعدم الجواز فى قوله ولا يجوز ابتياع شىء مقدر منه الخ
وكذا فى عبارة القواعد يعلمان ذرعهما وحكمهم بالبطلان بمجرد ادنى زيادة ونقيصة
وبين كفاية مثل المشاهدة مع انه لا يحصل بها العلم بذراع الثوب قطعاً وبينهما
بون بعيد .

وفي مكاسب شيخنا بعد نقل العبارة قال اقول يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر غالباً مع جهل اذرع الثوب وعدد قطع الغنم والاعتماد في عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة وبالجملة فاذا فرضنا ان مقدار مالية الغنم قلة وكثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار في المكيل والموزون والمعدود وكذا الحكم في عدد الاذرع والطاقت في الكرايس والجريان في كثير من الاراضي المقدره عادة بالجريب نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص في اذرع بعض طاقت الكرايس لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً الى عدد الاذرع نظير اخبار البايع وليس هذا معنى كفاية المشاهدة انتهى فكيف يحصل العلم باذرع طاقة الكرياس بمجرد المشاهدة بل باخبار البايع لو لم يكن عادلاً بل لا يصح الاعتماد عليه فالحكم بالجواز حينئذ من حيث عدم الدليل على ازيد من ذلك

قال في الحقائق ما لفظه قالوا : تكفى في بيع الثوب والارض المشاهدة وان لم يمسا ونقل في التذكرة الاجماع على ذلك ، مع انه نقل في الدروس عن ظاهر الخلاف المنع انتهى ولا يخفى ما في هذه الاختلاف بداهة ان المشاهدة لا توجب العلم باذرع طاقة الكرياس او مساحة الارض فليس وجهه الاعدم الدليل عليه ﴿وأن مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك وتعذر ادراكه بالمشاهدة﴾

وفي الجواهر ولعله لما في الدروس من أنه يظهر من الخلاف المنع وفي غيرها عن الحلبي ذلك أيضاً وأنه لم يرد بذلك الاشارة الى خلاف انتهى .

﴿ويكفى المشاهدة المبيع عن﴾ ذكر ﴿وصفه ولو غاب﴾ المبيع ولم يكن عند المشتري ﴿وقت الاتباع﴾ بلاخلاف ﴿الأأن تمضى مدة جرت العادة بتغير﴾ مثل هذا ﴿المبيع فيها﴾ كالادهان والالبسة فيبطل حينئذ لتحقق الجهالة والغرر ، وان لم يكن كذلك فلا بطلان لما عرفت ﴿وان احتمل التغير﴾ بسل لو ظنه ﴿كفى البناء على الاول﴾ على الاقوى للاصل الكافي في دفع الجهالة والغرر عند البيع ﴿و﴾ لكن ﴿يثبت له الخيار ان ثبت التغير﴾ بلاخلاف وسيأتى مفصلاً في الخيارات

وفى الحدائق فان ظهر التغير زيادة او نقصانا فان كان مما يتسامح بمثله عادة فلا خيار ، والاتخير المغبون منهما وهو البايع ان ظهر زائداً والمشتري ان ظهر ناقصا انتهى .

﴿ واذا اختلفا فيه ﴾ فقال المشتري ليس هو على ما رأته ، وقال البايع هو هو ، ﴿ فالقول قول المبتاع مع يمينه على تردد ﴾ .

وفى المسالك وجه التردد من ان البايع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على الصفة الموجودة والرضا به والمشتري ينكره فيكون القول قوله لاصالة عدمه ومن تحقق اطلاع القديم المجوز للبيع واصالة عدم التغير ولزوم العقد فيكون القول قول البايع والاول اقوى لما ذكره ولان الاصل عدم وصول حقه اليه فيكون فى معنى المنكر وان كان بصورة المدعى فيحلف على ان المبيع ليس بالصفة التى اشتراه عليها انتهى .

وقرره فى الجواهر أيضاً فقال بعد العبارة على المشهور لاصالة بقاء يده على الثمن ، كما عن الدروس واصالة عدم وصول الحق اليه كما عن غيرها الى أن قال ومن مخالفته لاصالة اللزوم وعدم التغير ، وصدق المنكر على البايع الذى يترك لو ترك ، ولعله لذا قيل أن القول قول البايع بيمينه ، وهو لا يخلو من قوة لانقطاع الاصلين السابقين بما عرفت ، بما هو كالوارد عليه على أن اليد على الثمن كانت يد أمانة للعقد المقتضى كون المبيع ملكاً للمشتري ، فعليه اثبات زيادة حقه على ذلك ، ومع قطع النظر عن ذلك كله .

فالمدعى عرفاً هو المشتري انتهى وذلك لان المشتري يدعى التغير والبايع ينكره فالقول قوله مع يمينه واما توهم كون المشتري يده على الثمن ولا ينتزع الا باقراره أو بيئته ففيه ان بقاء يده قد زال قطعاً بدخوله فى ملك البايع عوضاً للمبيع وغايته ان يدعى سلطنته على الفسخ واما البايع فيكون قوله موافقاً لاصالة عدم التغير ومعناه ان المبيع فى حال البيع كان هز الا فوقع البيع عليه هز الا فالمشتري يدعى تغييره وانه كان سميئاً فصار هز الا والبايع يدعى عدم تغييره وانه باع هز الا .

ومن المعلوم ان الشك فى تغيير المبيع عن وقت البيع فالاصل عدم التغيير فالمشترى يدعى التغيير وان البيع واقع عليه سميئاً والبايع ينكره وقد أطال شيخنا المرتضى الكلام فيه بما لا طائل تحته من حيث المقام ومنه يعلم انه لو اتفقا على التغيير وان السابق كان المبيع سميئاً والان كان هزاليا لكن المشتري ادعى كون البيع قبل التغيير وانه وقع فى حال السمن والبايع ينكره ويقول ان البيع واقع بعد التغيير وحال الهزال فلا يكون البيع خيارياً فالقول قول البايع مع يمينه وعلى المشتري اثبات البيئته ولان الاصل عدم ثبوت التغيير أو الخيار .

وعلى كل حال ﴿فان كان المراد﴾ مما يراد شراؤه ﴿الطعم أو الريح﴾ مثلاً وكان أنواعاً متعددة يختلف الثمن باختلافها ، ﴿فلا بد من اختياره بالذوق أو الشم﴾ لرفع الجهالة والغرر اذا فرض توقف ارتفاعهما عليه لما فى خبر محمد بن العيص سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل أن يشتري ؟ قال : نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري .

وظاهره جواز الذوق لانه لو تركه لا يصح ويحرم فليس ذلك الا ارشاد العدم النزاع وفى الحدائق بعد نقل الرواية قال فلو اشتراه من غير اختبار أو وصف بناء على الاصل - وهو الصحة - فالمشهور بين المتأخرين : الجواز مع العلم به من غير هذه الجهة ، كالقوام واللون وغيرهما مما يختلف قيمته باختلافه .

وقيل : لا يجوز بيعه الا بالاختبار أو الوصف للغرر المنهى عنه . وهو منقول عن الشيخين وسنار والتقوى والقاضى وابن حمزة .

والاول مذهب المحقق والعلامة ومن تأخر عنهما .

ويرجح الاول : جواز البناء على الاصل احالة على مقتضى الطبع ، فانه أمر مضبوط عرفاً لا يتغير غالباً الا لعيب ، فيجوز الاعتماد عليه ، لارتفاع الغرر به كالاكتفاء برؤية ما يدل بعضه على باقيه غالباً كظاهر الصبرة ، وينجبر النقص بالخيار ، فان خرج معيها تخير المشتري بين الرد والارش ان لم يتصرف فيه تصرفاً زائداً على اختياره ، والا تعين الارش لو تصرف كذلك ، كما فى غيره من أنواع المبيع ، وان

كان المشتري المتصرف أعمى ، لتناول الأدلة خلافاً لسلاز حيث خير الأعمى بين الرد والارش وان تصرف انتهى .

وتمام الكلام فى خيار الرؤية .

﴿ ويجوز شراؤه من دون ذلك ﴾ أى الاختبار لكن ﴿ بالوصف ﴾ القائم مقام الاختبار ﴿ كما ﴾ يقوم مقام الرؤية من غير فرق ، بين حضور العين وغيبتها ، ويجوز أيضاً أن ﴿ يشتري الأعمى الأعيان المرئية ﴾ بالوصف لعدم قدرته على الرؤية وله الخيار عند تخلف الوصف .

﴿ وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف ﴾ اعتماداً ﴿ على أن الأصل الصحة ﴾ والسلامة ﴿ فيه تردد ﴾ وخلاف ، فعن الشبخين كل شيء من المَطْعوم والمشروب يمكن للإنسان اختياره بغير الفساد له ، كالأدهان الطبية المستخبرة بالشم و صنوف الطيب والحلاوات والحموضات ، فانه لايجوز بيعه بغير اختبار له ، فان بيع من غير اختبار له كان البيع غير صحيح . والمتبايعان فيه بالخيار ، فان تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى .

غير خفى ان الخيار مترتب على البيع الصحيح فاذا كان البيع غير صحيح فكيف يكون للمتبايعان الخيار على انه مضاف الى مافى التعبير بعدم الجواز بداهة ان مثل تلك المعاملة لا تكون محرمة واثماً ان عدم الجواز مع قوله فان بيع من غير اختبار الخ لا يخلو عن تهافت وتناقض الا أن يراد من عدم الصحة عدم اللزوم بقريئة ثبوت الخيار فالصحة غير بعيد مع الخيار لو لم يبق على السلامة .

ونظيره ما عن أبى البراج لايجوز بيعه الا بعد أن يختبر ، فان بيع شيء منه من غير الاختبار له كان المشتري مخيراً فى رده على البايح ، وعن ابن حمزة كل ما يمكن اختباره من غير افساده لم يصح بيعه من غير اختبار .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ الأولى ﴾ والاقوى عند ابن ادريس والمصنف ومن تأخر عنهما ﴿ الجواز ﴾ وفى الجواهر للعمومات السالمة عن معارضة دليل الغرر المرتفع بأصل السلامة ، وبالسيرة القاطعة فان كثيراً من الصفات لا تظهر الا بعد ضرب من

التصرفات ، فيلزم الفساد في أكثر المعاملات ، فانه اذا لم يكف أصل الصحة في المدق والمشموم لم يكف في غيرها من الحيوانات ونحوها ، مع أن الاطلاع على العيوب كثيراً ما يتوقف على التصرف الكثير في الزمان الطويل ، وخبر ابن العيص بعد الاغماض عن سنده انما يراد منه المنع من ذوق مال الغير بغير اذنه الا مع الفحوى بارادة الشراء ، كما أنه يمكن ارادة نفي اللزوم من نفي الصحة في كلام من عرفت ، بقريظة اثباتهم الخيار فتخرج المسألة حينئذ عن الخلاف انتهى .

﴿ وله الخيار بين الرد والارش ان خرج معيباً ﴾ ، كما في غيره من أفراد المبيع المعيب الذي حكمه ذلك ، ﴿ و ﴾ أنه ﴿ يتعين ﴾ عليه ﴿ الارش مع احداث حدث فيه ﴾ كما تعرفه انشاء الله في محله مفصلاً .

﴿ ويتساوى في ذلك الاعمى والبصير ﴾ وفي الجواهر بلا اشكال للعموم ، بل ولا خلاف الا من سار فخير الاعمى بين الامرين حتى مع الاحداث ، ولا ريب في فساده ، للاطلاق المقتضى لسقوط الرد به .

هذا ولكن الانصاف عدم خلو أصل المسألة عن الاشكال ، ضرورة عدم صلاحية أصل السلامة لرفع الغرر والجهالة الحاصلة بتعدد أفراد السالم ، والرضا بأى فرد كان منها لا يكفي في صحة البيع المعتبر فيه شرعاً معلومية متعلقة ، لا الرضاء به كائناً ما كان ، وليس كل وصف له مدخلية في رفع الجهالة والغرر عن المبيع عدمه عيب ، حتى يكفي فيه أصل الصحة والسلامة ، كما أن اثبات الخيار لا يصلح الفساد الحاصل بالغرر والجهالة والا لجاز شراء كل مجهول بشرط الخيار الخ .

﴿ وكذا ﴾ يجوز البيع من غير اختبار اذا كان المبيع من ﴿ ما يؤدي اختباره الى افساده كالجوز والبطيخ والبيض فان شراؤه جائز مع جهالة ما في بطونه ﴾ للسيرة من غير فرق بين شرط الصحة أو البرائة من العيوب وعدمها ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يثبت للمشتري الارش بالاختبار مع العيب دون الرد ﴾ لانه قد أحدث فيه حدثاً . وفي الحدائق قال واولى بالمجواز من غير اختبار ما يؤدي اختباره الى فساده كالجوز والبطيخ والبيض ، فان شراؤه جائز مع جهالة ما في بطونه ، ويثبت للمشتري

الارش بالاختبار مع العيب دون الرد . وفي بعض عبارات الاصحاب : جاز شراؤه بشرط الصحة . وفي عبارة الشيخ وجماعة : بشرط الصحة أو البراءة من العيوب . والاول أجود .

﴿وان لم يكن لمكسوره قيمة﴾ أصلاً ﴿رجع بالثمن كله﴾ وفي المسالك بعد المتن قال بمعنى بطلان البيع لعدم وجود عوض في مقابلة الثمن لكن هل يحكم ببطلان البيع من أصله نظراً الى عدم تقويم المضمن في نفس الامر من حين العقد أم من حين ظهور الفساد لانه كان مالا متقوما ظاهراً وجهان وتظهر الفائدة فيما لو تبرء البايع من عيبه وفيما لو افتقر الى مؤنة لنقله وكسره والذي يظهر ان المؤنة على المشتري مطلقاً لعدم المقتضى لرجوعه بها وان كان الفعل في ملك غيره وقد عرفت حكم التبري من العيب في ذلك فينتفى فائدة الخلاف انتهى .

وفي صحة المسألة وسقمها مع الشرط وبدونه أو البرائة من العيوب وعدمه خلاف بين الاعلام مع وضوح انه لو لم يكن لمكسوره قيمة كالبييض الفاسد لامال كى يصح البيع والشرط والبراءة ونحوهما فيما كان أصل المبيع مالا نعم ان لم يعلم بفساده لبايع فعلم به بعد البيع جاز بيعه بحسب الظاهر وبعد العلم انكشف فساد البيع من أول الامر ووجب ارجاع الثمن الى المشتري وكيف كان فقد اختلف فيه عبارات الاصحاب . فعن المفيد ما لا يمكن اختباره الا بافساده كالبييض الذي لا يعرف جيده من رديه الا بعد كسره ، فابتاعه جائز بشرط الصحة ، فان وجد فيه فاسد كان للمبتاع ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً ، وكذا عن سلار وقال الشيخ : فيما حكى عنه ابتاعه جائز على شرط الصحة أو البرائة من العيوب ، وكذا عن أبي الصلاح وابن حمزة وقال ابن البراج : في المحكى عنه .

واما ما لم يمكن اختباره الا بافساده فلا يجوز بيعه الا بشرط الصحة أو البرائة من العيوب ، فان باع بخلاف ذلك لم يكن البيع صحيحاً ، وفي المختلف هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدین في العقد ، اما الصحة أو البرائة من العيوب وليس بجيد ، بل الاولى انعقاد البيع سواء شرط أحدهما أو خلا عنهما أو شرط العيب .

وفى هذه العبارات اجمال فانه تارة يكون المبيع واحداً او اثنين
مثلا وأخرى كثيراً صح اختبار واحد أو أكثر منها وكذا نحو الجوز والبطيخ فعلى
الاول لو ظهر بعد البيع فساده بطل المعاملة بعدم كون المبيع مالا اصلا شرط الصحة أو لا
وعلى الثانى صح الاختبار بكسر واحد منها فان ظهر فساده وعلم بأن الجميع كذلك
فكلاول وان لم يعلم بالفساد ولم يمكن اختبار الجميع صح البيع حسب الظاهر فان
ظهر فساده بعد البيع انكشف عن الفساد اشترط أولاً .

واما البراءة من العيوب فان اريد به صحة المعاملة ولو بعد ظهور فساد المبيع
أو حتى مع علم البايع بالفساد فهو كما ترى وان اريد انه مع البراءة صح البيع
ظاهراً وينفسخ بنفسه بعد ظهور الفساد فله وجه .

وبالجملة البرائة من العيوب مؤثرة فيما كان المبيع مالا عند العرف والعقلاء
مطلقاً مع العيب و عدمه الا ان المالية مع السلامة اقوى و اكثر مع وجود العيب
لا فيما لم يكن له مالية اصلا والاصح بيع مالا مالية له مع البرائة فحيثذ لاثمرة فى
هذه البرائة بوجه فى المقام.

و اما الشرط فلعله كذلك فان المراد به ان كان مع التخلف استرد ما بين
الصحة والمعيب كما فى عبارة المحكية عن المفيد فهو خارج عن محل الكلام اذ
البحث فيما لم يكن لمكسوره قيمة اصلا وان كان المراد به مع ذلك اثبات المعاملة
وعدم فسحها بعد ظهور فساد المبيع كما ترى .

والحاصل ان مالا قيمة لمكسوره لاتصح معاملته مطلقاً مع العلم او بعد العلم
بالفساد بشرط اولا تبرء من العيوب اولا و من جميع ذلك ظهر ما فى عبارات هؤلاء
خصوصاً ما عن المختلف.

قال فى محكى الدروس : وما يقصد طعمه وريحه الاولى اعتباره او وصفه
ولو خلا عنهما صح وتخير مع العيب، وكذا ما يفسد بالاختبار كالجوز والبيض
والبطيخ ، ويثبت الارش مع التصرف فيما له بقية، ولولم يكن له بقية بطل البيع
من حينه، ويحتمل من أصله فمؤنة نقله على المشتري على الاول ، وعلى البايع على

الثاني، ويسترد الثمن على التقديرين، وظاهر الجماعة بطلان البيع من اصله، الى ان قال: ولو تبرأ البايع من العيب فيما لاقيمة لمكسوره المعيب صح عند الشيخ واتباعه ويشكل بأنه أكل مال بالباطل اذ اعوض هنا انتهى .

وليت شعري انه فيما فرض ان لاقيمة لمكسوره كيف صح بيعه عند الشيخ مع البرائة عنه فانه مساوق لقوله ابيعك ما ليس بمال كالحشرات.

وفي الجواهر قلت: لا اشكال في تحقق الجهالة والغرر في هذا البيع وعدم كفاية أصل السلامة في رفعهما لاختلاف أفراد السالم من العيب اختلافاً فاحشاً لكن للسيرة المستمرة في الاعصار والامصار على بيعه ، قلنا بجوازه واستثناءه من دليل الجهالة والغرر، والا فاشترط الصحة والبرائة من العيوب لاترفع الجهالة والغرر قطعاً له ، و انما يفيدان سقوط خير العيب وتأكد تحققه ، وهذا أعم من ذلك قطعاً على أن البرائة من العيب تفيد سقوط الخيار اذا كان لمكسوره قيمة ، والا فالظاهر الرجوع بالثمن و أن تبرأ من العيب، لبطلان البيع حينئذ المقتضى لرجوع الثمن الى مالكة ، والا كان أكل مال بالباطل لكون الثمن حينئذ بلا مضمن مقابل له انتهى . ولقد اجاد في قوله على ان البرائة من العيب الخ والحاصل ان العيب الظاهر بعد المعاملة ان كان مما يوجب الارش فلا كلام ويسقط مع البرائة و يصح البيع مطلقاً ومع الشرط واما الذي ليس بمتمول اصلاً كالبيص الفاسد الذي يطرح فلا يصح بيعه لاقبل الظهور ولا بعده ولا مع الشرط ولا مع البرائة

و انما يصح ظاهراً ما لم ينكشف حقيقته و بعد انكشاف الفساد تبين فساد البيع من اول الامر لا بعد الانفساح واما مؤنة الرد فان طالبه البايع كان عليه لعدم كونه للمشتري والا فيمكن له الطرح في مكان ليس له المؤنة والله العالم .

ولا يخفى ان قوله قدده لكن للسيرة المستمرة الخ و ان صح لكن الصحة في الاعصار ليس لاستثنائه عن الغرر اذ لوجه للاستثناء اصلا بل لاجل سهولة امر الشرع وعدم دليل واضح على بطلان اكثر المعاملات بنحو المذكور في الكتب الفقهية فليس البطلان الا فيما لم يكن للمبيع مالية اصلاً.

ومن العجيب حكمهم بالبطلان للغرر بمجرد عدم العلم بمقدار قليل من المبيع
وحكمهم بصحة البيع مع الشرط او البراءة من العيوب ولو فيما كان المبيع فاسداً
لا قيمة له اصلاً.

❖ ولا يجوز بيع سمك الاجام ولو كان مملو كاً ❖ مقدوراً على تسليمه
❖ لجهالته وأن ضم اليه القصب أو غيره على الاصح ❖ لان ضم المعلوم الى المجهول
لا يصيِّره معلوماً .

وفي المسالك المراد به السمك ليس الذي بمشاهد ولا محصور كما يظهر من اضافته
الى الاجام والاجام جمع اجمة بالتحريك وهي غاية القصب والقول بالجواز مع
الضميمة مذهب الشيخ وجماعة استناد الى اخبار ضعيفة والذي اختاره المتأخرون
ان المقصود بالبيع ان كان هو القصب وجعل السمك تابعاً له صح البيع وان انعكس
او كانا مقصودين لم يصح وهو الاقوى وكذا القول في كل مجهول ضم الى معلوم
كالحمل واللبن الذي في الضرع وغيرهما انتهى .

لا يخفى انه باطلاقه غير صحيح لامكان كفاية مشاهدته لاهل الخبرة بحيث
يكون بنظره دافع في مقابل ثمنه .

قال في الحدائق المشهور انه لا يجوز بيع سمك الاجام مع ضميمة القصب
او غيره للجهالة، ولو في بعض المبيع واللبن في الضرع. وهو الثدى لكل ذى
خف او ظلف - لذلك وان ضم اليه شيئاً ولو لبناً محلوباً . قالوا لان ضميمة اللبنة
المعلوم الى المجهول تجعل المعلوم مجهولاً ، فاما عدم الجواز بدون الضميمة
فموضع وفاق عندهم، وانما الخلاف معها، فالمشهور - كما عرفت - هو المنع ،
وقيل بالجواز .

والظاهر : ان محل الخلاف هو السمك المملوك المقدور قبضه، فان غير
المملوك ولا المقدور لا يجوز بيعه اتفاقاً ، وايضاً المراد به غير المحصور ولا -
المشاهد ، والا فلو كان كذلك فانه لا خلاف في جواز البيع، كما صرح به بعضهم
في الموضوعين .

ومنه يعلم ان محل الخلاف انما هو السمك المملوك المقدور غير معلوم العدد ولا المشاهد مع الضميمة المعلومه، وقد ذهب الشيخ هنا الى الجواز ايضاً، كما ذهب الى الجواز فى بيع اللبن فى الضرع اذا ضم اليه لبن محلوب، بل مع الضميمة الى ما يوجد فى مدة معلومة.

وفصل آخرون- والظاهر: انه المشهور بين المتأخرين- بانه ان كان المقصود بالبيع هو الضميمة المعلومه و جعل ماعداها تابعاً صح البيع، وان عكس او كانا مقصودين لم يصح، وكذا القول فى كل مجهول ضم اليه معلوم انتهى.

ويدل على الجواز [مرسل البنظى] «عن ابى عبد الله عليه السلام اذا كان اجمة ليس فيها قصب فاخرج شيئاً من السمك فيباع، وما فى الاجمة» وظاهره الجواز مع ضم مقدار من السمك المعلوم الى المجهول [وفى الموثق] عنه ايضاً «لابأس ان يشتري الاجام اذا كان فيه قصب» [وخبر ابى بصير] «عن ابى عبد الله عليه السلام فى شراء الاجمة ليس فيها قصب انما هى ماء قال: يصيد كفاً من سمك، فيقول: اشترى منك هذا السمك وما فى الاجمة بكذا وكذا» فانظر الى سهولة امر الشرع وما مر آتفاً وما تقدم من حكمهم ببطان اكثر المعاملات بلزوم الغرر والجهالة.

﴿وكذا﴾ لا يجوز بيع ﴿اللبن فى الضرع ولو ضم اليه ما يختلج منه﴾ قال فى التذكرة لا يصح بيع اللبن فى الضرع عند علمائنا اجمع وبه قال الشافعى واسحق واحمد ونهى عنه ابن عباس وابو هريرة وكرهه طاووس ومجاهد لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع صوف على ظهر اولين فى ضرع وسأله سماعة عن اللبن يشتري وهو فى الضرع قال لا والظاهر ان المسؤول الصادق عليه السلام والجهالة قدره ووصفه ولانه يحدث شيئاً فشيئاً وقال مالك اذا عرفنا قدر الحلاب فى كل دفعة صح وان باعه اياماً معلومة و اجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلم كلبن الظئر والحاجة فارقة انتهى.

وايضا فى التذكرة والمسالك جوزة الشيخ مع الضميمة ولو الى ما يوجد فى مدة معلومة استناداً الى رواية ضعيفة والوجه المنع الاعلى التفصيل السابق نعم

لوصالح على مافى الضرع او على ما سيوجد مدة معلومة فالاجود الصحة انتهى
وعن ابن ادريس انه، قال: فيها لايجوز ان يباع اللبن فى الضرع، فمن اراد بيع ذلك
حلب منه شيئاً، واشتراه مع ما بقى فى الضرع فى الحال و أمده من الزمان وان
جعل معه غرضاً آخر كان أحوط ، وعن ابن البراج لايجوز بيع اللبن فى الضروع
الا ان يكون مع لبن حاضر، فان لم يكن معه ذلك لم يجز بيعه، وعن ابن حمزة يجوز
بيع اللبن فى الضرع اذا حلب بعضها و بيع المحلوب مع ما فى الضرع ، و فى
المختلف هو قول ابن الجنيد وخالفوه ايضاً فى بيع مافى بطون الانعام وغيرها من
الحيوان ، قال: فان اراد بيع ذلك جعل معه شيئاً آخر فان لم يكن فى البطون حملاً
كان الثمن فى الاخر.

ويدل على قول الشيخ [موثق سماعه] «سألته عن اللبن يشتري وهو فى الضرع
قال: لا الا أن يحلب لك فى سكرجة فنقول اشترى منك هذا اللبن فى السكرجة وما بقى
فى ضرعها بثمان مسمى، فان لم يكن فى الضرع شىء كان مافى السكرجة» و هو من
اظهر افراد الغرر بعد بداهة ان المبيع ليس هو خصوص مافى السكرجة بل بضميمة
ما بقى فى الضرع وهو مجهول.

و اصرح منه [صحيح العيص] بن القاسم « سألت ابا عبد الله عليه السلام
عن رجل له غنم يبيع ألبانها بغير كيل، قال: نعم حتى ينقطع اوشىء منها».
وفى الحدائق بعده ما لفظه وكيف كان فظاهر هذ الخبر - ايضاً - جواز بيع
اللبن بغير كيل ولا وزن انتهى وجميع ذلك الروايات الواردة فى موارد مشتتة دليل
على جواز بيع المجهول فى الجملة خلافاً للمشهور ﴿و كذا﴾ لايجوز بيع ﴿الجلود
والاصواف والاوزار والشعر على الانعام ولو ضم اليه غيره، و كذا مافى بطونها و كذا
اذا ضمهما﴾ اى ما على ظهورها وما فى بطونها.

قال فى الخلاف لايجوز بيع الصوف على ظهور الغنم منفرداً وبه قال ابو حنيفة
والشافعى وقال مالك والليث بن سعد يجوز.

[دليلنا] اجماع الفرقة و لانه بيع الغرر و روى ابن عباس ان النبى ﷺ

نهى ان يباع الثمرة حتى يتبين صلاحها او يباع صوف على ظهر والنهى يدل على فساد المنهى عنه.

وفى المسالك قال اى لا يصح بيع جميع ذلك ولا كل واحد منها منفرداً ولا مع ضم شىء آخر اليه لجهالته ولان ما عدا الجلود من المذكورات موزون فلا يباع جزافاً ولا قوى جواز بيع ما عدا الجلد منفرداً وامنضماً مع مشاهدته وان جهل وزنه لانه حينئذ غير موزون كالثمرة على الشجرة وان كان موزوناً لوقح كالثمرة و فى بعض الاخبار دلالة عليه انتهى.

قال فى الحدائق المشهور انه لا يجوز بيع الجلود والاصواف والاشعار على الانعام وان ضم اليه غيره ايضا ، لجهالة مقداره ، مع كون غير الجلود موزوناً ، فلا يصح بيعه جزافاً ثم نقل عبارة المسالك المذكورة الى قوله دلالة عليه ثم قال وهو جيد.

ثم قال والظاهر ان الرواية التى اشار اليها هى : ما رواه الصدوق فى الققيه والشيخ فى التهذيب عن ابراهيم الكرخى ، قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : ما تقول فى رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة وما فى بطونها من حمل ، بكذا و كذا درهما ؟ فقال : لا بأس ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف.

والرواية - كما ترى - دالة على جواز بيع الصوف ونحوه من الاوبار والاشعار على ظهر الدابة وحدها و كذا صريحها يدل على ما قدمنا نقله عن المسالك من الجواز هنا انتهى.

و كيف كان فروايات الدالة على الجواز اكثر من ان يحصى و صاحب الجواهر الذى همه المنع وعدم جواز بيع المجهول للغرر قد عرفت منه فى مواضع عديدة كما هنا مال الى ما ذكرنا من سهولة الامر و جواز بيع المجهول الا فمن البديهي ان ضم ما ليس فيه الغرر ، الى ما فيه ذلك لا يجعله غير غررى بل يجعل الكل غروريا .

ومما يدل على الجواز ايضا هو خبر [الهاشمي] «عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وخراج النخل والاجام والطير وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء أبداً أويكون ، قال : اذا علم من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك اشتراه وتقبل به» [وفى خبره الاخر] «عنه ايضاً سألته عن الرجل يتقبل خراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والاجام والمصايد والسمك والطير وهو لا يدري لعل هذا لا يكون أبداً أويكون أيشتره وفي أي زمان يشتره ويتقبل به منه فقال : حينئذ اذا علمت من ذلك شيئاً واحداً انه قد ادرك فاشتره وتقبل به» .

وفي الجواهر بعد نقلها مالفظة الى غير ذلك من النصوص التي لاجلها وخصوصاً مافي بعضها من التعليل وماورد في ضميمه الايق وبيع الثمار عمم بعضهم الحكم فجوز بيع كل مافيه غرر اذا ضم اليه ما لا غرر فيه ، من غير فرق بين كونهما مقصودين بالاصالة أو أحدهما ، وفصل آخر بل في المسالك نسبتبه الى المتأخرين بين قصد المجهول اصالة ولومع غيره وتبعاً فجوزه في الثاني مع الضميمة ومنعه في الاول ، مضافاً الى أن جهالة التابع لاتنافي عقد البيع ، كأساس الجدار وحشو الثوب واللحاف وغيرها انتهى .

وهذا هو سر مخالفة الاردبيلي مع الاصحاب بل يظهر من جميع الروايات المختلفة المشتتة في الابواب المختلفة جواز امر المعاملات مع الجهل بالمبيع اذا شاهد المبيع ولو لم يعلم مقداره ووزنه وقد عرفت ما هو الحق في المقام وفي الجواهر مالفظة .

وكذا غير ذلك مما فيه الغرر والجهالة ، عدا الصوف والوبر والشعر على الظهور فانه قد يمنع الغرر والجهالة فيها مع المشاهدة ، والوزن فيها لو كان فهو بعد الجز لا قبله كالثمرة ، ولذا أفتى به المفيد وغيره من المتأخرين ، بل لعله مشهور ، وأما غير ذلك فقد خالف فيه الشيخ في النهاية وابنا حمزة والبراج فيما حكى عنهما ، قال : فيها لا يجوز بيع مافي الاجام من السمك لان ذلك مجهول انتهى .

وانت خبير بان الغرر والجهالة لا يرتفعان بالمشاهدة خصوصاً اذا كان المبيع

اصواف مائة نعجة على ظهورها بل المشاهدة كافية مع الغرر والجهالة ولولاذلك لاشكل الامر على جميع الناس وكان أكثر معاملاتهم باطلة وذلك لمانشاهد بالوجدان فى عصرنا الحاضر فى معاملات الناس فى أسواقهم وفى مكان سمي بميدان فلا يقع فى مائة معاملة عشرة صحيحة بل الغالب يكون المبيع لهم مجهول الوزن والمقدار قال فى الجواهر ايضا نعم قد يقال أن المحصل منها جواز كل ما كان فيه الغرر، من حيث الحصول وعدمه ، كالأبقى واللبن فى الضرع والسلك فى الاجام والثمار والحمل ونحو ذلك بالضميمة الى معلوم ، على وجه يكون المقصود بالمبيع ذلك المعلوم ، بمعنى الاقدام منهما ولو لتصحیح البيع انتهى .

﴿ وكذا ﴾ لا يجوز بيع ﴿ ما يلقح الفحل ﴾ قال فى التذكرة لا يجوز بيع الملاقيح ، وهى مافى بطون الامهات ، ولا المضامين وهى مافى اصلاب الفحول ، جمع ملقوح ، يقال : لقحت الناقة والولد ملقوح به ، الا انهم استعملوه بحذف الجار ، وقيل جمع ملقوحة من قولهم لقحت كالمجنون من جن . وجمع مضمون ، يقال : ضمن الشيء أى تضمينه واستسره ، ومنهم من عكس التفسيرين . ولا نعرف خلافاً بين العلماء فى فساد هذين البيعين للجهالة وعدم القدرة على التسليم ، لان النبى (ص) نهى عن بيع الملاقيح والمضامين ، ولا خلاف فيه انتهى .

قال فى الجواهر وأما ما يلقح الفحل بمعنى بيع الملاقيح وهو مافى بطون الامهات قبل حصوله ، فلا أجد فيه خلافاً بين العلماء كبيع المضامين ، وهو ما فى اصلاب الفحول ، لكونه معدوماً انتهى .

ويدل عليه ما [فى الحسن أو الصحيح] عن محمد بن قيس «عن أبى جعفر عليه السلام لا تبع راحلة عاجلة بعشر ملاقيح من أولاد حمل فى قابل» وعن الصدوق فى معانى الاخبار انه روى بسند متصل «عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن المجن وهو ان يباع البعير أو غيره بمافى بطن الناقة ونهى (ص) عن الملاقيح والمضامين فالملاقيح مافى البطن وهى الاجنة والمضامين ما فى اصلاب الفحول وكانوا يبيعون الجنين الذى فى

بطن الناقة وما يضرب الفحل في عام أو أعوام ونهى النبي (ص) عن بيع حبل الحبلية ومعناه ولد ذلك الجنين الذي في بطن الناقة أو نتاج النتاج ، وذلك غرر» انتهى .
وفى الجواهر قلت : لا اشكال في فساد ذلك ونحوه ، وانما الكلام في غيرها مما عرفت ﴿مسألتان الاولى المسك طاهر﴾ وفى الجواهر عندنا للاصل والاجماع بقسميه عليه ، واستعمال النبي (ص) له وكونه دماً بالاصالة لا يقضى بنجاسته بعد الاستحالة ، كما انه لو قلنا بنجاسة الفارة التي هي ظرفه لكونها قطعة مبانة من حى لا يقتضى ذلك بنجاسته انتهى .

وفى التذكرة المسك طاهر يجوز بيعه فى الجملة ، وبه قال عامة الفقهاء ، وحكى عن بعض الناس المنع من بيعه لانه نجس لقوله (ص) : (ماأبين من حى فهو ميت) والميتة نجسة ، وقد قيل انه دم وهو خطأ ، لان النبي (ص) قال للانصارية التي سألته عن غسل الحيض : (خذى فرصة من مسك فتطهري بها) ولادلالة فى الخبر لان الغزال يلقيه كما يلقى الولد ، ويلقى الطير البيض . والدم المحرم هو المسفوح ، فان الكبد حلال وهودم ، وقد روى جواز بيعه عن الصادق (ع) انتهى وفرق بين الابانة وبين الالتقاء فان الاول ظاهر فى ابانة الانسان منه والثانى فى القاء نفسه كالبيض قال فى الخلاف المسك طاهر يجوز بيعه وشراؤه وبه قال اكثر الفقهاء وفى الناس من قال نجس لايجوز بيعه لانه دم .

[دليلاً] ان النجاسة حكم شرعى ولادلالة فى الشرع على نجاسة المسك وروى ابوسعيد الخدرى ان النبي (ص) قال اطيب الطيب المسك ولاخلاف ان النبي (ص) كان يتطيب به ولم يكن يتطيب بالنجاسات انتهى .

وحينئذ ﴿يجوز بيعه فى فارة﴾ على المشهور بين الاصحاب ، بل ربمانفى الخلاف عنه بعضهم ، وحكى الاجماع عليه آخر ، ﴿وان لم يفتق﴾ ولو بادخال خيط فيه وشمه ، للعمومات السالمة عن معارضة دليل الغرر وفى الخلاف ايضاً يجوز بيع المسك فى فاره والاحوط (الاجود-خ) ان يفتح ويشاهد وبه قال ابن سريج وقال باقى اصحاب الشافعى لايجوز بيعه فى فارة حتى يفتح .

[دليلنا] الآية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

قال فى الحدائق المشهور بينهم - من غير خلاف يعرف - : انه يجوز بيع المسك فى فارة وان لم يفتق ، بناء على أصل السلامة، فان ظهر بعد الفتق معيباتخير المشتري ، كما هو القاعدة فى كل معيب . والفأربالهمزة : الجلدة التى فيها المسك . قالوا : وفتقه بأن يدخل فيه خيط بأبرة ثم يخرج فيشم .

والفأرفى عباثرهم - كما فى العبارة المذكورة - : جمع فارة كتمر وتمر ، فهو فى العبارة مضاف الى ضمير المسك ، وقد نص جملة من الاصحاب على انه بالهمزة فى المفرد والجمع . وفى مجمع البحرين : انه يهمز ولا يهمز . وهكذا فى فارة البيوت .

ولم أقف لهم فى هذا الحكم على نص ، قال المحقق الاردبيلى : قواعدهم تقتضى عدم جواز بيعه فى الفارة للجهاالة ، لانهم مايجوزون فى ظاهر كلامهم بيع المشموم بالمشاهدة بل يوجبون الشم معها ، وقد جوزوا بيعه مع مشاهدة الفارة فى السمك من دون مشاهدته وشمه . ولعله لاجماع ونص فهم ذلك من فحواه ، ويؤيده عموم الادلة التى اشرنا اليها غير مرة مع الاصل وعدم مانع ظاهر يصلح لذلك ، ووجود العلم فى الجملة ، وعدم وجوب الاستقصاء مع عدم تفويت حق ، اذ لو كان معيبا تخير .

وايضا قد يعلمه اهل الخبرة فى الفارة ، وهذا مؤيد لعدم اشتراط العلم فى كثير مما سبق فتذكر ، ومؤيد ايضا لعدم نجاسة ماينفصل من الحى ، فانها طاهرة عندهم بالاجماع ، مع انها جلدة رماها الغزال فتأمل . انتهى الى آخر عبارة الحدائق وقد عرفت مراراً منا من الروايات المختلفة خلاف ما افاد القوم وجميع ذلك مما يشهد على سهولة الشريعة وعدم كونها بنحو ذكره الاصحاب من الصعوبة من حيث العلم بالمبيع ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿فتقه احوط﴾ .

المسألة ﴿الثانية يجوز﴾ فى المشهور بل ربما نسب الى الاصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه للمشتري أو للمتولى ذلك عنهما ﴿أن يندر للظروف﴾ ويسقط

﴿مايحتمل الزيادة﴾ على الظروف ﴿والنقيصة﴾ الموجبة للسراية في المبيع وفي مكاسب شيخنا مالظه يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة على المشهور بل لاخلاف فيه في الجملة بل عن فخر الاسلام التصريح بدعوى الاجماع قال فيما حكى عنه نص الاصحاب على انه يجوز الانذار للظروف بمايحتمل الزيادة والنقيصة فقد استثنى من المبيع أمر مجهول واستثناء المجهول مبطل للبيع الا في هذه الصورة فانه لا يبطل اجماعاً انتهى .

والظاهر ان اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من أول الامر بل الاستثناء الحقيقي من البيع يرجع الى هذا أيضاً ثم ان الاقوال في تفصيل المسئلة ستة : الاول جواز الانذار بشرطين كون المنذر متعارف الانذار عند التجار وعدم العلم بزيادة ما يندره وهو للنهاية والوسيلة وعن غيرهما الثاني عطف النقيصة على الزيادة في عدم اعتبار العلم بها وهو للتحرير الثالث اعتبار العادة مطلقاً ولو علم الزيادة او النقيصة ومع عدم العادة فما يحتملها وهو لظاهر المعة وضريح الروضة الرابع التفصيل بين مايحتمل الزيادة والنقيصة فيجوز مطلقاً وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي الخامس عطف العلم بالنقيصة على الزيادة وهو للمحقق الثاني ناسباً له الى كل من لم يذكر النقيصة السادس اناطة الحكم بالغرر انتهى .

والظاهر لا اشكال فيه عندهم وقوله واستثناء المجهول الخ فيه ان الاستفادة من الروايات كما عرفت أنه في جميع الموارد كذلك من غير خصوصية للمقام لوضوح انه لو كان الغرر مبطلا لكان في المقام كذلك .

قال حنان في [الموثق] « كنت جالساً عند أبي عبد الله (ع) فقال له معمر الزيات انا نشتري الزيت في زقاقة فيحسب لنا النقصان فيه لمكان الزقاق فقال له : ان كان يزيد وينقص فلا بأس وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقر به » و ظاهره عدم البأس مع احتمال الزيادة والنقصان دون صورة العلم بزيادة الظرف فانه موجب للعلم بنقصان المبيع فعدم الجواز من حيث العلم بالنقصان لا فيما احتمال كليهما فان معنى ان كان يزيد وينقص ضرورة ان الشيء الواحد لا يكون يزيد وينقص معاً لانه متناقضان فالمراد احتمالهما فالمعنى

مع احتمال الزيادة والنقصان السارية في المبيع لأبأس .

والانصاف ان الروايات الواردة في الموارد المتشعبة الناصة بالجواز وعدم البأس كلها دليل على سهولة امر الشرع من حيث العلم بالزيادة والنقصان للمبيع والاكتفاء بالمشاهدة الموجبة للزيادة والنقصان في الصبرة وسمك الاجام والاستعلام من حيث الشم الطعم ونحو ذلك .

فلو كان الامر بما يستفاد من كلمات الاصحاب من البطلان ثم اجراء الغصب في المبيع الفاسد وفيما وقع عليه البيوع المتعددة وترامى الاثمان وضمنان كل من وقع يده عليه واستقرار الضمان فيمن تلف في يده كما عرفت من عبارة الجواهر مرع ان كثيرا من معاملات اليوم بل في كل زمان كذلك موجب بسدباب المعاملات شرعاً والحكم بالبطلان وفساد جميع اعمال الناس وحرمة اكلهم ومعاملاتهم مع انه تعالى قال يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر فانظروا فيما افاد المحقق الاردبيلي من عدم البطلان ومن عدم اجراء احكام الغصب كما تقدم

وكيف كان فيدل عليه [خبر على بن ابي حمزة] «سمعت معمر الزيات يسأل ابا عبد الله عليه السلام فقال : جعلت فداك نظرح من ظروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلا فربما زاد وربما نقص قال : اذا كان ذلك عن تراضى منكم فلا بأس» [وفى خبر على بن جعفر] المروى عن قرب الاسناد «عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام

عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسئة والجواثق فيقول : ادفع للناسئة رطلا او اكثر من ذلك أيحل ذلك البيع حيثئذ قال : اذا لم يعلم وزن الناسئة والجواثق فلا بأس اذا تراضيا» صريح الرواية ان معيار الصحة هو الرضا وان كان مستلزماً للغرر وهو ظاهر مسائل متشعبة كما عرفت ايضا فالامر سهل في الغاية

قال في الحدائق قالوا : اذا كان المبيع في ظرف جاز وزنه وبيعه معه ، وان يندر للظرف ماجرت به العادة مما يحتمل كونه بذلك القدر او يزيد قليلا او انقص كذلك فلو علم يقينا زيادة المسقط على وزنه لم يصح الابتراضى المتبايعين لان في ذلك تضييعا لمال احدهما بخلاف ما اذا كان برضاها .

قيل : وكما لا يجوز وضع ما يزيد كذا ما ينقص لاشتراكهما في المعنى .
قالوا : ويجوز بيعه مع الظرف بغير وضع ، بمعنى جعل الموزون المجموع
من الظرف والمظروف بسعر واحد ، ولا يضر جهل وزن كل واحد ، لان معرفة
الجملة كافية كمنظائره مما يباع منضما .

وقيل : لا يصح حتى يعلم مقدار كل واحد منهما منفرداً ، لانهما في قوة مبيعين
ورد بأنه ضعيف انتهى .

وقد وسعت عليكم الامر من حيث الاستنباط بما بين السماء والارض وكونوا
لهن الشاكرين . ﴿ ولا يجوز وضع ما يزيد ﴾ قطعاً ﴿ الا بالمراضات ﴾
وفي الجواهر وعلى كل حال فلا اشكال فى دلالة النصوص الثلاثة وقال
شيخنا فى مكاسبه ما لفظه 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 ومعقد
الاجماع المتقدم فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا او حينئذ فلا يحتاج الى الانذار
لان الثمن والمثمن معلومان بالفرض واخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول بعته كل
رطل بدرهم فيجوز مسألة الانذار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البايع من الدراهم
ويمكن ان يحزر المسئلة على وجه آخر وهو انه بعدما علم وزن الظرف
والمظروف وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فانذار اى مقدار للظرف
يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم وهل هو منوط بالمعتادين التجار او التراضى
او بغير ذلك فالكلام فى تعيين المقدار المنذر لاجل احراز شرط صحة بيع المظروف
بعد قيام الاجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير او باخبار البايع
والى هذا الوجه ينظر بعض الاساطين حيث اناط المقدار المنذر بما لا يحصل
معه غرر واعترض على ما فى القواعد ومثلها من اعتبار التراضى فى جواز اندار ما
يعلم زيادة بان التراضى لا يدفع غررا ولا يصح عقدا وتبعه فى ذلك بعض اتباعه ويمكن
ان يظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من

البيع على جواز الانذار اذ على الوجه الاول يكون الاستثناء المجهول متفرعا على جواز بيع بدون الظرف المجهول لاعلى جواز اندار مقدار معين اذ الانذار حينئذ لتعيين الثمن فتأمل

وكيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين فان جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين وغيرهما خصوا اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة انتهى . ﴿ ويجوز بيعه مع الظرف من غير وضع ﴾ .

وفي الجواهر موزونين أولا ، أو مختلفين ، اتفقا بالسعر أولا ، مع قابلية المنضم الى التقويم وعدمه ، فيكون كقشر الجوز ونوى التمر وتراب الطعام ونحوها ، للعمومات السالمة عن معارضة دليل الغر عرفاً ، والعلم بالجملة كاف عن معرفة الأبعاد وان لم يكن المنضم من الموزونات انتهى .

وما ابعد ما بين هذه الكلمات وما تقدم منه في المسائل المختلفة حتى قال في حق الأردبيلي كان فيه حب مخالفة الأصحاب نعوذ بالله و نستجير به من بعض الزلات وكيف كان فالظاهر لا اشكال في المقام وانه يصح بيع المظروف مع ظرفه سواء جعل الظرف بمنزلة جنس المظروف وقيمه قيمته فكانه حينئذ شياً واحداً له قيمة معينة مثل كل قفيز بدرهم او جعل المبيع نفس المظروف فقط وبنقض من وزنه من مثلاً للظرف فيجعل مجموع الثلاثين تسعة وعشرين سواء كان المعتاد رد الظرف الى صاحبه ام لا فلا اشكال حينئذ لو احتمل الزيادة او النقصان مما نقص وسياتي فيه ايضا بعض الكلام .

وحيث قدمت الكلام في احكام البيع شرع المصنف الى بعض الآداب والمستحبات التي ينبغي للتاجر مراعاته والمكروهات التي ينبغي عنها اجتنابها فان الانسان كما هو تاجر للدنيا تاجر للآخرة بل هو الغرض الاصلى من هذه الدنيا ولا بد للتاجر من تحصيل العلم والعمل كما قال عزمي قائل وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون اي ليعرفون

فان الغرض الاصلى من المجيب في هذا العالم هو العلم والعمل واكثرهما في

التجارة ولذا قد كتب فيها كتاب طويل والكل مشتمل على احكامها وآدابها وقد ورد ما حاصله ان ثواب جميع العبادات كلا بالنسبة الى كسب الحلال نسبة الواحد الى العشر فجميع العبادات واحد من حيث الثواب والكسب الحلال تسعة وسره ان الحرام اذا دخل في الجوف يوجب عدم قبول الاعمال فاللازم علاج ما يوجب المنع من القبول فينبغى للتاجر تحصيل العلم بها اولاً ثم العمل

واذا حصل العلم والمعرفة قد بلغ صاحبه الى أوج السعادة والمعارف قسمان قسم راجع الى معرفة الاصول وقسم الى معرفة الفروع والثاني محل البحث في المقام والاول اهم منه فان الاصول هو الذي يوجب اليقين بالآخرة وبدون اليقين لا ثمرة في العمل اصلاً ولذا قال عز من قائل وبالآخرة هم يوقنون فاذا لم يكن يقين بدار الآخرة يكون الاعمال هباء منثورا وهو الاصل الاصيل لكن الكلام في المقام في الثاني فينبغى للانسان ان يكون لامر الآخرة على يقين في جميع اعماله من التجارة وغيرها بل فيها اهم من غيرها كما عرفت فان صرف النظر عن المال وترك الحرام وترك اجحاف الناس مشكل وكذا الدخول في الربا امر قد كثر للتجار فلا بد من العلم به والدقة في امرها ولذا قال المصنف

﴿وأما الآداب﴾ كثيرة منها انه ﴿يستحب﴾ لكل مكتسب أن ينوي بكسبه الاستعفاف عن الناس ، والتوسعة على العيال واعانة المحتاجين وصرفه في أعمال الخير ، ففي الحسن «عمن قصد بكسبه ذلك ليس هذا طلب الدنيا هذا طلب الآخرة» وفي الحديث « من طلب الدنيا استعفافا عن الناس وسعيأ على أهله وتعطفأ على جاره لقي الله عز وجل يوم القيامة ووجهه مثل القمر ليلة البدر».

فانظر ايها العاقل في مثل هذه الرواية فلو كان تمام اطباق السموات والارض للانسان ولم يكن لممثل هذه الفضيلة كان مغبوناً لانه باق ومال الدنيا فان فضلا عن ان مثل هذه الصورة في هذه الوجاهة لا يجعل في مقابل ساير النعم التي كانت دونها بل الكل يناسب الآخر فهذه الصورة تناسب صورة حور عليا منها وقصور عليا منها وهكذا وايكيا ايها التاجر للآخرة من مكائد الشيطان كما قال عز من قائل ألم اعهد اليكم

يابنى آدم ان لاتعبدوا الشيطان انه لكم عدوميين .

ومنها ﴿ أن يتفقه فيما يتولاه ﴾ من أفراد الاكتساب أولاً وعلم حكم ما يكون متصد بالبيعه وشراه فى الخبر «الفقه ثم المتجر والله للربا فى هذه الامة ديبب أخفى من ديبب النملة على الصفاء التاجر فاجر والفاجر فى النار الامن أخذ الحق واعطى الحق الى أن قال من اتجر بغير علم ارتطم فى الربا ثم ارتطم فيقع فى المعاصى العظيمة من حيث لا يحتسب كما عرفت»

﴿و﴾ منها ﴿ان يسوى البايع بين المبتاعين فى الانصاف﴾ بالنسبة الى الثمن وحسن المبيع وغيرهما . للخبر الموافق للاعتبار خصوصاً مع التفويض اليه الذى هو نوع ائتمان له ، نعم قديقال : أنه لا بأس بمراعات حال المشتري لفضله اوتقواه اوفقره ونحوها من حيث نقص الثمن وغيره ونحو ذلك ، مما يحسنه العقل والشرع مع أنه قيل فيه أنه يكره للمبذول له قبول ذلك ، بل يحكى عن السلف أنهم كانوا يوكلون فى الشراء من لا يعرف هرباً من ذلك هذا .

﴿و﴾ منها ﴿ان يقبل من استقاله﴾ لفظاً أو معنى باظهار الندامة على ذلك للاخبار التى لا فرق فيها بين البايع والمشتري ، وبين المؤمن المسلم وغيرهما ﴿و﴾ منهما ﴿ان﴾ يدعو بالمأثور عند دخول السوق فاذا جلس مجلسه ﴿يشهد الشهادتين﴾ والاولى أن يقول مافى [خبر سدير] عن أبى جعفر عليه السلام أشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له ، واشهد أن محمداً عبده ورسوله اللهم انى استلك من فضلك حالاً طيباً وأعوذ بك من أن أظلم أو أظلم وأعوذ بك من صفقة خاسرة ويمين كاذبة» أوما فى غيره من النصوص ﴿و﴾ منها ﴿أن يكبر الله سبحانه اذا اشترى﴾

ففى حسن حريز عن الصادق (ع) اذا اشتريت شيئاً من متاع او غيره فكبر ثم قل اللهم انى اشتريته التمس فيه من فضلك فصل على محمد وآل محمد واجعل لى فيه فضلاً اللهم انى اشتريته ألتمس فيه من رزقك فاجعل لى فيه رزقاً ثم أعد كل واحد ثلاث مرات .

وفى [خبر ابن مسلم] «عن أحدهما عليه السلام اذا اشتريت متاعاً فكبر الله ثلاثاً ، ثم

قل اللهم انى اشتريته ألتمس فيه من خيرك فاجعل لى فيه خيراً» الى آخر الحديث
 ﴿و﴾ منها ﴿ان يقبض لنفسه ناقصاً ويعطى راجحاً﴾ للاحتياط فى التجنب
 عن البخس قال : الصادق عليه السلام فى [خبر صفوان] « ان فىكم خصلتين هلك
 بهما من قبلكم من الامم قال : وما هما يا ابن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
 قال : المكيال والميزان» وهما امر ان مهمان كما فى قول الله تعالى «ويل للمطففين
 الذين» الخ الا يظن اولئك انه مبعوثون ليوم عظيم يوم يقوم الناس لرب العالمين
 فهذا التحديد العظيم لمن انقص فى معاملته ذرة مثقال بمقتضى عموم الاية .

فاذا كان هذا العذاب والعقاب لمن وقع منه ظلم فى حق اخيه فكيف بحال
 من ظلم و غصب اموال الناس ظلماً مع انه ليس لاحد اخذ اموال الناس بلا حق
 شرعى ولا يبيع امواله بدون رضاه ولا السعر عليه على رقم نفسه كما سيأتى فى
 الاحتكار فاحذروا فاحذروا ايها الاخوان من مكائيد الشيطان فلا تغتروا ببعض المطالب
 والافكار ولا تدخلوا فى المعاصى الكبيرة على زعمكم وفهمكم فان الناقد بصير خبير نعوذ
 بالله من نقاش الحساب فى يوم يجعل الولدان شيباً .

﴿و﴾ أما المكروهات فمنها انه ﴿يكره مدح البايع لما يبيعه و ذم المشتري
 لما يشتريه واليمين على البيع﴾ والشراء فى [خبر السكونى] «عن أبى عبد الله عليه السلام
 من باع واشترى فليحفظ خمس خصال والا فلا يشتري ولا يبيع، الربا، والحلف و
 كتمان العيب والحمد اذا باع، والذم اذا اشترى» [وفى النبوى] «أربع من كن فيه
 طاب مكسبه اذا اشترى لم يعب، واذا باع لم يحمد، ولا يدلس، وفيما بين ذلك لا يحلف
 [وفى المرتضى] «يا معشر التجار قدموا الاستخارة وتبركوا بالسهولة، واقتربوا
 من المتاعين، وتزينوا بالحلم، وتناهوا عن اليمين، وجانبوا الكذب، و تجافوا عن
 الظلم، وانصفوا المظلومين، ولا تقربوا الربا و أوفوا الكيل والميزان، ولا تبخسوا
 الناس أشياءهم ولا تعثوا فى الارض مفسدين» [وفى آخر] عنه أيضاً «اياكم والحلف
 فانه ينفق السلعة ويمحق البركة» بل فى خبر ابراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن موسى
عليه السلام «ثلاثة لا ينظر الله اليهم يوم القيامة أحدهم رجل اتخذ الله بضاعة لا يبيع الا يمين

ولا يشتري الأيمن». ﴿و﴾ منها ﴿البيع في موضع يستتر فيه العيب﴾ لظلمة مثلاً حذراً من الغش والتدليس، قال هشام ابن الحكم: كنت أبيع السابري في الظلال فمر بي الكاظم عليه السلام فقال: «يا هشام ان البيع في الظلال غش والغش لا يحل» بل لعل نحو ذلك اظهرار جيد المتاع و كتم رديه الذي قال النبي ﷺ لفاعله: « ما أراك الا قد جمعت خيانة وغشاً للمسلمين» .

﴿و﴾ منها ﴿الربح على المؤمن الامع الضرورة﴾ في ربح قوت يومه موزعاً على سائر المعاملين له المؤمن في ذلك اليوم والامع الشراء بأكثر من مائة درهم أو الشراء للتجارة [قال الصادق (ع)] «ربح المؤمن على المؤمن ربا الا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فاربح عليه قوت يومك أو يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وارفقوا بهم» [وفي خبر ميسرة] «قلت لابي جعفر عليه السلام ان فيمن يأتيني اخواني فحدلي من معاملتهم مالا اجوزه الي غيره فقال : ان وليت أخاك فحسن ، والا فبيع بيع البصير المداق وفي الجواهر بناء على أن المراد منه ان بعت أخاك المؤمن فلا تربح عليه، بل وله أي بعه برأس المال، وان لم يكن أخاك فبيع بيع البصير المداق له أو أن المراد أن وليت أخاك فحسن، و ان تركت الحسن فبعه بيع البصير المداق، بأن تلاحظ ما يخصه من قوت يومك الذي تريد أن توزعه على اخوانك المعاملين لك ، لكن [في خبر سالم] «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخبر الذي يروى أن ربح المؤمن على المؤمن ربا ماهو قال. ذلك اذا ظهر الحق وقام قائمنا أهل البيت فأما اليوم فلا بأس أن تبيع من الاخ المؤمن وتربح عليه» [وفي خبر] عمر بن يزيد بياع السابري « قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ان الناس يزعمون أن الربح على المضطر حرام ، وهو من الربا فقال وهل رأيت احدا يشتري عينا اوفقيرا الا من ضرورة ، ياعمر قد أحل الله البيع وحرم الربا فاربح ولا ترب» .

﴿و﴾ منها الربح أيضاً ﴿على من يعده بالاحسان﴾ لقول [الصادق عليه السلام] «اذا قال الرجل للرجل: هلم أحسن بيعك يحرم عليه الربح ، ﴿و﴾ منها ﴿السوم ما بين طلوع الفجر الى طالع الشمس﴾ [لمرفوع ابن اسباط] «نهى النبي ﷺ

عن ذلك «مؤيداً بأنه وقت التعقيب الذي هو أبلغ في طلب الرزق من الضرب في الارض. ﴿و﴾ منها ﴿الدخول الى السوق أولاً﴾ قيل: والخروج منه أخيراً، المنافى للاجمال في الطلب وغيره مما ورد الامر به وانما الذي ينبغي له أن يكون آخر داخل وأول خارج، عكس المسجد ﴿و﴾ منها ﴿مبايعة الدين﴾ الذين لا يبالون بما قالوا وما قيل لهم ولا يصرهم الاحسان ولا تؤهم الاسائة، والذين يحاسبون على الشيء الدنى، ﴿وذوى العاهات﴾ والنقص في أبدانهم ﴿والاكراد﴾ والمحارف و من لم ينشأ في الخير كمستجدي النعمة [فعن الصادق عليه السلام] «اياك ومخالطة السفلة فان السفلة لا تؤل الى خير» وعنه عليه السلام «لاتعامل ذاعاهة فانهم اظلم شياً» .

[وفي خبر الوليد] عنه عليه السلام أيضاً «ياوليد لاتشتر من محارف فان صفقته لابركة فيها» وعن الفقيه خلطته، والتهديب حرفته، وعنه عليه السلام أيضاً «لاتخالطوا ولا تعاملوا الامن نشاء في الخير» .

وعنه عليه السلام أيضاً «انه قال : لقهرمان له استقرض من رجل طعاماً فألح بالتقاضى له فقال : ألم أنك أن تستقرض ممن لم يكن فكان» وعنه في خبر داود : «ياداود تدخل يدك في فم التنين الى المرفق خير لك من طلب الحوائج الى من لم يكن فكان وعن ابى جعفر (ع) مثل الحاجة الى من أصاب ماله حديثاً كمثل الدرهم في فم الافعى أنت اليه محوج وأنت منها على خطر .

وفي خبر أبى الربيع الشامي «سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له : ان عندنا قوماً من الاكراد وانهم لا يزالون يجيئون بالبيع فنخاططهم ونبايعهم فقال : يا أبا الربيع لاتخالطوهم فان الاكراد حى من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء فلا تخاططوهم» .
﴿و﴾ منها ﴿التعرض للكيل أو الوزن﴾ بل والعد ﴿اذالم يحسنه﴾ حذرا من الزيادة و النقصان المؤديين الى المحرم، بل في المسالك عن بعض تحريمه، وهو كذلك مع تحقق التأدية المزبورة لامع عدمها، و الخوف من ذلك لا يقتضى الحرمة، وفي مرسل المثنى الحنات «عن أبى عبد الله عليه السلام قلت : له رجل من نيته الوفا وهو اذا كالم لم يحسن أن يكيل قال : فما يقول الذين حوله قلت : يقولون

لا يوفى قال: هذا لا ينبغي له أن يكيل»

﴿و﴾ منها ﴿الاستحطاط من الثمن﴾ أى انزاله من علو القيمة الى السفلى
﴿بعد العقد﴾ ففى [خبر ابراهيم بن زياد] «عن أبى عبد الله عليه السلام قال: اشتريت
له جارية فلما ذهب أزن الدراهم قلت : أستحطهم قال: ان رسول الله صلى الله عليه
 وآله وسلم نهى عن الاستحطاط بعد الصفقة» [وفى خبر الشحام] أتيت أباعبدالله
 عليه السلام بجارية أغرضها فجعل يساومنى وأسأومه، حتى بعته إياها وقبض على يدى
 فقلت : جعلت فداك انما ساومتك لانظر المساومة تبتغى أولا تبتغى وقد حطت عنك
 عشرة دنانير ، فقال : هيهات الا ما كان قبل الصفقة اما بلغك قول النبى صلى الله عليه
 وآله وسلم الوضعية بعد الصفقة حرام .

[وروى] فى الفقيه عن يونس بن يعقوب، قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام : الرجل
 يشتري من الرجل البيع ، فيستوهبه بعد الشراء من غير ان يحمله على الكره ؟ قال :
 لا بأس به .

[وروى] فى التهذيب عن معلى بن خنيس عن ابيه عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألته
 عن الرجل يشتري المتاع ثم يستوضع ؟ قال : لا بأس . وأمرنى فكلمت له رجلا فى
 ذلك وعن يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يستوهب من الرجل
 الشئ بعد ما يشتري ، فيعب له ايصلح له قال : نعم .

وروى فى الكافى والتهذيب [عن ابى العطار] ، قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام :
 اشترى الطعام ، فاضع فى اوله ، واربح فى آخره ، فأسأل صاحبه ان يحط عنى فى كل
 كر كذا وكذا ؟ فقال : هذا لاخير فيه ، ولكن يحط عنك جملة قلت : فان حط عنى
 اكثر مما وضعت ؟ قال : لا بأس .

و فى الحدائق بعد نقلها قال و هذه الاخبار - كما ترى - ظاهرة فى جواز
 الاستحطاط وعدم حرمة والشيخ - رحمه الله - قد جمع بينها بحمل الخبرين الاولين
 على الكراهة ، وتبعه الجماعة كما هى عادتهم غالبا . و انت خبير بان صريح الخبر
 النهى التحريم ، وقد فسره نهي النبى (ص) الذى تضمنه الخبر الاول بالتحريم .

وهو ظاهر الخبر الاول ومن ثم جمع في الوافي بين الاخبار المذكورة ، بحمل اخبار الجواز على ما اذا كان الاستحطاط على جهة الهبة ، كما تضمنه بعضها ، حملاً لمطلقها على مقيدها ، وبقاء الخبرين الاولين على ظاهرهما ، من التحريم ، وهو جيد انتهى اما كون الاستحطاط على جهة الهبة مكروه فهو معلوم لعدم كون الحط ودفع شئ على وجه الاجبار كى يحرم بل كان اعطاء على وجه الاختيار و الميل واما لو لم يكن على وجه الهبة فلا محالة كان على وجه الاجبار و القهر فهو حرام قطعاً لا ان الدفع على وجه التراضى ايضاً حرام فما دل على الحرمة محمول على القهر والاجبار و ما دل على الكراهة محمول على الرضا .

﴿ و ﴾ منها ﴿ الزيادة في السلعة وقت النداء ﴾ كما عن النهاية لخبر امية بن عمر الشعيرى عن أبى عبدالله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول : اذا نادى المنادى فليس لك أن تزيد و انما يحرم الزيادة النداء و يحلها السكوت « المحمول على شدة الكراهة قطعاً ﴾ ﴿ و ﴾ منها ﴿ دخول المؤمن في سوم أخيه ﴾ بايعاً كان أو مشترياً ﴿ على الاظهر ﴾ الا شهر بل المشهور لخبر الحسين بن زيد .

و يدل عليه ما رواه الصدوق في حديث المناهى المذكور فى آخر الفقيه باسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن النبي ﷺ . قال : ونهى رسول الله ﷺ ان يدخل الرجل فى سوم اخيه المسلم .

وفى الحدائق بعد نقله قال والمراد بالدخول الرجل فى سوم اخيه هو ان يزيد فى الثمن الذى يريد ان يشتريه الاول ليقدمه البائع ، لاجل الزيادة . هذا بالنسبة الى الدخول فى السوم فى صورة الشراء .

واما بالنسبة الى الدخول فى السوم فى صورة البيع ، فهو ان يبذل الداخل للمشتري متاعاً من عنده ، غير ما اتفق عليه البايع الاول مع المشتري الى ان قال . و كيف كان فانهم قد صرحوا - رضى الله عنهم - بان النهى تحريماً او كراهة ، انما يثبت بعد تراضى الاولين ، صريحاً او ظاهراً ، فلو ظهر ما يدل على عدم الرضا ، وطلب الزيادة او جهل حاله ، لم يتعلق به الحكم المذكور . وهو

كذلك ، لاصالة الصحة وقوفا في النهي على القدر المتيقن انتهى .
 وفي محكى المبسوط وأما السوم على سوم أخيه فهو حرام ، لقوله عليه السلام
 «لايسوم الرجل على سوم أخيه» هذا اذا لم يكن المبيع في المزايدة، فان كان كذلك
 فلا تحرم المزايدة ومقتضاه الحرمة مطلقاً في غير حال المزايدة - وأما فيها فظاهره
 عدمها قبل التراضي .

وفي الحدائق والجواهر ايضا عن المنتهى انه اعتذر عن الشيخ بأنه عول على
 خبر الشعيرى ولا بأس به ، لان مثله صالح لاثبات مثلها ثم قال : والتحقيق ان نقول
 ان الحال لا يخلو من اربعة اقسام احدها ان يوجد من البايع التصريح بالرضاء بالمبيع ،
 فهنا يحرم السوم، الثاني أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا، فهذا لا يحرم فيه الزيادة،
 الثالث أن لا يوجد ما يدل على الرضا ولا على عدمه، فهنا أيضاً يجوز السوم ، الرابع
 أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح ، والوجه هنا التحريم أيضاً .

﴿و﴾ منها ﴿أن يتوكل حاضر لباد﴾ غريب قروي أوبدوى لخبر عروة بن
 عبد الله «عن أبي جعفر عليه السلام قال رسول الله ﷺ : لا يتلقى أحدكم تجارة
 خارجاً من المصر ولا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق بعضهم من بعض» وخبر
 لجابر «عن رسول الله ﷺ لا يبيع حاضر لباد يدعو الناس يرزق الله بعضهم من بعض»
 وغير ذلك من قوله ﷺ «دعو الناس على غفلاتها» ﴿و﴾ نحوه بل ﴿قيل﴾ : والقائل
 الشيخ وابنا ادريس و البراج والفاضل في المنتهى على ما حكى عنهم ، ﴿يحرم﴾
 لظاهر النهي ﴿و﴾ لكن ﴿الاول﴾ مع كونه أشهر بل المشهور ﴿أشبه﴾ باصول
 المذهب وقواعده ﴿ويلحق﴾ بذلك مسثلتان الاولى تلقى الركبان مثلاً القاصدين الى
 بلد للشراء منهم مثلاً ﴿مكروه﴾ وفي الجواهر في المشهور بين الاصحاب بل عن بعضهم
 ما يظهر منه الاجماع عليه، وهو الحجة بعد حمل النهي عليه انتهى وفي الحدائق ما لفظه
 وهل التلقى مكروه او محرم ؟ قولان للشيخ - عليه الرحمة وقد صرح في النهاية
 بالكراهة، ونقله في الخلاف عن المفيد ايضاً، وقال في المبسوط والخلاف : لا يجوز
 وحمل العلامة في المختلف كلامه في المبسوط والخلاف على الكراهة

المؤكدة ، قال : لانه كثيراً ما يستعمل لفظ «لايجوز» في المكروه وهو غير بعيد .
وبالتحريم صرح ابن البراج ، وتبعه ابن ادريس ، وهو قول ابي الصلاح
ايضا ، واختاره في المنتهى الخ .

ولا يخفى ان الاحكام الشرعية الحتمية يحتاج الى دليل قطعي والنهي وان
كان ظاهرا في التحريم لكنه مع استعماله كثيراً في الكراهة فلا يصح ان يراد الحرمة
مع قرينة قطعية وكم من امثال تلك العبارات في لسان المكروهات القطعية فلا يتم
القول بالحرمة بمجرد ورود النهي واما الروايات :

[قمارواه] في الكافي والتهذيب عن منهل القصاب . قال : قال ابو عبد الله عليه السلام
لا تلق ، فان رسول الله (ص) نهى عن التلقى . قلت : وما حد التلقى ؟ قال : مادون
غدوة اوروحة . قلت وكم الغدوة والروحة ؟ قال : اربعة فراسخ قال ابن ابي عمير :
وما فوق ذلك فليس بتلق .

ومنها : مارواه في الكافي والتهذيب عن منهل القصاب عن ابي عبد الله عليه السلام
قال : لا تلق ، ولا تشتر ماتلقى ولا تأكل منه .

ومارواه في الفقيه عن منهل القصاب قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن تلقى
الغنم ، فقال : لا تلق ولا تشتر ماتلقى ولا تأكل من لحم ماتلقى «عن ابي جعفر (ع) عن
النبي (ص) لا تلق أحدكم تجارة خارجا عن المصر»

وهذه الروايات لاتفيد اكثر من الكراهة مخصوصاً مع احتمال روايات المنهال
كلها رواية واحدة فحينئذ لا يصح ارادة الحرمة هذا مضافا الى عدم اطراد وجه ذلك
في جميع الازمنة وبنحو الاطلاق كما في عصرنا الحاضر حيث ان جميع الناس يعلمون
وعارفون بنرخ الاجناس من غير فرق بين الحاضر والباد ومن كونه في المصر
او خارجه فوجه الكراهة قد يتفق في مكان وبايح لم يتوجه الى النرخ بل في مثل
هذا اليوم لا يخفى شيء على احد الا قليل الاستماع جميع المطالب والاحبار من
غير الانسان بالالات العصرية بحيث اذا اخبر بخبر يعلمه جميع البلاد فلا يجهل شيء
على احد فلا فرق بين تلك المعاملة الواقعة في البلد وخارجه .

وقدردها فى الجواهر بعد حمل النهى فيها على الكراهة بقوله لقصورها سندا
عن افادة التحريم خصوصا بعد مخالفتها للمشهور ، وموافقتها للعامة ، بل ودلالة
بناء على فهم ذلك من هذا النهى فى هذا المقام، ولولقوله ولاتأكل ، المعلوم ارادة
الكراهة منه ، بعد فرض ارادة الاثم من النهى عن التلقى ، لافساد العقد كمعلومية
كون المنشأ فى ذلك ماؤماً اليه عليه السلام فى النهى عن وكالة الحاضر للباد، من
ارادة ارتزاق المسلمين بعضهم من بعض انتهى .

ومن ذلك يعلم ما فى كلمات صاحب الحدائق من القول بالحرمة حملاً للنواهي
على ظاهرها ولعله تابع الشيخ فى الخلاف حيث قال تلقى الركبان لا يجوز فان
تلقى واشترى كان البايع بالخيار اذا ورد السوق الا ان ذلك محدود باربعة فراسخ
فان زاد على ذلك كان جلباً ولم يكن به بأس وللشافعى فيه قولان احدهما لا يجوز
ولم يحده والثانى ليس له الخيار .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وروى ابوهريرة ان النبى (ص) نهى عن
تلقى الجلب فان تلقى متلق فاشتره فصاحب السلعة بالخيار اذا ورد السوق وهذا
نصر انتهى .

واما الاجماع فهو على خلافها واما الاخبار فقد عرفت قصورها سناً ودلالة
وكذا القول بالخيار مطلقاً

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿حده اربعة فراسخ﴾ اى دونه فانه اذا كان اربعة فراسخ
كان سفر اجمع قصد رجوعه فهو مأمور به لاجل الرزق «روى أن حد التلقى روحة ،
فاذا صار الى اربعة فراسخ فهو جلب» وهذه الاربعة ﴿اذا قصد ولا يكره ان اتفق﴾
بلا قصد ﴿ولا يثبت للبايع الخيار ألا أن يثبت الغبن الفاحش﴾ فيكون حينئذ خيار
الغبن لو قلنا به فضلا عما اذا لم نقل به فكيف ازال عقداً لازم بحكم عمومات الكتاب
خلافاً لظاهر المحكى عن ابن دريس من ثبوت الخيار مطلقاً ، ولعله لاطلاق النبوى
المرسل فى الدروس عن النبى ﷺ «لمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار» أو النبوى
العامى «لاتلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فأذا اتى السوق فهو بالخيار»

وفى الجواهر القاصر سنداً عن تخصيص قاعدة اللزوم ﴿والخيار فيه على الفور مع القدرة﴾ عليه ان قلنا به والافلنا كلام فى اصل خيار الغبن وكذا فى الفورية مع قبول اصله

وبالجملة لا وجه لتزلزل البيع لمجرد كونه خارجاً عن البلد لاحتمال الغبن ﴿و﴾ لكن ﴿قيل﴾ ﴿لا يسقط﴾ الخيار على فرضه حينئذ ﴿الا بالاسقاط وهو الاشبه﴾ عند المصنف القائل بالخيار فى الغبن فى هذا الكتاب خلافاً لحلقة درسه فإنه قد انكره على ما حكى عنه وتمام الكلام فى محله ﴿وكذا حكم النجش﴾ بمعنى أن البيع فيه صحيح ، بل ولازم الامع الغبن الفاحش

وقد عرفت عدم ثبوت الخيار فانه بلا دليل مع التراضى وحلية البيع والنجش عبارة عن زيادة رجل فى ثمن شىء مع عدم ارادة الشراء كى يكون موجبا لرغبة المشتري الحقيقى فى زيادة الثمن وهو حرام جداً لانه موجب لغرور الغير بذلك . ﴿و﴾ لذا قال ﴿هوان يزيد لزيادة من واطاه البايع﴾ اى لزيادة من وقع التوطئة بينه وبين البايع بان يقول البايع له قل اشترى عشرين درهما مثلاً حتى مال المشتري الى الشراء بالعشرين مع انه لا يكون قيمته بهذا المقدار فيكون هذه المواطنة موجبة لاغراء الجهل لمن اراد الشراء حقيقة

وقد لعن النبى ﷺ الناجش والمنجوش اى البايع والذى واطاه فالمنجوش هو البايع والناجش هو الذى يزيد فى السلعة كذبا قال فى الخلاف : اذا نجش بامر البايع ومواطاته وهوان يزيد فى السلعة ليقتدى به المشتري فيشتره يصح البيع بلا خلاف ولكن للمشتري الخيار واختلف اصحاب الشافعى فى ذلك فقال ابو اسحق المروزي مثل ما قلناه ومنهم من قال لا خيار له وهو قول ابن ابي هريرة وظاهر قول الشافعى .

[دليلنا] ان هذا تدليس وعيب وجب ان يثبت الخيار مثل ساير العيوب وان قلنا انه لا خيار له كان قوياً لان العيب ما يكون بالمبيع وهذا ليس كذلك وللبايع والمشتري حكم نفسه فيما يشتره دون حكم غيره واذا اشترى مضى شراؤه انتهى وجه

الصحة بدون الخيار واضح

المسألة الثانية هي الاحتكار وهي مهمة وعامة البلوى فى كل عصر سيما فى عصرنا الحاضر وقد اختلف فيها فقيل جمع من الاصحاب بانها مكروه وقيل بانها حرام

وفى التذكرة قال فى (الاحتكار) قولان لعلمائنا : التحريم ، وهو أصح قولى الشافعى ، لما رواه العامة عن النبى ﷺ انه قال : « لا يحتكر الا خاطيء » اى آثم وقال ﷺ « العجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وقال (ع) « من احتكر الطعام أربعين ايلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه » ثم استدلت بروايات الخاصة وسكت وظاهره التحريم وفى الحدائق قال :

(ومنها) : الاحتكار وهو افتعال من الحكرة - بالضم - وهو جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء .

وقد اختلف الاصحاب ايضاً فى كراهته وتحريمه ، فنقل فى المختلف عن الصدوق فى الهداية القول بالتحريم قال : وبه قال ابن البراج والظاهر من كلام ابن ادريس واختاره فى المسالك .

وقال العلامة فى المنتهى ، والشيخ فى المبسوط ، والمفيد فى المقنعة : انه مكروه وبه قال ابو الصلاح فى المكاسب من كتاب التلقى وقال فى فصل البيع : انه حرام ثم استقرب فى المختلف الكراهة ، وهو اختيار المحقق فى الشرايع ايضاً انتهى ومنشأ الخلاف هو الروايات الظاهرة فى الكراهة فالولى نقلها فمنها [مارواه] فى التهذيب عن السكونى عن ابى عبد الله عن ابيه قال : قال رسول الله ﷺ : ورواه فى الفقيه مرسلاً قال : قال رسول الله ﷺ : لا يحتكر الطعام الا خاطيء

[وما رواه] فى الكافى عن حذيفة بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام قال : نفذ الطعام على عهد رسول الله (ص) فاتاه المسلمون . فقالوا : يا رسول الله قد نفذ الطعام ولم يبق الشىء الا عند فلان ، فمره ببيعه ، قال فحمد الله واثنى عليه ثم قال : يا فلان ،

ان المسلمين ذكروا أن الطعام قد نفذ ، الا شيئاً عندك فاخرجه فبعه كيف شئت ولا تحبسه .

[وما رواه] في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن ، عن الحلبي عن ابي عبدالله (ع) قال : سألته عن الرجل يحتكر الطعام ، يتربص به هل يجوز ذلك ؟ فقال : ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس ، وان كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فانه يكره ان يحتكر الطعام ، ويترك الناس ليس لهم طعام .

[وعن ابن القداح] عن ابي عبدالله (ع) قال : قال رسول الله (ص) : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . ورواه الصدوق مرسلًا .

[وعن السكوني] عن ابي عبدالله (ع) قال : الحكرة في الخصب اربعون يوماً ، وفي البلاء والشدة ثلاثة ايام ، فمأزاد على الاربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون ، ومأزاد في العسرة على ثلاثة ايام فصاحبه ملعون ورواه في الفقيه باسناده عن السكوني وايضاً [روى في الفقيه مرسلًا] ، قال نهى امير المؤمنين (ع) عن الحكرة في الامصار وما رواه في التهذيب عن الحسين بن عبيد الله بن ضمرة عن جده عن علي ابن ابي طالب (ع) انه قال : رفع الحديث الى رسول الله (ص) ، انه مر بالمحتكرين ، فامر بحكرتهم الى ان تخرج الى بطون الاسواق ، وحيث ينظر الابصار اليها فليل لرسول الله (ص) : لو قومت عليهم؟ فغضب حتى عرف الغضب في وجهه ، فقال : انا اقوم عليهم ! انما السعر الى الله تعالى يرفعه اذا شاء ويضعه اذا شاء .

[وما رواه] الشيخ في كتاب المجالس بسنده فيه عن ابي مريم ، عن ابي جعفر (ع) قال : قال رسول الله (ص) : ايما رجل اشترى طعاماً فكبسه اربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ، ثم باعه فتصدق بثمانه ، لم يكن كفارة لما صنع .

[وما رواه] في كتاب قرب الاسناد عن ابي البختری عن جعفر بن محمد عن ابيه (ع) ان علياً (ع) كان ينهى على الحركة في الامصار . وقال : ليس الحكرة الا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن وما رواه في نهج البلاغة عن امير المؤمنين (ع) في كتابه الى مالك الاشر، قال فيه : فامنع من

الاحتكار، فان رسول الله (ص) منع منه . وليكن البيع بيعاً سمحاً، بموازين عدل، واسعا لا يجحف بالفريقين من البايع والمبتاع ، فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه، فنكل وعاقب فى غير اسراف .

ولا يخفى عدم دلالة شىء منها على الحرمة ﴿و﴾ لذا قال ﴿الاول﴾ وهو الكراهة ﴿اشبه﴾ وغاية ما يمكن الاستدلال للحرمة ما عن كتاب ورام ابن ابي فراس - وهو جد السيد رضى الدين بن طاووس لاهه ، وكان يشنى عليه ثناءً زائداً، ويعتمد كتابه - عن النبى ﷺ عن جبرئيل ، قال : اطلعت فى النار فرأيت وادياً فى جهنم يغلى، فقلت : يا مالك ، لمن هذا ؟ فقال: لثلاثة : المحتكرين ، والمدمنين الخمر، والقوادين .

وذلك لانه لولا حرمة لماوجه لكون مكانه ذلك ولكن فيه ان اكثر المكروهات كان لسان فعلها ذلك وفى الحدائق ايضا اختار الحرمة قال بعد نقل الروايات وكلها كما ترى ما بين صريح او ظاهر فى التحريم . وليس فيها ما يمكن التعلق به للقول الاخر . الالفظ الكراهة فى صحيحة الحلبي او حسنة . واستعماله فى التحريم فى الاخبار اكثر كثير، كما تقدم فى غير موضع من كتاب الطهارة والصلاة . فالواجب : حملة على ذلك ، بقريئة جملة اخبار المسألة . ومنه يظهر قوة القول بالتحريم انتهى .

واما ارادة الحرمة من الكراهة فهى خلاف ظاهر اللفظ مضافاً الى تحقق القرينة على ارادة الكراهة المصطلحة من لفظها فى غير المقام وفى المقام ولم يكن فى خبر دل على نحو من اللزوم والحتم فلفظة الكراهة فى بعضها صالحة لصرف مآثره غيرها لو سلم ذلك بل لفظ الاحتكار عبارة عن جمع الشىء مطلقاً كان بالشراء او الزراعة او الهبة او الصلح كان غيره عند الناس موجوداً او لا ولا دليل على التحريم مطلقاً بالاتفاق بل المتيقن صورة كون ما يحتكر بالشراء وعدم وجوده فكيف يكون اللفظ بنحو الاطلاق دالا على الحرمة واختار الحرمة ايضاً شيخنا المرتضى قال بعد قول القائلين بالحرمة مثل القاضى والتذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع

المقاصد والروضة والتنقيح والميسية مالفظه وهو الاقوى بشرط عدم باذل الكفاية الى ان قال بعد رواية الحنات الاثية فان الظاهر منه ان عليه عدم البأس مع وجود الباذل فلولا حرم انتهى .

فلا بأس بامساكه وهما كما ترى لادلالة لهما على التحريم خصوصاً بضميمة الكثيرة الواردة فى المقام بل هى قرينة على صرف ظهور بعضها لو كان عن ظاهرها . والمسألة مشكلة من حيث عدم دلالة الاخبار عليه ومخالفتها لقاعدة سلطنة الناس على اموالهم ومن حيث احتياج الناس الى هذه الاموارات ولكن اذا تنفح موضوع البحث علم بعدم المنافاة وعليه كان القول بالكراهة قوى للجمع بين الروايات وانها دلت على ان المحتكر ملعون ولم يدل على اخذه من الملعون وبيعه عليه قهراً .

وبالجملة هذه الروايات لاتدل على ازيد من الكراهة وهى تختلف شدة وضعفا على حسب الاحتياج والاشخاص والازمان وغيرها .

وفى الجواهر بعد قوله والاول اشبه قال باصول المذهب وقواعده التى منها الاصول وقاعدة تسلط الناس على اموالها المعتضدة بنصوص الاتجار وحسن التعايش والحزم والتدبير وغير ذلك السالمة عن معارضة دليل معتبر على التحريم ، لقصور نصوص المقام سنداً ودلالة عن ذلك انتهى .

ولازم الحرمة هو البيع عليه قهراً وذلك خلاف لان شريعة الاسلام ليس دين ظلم وجور وتحكم على الغير واخذ شىء منه من غير رضاه وعدم اخذ امير المؤمنين الشعيرة من النملة اقوى شاهد عليه فضلا عن المسلم فالانسان بحكم الشرع مسلط على امواله ونفسه وليس لاحد سوى الاثمة الاطهار الحكم عليه على خلاف رضاه . ولذا يكون جميع ماياتى من الادلة ظاهرة فى الكراهة وليس فيها دليل دل على الحرقة فالكراهة هو الجمع بين تلك الادلة وأدلة عدم الاجحاف على أحد لامن حيث أخذ اموالهم ولامن حيث حبس الاطعمة مع احتياج الناس اليها فتحكم عليه بالرد والبذل والبيع بدون تحريم وظلم وانه يكره ذلك على من امتنع فليس على

أحد لو امتنع المالك عن البذل والبيع أخذه من يده ظلماً وقهراً كما انه ليس على المالك حبسه وعدم بذله مع احتياج الناس اليه .

وبالجمله ليس لاحد القهر والغلبة على أحد ولو كان عليه مثل ما كان على قارون وكيف كان فالحرمة تحتاج الى دليل قطعى والتشديد فى بعض الاخبار من حيث عدم عمل المؤمن بوظيفته الاخلاقية الانسانية .

وبالجمله الذم راجع الى عمل شخصه وان المؤمن لا يليق منه مثل هذا العمل فى مثل هذا الموقع الذى يحتاج الناس الى الاطعمة ومع ذلك مع قطع النظر عن ضعف السند لا يكون لها ودلالة على الحرمة بوجه .

ولقد أجاد فى الجواهر حيث قال بعد نقل الروايات وهى أجمع كما ترى ، مع قصور أسانيدها كادت تكون صريحة فى الكراهة ، ضرورة كون اللسان لسانها ، والتأدية تأديتها كما لا يخفى على من لاحظ ماورد عنهم عليه السلام فى المكروهات ، وترك بعض المندوبات ، كغسل الجمعة والجماعة والاكل وحده ، وتفريق الشعر ، ونحو ذلك الى أن قال الى غير ذلك من الامارات فى النصوص المزبورة ، بحيث يمكن دعوى حصول القطع للفقهاء الممارس بذلك ، كما لا يخفى على من رزفه الله تعالى فهم كلامه ورمزهم .

ومن ذلك يعرف مافى الاستدلال للقول بالحرمة بالنصوص المزبورة ، مؤيداً بالفتح العقلى المستفاد من ترتب الضرر على المسلمين ، وكون منشاؤه الحرص المذموم عقلاً ، ومتافاته للمرورة ورقة القلب المأمور بهما كذلك ، اذ قد عرفت مفاد النصوص كما أن من الواضح عدم استقلال العقل بادراك قبح ذلك خصوصاً وموضوع البحث حبس الطعام انتظاراً لعلو السعر الخ .

وحاصله ان موضوع البحث غير مورد اخبار المذمة حيث ان موضوع البحث حبس الطعام لعلو السعر فيما لا يكون الناس محتاجاً اليه وكان البازل موجوداً وحينئذ لا منع للحبس والبيع بما شاء لكون اختيار المال بيد المالك بخلاف صورة قصد الاضرار على المؤمنين بأن يشتري جميع ما يحتاج الناس كى لا يكون الا عنده

فبييع بأعلى القيم بحيث يكون اجحافاً للناس وظلماً .

ففى مثل هذه الصورة لا كلام فى الحرمة فعليه ينبغى التأمل التام فى موارد المسألة ومن ذلك يمكن أن يكون نظر القائلين بالحرمة الى مثل هذه الصورة التى لا كلام فى الحرمة خصوصاً فيما شد الامر على المؤمنين بخلاف غير هذه الصورة مما وجد المتاع عند كثيرين غاية الامر مع علو السعر .

﴿ و ﴾ كيف كان فمحل البحث ﴿ انما يكون فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن ﴾ دون غيرها وفى الجواهر بل هو المشهور فيما بينهم بل عن جماعة الاجماع عليه انتهى فليس يعم غيرها .

ويدل عليه ظاهر الروايات الحاصرة بين هذه الامور مثل رواية غياث بن ابراهيم ليس الحكرة الا فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب وعن الفقيه زيادة الزيت وقد تقدم فى بعض الاخبار المتقدمة ايضاً دخول الزيت ايضاً وفى المحكى عن قرب الاسناد برواية ابى البختري عن على عليه السلام قال ليس الحكرة الا فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن وعن الخصال فى رواية السكونى عن جعفر عليه السلام عن ابيه عن آبائه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكرة فى ستة أقسام الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن فهذه الاشياء محل الاتفاق .

﴿ وقيل ﴾ كما عن الشيخ والتذكرة وابن حمزة وغيرهم ﴿ فى الملح ﴾ ايضاً وليس عليه دليل بالخصوص وقيل وجهه ما اشير فى بعض الاخبار من حاجة الناس وعليه يدخل كثير من الاشياء فان الاحتياج الى بعض الاشياء اكثر من الغلات فضلاً عن الملح .

وفى مكاسب شيخنا واما الملح فقد الحقه بها فى المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الاحكام والدروس والمسالك ولعله لفحوى التعليل الوارد فى بعض الاخبار من حاجة الناس انتهى .

والشايح فى عصرنا الحاضر احتكار الاراضى الكثيرة ونحوها فهل يجوز الاخذ من ملاكها مع اعطاء قيمتها اليهم فضلاً عما اذا اخذوا من دون اعطاء القيمة

فيؤخذون منهم متهما بالسرقة ونحوها وانه من اين يحصل لكم تلك الاراضى والقرى نستجير بالله تعالى من شرور الازمان وبمثل ذلك ينبغى ان تحبس السماء بركاتها والارض ثمراتها .

وبالجملة لادليل معتد به على اكثر مما هو المشهور فلا يجرى في غيرها خصوصاً في مثل الاراضى ونحوهما ولكن ينبغى ملاحظة الناس في حفظ امور النظام ومعاش الناس الذين هم اخوهم في الايمان بل كون الجميع من نسل واحد فيراعى حالهم في الغلاء مهما امكن وجعل المؤمنين في الراحة مما احتاجوا اليه قال في الحدائق مالفظه : المفهوم من الاخبار ان الاحتكار انما هو في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والزيت والسمن ومنها : ما تقدم في حديث ابى البخترى المنقول عن قرب الاسناد ، و قد اشتمل على ماعدا الزيت . وما رواه في الخصال بسنده عن السكونى عن جعفر بن محمد عليه السلام عن آبائه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الحكرة في ستة اشياء : في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت .

[وروى] المشائخ الثلاثة عن غياث بن ابراهيم ، عن ابى عبدالله عليه السلام قال : قال الى ان ساقها الى ان قال و المشهور بين الاصحاب تخصيص الاحتكار بماعدا الزيت الى ان قال :

قال فى المختلف : بعد نقل هذه الاقوال : واجود ما وصل اليه فى هذا الباب مارواه غياث بن ابراهيم فى الموثق ، و ساق الرواية المتقدمة . ثم قال : و حينئذ يبقى ماعداه على الاصل .

وانت خبير بما فيه ، حيث انه ناش عن قصور التتبع فى الاخبار كما عرفت . واما الملح فنقله فى النهاية والشرايع قولاً فى المسألة . وقد عرفت انه قول الشيخ فى المبسوط . قال فى المسالك : هذا القول قوى .

اقول : و الظاهر ان وجه قوته عنده من حيث شدة الاحتياج اليه ، و توقف اغلب المآكل عليه ، مع انه لم يذكر فى الاخبار الواردة فى المسألة ، ولعل السرفى عدم ذكره ، ان الله تعالى لعلمه بما فيه من مزيد الحاجة و الاضطراب اليه جعله فى

كثرة الوجود والرخص قريبا من الماء الذى لا قوام للابدان والاديان الابه ، فمن ثم لم يتعرضوا له فى الاخبار انتهى .

وقد عرفت انه لو كان المناخ بما اجتاح اليه الناس لكان كثيرا جدا بل يسرى الى اكثر الاشياء بل الى غير المذكورات بدهة ان ما يحتاج اليه العباد لكثير جدا بل فيها اعظم حاجة من الملح فلا بد من انه اما ان يقتصر بالنصوص واما ان يسرى الى كل ما يحتاج اليه الناس فمثل الكبريت آلة الاحراق وما يسمى فى عصرنا بالتأيد آلة تنظيف الثوب لكان اكثر حاجة بهما مثلا من الملح وغير ذلك كالنפט واللحم اعاذنا الله من شر مثل هذه الازمنة .

ثم ان ذلك المنع او الكراهة انما يكون ﴿ بشرط ان يستبقها للزيادة فى الثمن ﴾ فلو استبقاها لحاجة اليها للبذر أو كان الطعام لزراعته او نحو ذلك لم يكن به بأس ، بل الظاهر عدم كونه احتكاراً ، كما دل عليه النص .

وفى الحدائق ما لفظه هل يشترط فى الاحتكار شراء الغلة ؟ بمعنى ان يشتريها ويحبسها لذلك ، او يشمل ما كان من غلته ؟ نقل فى ذلك عن العلامة الاول . قال : وفى حسنة الحلبي دلالة عليه .

اقول : الظاهر انه اشار بها الى مارواه المشايخ الثلاثة ، عن الحلبي فى الصحيح او الحسن عن ابي عبدالله عليه السلام ، قال : الحكرة ان يشتري طعاماً ليس فى المصر غيره فيحتكره ، فان كان فى المصر طعام او يباع غيره فلا بأس ان يلمس بسلعته الفضل ، قال : وسألته عن الزيت ؟ فقال : اذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه .

ويؤيده ايضاً رواية مجالس الشيخ المتقدمة .

ثم انه قال فى ذلك : والاقوى عموم التحريم مع استغنائه وحاجة الناس .
اقول : انت خير بان القول بالعموم ، مع اعترافه بدلالة الحسنة المذكورة على التخصيص بالمشتري لاجل ذلك ، لا يخلو من الاشكال ، لان القاعدة تقتضى تقييد اطلاق ما عدا هذه الحسنة بها ، فيبقى القول بالعموم خالياً من الدليل ، والقول

بالعموم لامستندله ، الاطلاق سائر الاخبار ، ومتى قيد بهذه الرواية ، عملا بالقاعدة المذكورة ، لم يبق للقول بالعموم مستند كما لا يخفى انتهى .
ومناطق المنع يعم كلا القسمين فان المعيار بوجود عنده سواء كان بالشراء او الزراعة فما حكاها عن العلامة من عموم التحريم غير بعيد .

﴿ و ﴾ الظاهر اشترط أن ﴿ لا يوجد بايع ولا باذل ﴾ صحيح سالم الحنات « قال : لى ابو عبد الله عليه السلام ما عملك قلت حنات ، وربما قدمت على نفاق وربما قدمت على كساد فحبست قال : فما يقول من قبلك فيه ، قلت : يقولون محتكر قال : يبيعه أحد غيرك قلت : ما يبيع أنا من ألف ألف جزء جزء قال : لا بأس ، انما كان ذلك رجل من قریش يقال له حكيم بن خزام ، وكان اذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله ، فمر عليه النبى صلى الله عليه وآله فقال يا حكيم بن خزام اياك أن تحتكر .»

وكذا صحيح الحلبي المتقدم آنفا وصحيحه الاخر عن ابى عبد الله عليه السلام انه سئل عن الحكرة فقال انما الحكرة ان يشتري طعاما وليس فى المصر غيره فتحكره فان كان فى المصر طعاما غيره فلا بأس ان يلتمس بسلعتك الفضل وزاد فى الصحيحة المحكية عن فى ويب قال و سألته عن الزيت قال ان كان عند غيرك بل ﴿ و شرطه آخرون ان يستبقها فى الغلا ثلاثة أيام وفى الرخص اربعين ﴾ يوماً لا يزيد فيهما .

وفى الجواهر قال بل عن الشيخ منهم أنه حد الحكرة بذلك ، لخبر السكونى وخبر أبى مريم فى خصوص الغلا السابقين ، ولكن الاولى كما عرفت الجمع بالشدة والضعف ، بل وكذا ما عن العلامة رحمه الله من اشترط الشراء فى الحكرة فلولم يشتريها ، بل كانت بزرع ونحوه لم يكن به بأس لصحيح الحلبي الخ .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد قيل لاختلاف بين الاصحاب فى أن الامام ومن يقوم مقامه ولو عدول المسلمين ﴿ يجبر المحتكر على البيع ﴾ وفى الحدائق ما لفظه لاختلاف بين الاصحاب فى ان الامام يجبر المحتكرين على البيع . و عليه تدل

جملة من الاخبار المتقدمة . واما انه هل يسعر عليهم ام لا ؟ الظاهر : ان المشهور : هو الثاني .

ونقل في المنتهى عن المفيد وسلا . ان للامام (ع) ان يسعر عليهم . قال المفيد - على ما نقله في المختلف - : وللسلطان ان يسعرها على ما يراه من المصلحة ولا يسعرها بما يخسر به اربابها فيها .

و قال الشيخ : لا يجوز للسلطان ان يجبر على سعر بعينه ، بل يبيعه بما يرزقه الله تعالى . وبه قال ابن البراج و ابن ادريس . و الظاهر انه هو المشهور بين المتأخرين .

وقال ابن حمزة : لا يسعرا الا اذا شدد . وان خالف واخذ في السعر بزيادة او نقصان لم يتعرض عليه . واختار هذا القول في المختلف . واليه يميل كلام المسالك وهو جيد .

لنا على عدم التسعير عليه ، ما تقدم في حديث الحسين بن عبدالله بن ضمرة وما رواه في الفقيه مرسلا ، قال : قيل للنبي (ص) : لو سعرت لنا سعراً . فان الاسعار تزيد وتنقص ! فقال : ما كنت لالتقى الله تعالى ببدعة لم يحدث الى فيها شيئاً . فدعوا عباد الله تعالى يأكل بعضهم من بعض ، فاذا استنصحتهم فانصحوا .

و يؤيده ما ورد في جملة من الاخبار : ان الله عزوجل وكل بالاسعار ملكاً يدبرها وفي بعضها : فلن يغلو من قلة ولن يرخص من كثرة . وفي آخر : علامة رضا الله تعالى في خلقه عدل سلطانهم و رخص اسعارهم ، و علامة غضب الله تعالى على خلقه جور سلطانهم و غلاء اسعارهم .

ولنا على التسعير عليه اذا شدد حديث « لاضرر ولا ضرار » الى ان قال : و يحتمل العمل باطلاق تلك الاخبار ، مؤيداً بخبر « الناس مسلطون على اموالهم و ما رواه في التهذيب و الفقيه في الصحيح عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام ، انه قال في تجار قدموا ارضاً اشتركوها في البيع ، على ان لا يبيعوا ببيعهم الا بما احبوا قال : لا بأس بذلك .

واظهر من ذلك تايداً : قوله (ع) في حديث حذيفة بن منصور المتقدم : وبعه كيف شئت انتهى ولا يخفى ان المتيقن من مخالفة سلطنة الناس على اموالهم هو الاجبرار على اصل البيع دون قيمته و لانه به يحصل الغرض من وصول الناس الى طعامهم دون الاجبرار على قيمته جمعا بين جميع الروايات .

﴿و﴾ لذا قال ﴿لايسعر عليه﴾ وفي الجواهر في المشهور للاصل ، وخبر ابن حمزة السابق ومرسل الفقيه «انه قيل للنبي (ص) لو اسعرت لنا سعر أفان الاسعار تزيد وتنقص فقال : ما كنت لالتقى الله تعالى ببدعة لم يحدث الى فيها شيء فدعوا عباد الله تعالى، يأكل بعضهم من بعض ، فاذا استنصحتهم فانصحوها »

﴿وقيل يسعر والاول اظهر﴾ وقد ظهر وجه الجميع وفي التذكرة ما لفظه الاحتكار هو حبس الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والملح، بشرطين الاستبقاء للزيادة وتعذر غيره، فلو استبقاها لحاجته أو وجد غيره لم يمنع وقيل ان يستبقها في الغلاء ثلاثة ايام وفي الرخص اربعين يوماً . وفسر الشافعية الاحتكار أن يشتري ذو الثروة من الطعام ما لا يحتاج اليه في حال ضيقه وغلاه على الناس فحبسه عنهم فاما اذا اشترى في حال سعته وحبسه ليزيد نفعه او كان له طعام في زرع فحبسه جاز ما لم يكن بالناس ضرورة (فلما اذا كان بهم ضرورة) وجب عليه بذله لهم لحيائهم و به قال الشافعي ايضاً ، ولا بأس ان يشتري في وقت الغلاء لنفقة نفسه و عياله ثم يفضل شيء فيبيعه في وقت الغلاء ، ولا بأس ان يشتري في وقت الرخص ليربح وقت الغلاء، ولا بأس أن يمسك غلة ضيعته ليبيع في وقت الغلاء ، ولكن الاولى أن يبيع ما فضل عن كفايته . و هل يكره امساكه للشافعية وجهان، وتحريم الاحتكار مختص بالاوقات منها التمر والزبيب ولا يعم جميع الاطعمة قاله الشافعي ، الى ان قال يجبر الامام او نائبه المحتكر على البيع وهل يسعر عليه قولان لعلمائنا المشهور العدم لما رواه العامة « ان السعر غلا على عهد رسول الله (ص) فقالوا يا رسول الله سعر لنا فقال : ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق واني لارجو انلقى ربي وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال ومن الطريق الخاصة الى ان قال اذا ثبت هذافانه لايجوز ان يسعر حالة الرخص

عندنا وعند الشافعي، واما حالة الغلاء، فكذلك عندنا وللشافعي وجهان : احدهما يجوز له ان يسعر، وبه قال مالك رفقاً بالضعفاء، واصحهما انه لايجوز تمكيناً للناس من التصرف في اموالهم، ولانهم قد يمتنعون بسبب ذلك عن البيع فيفسد الامر . وقال بعض الشافعية: ان كان الطعام يجلب الى البلدة فالتسعير حرام ، وان كان يزرع بها ويكون عند التناهي فيها فلا يحرم ، وحيث جوزنا التسعير فانما هو في الاطعمة خاصة دون سائر الاقمشة والعقارات، ويلحق بها علف الدواب وهو اظهر وجهي الشافعية ، واذا قلنا بالتسعير فسعر الامام فخالف واحد عزز وصح البيع ، وللشافعي في صحته قولان انتهى .

اقول وجه المنع من السعر انه على خلاف سلطنة الناس على اموالهم وعلى خلافه الكتاب والسنة المتواترة فلايجوز الا اذا اقتضى امرأهم من ذلك كحالة الغلاء وعدم من يبيع ويبدل وكان الناس في شدة من ذلك بحيث لو لم يفعل ذلك قد انتهى الى موت الناس من الجوع وكان البايع والمالك غير باذل ولو مات الناس في مقابله فعند ذلك يسعر الحاكم بقيمة عادلة حتى يتمكنوا الجميع من الشراء ولكنه مع ذلك في خصوص المنصوص مثل الحنطة والشعير والسمن لامثل الاراضي والعقار فلا يجوز احدهما من المالكين الا برضاهم وهكذا مثل الاقمشة وسائر ما يحتاج الناس اليه . نعم لايبعد ان يتعدى من المنصوص الى غيره لو بلغ امر الناس فيه بمثابة يحل لهم امثال ذلك ولو لم يرد عليه نص بالخصوص حيث رفع عنهم ما اضطروا عليه ولكن الاحوط مع ذلك البيع من مالكة مهمامكن او دفع قيمة عدل اليه ولو لم يكن راضياً باصل البيع واما الاخذ منه بلاعوض فلايجوز الاخذ منه بحال ولو كان عليه مثل قارون ولذا امر بالاخذ من قارون ز كاته الواجبة فقط .

وبالجملة النص في خصوص الاطعمة ولم يلحقوا بها احد غير المذكورات في النص الا الملح مع ان الاشياء التي يحتاج الناس اليها كانت من الكثرة بحيث كان الملح في مقابله من قبيل نسبة المعدوم الى الموجود ومع ذلك لم يلحقوا بمورد النص شيئاً حتى مثل الارز التي كسان الحاجة اليه اكثر من الحنطة والشعير

بل من الحق مثل الملح كان عليه الحاق الارز بالقطع فانه اولى منه بمراتب
وبالجملة لا يجوز التجاوز عن مورد النص ولا يجوز الظلم من احد على احد
ولا يغفر لصاحب الظلم ذنب وانه من المعاصى التى لا يغفر كما فى النصوص من
الكتاب والسنة اعاذنا الله من شره ويحفظنا من دخوله ولو بمقدار اخذ شعرة من حيوان او
نملة فضلا عن غير ذلك.

وقال عز من قائل و ترى المجرمين يومئذ مقرنين فى الاصفاد سراييلهم من
قطران وتغشى وجوههم النار اعاذنا الله من عذاب هذا اليوم والحمد لله رب العالمين

﴿ الفصل الثالث ﴾

مما بنى عليه كتاب التجارة ﴿ فى الخيار ﴾ وفى الجواهر الذى هو بمعنى
الخيرة اى المشيئة فى ترجيح أحد الطرفين، الا أن المراد به هنا ملك اقرار العقد
وازالته بعد وقوعه مدة معلومة، ولا ريب فى ثبوته فى الجملة ، بل هو كالضرورى
وان كان الاصل فى البيع اللزوم ، أى بناؤه عليه لاعلى الجواز وان ثبت فى بعض
افراده وفى جامع المقاصد أو أن الارجح فيه ذلك ، نظراً الى أن اكثر افراده عليه
ومراده أن الاصل حينئذ بمعنى الراجح، كما ان مرجع الاول الى ما يناسب المعنى
اللغوى ويمكن كونه بمعنى القاعدة، أما الاستصحاب فبعيد الا بتكلف انتهى ووجهه
ان الاستصحاب فيما شك فيه بعد الفراغ عن اللزوم والفرض ان الكلام فى اللزوم .

نعم وقد حكى عن التذكرة الاصل فى البيع اللزوم لان الشارع وضعه لنقل
الملك والاصل الاستصحاب والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما
صار اليه وانما يتم باللزوم لىأمن من نقض صاحبه عليه انتهى.

وعليه صح ذلك لانه مدع بان الشارع وضعه لنقل الملك فصح الاستصحاب
فيما شك فيه من جهة من الجهات الا ان الكلام فى ان وضعه للنقل هل يكون بنحو
اللزوم اولا لكون بعض العقود موضوعة للنقل ومع ذلك ليس بنحو اللزوم قال :
فى الحدائق ويدل على اللزوم الكتاب او السنة ، نحو قوله (تعالى) «أوفوا

بالعقود» وأخبار «المؤمنون عند شروطهم» ونحوها وحينئذ فيجب الوقوف على مقتضى هذه القاعدة حتى يقوم الدليل على الخروج عنها في بعض الموارد، وهي ما ذكره في هذا المقام من الخيار انتهى .

ولا يخفى ان ادلة الشروط خارجة عن المقام فان المقام ليس مقام شرط والتمسك باوفوا مبنى على عدم استعمال صيغة الامر في الندب ومعه لا يكون مجرد الاية دليلاً على اللزوم فالاصل بمعنى الاستصحاب ما عرفت و بمعنى القاعدة المستفادة من الكتاب فرع ثبوت ذلك كما ان بمعنى الغلبة ايضاً لا يفيد في الافراد المشكوكة لامكان ان يكون هو الخارج عن الغالب و لعل الظاهر كونه بمعنى اللغوى فان الوجوب هو الظاهر من الامر بلا قرينة قال شيخنا في مكاسبه.

الرابع المعنى اللغوى بمعنى ان وضع البيع وبنائه عرفاً وشرعاً على اللزوم و صيرورة المالك الاول كالاجنبى و انما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لاحدهما اولهما يسقط بالاسقاط و بغيره وليس البيع كالهبة التى حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكماً شرعاً اصلاً وبالذات بحيث لا يقبل الاسقاط ومن هنا ظهر ان ثبوت خيار المجلس فى اول ازمنة انعقاد البيع لا ينافى كونه فى حد ذاته مبنياً على اللزوم لان الخيار حق خارجى قابل للانفكاك نعم لو كان فى اول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه لا حقاً مجعولاً قابلاً للسقوط كان منافياً لبنائه على اللزوم فالاصل هنا كما قيل نظير قولهم ان الاصل فى الجسم الاستدارة فانه لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الاصل لاجل خيار المجلس الا ان يريد ان الاصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاءه على عدم اللزوم وسيأتى ما فيه انتهى .

وبالجملة كون الاصل فى البيع اللزوم بمعنى الاستصحاب كما ترى بل هو اضعف الوجوه و بمعنى الراجح لا يكون دليلاً لموارد الشك فالذى يمكن الاعتماد عليه هو معناه اللغوى لكن الذى ينبغي ان يعلم هو ان اللزوم لعله معناه الخارج

اللازم لا المطابقى ولا تضمنى وذلك لان معنى البيع وجميع مشتقاته بمعنى النقل او هومع الانتقال على الخلاف وليس بالمطابقة هو اللزوم بل اللزوم لابد وان يعلم من قرينة خارجية لامكان ان يكون النقل والانتقال بنحو يمكن الرجوع لهما لكن العرف يفهم من هذه المادة نوع لزوم لم يكن لاحدهما نقضه بدون رضا صاحبه فان لازم النقل والانتقال ان يكون بحيث لا يقدر صاحبه على النقص والاflاعتماد بالنقل اصلا. والحاصل ان مدلول بعث نسبة المادة الى المتكلم كما ان معنى وهبت نسبة المادة وهى الهبة اليه فلا يكون فيهما من حيث المعنى اكثر من ذلك فلا بد وان يكون اللزوم فى الاول والجواز فى الثانى ان يلتمس من دليل اخر فاذا قال بعث لا يفيد قوله ازيد من كونه فى مقام انشاء البيع واما كونه بنحو اللزوم او الجواز فلا يكون داخلا فى هذا اللفظ فهذا اللفظ ليس فى مقام اللزوم والجواز بل فى مقام الاصل الانتقال الغير المنافى لرجوع المنتقل عنه فمعنى الوفاء بالعقد هو الوفاء على نحو ما كان فى الواقع ان كان واجبا فواجب وان كان ندبا ومستحب فاللزوم والجواز ليس داخلا فى مدخول الوفاء .

نعم ان كان صيغة الامر ظاهراً فى الوجوب لغة تم ذلك لكن استعماله فى الندب بمثابة لا يبقى معه ظهور فى الوجوب هذا حال اوفوا بالعقود وكذا احل الله البيع فان الحلية غير مناف لامكان الفسخ وصحته حيث ان الحلية لاتنفعها بعد الفسخ فهو حال العقد يترتب عليه الاثار قبل الفسخ وكيف كان فحلية العقد والبيع لا ربط له باللزوم واضعف من الكل التمسك بالمؤمنون عند شروطهم .

ولكن الانصاف استفادة اللزوم من البيع من القرائن الخارجية والداخلية ولذا قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا اذ لو لم يكن بناء البيع على اللزوم لما كان معنى لاثبات الخيار بل نفس البيع الجائز كافيا فى اختيار احدهما للفسخ والرجوع عنه فاثبات الخيار قبل الافتراق اقوى شاهد على اللزوم من دون الاحتياج الى التماس دليل وكذا قوله وصاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام فلا يلىق تضييق الوقت اكثر من ذلك فلا ريب حينئذ فى ظهور العمومات فى الوجوب .

وكيف كان فقد يشكل فيما حكى عن التذكرة والقواعد من انه لا يخرج عن هذا الاصل اى اصاله للزوم الاثبوت الخيار او ظهور العيب فان ظاهره عدم ظهور العيب من اقسام الخيار ولا معنى لجعله من قبيل عطف الخاص على العام جداً لمنافاته مع قوله الا بالامرین حيث ان الظاهر ان كل منهما مستقل فى الخروج عن اللزوم .

وقد اطال الكلام فيه شيخنا فى مكاسبه بما لا طائل تحته ويمكن أن يكون نظر العلامة الى عدم دليل على خيار العيب كما حكى انكار المصنف لخيار الغبن وتمام الكلام فى محله ﴿﴾ والنظر فى أقسامه وأحكامه، أما أقسامه ﴿﴾ فهو ﴿﴾ خمسة ﴿﴾ عند المصنف وسبعة، وثمانية، وأربعة عشر عند الآخرين والفرق بالاعتبار وليس ذلك خلافاً ﴿﴾ الاول خيار المجلس ﴿﴾ اى مجلس وقوع العقد فى اى مكان كان ولو كان فى حال المشىء والر كوب وغيرهما .

وفى الحدائق هكذا اشتهر التعبير عن هذا النوع فى ألسنة الفقهاء ، قال فى المسالك : اضافة هذا الخيار الى المجلس ، اضافة الى بعض امكنته ، فان المجلس موضع الجلوس ، وليس بمتعب فى تحقق هذا الخيار ، بل المعتبر فيه مكان العقد مطلقاً ، أوفى معناه والاصل فيه قول النبى (ص) «البيعان بالخيار ما لم يفترا» وهو أوضح دلالة من عبارة الفقهاء . انتهى .

اقول : والظاهر ان التسمية خرجت بناء على ما هو الغالب من وقوع ذلك حال الجلوس ، والاستقرار فى مكان ، وباب التجوز فى مثله واسع انتهى . وكيف كان فلاشكال فى اصل ثبوته قال فى التذكرة ذهب علماؤنا الى أن لكل من المتبايعين خيار الفسخ بعد العقد مادام فى المجلس ولا يلزم العقد بمجردده الا آن يشترطاً أو أحدهما سقوط الخيار ، وهو قول على ﴿﴾ وابن عمر وابى هريرة وأبى بردة من الصحابة .

ومن التابعين شريح والشعبى وسعيد ابن المسيب والحسن البصرى وطاوس وعطا والزهرى ، ومن الفقهاء الاوزاعى وابن ابى ذئب وأحمد واسحق وابو ثور

وابوعبيد والشافعى ، لمارواه الجمهور عن النبى (ص) قال : (المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار) الى ان قال اذا ثبت هذا فقد اختلفوا فى قوله (ص) : (الا بيع الخيار) فقال أبو حنيفة ومالك : بيع الخيار ما يثبت فيه الخيار بالشرط أما ثلاثة أيام كما هو مذهب ابى حنيفة أو ماتدعو الحاجة اليه كقول مالك ، وقال الشافعى : بيع الخيار ما قطع فيه الخيار واسقط منه انتهى .

والظاهر على فرض ثبوته كون الاستثناء عن عدم التفرق والمراد ببيع الخيار بيع جعل المتبايعين فيه الخيار اى بيع جعل فيه شرط الخيار والمعنى على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار فانه يثبت الخيار حتى بعد التفرق .

﴿ف﴾ حيثئذ ﴿ا﴾ اذا حصل الايجاب والقبول ﴿ب﴾ اى المعنى الذى يتحقق بلفظ الايجاب والقبول فان الالفاظ بمنزلة آلة النجار للنجارة فالنجارة يتوقف على الآلة والا فالاصل هو النجارة من دون ان يكون للآلة مدخلة فى المقصود ولذا بعد العمل ينظر فى عمل النجار لافى آلات النجارة فالاصل هو المعانى غاية الامر حصولها متوقفة على الالفاظ فالعقد هو المعنى الخارجى الذى يعبر عنه بكون مال البايع لزيد وكون ثمن زيد للبايع بأى لفظ حصل فالايجاب والقبول من مقولة المعنى لا اللفظ وان كان كثير من العبادات صريح فى كونه من مقولة الالفاظ وهو لفظ الايجاب والقبول وهو توهم فاسد .

فالمراد بقولهم البيع هو الايجاب والقبول فان كان مرادهم لفظ الايجاب والقبول فهو افسد شىء اذ الالفاظ موضوعات للمعانى قطعاً فلا بد وان يكون للفظ معنى موضوع اول حتى يصح استعمال اللفظ فيه فاستعمال اللفظ يتوقف على ثبوت معنى فى الخارج حتى يصح استعمال اللفظ فيه فلو توقف ارادة المعنى على الايجاب والقبول لزم الدور لان الفرض ان العقد هو الايجاب والقبول اى لفظهما لا معانيهما ومن المعلوم ان حصول معانيهما حيثئذ يتوقف على العقد .

فان تحقق البيعية والزوجية اللتين هما الاساس لتعلق الاحكام عليهما متوقفان

على لفظ الايجاب والقبول وبالجملة لفظ الايجاب والقبول ليس بعقد بوجه

فمراد المصنف اذا حصل الايجاب والقبول ﴿انعقد البيع﴾ لا يخلو من منع
 ﴿و﴾ كان ﴿لكل من المتتابعين خيار الفسخ مادام في المجلس﴾ أى لم يفترقا ، اجماعاً
 منا ونصوصاً [منها] قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن مسلم وصحيح زرارة
 عن رسول الله (ص) «البيعان بالخيار حتى يفترقا» وقوله إِنَّمَا فى صحيح الفضيل
 لما قال له ما الشرط فى غير الحيوان : «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار
 بعد الرضا منهما» .

[وفى صحيح الحلبي] « أيما رجل اشترى بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا
 فاذا افترقا وجب البيع » [وفى صحيح] عمر بن يزيد « قال رسول الله (ص): اذا
 التاجران صدقا بورك لهما واذا كذبا وخانا لم يبارك لهما وهما بالخيار ما لم يفترقا فان
 اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتاركا » الى غير ذلك من النصوص التى لأبأس
 بدعوى تواتها هذا .

وقدينا فيها [خبر غياث] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «قال: قال: اذا صفق الرجل
 على البيع فقد وجب وان لم يفترقا» وفى الجواهر مطرح او محمول على اشتراط
 السقوط. او على ارادة حصول الملك، أو على الافتراق البعيد ، او غير ذلك. والاجود
 حمله على التقية من أبى حنيفة وأتباعه فى هذه الفتوى الملعونة التى أقدم فيها على
 خلاف رسول الله (ص) وآله على علم منه ، ولذا عدت فى مطاعنه انتهى .

وفى الحدائق بعده قال فقد اجاب الشيخ عنه فى الاستبصار بالبعيد ، والظاهر
 حمله اما على أن المراد بالصفقة على البيع يعنى امضاء البيع والتزامه والرضا به،
 كما سيأتى - انشاء الله - ذكره فى مسقطات الخيار ، او على التقية ، وهو الاقرب ،
 فانه مذهب أبى حنيفة .

وقد نقل عنه ، انه رد على رسول الله (ص) فى أربع مائة حديث . منها
 حديث «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» نقله عنه الزمخشري فى كتاب ربيع الأبرار مع
 أنه حنفى المذهب .

وقد نقلنا جملة من هذه الأحاديث التى رد بها على النبى (ص) فى مطاعنه،

في مقدمة كتابنا سلاسل الحديد في تقييد ابن ابي الحديد بنقل ابن الجوزي من علمائهم ويؤيد ذلك أن الراوى عامى انتهى .

ولكننى اظن كون العبارة تصحيحاً والصحيح ان يفترقا وهو غير بعيد لولا ثبوت ذلك من ابي حنيفة فانه ان ثبت كون رده على النبي (ص) به فلامعنى لتوجيه ذلك والا لقوى ما ذكرناه وكيف كان فلا تعارض الكثيرة المعمول عليها .
والمراد بالبيع ايضاً هو حصول النقل والانتقال الخارجى فاذا تم هذا المعنى فى الخارج ولم يفترقا كلاهما او احدهما بقى الخيار سواء كان فى مجلس أو فى طريق ماشيين معاً او فى مر كوبيين احدهما فى مركب والاخر فى آخر وكانا معاً ونحو ذلك .

والظاهر جريان البحث فى المراكب العصرية كالطائرات والسيارات وما يسمى بالموتور والسفن اذا كانت متحركة معاً فباع أحدهما فى احدهما وقبل الاخر فى آخر وما دامت معاً بقى الخيار وعند الافتراق الاختيارى قد سقط فلا فرق بين مكان وقوع البيع واطرافه الى المجلس غالبى من حيث ان الغالب وقوع البيوع فى المجالس والا فلا فرق بعد كون المعيار وقوع البيع بينهما .
قال فى التذكرة قد عرفت ان الحوالة فى التفرق على العادة ، فلو تباعا واقاما سنة فى مجلسهما لم يفترقا بابدانهما بقى الخيار ، وكذا لو قاما وتماشيا مصطحبين منازل كثيرة لم ينقطع الخيار ، لعدم تحقق التفرق ، وبه قال اكثر الشافعية ، انتهى ولا يخفى انه مجرد فرض والا فبمجرد الخروج لقضاء الحاجة أو الغسل أو الوضوء حصل التفرق الا ان يكون جميع الوسائل موجوداً فى مجلس العقد ❀ ولو ضرب بينهما حائل ❀ بعد العقد أو نحو ذلك مع بقاءهما على حال العقد ❀ لم يبطل الخيار ❀ قطعاً ، لعدم صدق التفرق به وكذا لو كان التفرق لعدو او حيوان او حريق او سيل اولص ولو كان طويلاً بحيث لم يقدر من الملاقات والاخذ بالتخاير وعدمه كحريق ألبأكل منهما الى مكان بل ثبت لهما الخيار بمجرد التمكّن من الملاقاة او الخبر والاطلاع من حالهما ولو لم يفسخ احدهما .

﴿وكذا﴾ لم يبطل ﴿لواكرها﴾ معاً ﴿على التفرق﴾ كما هو كذلك في الاحكام الواقعة كرهاً قال في التذكرة لو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما فالاقرب عدم انقطاع الخيار ، لانه نوع اكراه . وللشافعي قولان . ولوهرب أحدهما ولم يتبعه الاخر مع التمكن بطل خيارهما وان لم يتمكن بطل خيار الهارب خاصة ، وفي بطلان خيار الاخر وجهان للشافعية . والاقرب عندى البطلان ان كان الهرب اختياراً لانه باختياره فارقه ، ولايقف افتراقهما على تراضيهما جميعاً لانه لماسكت عن الفسخ وفارقه صاحبه لزم انتهى .

قال في الحدائق وكذا لو أكرها على التفرق فانه لايسقط الخيار ، والوجه فيه أن الذى دلت الاخبار على كونه مسقطاً انما هو التفرق الذى هو فعل اختيارى لهما ، والتفريق بينهما قهراً ليس كذلك ، فلايكون داخلا تحت النص . وبذلك يظهر أن ما ذكره فى الكفاية بقوله ولا أعلم نصا فى هذا الباب -- وكذا قول المحقق الاردبيلي -- وقيد المفارقة المسقطه بالاختيار وما رأيت له دليلاً فى النص ، ولعل وجهه مايتخيل ان الفعل الجبرى بمنزلة العدم ، فانه ما فعله باختياره فكأنه بعد باق فى محله خصوصاً اذا كان عارفاً بالمسألة وأراد الجلوس لعله يظهر له وجه يدل على مصلحته فى هذا العقد . انتهى -- غير موجه .

وفيه ما عرفت من أن النص الموجب لسقوط الخيار هو الافتراق والتفرق ، الظاهر فى كونهما باختيار المكلف و ارادته ، وهذا هو الذى يناسب الاسقاط بأن يفعل ذلك لاجل اسقاط الخيار كما سمعت من أخبار مولانا الباقر عليه السلام .

وأما الجبر على التفرق فلا يدخل تحت اطلاق اللفظين المذكورين ، ولا يصح كونه سبباً للغرض المترتب على ذلك .

وبالجملة فان كلام هذين الفاضلين عندى غير ظاهر انتهى .

وبالجملة لاحكم لصورة الاكراه والجبر كما فى غير المقام فكل شىء صدر مكرهاً فلا اثر له فالتفرق بالاكراه او القهر لايسقط حكم الخيار ﴿و﴾ لكن هذا فيما لم يتمكن من التخايير ﴿والافصح﴾ امكان ذلك لو لم يتخايروا سقط خياره ولزم العقد .

قال في الخلاف: اذا اكره المتبايعان او احدهما على التفرق بالا بدان على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير فلم يفعلوا بطل خيارهما او خيار من تمكن من ذلك و للشافعى فيه وجهان فقال ابو اسحق مثل ما قلناه وقال غيره لا ينقطع الخيار .
[دليلنا] انه اذا كان متمكنا من الامضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق بالا بدان دل على الرضا بالامضاء انتهى .

وفى الجواهر قال بل صرح فى الروضة و غيرها بلزوم العقد مع تمكنهما منه ولم يختارا وان اكرها على التفرق ، و فيه ان ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الاكراه على الافتراق الذى نزله الشارع منه منزلة العدم بالنسبة الى الاسقاط كالسكوت فى المجلس - لادلالة فيه عليه - ولا وضع شرعاً له كما هو واضح انتهى ولا يخفى ان التفرق مكرها لا ينافى اختيار الفسخ او الامضاء و عليه لو تمكننا من الفسخ او الامضاء بعد التفرق ولم يختارا كان ظاهره الالتزام بالعقد وبالجملة ان الاكراه على التفرق شئى والاخذ بالخيار شئى اخر لامنافاة بينهما لكن البقاء فى المجلس امتدالى زمان التخاير بخلاف حال الافتراق عن كرهه فانه يضيق فلا بد فى حال الافتراق من الفسخ او الامضاء لو امكن .

ومن العجب جعله قده ترك اختيار الفسخ بمنزلة السكوت فى المجلس مع ان السكوت فيه من حيث امتداد الوقت ووسعته كالصلاة فى اول الزوال التى لا يلزم المكلف باتيانها فى اول الوقت لامتداد وقتها بخلاف حال الافتراق عن كرهه فانه بمنزلة الصلاة عند ضيق الوقت الذى لا بد من اتيانها فحال الجلوس فى المجلس اختياراً حال الصلاة فى اول الزوال وحال الافتراق كرها حالها عند ضيق الوقت فلا جرم لا بد له من اختيار احدهما مع الامكان والا كان ظاهره الارتضاء بالعقد لو لم يتمكننا من الاخذ باحد الطرفين لكن زال الاكراه بعد ذلك فهل يكون مجلس الزوال بمنزلة مجلس العقد كى يمتد حكم اختيار احد طرفى الفسخ او الامضاء كما كان كذلك فى اصل المجلس اولاً بل لا بد من الفور فيه وجهان

قال شيخنا في مكاسبه لوزال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال و لعله لان الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه كالمعدوم فكانهما بعدم اجتماعان في مجلس العقد فالخيار باق وفيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الامر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الاكراه و لم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد والحاصل ان الباقي بحكم الشرع هو الخيار لامجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بد اما من القول بالفور كما عن التذكرة و لعله لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و اما من القول بالتراخي الى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار والوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الادلة انتهى .

اقول زوال مجلس العقد حسبي وجداناً فلامحالة كان الباقي بحكم مجلس العقد ولكن ذلك كاف اذ حكمه امتداد وقت الخيار ببقاء المجلس و الفرض ان المتغير هو الموضوع دون حكمه فالحكم باق على الفرض بل لوشك في ذلك كان الاستصحاب كافياً لاثبات بقاء الحكم وتوهم ارتفاع موضوع الاستصحاب فان ثبوت الحكم له مادام باقيا في مجلس العقد لاما اذا زال وخرجا عن المجلس في غير محله بعد كون الخروج القهري بمنزلة العدم .

و كيف كان فالظاهر بقاء حكم الخيار ايضاً مادام في مجلس زوال الاكراه وهذا مع المماشة عليه و الاعمع عدم حكم للافتراق القهري يمكن ان يقال ان موضوع الخيار هو المجلس الذي لم يقع فيه الاكراه بالافتراق او وقع وزال فيعم المجلس كليهما ويؤيد عدم كون المجلس خصوص ما وقع فيه العقد ما لو وقع العقد في حال المشى او الركب فانه لو مشيا معا فراسخ عديدة راكباً او ماشياً كان الجميع مجلس واحداً للعقد الى ان يحصل الافتراق و وحدته في هذه الفراسخ من حيث عدم الافتراق فاذا فرض كون الافتراق عن كره بمنزلة العدم و كانه لم يكن كان مجلس الزوال عين مجلس وقوع العقد فيه فيكون المجلس امراً ممتداً حتى يحصل فيه الافتراق الاختياري .

وقد عرفت من تصريح العلامة انه لو اقاما معا في مجلس العقد الى سنة كان مجلس العقد باقيا وكذا لو تماشيا مصطحبين منازل كثيرة لم ينقطع الخيار و ليس ذلك الا لاجل بقاء المجلس فهذه المنازل الكثيرة كلها مجلس واحد للعقل بحكم الشرع فلما منع من ان يكون من مجلس وقع فيه العقد الى ان خروج الاكراه في اي مكان كان ولو كان البعد بينهما كثيراً بالخروج عن اكراه بمنزلة العدم فيكون بعينه بمنزلة ما كانا مصطحبين معا في منازل كثيرة فالحق ان مجلس الزوال هو مجلس العقد ولو بتنزيل الشارع بمنزلة مجلس واحد فتدبر.

﴿ويسقط﴾ هذا الخيار بامور الاول ﴿باشترط سقوطه﴾ منهما او من احدهما في متن العقد ولا خلاف في ذلك قال في التذكرة فاذا تعاقدنا وشرطا في متن العقد سقوط خيار المجلس أو غيره سقط ، لانه شرط سائغ لتعلق الاغراض بلزوم العقد تارة وجوازه اخرى ، فيصح انتهى .

و في المسالك بعد العبارة قال مسقطات هذا الخيار اربعة ذكر المصنف منها ثلثة :

الاول : اشترط سقوطه في متن العقد فانه يسقط كغيره لانه شرط سائغ يتعلق به غرض صحيح فيصح لقوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم ولو شرط احدهما خاصة سقوطه سقط بالنسبة اليه دون صاحبه .

الثاني : مفارقة كل منهما صاحبه ويتحقق بانتقال احدهما من مكانه بحيث يبعد عن صاحبه وان قل فلو انتقلا او احدهما لا كك بان تماشيا مصطحبين او يقرب كل واحد الى صاحبه لم يضر .

الثالث : ايجابهما العقد و اختيارهما له بان يقولوا اخترنا العقد او التزمنا او اسقطنا الخيار و لو اوجبه احدهما خاصة سقط خياره و بقي خيار الاخر و لو رضئ بما اختاره صاحبه فهو في حكم الاختيار اذ لا يختص بلفظ بل كل ما دل على الرضا به كاف .

الرابع : التصرف فان كان من المشتري كان التزاما بالبيع وبطل خياره و بقي

خيار البايع وان كان من البايع كان فسخا للبيع وبطل خيارهما ولا فرق بين التصرف الناقل للملك وغيره لكن لو وقع الناقل من المشتري مع بقاء خيار البايع ففي صحته اشكال انتهى وفي الجواهر بعد المتن بلاخلاف أجده فيه ، بل في الغنية الاجماع عليه .

ويدل عليه قوله الغلاة المؤمنون عند شروطهم فان العقد مقتضاه اللزوم والخيار حكم شرعى اثبت للمتعاقدين لو لم يقدم على سقوطه والافسقط و كان لزوم العقد حينئذ بلا مزاحم ولكن اشتراط سقوطه انما كان ﴿ في العقد ﴾ لا ابتداء كما توهم ولكن يمكن ان يقال بان الشروط الابتدائية غير المقام مثل من وعد اعطاء عشرين دينارا بشخص فانه حينئذ لا دليل على لزوم الوعد الابتدائي واما في المقام فلا يتحقق مثل شرط سقوط خيار المجلس قبل العقد وفي صورة عدم بيانها وذكرهما عقداً فانه بمجرد هذا الشرط علم بارادتهما عقداً كذائبا فيكون كالواقع في متن العقد بل لا بد من ذكره قبلا غالبا وكيف كان فمثله كان في متن العقد لباسواء ذكر قبلا وفي ضمنه كان هو المحكى عن الخلاف .

قال اذا شرطا قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط ، ولزم العقد بنفس الايجاب والقبول ، ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعي ، ثم قال : دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط ، والاصل جوازه ، وعموم الاخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضع انتهى .

و عن المختلف بعد نقل ذلك عنه : و عندي في ذلك نظر ، لان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد ، نعم لو شرطا قبل العقد ، وتبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى وهو يرجع الى ما ذكرناه فلا اشكال فيه وبالجملة سواء قال ذلك في متن العقد او قاله قبلا فكلاهما في المقام في متن العقد .

والحاصل تارة يعد شخص شيئا يزيد كما قال له انا اعطيك كذا واخرى يقول ابيع دارك مع اسقاط الخيار فقال صاحبه نعم ثم قال بعثك دارى فقال المشتري قبلت و ثالثة قال البايع بعثك دارى بشرط سقوط خيار المجلس و قال المشتري قبلت

لا اشكال في كون الاول شرطاً ابتدائياً غير مربوط بشيء اصلاً كما لا اشكال في كون الثالث شرطاً في ضمن العقد .

وانما الكلام في الثاني وانه هل يكون من الابتدائي اوفى ضمن العقد وانت اذا علمت بان المراد من الشروط الواقعة في ضمن العقد هو الشروط المرتبطة بالغير وانه ليس نفسه فقط بل شيء اخر كان الالتزام مربوطاً به تعلم قطعاً عدم الفرق بين القسمين الاخرين و ان كليهما من الشروط الواقعة في ضمن العقد اى المربوطة بالعقد من غير دخول بين كونها مذكوراً قبل العقد اوفى ضمنه ووسطه فذكرها قبل العقد من قبيل التعبير بمطلب واحد بعبارات مختلفة الدالة على مدلول واحد فيكون من قبيل عباراتنا شتى وحسنك واحد .

وليس المراد من الشروط الابتدائية مجرد ذكرها قبل العقد بل المراد ما لم يرتبط بشيء آخر فعبارة الخلاف والحكم بالصحة لاجل ذلك .

اللهم الان يكون نظرهم الى لزوم ذكره في العقد وان كان المقصود بالابتداء والتباني خصوص العقد فيكون للذكر في العقد موضوعية لم يثمر في غيره ولكنه بعيد كما عرفت آنفاً عن المختلف اذ لا فرق بين قوله قبلاً ابيعك بشرط ان يسقط خيار المجلس فقال المشتري قبلت ثم قال البايع بعتك وبين قوله ابتداء بعتك بشرط اسقاط خيار المجلس .

وكيف كان فالشروط الابتدائية ما لا يكون مرتبطة بالعقد اصلاً .

وعليه يمكن ان يكون ذلك هو القاعدة الكلية بين الشروط الابتدائية وغيرها فان الابتدائية هو مجرد الوعد من غير ان يكون مبتنياً على شيء آخر كوعده بالاحسان اليه مثلاً او انجام فعل له ونحوهما بخلاف الشروط الواقعة في ضمن العقد بمعنى المذكور اى كان ذكره في متن العقد او قبله ثم اجرى العقد مطلقاً اعتماداً على ذكره قبلاً وعلى هذا لا وقع لذكر عدم اعتبار الشروط الابتدائية فان الشروط المربوطة بالعقد كلها في ضمنه فمعنى ضمن العقد هو المربوطة به سواء ذكر في خصوص متن العقد او قبله ثم بنى على ما شرط وهو المراد مما حكى عن المختلف

كما عرفت .

ويدل عليه صحيحة مالك بن عطية قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك وكان تحت ابيه جارية مكاتبة قد ادت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابي اذا انت ملكت نفسك قالت نعم فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال (ع) لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم وجه الدلالة ان الشرط وان ذكر قبل الاعانة على المكاتبة لكن الامام اجرى عليه حكم الشرط في متن العقد في اللزوم .

وانت اذا تأملت تأملا تاماً تجدان اكثر الشروط المرتبطة بالعقد كانت على نحو مفاد ما في الرواية والعجب من شيخنا المرتضى حيث قال بعد نقلها والرواية محمولة بقريظة الاجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم او المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال انتهى .

وجه العجب ان الرواية ليست واقعة في ضمن العقد ومع ذلك لم يجعلها من الشروط الابتدائية بوجه وان الجميع واقعة بمثل ذلك بلا فصل او مع الفصل القليل لكن الاشكال في ان ظاهر كلام شيخنا في مكاسبه كون امثال ذلك من الشروط الابتدائية قال بقي الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت لان المتبادر عرفاً هو الالتزام والالتزام المرتبط بمطلب آخر وقد تقدم عن القاموس انه الالتزام والالتزام في البيع ونحوه وعن الشيخ والقاضي تأثير الشرط المتقدم قال في محكي الخلاف الى ان نقل عبارة المتقدمة .
وما عن المختلف الى ان قال والحاصل ان ملاحظة عنوان المسئلة في الخلاف والتذكيرة واستدلال الشيخ على الجواز وبعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم ارادة الشيخ صورة ترك الشرط في متن العقد وكيف كان فالاقوى ان

الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لانه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لان المتحقق فى السابق اما وعد بالتزام او التزام تبرعى لا يجب الوفاء به والعقد اللاحق وان وقع مبنيًا عليه لا يلزمه لانه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد اللاحق المتكلم والا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدى مثل العوضين وقيودهما حتى يقدر منويا فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة فان من باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له فى ضمن بيعه انشاء التزام بعدم الخيار ولم يقيد انشائه بشيء بخلاف قوله بعتك على ان لا خيار لى الذى مؤداه بعتك ملتزما على نفسى وباينا على ان لا خيار لى فان انشائه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط الزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالاول وتمام الكلام فى باب الشروط انشاء الله تعالى انتهى .

وبالجملة حيث كان محل الكلام اسقاط الخيار قبل العقد وهو واقع كثير اقبل العقد فتوهموا كونه من الشروط الابتدائية غفلة عن ان هذا مرتبط بالعقد والشروط الابتدائية لامدخلية لها بشيء اخر وكيف كان فقد اورد على سقوط الخيار فى متن العقد بامور :

الاول ما عرفت من انه من الشروط الابتدائية .

والثانى بان بيع الخيارى بلحاظ الخيار جازى والشرط فى البيوع الجائزة ذاتاً او عرضاً لا يجعله لازماً فان الشرط فيها لا يزيد حكمه على اصل العقد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور .

الثالث ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان المقروض هو عقد خيارى فيكون جائزاً فالجواز جزء مقتضى العقد فشرط اسقاط الخيار مناف لمقتضى العقد .
الرابع ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب لان الخيار لا يكون الا بعد البيع فاسقاطه قبل البيع اسقاط لما لم يجب بعد .

والجواب عن الاول قد عرفت وعن الثانى بان البيع فى حد نفسه لازم وانما

جعل فيه الخيار لاجل التروى فاذا جعل بادلته الشروط اسقاط ما يوجب تنزيله فيكون لازماً بحسب مقتضاه فالعقد لازم بحسب ذاته وطبعه والشرط يرفع ما يوجب تنزيله بحسب عمومته وبالجملة ما جعله الشارع للتفكر فى اصلاح امر المتبايعين جعله بنحو قابل لاسقاطه من جانب المتبايعين ايضاً فمما ذكر من انه لا يزيد حكمه على حكم الاصل مع انه فى العقود الجائزة ذاتها لاعراضا حيث لا يطلق على البيع الخيارى عقوداً جائزة ان فيها ايضاً اول الكلام فان العقد الهبة من العقود الجائزة ومع ذلك لو هب وشرط عليه بعدم الرجوع كان لازماً كيف وكثير من الاحكام المباحة بالشرط والنذر ونحوهما صارت واجبة .

ومنه يعلم الجواب عن الثالث فان مقتضى العقد هو اللزوم والخيار لاصلاح حال المتبايعين فلا يكون الجواز جزء لمقتضاه والا لتنافى الجزء مع الكل ومثل هذا الاستدلال كانه عجيب فالعقد اللازم ما كان لازماً بحسب طبعه لغة مع قطع النظر عن الطوارى فكيف يكون ذلك من جزء ما طبعه اللزوم لغة وشرعاً .

واما الجواب عن الرابع فحاصله أن نتيجة الشرط ابطال المقتضى والمؤثر للخيار فمع هذا الشرط يدفع الخيار لانه يرفع والدفع اهون من الرفع جداً فاذا كان اثر دليل الشرط رفع الخيار الثابت فبالا ولوية يؤثر فى عدم وروده فتدبر .

ثم ان شرط السقوط تارة ان يكون بشرط عدم الخيار واخرى بشرط عدم الفسخ فيرجع الى الالتزام بترك حقه فلو خالف الشرط وفسخ لا يكون فسخه نافذاً لوجوب الوفاء بالشرط فلا امر لادلة الخيار بعد تقدم ادلة الشرط عليها ثم انه قد يتوهم معارضة ادلة الشروط مع ادلة الخيار غفلة عن ادلة الخيار ثابتة بعناوينها الاولى فلا ينافى اسقاطها بعناوين ثانوية فتكون ادلة الشروط حاكمة وشارحة لادلة الخيار ويدل عليه ما تقدم من رواية الاعانة على جارية الاب ﴿و﴾ كذا يسقط الخيار ﴿بمفارقة كل منهما صاحبه﴾ اجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة او متواترة وتحصل بعبء أحدهما عن صاحبه ﴿ولو بخطوة﴾ كما فى الخلاف لكنه مشكل جداً فلا بد من أن يكون الخطوة بمقدار يصدق عليه الشروع فى الفراق ويوافق عليه العرف

والا فربما ىمشى فى المجلس لشرب الماء ونحوه فلا بد من صدق المشى فى الفراق
وفى [صحيح الحلبي] عن الصادق عليه السلام ان اياه اشترى ارضايقال لها العريض
فلما استوجيها قام فمضى فقال له : ياأبه لم عجلت؟ فأجابه بأنى اردت أن يجب البيع»
وفى صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام «بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت
خطأ ثم رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا»، وهو مع أنه ليس فيه خطوة،
بل الخطأ الذى جمع خطوة كان لفظ مشيت بياناً لخطأ وانه كثير فلا بد من صدق
المشى عرفاً وظاهر النص كفاية المشى من جانب واحد فيكون ملزماً للاخر ايضا
بل النص المتقدم صريح فيه فسقوط الخيار لا يتوقف على تفرق كل منهما عن الاخر
بل يحصل بخروج واحد منهما ويسقط الخيار عنهما الا ان يختار الباقي الفسخ او
الامضاء قبل خروج صاحبه عن المجلس وان كان قديحتمل خيار الباقي لكن الظاهر
خلافه .

قال فى التذكرة لوفارق أحدهما موضعه وبقي الاخر بطل خيار الاول قطعاً .
وفى الثانى للجوينى احتمالان : سقوط خياره وهو الاقوى عندى لتحقق معنى
الافتراق ، فانه يحصل بقيام احدهما عن مكانه ، وعدمه ، بل يدوم الى ان يفارق
مكانه . وليس بشيء انتهى .

وجهه ظاهر فانه لو بقي خيار الباقي فربما اختار الفسخ وحينئذ لتنافى بينهما
فان قدم الفسخ على الامضاء لينافى مع الثبوت بالمشى والتفرق وهو كما ترى فلزامه
عدم خيار الاخر .

﴿و﴾ كذا يسقط الخيار باسقاطه بعد العقد فى المجلس ﴿بايجابهما اياه أو
أحدهما ورضا الاخر﴾ وهو المسمى بالتخاير فبمجرد اختيار العقد والالتزام به اسقط
الخيار وفى الجواهر وصورته أن يقولوا اخترنا العقد او الزمانه او اسقطنا الخيار ونحو
ذلك ، مما يدل على اختيار لزوم العقد والرضا به ، ولا يختص به ، بل كل ما دل
على الرضا فهو كاف ، ولذا لزم بالايجاب من احدهما مع رضا الاخر ، وعلى كل
حال فالسقوط بذلك مما لا خلاف فيه ، بل فى الغنية والتذكرة ومحكى الخلاف

الاجماع عليه ، انتهى .

فكما يسقط الخيار ويثبت العقد بافتراقهما فكذلك بايجابهما والتزامهما بالعقد في حال البقاء في المجلس باى لفظ دل على ذلك ❀ ولو التزم احدهما ❀ به مع بقائهما في المجلس ❀ سقط خياره دون صاحبه ❀ لاصحالة بقائه ، وعدم ارتباط احدهما بالآخر ، كما في الجواهر فكان للاخر الفسخ بمقتضى خياره وحينئذ ان اختار كل منهما الفسخ او الامضاء فلا كلام وان فسخ احدهما وامضى الاخر فقد يشكل من ترجيح احدهما على الاخر بعد عدم امكان الاخذ بكليهما ولا تركهما معا .

قال في التذكرة لو اختار احدهما الامضاء والاخر الفسخ قدم الفسخ على الاجازة اذ لا يمكن الجمع بينهما ولا انتفاؤهما لاشتماله على الجمع بين النقيضين ، فتعين تقديم أحدهما ، لكن الذى اختار الامضاء قد دخل فى عقد يفسخ باختيار صاحبه الفسخ ورضى به فلا أثر لرضاه به لازما بعد ذلك انتهى .
ويمكن ان يرد عليه بان الفسخ ايضا قد دخل على عقد قد امضاه صاحبه ورضى به فلا اثر للفسخ .

[فان قلت] فما الحليلة بعد صراحة النص بثبوت الخيار لهما .
[قلت] فان كانا متفقين فى الفسخ او الامضاء فلا كلام والا فالنافذ هو المتقدم منهما ولا منافات ايضا مع كون الخيار لهما ولعل معنى ان لهما الخيار ان ايهما بادرنى اعمال خياره كان مقدما فلماورد (ح) لخيار الاخر سواء كان المتقدم فسخاً او امضاء وسواء كان الفسخ او الامضاء من البايع او المشتري فالخيار لهما ماداما فى المجلس لكن بعد اختيار احدهما قد انتفى موضوع خيار الاخر فتأمل .

ويمكن أن يقال ان الغرض من الخيار هو التروى والتفكر فى صلاح أمره وتدارك غيبته لو كان وليس ذلك الا فى الفسخ ماداما فى المجلس فتمام الموضوع هو الفسخ لا الامضاء فانه تاكيد لاصل البيع فهو نظير قوله بعث بعث فان الثانى تاكيد للاول فقوله امضيت فى مقام الخيار بمنزلة بعث فى مقام الايجاب فليس الامضاء شيئاً اخر سوى تثبيت البيع فلانظر اليه فى مقام التروى بل النظر الى الفسخ فعليه اذا

وقع الفسخ او الامضاء كان الفسخ مقدما على الامضاء فانه يجعل العقد من اصله او حين الفسخ كالعقد فلامورد له حينئذ للامضاء اصلاذ بمجرد قول المشتري فسخت كأن لم يكن عقد موجوداً.

ويمكن أن يعبر عنه بعبارة أوضح من ذلك وهو ان جعل التخايروان كان لهما لكنه بالنسبة الى الفسخ لا الامضاء لما عرفت من ان الامضاء تأكيد لما تقدم فانه ان كان من البايح تأكيد للايجاب وان كان من المشتري تأكيد للقبول فلائمة في امضاء احد الطرفين بل الذي به يقع العلاج هو الفسخ من ايها كان ومن ذلك يكون قوله البيعان بالخيار ناظراً من حيث الفسخ اى لكل واحد منهما الفسخ مادام في المجلس فلا اثر للامضاء .

وحينئذ يرتفع الاشكال حيث انه بالفسخ يزول العقد فلا يكون شيئاً باقياً يتعلق به الفسخ بعد ذلك وحينئذ يكون الفسخ مقدماً على الامضاء وقع الامضاء اولاً او لا ولعله يكون مراد القائلين بان لهما الخيار في الفسخ والامضاء ايضا ذلك ولعله ايضا مراد التذكرة من عبارته المتقدمة من قوله لكن الذي اختار الامضاء الخ اى الامضاء قد ورد على عقد انفسخ او يمكن ان ينفسخ .

وعلى الاول كما اذا وقع الفسخ قبل الامضاء قد زال العقد .

وعلى الثانى كما اذا وقع الامضاء قبل الفسخ فبالفسخ يرتفع الامضاء ايضا لما عرفت ان الامضاء تأكيد لما صدر منهما اولاً فدوامه وقوامه بعدم الفسخ .

وبالجملة احتمال ارادة كون اختيار الفسخ فقط بيد المتبايعين قريب جدا وان كان عباراتهم كعبارة التذكرة غير واف بهذا المعنى بل الظاهر القوى انه لامعنى لقوله البيعان بالخيار الا ذلك لان الامضاء قد وقع منهما فلا يحتاج الى امضاءه ثانياً فالخيار لهما اثبات علاج لرفع هذا الامضاء وزواله فالمعنى انهما مادام في مجلس العقد مختارين في فسخ ما صدر عنهما ولان هذا المعنى قابل لوقوعه منهما فان الفسخ منهما معناه ازالة امضاءهما وعقدتهما وان وقع من احدهما لامحل لما وقع بعده بخلاف الفسخ والامضاء معافانه مورد للنزاع في الغالب اذ قل مورد يتفق

التوافق في الفسخ او الامضاء بل غالباً يقع الاختلاف فيهما فاختر احدهما الفسخ والآخر الامضاء ولا يمكن الجمع بينهما ولا تقديم احدهما المعين لكونه ترجيح بلا مرجح ولا غير معين لعدم الدليل ولا الحكم بالتساقط كلا فلا مناص من ان يكون النظر الى الفسخ فقط من كليهما وتقديم ما وقع اولاً .

﴿ ولو خير ﴾ ﴿ أحدهما الآخر بأن قال له : اختر ﴾ فسكت فخير الساكت باق ﴿ اجماعاً ، للاصل واطلاق الأدلة ، والسكوت أعم من الرضا ، نعم لو اقترن بما يدل عليه سقط كما ستعرف ، ﴿ وكذا ﴾ ﴿ خيار ﴾ ﴿ الآخر ﴾ ﴿ لان أمره بالخيار لخصوص الأمور أولهما معاً لا يدل على اسقاط خيار نفس باحدى الدلالات ، ﴿ وقيل فيه ﴾ ﴿ ولكن لم نعرف القائل وان نسب الى الشيخ الا أن المحكى عن مبسوطه وخلافه خلاف الحكاية ﴾ ﴿ يسقط ﴾ للنسبى «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقل لصاحبه اختر» ﴿ والاول اشبه ﴾ ﴿ لما عرفت ، وعدم ثبوت هذه الزيادة من طرفنا .

اقول قد صرح بسقوط خيار الآخر في التذكرة قال لو قال احدهما للآخر اختر أو خيرتك ، فقال الاخر اخترت امضاء العقد انقطع خيارهما معاً ، وان اختر الفسخ انفسخ . وان سكت و لم يختر امضاء العقد ولا فسخه فهو على خياره لم يسقط . واما الذى خيره فانه يسقط خياره لانه جعل له ما ملكه من الخيار ، فسقط خياره ، لانه جعله لغيره . وهو اظهر قولى الشافعية الى ان قال :

و يدل عليه قوله : (ع) : (او يقول احدهما لصاحبه اختر) فان يقضى انه اذا قال لصاحبه اختر لا يكون الخيار لكل واحد منهما ، كما فى قوله ما لم يتفرقا . هذا اذا قصد بقوله اختر تمليك الخيار لصاحبه و يسقط حقه منه و لو لم يقصد لم يسقط خياره ، سواء اختار الآخر ، او سكت انتهى .

﴿ ولو كان العاقد واحداً عن اثنين ﴾ هو أحدهما أو غيرهما ﴿ كالأب أو الجد ﴾ أو الوصى لطفلين ﴿ كان الخيار ثابتاً ما لم يشترط سقوطه ، أو يلتزم به عنهما بعد العقد أو يفارق المجلس الذى عقد فيه على قول ﴾ .

وفى الجواهر لم نعرف قائله قبل المصنف نعم صرح بالخيار فى الفرض جماعة من الاصحاب بل لا اجد فيه خلافاً بيننا ، وأن حكى الفاضل قولاً بالسقوط، الا ان الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين كونه من العامة ، نعم احتمله بعض أصحابنا أو مال اليه، بل فى الحدائق «انه الاقرب ، لقاعدة اللزوم والشك فى ثبوت الخيار فى الفرض، ان لم يكن ظاهر الادلة خلافه» انتهى.

ولا يخفى ان قوام الخيار بالاثنين فلا يعم ما اذا كان العاقد واحداً وليس المقام نظير ما اذا وكل الموكلين واحداً فى اجراء الصيغة لان الخيار هنا للموكلين وهنا كان العاقد واحداً عن الصغيرين الذين ليس لاحدهما اولهما خيار ولا معنى ايضاً للافتراق .

وبالجملة المسألة كان يكاد فسادها بالبيدهيات ولكن العجيب انه مورد بحث الاعلام ولولاه اكنفيت بما ذكرناه لكنه قد حكى عن المبسوط : اذا اراد ان يشتري لولده من نفسه واراد الانعقاد ينبغى ان يختار لزوم العقد عند انعقاد العقد، او يختار بشرط بطلان الخيار، وعلى كل حال قد قيل انه ينتقل من المكان الاول الذى عقد فيه العقد، فيجرى ذلك مجرى تفرق المتبايعين وكذا عن ابن البراج ولم يسند هذا القول الى أحد من علمائنا بالنصوية، قال فى المختلف بعد نقل ذلك وهذا القول عندي محتمل. انتهى

قال فى الحدائق قد صرحوا بأنه لو كان العاقد واحداً عن اثنين ، ففيه احتمالات ثلاثة:

الاول : ثبوت الخيار مالم يشترط سقوطه، او يلتزمه عنهما، أو يفارق المجلس الذى عقد فيه على قول، وهو ظاهر الشرايع والقواعد.

الثانى- ثبوته دائماً مالم يلتزمه أو يشترطاً سقوطه، ونقل عن التذكرة، وهو ظاهر اختيار الدروس.

الثالث- عدم ثبوت الخيار اصلاً، واختاره بعض فضلاء متأخر المتأخرين والظاهر أنه الاقرب ثم فصل فروعات المسألة بقوله.

و تفصيل هذه الجملة هو أن الواحد عاقد عن اثنين يشمل ما لو كان العاقد ولياً شرعياً يبيع ماله من ولده ، او بالعكس ، او مال ولديه أحدهما على الآخر ، و يشمل ما لو كان وكيلاً عن المتبايعين ، و كما لو كان أحد المتبايعين وكيلاً عن الآخر و في دخول هذا الفرد تحت العبارة المذكورة ما لا يخفى ، و ما قيل من أنه يصدق أيضاً من أن الواحد عاقد عن اثنين وقائم مقامهما وان كان هو أحدهما لا يخلو من خفاء .

ولهذا ان المحقق الشيخ على (رحمة الله عليه) في شرح القواعد اعترض على عبارة المصنف ، و هي مثل هذه العبارة فقال : و اعلم ان في قوله: العاقد عن اثنين مناقشة، لان العاقد عن واحد مع نفسه يخرج من العبارة، و لوجه لاخر اجهل ينبغي ادراجه ، فيكون الحكم وارداً عليهما. انتهى.

و الخيار المحكوم بثبوته أعم من كونه لذلك العاقد ولو بالولاية، كما لو كان أباً أو جداً يبيع من نفسه، فان له الخيار و للطفل ، وله مراعاة الجانبين ، لكن في الطفل يراعى المصلحة - او كونه لغير العاقد، كما لو كان وكيلاً في العقد خاصة ، فان الخيار للموكلين: لانه ان قلنا به، وقولهم: مالم يشترط سقوطه او يلتزم به عنهما انما يتم فيمن له الاشتراط والالتزام كالأب والجد ، و اما لو كان وكيلاً في ايقاع العقد خاصة لم يكن له ذلك، ولو أريد العموم ، كان المراد مالم يشترط او يلتزم حيث يكون له ذلك.

و كيف كان فالالتزام عنهما لا يدخل فيه ما لو كان هو أحدهما الا بتكلف شديد الى ان قال:

واما الوجه في الاحتمال الثالث - وهو عدم ثبوته أصلاً. فلان ظاهر الاخبار المتقدمة هو المغايرة بين المتعاقدين والتعدد فيها ودعوى عموم ذلك الوكيل او الولي عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ ، و مع تسليمه فان الاطلاقات في الاخبار انما تحمل على الافراد الشائعة المتكررة ، و هي المتبادرة عند الاطلاق، كما قرروه في غير موضع الى ان قال:

ويؤيد ما ذكرناه - ما قدمنا ذكره - من أن مقتضى العقد اللزوم كتاباً وسنة ،
وابتات الخيار الموجب للخروج عن ذلك يحتاج الى دليل واضح، والركون الى
هذه التعليقات العلية وبناء الاحكام الشرعية عليها مجازفة ظاهرة.

وبذلك يظهر رجحان وجه المذكور وانه لا خيار في هذه الصورة، واليه يميل
كلام المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد والفاضل الخراساني في الكفاية .
وبالتوقف في هذه المسألة من أصلها صرح شيخنا المحقق الشيخ علي في شرح
القواعد ، حيث قال بعد البحث في المسألة : وانا في المسألة من المتوقفين و هو
في محله ، و اليه يميل كلام المسالك ، الا أنه قال بعد ذلك « و الاوسط اوسط »
انتهى .

وهل يعم النص الوكيلين او احدهما مشكل لانصراف النصوص الى الموكلين
الا اذا كانا وكيلين في جميع امورات الموكل وحينئذ كانا بمنزلة الموكلين ويكون
المعيار بافتراقهما وعدمه لا الموكلين اذ البيع حينئذ لغة وعرفهما لا الموكلين دون
من كان وكيلا في مجرد اجراء الصيغة لعدم شمول النص له اصلا بل المعيار حينئذ
بتفرقهما او أحدهما وعدمه كان المجريان للصيغة باقين في المجلس اولا فكما
لا اعتداد بالوكيل في مجرد اجراء الصيغة فكذلك لا اعتداد بنفس الموكلين اذا كان
الوكيلين كنفسهما في جميع اموره كيف والخيار للثنتين لا الاربع كما هو ظاهر
ماعن العلامة في التذكرة.

قال شيخنا في مكاسبه الاشكال في ثبوته للمتبايعين اذا كانا اصليين ولا في ثبوته
للوكيلين في الجملة وهل يثبت لهما مطلقاً خلاف قال في التذكرة لو اشترى الوكيل
أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما وبالموكلين مع حضورهما في المجلس
والا فبالوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب انتقل الخيار اليه لان
ملكه اقوى من ملك الوارث وللشافعية قولان احدهما انه يتعلق بالموكل والاخر
انه يتعلق بالوكيل انتهى .

اقول والاولى ان يقال ان الوكيل ان كان وكيلا في مجرد اجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفقاً لجماعة منهم المحقق والشهيد الثانيان لان المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة الى خصوص العاقد المالك مضافاً الى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج انتهى .

ولا يخفى ان الظاهر من كلام العلامة كون الخيار للاربع وفيه اولا البيعان اثنان لا الاربع فكيف يكون للوكيلين والموكلين الثاني قوله انتقل الخيار اليه فانه لو لم يكن في مجلس العقد كيف ينتقل اليه الخيار مع بداهة ان ثبوت هذا الخيار للواقفين في المجلس وقوامه بعدم التفرق اللهم الا ان يريد من حين موت الوكيل ينتقل خيار الوكيل الى الموكل بوصف ثبوته في المجلس فكأن احد المتبايعين في هذا المجلس والاخر في مجلس آخر.

ولكن لازمه صحة خيار المجلس لو كان احدهما في بلد والاخر في بلد اخر وتكلما معا بما يسمى به تلفن أو أراد ان الخيار حيث كان للاكثر من اثنين فاذا فات احدهما لم ينثلم بالاثنين وبالجملة لو كان الخيار للموكلين والوكيلين فمعيار الافتراق بماذا فتأمل ويلوه في الضعف ما عن جامع المقاصد من انصرافه الى العاقد المالك فانه حسن ان كان المالك هو العاقد للصيغة والافقيه كلام ايضاً لظهور النص في البيع مطلقاً مع ان عليه وقوع البيع من المالكين ايضاً غير تام فان اكثر المتكبرين قد وقع بيوعهم بيد اعوانهم ووكلائهم.

وح ان اريد كون الخيار لهم ايضاً ولو كانوا حين العقد في منازلهم وصنائعهم فهو كما ترى وان اريد مع كونهما في مجلس العقد كان الخيار لهما دون الوكيلين فهو كالاول وان اريد لهما وللوكيلين فيظهر ضعفه مما ذكر ايضاً.

فالحق ما قلناه من أنه لو كانا فوض اليهما أمر الموكل بحيث كأنه هو دخلا

فى عموم البيعين وفى هذه الحالة لايعم نفس الموكلين.

[فروع] الاول لوباعا بعد العقد فى المجلس باخرين اوباع المشتري فى المجلس ما اشتراه قبل التفرق صح البيع الثانى فان بيعه ما اشتراه دال على رضاه به فسقط خياره وخيار البايع لسكوته وعدم التعرض له وهكذا لو فعل الثانى كما فى التذكرة و ح يكون الخيار للبيع الثانى بخلاف الصرف فانه قبل القبض فى المجلس باطل فلا يصح بيعه وتام الكلام فى محله.

[الثانى] لو اختلفا فى التفرق فقال المشتري قد حصل التفرق فالبيع لازم وانكره البايع فالقول قول المنكر بيمينه وبالعكس العكس.

قال فى التذكرة لو جائا مصطحبين وتنازعا فى التفرق بعد البيع فادعاهما أحدهما وان البيع قد لزم وأنكر الاخر- قدم قول المنكر مع اليمين لاصالة دوام الاجتماع و هو أحد قولى الشافعية ، الى أن قال ولو اتفقا على التفرق و قال احدهما فسخت قبله و انكر الاخر ، قدم قوله مع اليمين لان الاصل عدم الفسخ ، و هو أحد قولى الشافعية.

[الثالث] قال فى التذكرة لو جن أحد المتعاقدين أو اغمى عليه قبل التفرق لم ينقطع الخيار لكن يقوم و ليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه مصلحة من الفسخ او الاجازة و هو أظهر وجهى الشافعية انتهى ولو لم يكونا امكن ارجاعه الى عدول المؤمنين لو كانوا فى المجلس والا يحتمل ان يكون الامر الى الاخر من حيث انه من العدول لو كان كذلك فان العادل يلحظ مصلحة الغير لامصلحة نفسه فان رأى فى هذا البيع مصلحة له اجازة من حيث انه من العدول والا فسخه ولا منافاة لصحة التعدد اعتباراً فمن جهة احد البيعين ومن جهة غيره وان لم يكن ايضاً فالجنون كالموت حيثئذ وسيأتى حكمه .

[الرابع] فى عموم خيار المجلس للصرف و السلم من حين العقد على القول بكون الشرط الملك فيهما هو القبض فى المجلس كلام سيأتى فى محله انشاء الله ﴿ خيار الحيوان ﴾ الذى هو فى الجملة اجماعى . بل ضرورى عند علماء

المذهب ﴿والشرط فيه﴾ أى الخيار فى الحيوان ﴿كله﴾ أنسيه وغيره ﴿ثلاثة أيام﴾ وفى الجواهر على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بسل فى ظاهر الانتصار والتذكرة والمحكى عن الخلاف والتحرير وصريح السرائر الاجماع عليه، لاطلاق النصوص انتهى.

قال فى الخلاف يثبت فى الحيوان الشرط ثلاثة أيام شرط ذلك او لم يشترط وقال جميع الفقهاء حكم الحيوان حكم سائر المبيعات.

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم ذكرناها فى الكتاب الكبير انتهى وكيف كان فالظاهر لا اشكال فى عموم الحيوان للجميع فيعم حتى مثل دود والنحل والعلق كما يعم الانسان مثل العبيد والاماء مسلمة وكافرة.

وكيف كان فهذا الخيار ﴿للمشتري خاصة دون البايع على الاظهر﴾ وفى الجواهر الا شهر فتوى ورواية بل المشهور شهرة عظيمة فيها ، بل فى الغنية وظاهر الدروس أو صريحها الاجماع عليه، بل لا أجد فيه خلافاً الا من المرتضى فى انتصاره والمحكى عن ابن طاووس ، بل نعرف النسبة الا اولهما، لقاعدة اللزوم المستفادة من الآية انتهى.

ولا يخفى ان الروايات ناصة بالمشتري ومعه لا يستقيم القول بالعموم و يدل عليه خصوص صحيح ابن رثاب سئل الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية ، لمن الخيار للمشتري أو البايع أولهما كليهما ؟ فقال: الخيار لمن اشترى ، ثلاثة أيام نظرة ، فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ، قلت له : رأيت ان قبلها المشتري اولامس فقال : اذا قبل اولامس او نظر فيها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته» الحديث .

[وصحيح الفضيل] قال للصادق (ع) : «ما الشرط فى الحيوان ؟ فقال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط فى غير الحيوان ؟ فقال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا» الحديث . [وخبر ابن اسباط] «سمع الرضا (ع) يقول : الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، وفى غير الحيوان أن يفترقا» .

[وصحيح الحلبي] « عن الصادق (ع) فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري . وهو بالخيار فيها ان شرط فيها أولم يشترط » ، [وصحيح ابن رثاب] « عن الصادق (ع) . الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، اشترط فيها أولم يشترط ، فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضاً منه ، فلا شرط ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء » [وسمع الحسن بن على بن فضال] .

فى الموثق «أبا الحسن على بن موسى الرضا (ع) يقول : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام» .

والمخالف السيد المرتضى (ره) وقواه فى المسالك قال نبيه بالظاهر على خلاف المرتضى (رض) حيث ذهب أن الخيار لهما وصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق قال المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان صريحة الدلالة على ما يدعيه وما تقدم فى صحيحة الحلبي من اثبات خياره للمشتري غير مناف لثبوته للبائع الا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف فالقول به فى غاية القوة ان لم يثبت الاجماع على خلافه وحملت الرواية على ما لو باع حيوانا بحيوان وهو تخصيص بغير مخصص وعلى أن الخيار للمشتري وعلى البائع فهو بالنسبة اليهما مدة ثلاثة ايام ويضعف بأن مقتضى الخبر كونه لهما كما فى قوله (ص) البيعان بالخيار ما لم يفترقا وعلى أن اثبات الخيار للمجموع من حيث هو مجموع فلا يدل على ثبوته للافراد وفيه مامر وفى الدروس الشهرة بل الاجماع على خلافه وهو يؤذن بدعوى الاجماع فان ثبت فهو الحجة والا فلا انتهى .

وفى الجواهر بعد دعوى الغرابة منه وردّه قال وتبعه فى هذا الميل الكاشانى وهو كما ترى ، مع أنه لم نقف له على دليل سوى ما ادعاه من الاجماع الموهوز بالتتابع لفتاوى من تقدمه كالمفيد والصدوقين ، ومن تأخر عنه المعارض بمثله صريحاً وظاهراً انتهى .

ودعوى الغرابة فى محله بعد ضراحة تلك النصوص بكونه للمشتري فكيف

يعلم بمراد المعصوم بالعموم حينئذ فلاحجية في مجرد الاجماع الغير الكاشف عن رأى المعصوم بل الحكمة في جعل هذا الخيار في الثلاثة هي ظهور العيوب الخفية على المشتري في هذه الايام بخلاف البايع فانه اعرف بماله وحيوانه لبقائه عنده في ايام كثيرة المطلع عادة بجميع مزاياه وعيوبه فلاخفى له شيء لم يعلمه حتى يقضى خياره .

وكيف كان فصراحة الروايات هو الاختصاص بالمشتري على أن المراد من صاحب الحيوان هو صاحب الفعلي اى صاحب بعد الشراء بداهة فانه بعدما اشتراه كان هو صاحب له لاالبايع فلاوقع لمافى [صحيح محمد بن مسلم] عن الصادق عليه السلام «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وماسوى ذلك من بيع حتى يفترقا » ومع ان المتبايعين يصدق باعتبار المشتري ، فان المراد و لو بقرائن ساير الروايات هو المجموع المتبايعين فيصدق على خصوص المشتري كما اجاب عنه في التذكرة

مع انه في [صحيحه الاخر] «عنه أيضاً قال رسول الله ﷺ : البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» كصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام .
وكيف كان فلايقين بالتعدى عن المشتري الى البايع مع عدم ملاك الخيار فيه ويمكن كون المراد من المتبايعين في قوله عليه السلام المتبايعان ما اذا كان الثمن والمثمن كلاهما حيوانا كما عن الفاضل ومن المعلوم ان البايع من حيث الثمن كان فى الواقع مشتريا وكيف كان فلا اعتبار بهذا القول .

نعم لو كان الثمن ايضا حيوانا فيكون للبايع ايضا خيار في الثمن فانه صاحب الحيوان بعد الشراء فحينئذ يكون للمشتري الخيار فى الحيوان المبيع وللبايع الخيار فى الحيوان الثمن وهذا فيما كانا فى بيع واحد واما فى بيعين بان باع من عمرو حيوانا واشترى منه حيوانا فثبوت الخيار لهما واضح ومما صرح بكونه للمشتري خاصة ما نقله فى الحدائق .

فقال ويدل عليه بأصرح دلالة لاتقبل التأويل - ما رواه الثقة الجليل عبدالله

ابن جعفر الحميرى فى قرب الاسناد عن عبدالله واحمد ابنى محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن على بن رثاب «قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار ؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما ؟ فقال : الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة ، فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» الى ان قال :

وبالجملة فان العمدة فى رد القول المزبور - انما هى صحيحة ابن رثاب المروية فى قرب الاسناد الغير القابل للتأويل بوجه من الوجوه، وان كانت جميع هذه الوجوه مؤيدة لذلك. ومن ذلك يعلم أنه يجب جعل التأويل فى جانب صحيحة محمد بن مسلم المذكورة بالحمل على أحد المحامل المتقدمة التى أقربها الحمل على ما لو باع حيواناً بحيوان الى ان قال :

واحتمل فى الوسائل حملها على التقية، ولعله الاقرب - وان كان لا يحضرنى الان مذهب العامة فى هذه المسألة - لما عرفت فى مقدمات كتاب الطهارة الى ان قال. والعجب من المرتضى - (رضوان الله عليه) -- المانع من العمل باخبار الاحاد والدائر فى اقواله مدار الاجماع - كيف اعتمد على هذا الخبر فى هذا المقام مع مخالفته الاخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة بل الاجماع المدعى فى المقام، والظاهر أن دليله شىء آخر غير الخبر من الامور العقلية كما هى قاعدته، فان تعلقه بالاخبار نادر جداً الى ان قال :

ومن روايات -- المسألة -- المؤيدة للقول المشهور - أيضاً زيادة على ما قدمناه - ما رواه فى الكافى والتهذيب فى الصحيح عن ابن سنان والظاهر أنه عبدالله - «قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك؟ فقال : على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري» .

وزاد فى التهذيب «شرط له البائع اولم يشترط قال وان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع» .
ورواه فى الفقيه مرسلاً كما فى الكافى . الا انه «قال : لاضمان على المبتاع

حتى ينقضى الشرط ويصير المبيع له « انتهى وعلى هذا لوجه الترديد والشك في الاختصاص بالمشتري - الله العالم .

ثم ان مبدء الشروع في خيار الحيوان آن تحقق البيع فاجتمع مع خيار المجلس فيكون البيع متزلاً لمن وجهين وبعد التفرق كان متزلاً لمن جهة واحدة وبعد الثلاثة استقر الملك .

وفي الحدائق قال : قد تقدم النقل عن الشيخ بأن مبدء هذا الخيار بعد التفرق من المجلس ولم نقف له على دليل ، وثبوت خيار المجلس بأصل الشرع لا يدل على كون مدة الخيار المشروط غير ذلك ، حتى يكون ابتداءه بعد انقضاء ذلك ، اذ لا مانع من التداخل في بعض المدة كما مر في خيار الحيوان انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ﴿يسقط باشتراط سقوطه في العقد وبالتزامه بعده﴾ لما تقدم في خيار المجلس ﴿وباحدائه فيه حدثاً ، كوطى الامة وقطع الثوب وبتصرفه فيه سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية﴾ اذا كان والاعلى الرضا بالبيع لصحيحى ابن رثاب السابقين و مكاتبة الصفار الى ابى محمد (ع) «فى الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ ، أله أن يردها فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركب الذى يركبها؟ فوق (ع) اذا حدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله»

فمثل الركب تارة من حيث الرضا بالبيع واخرى من حيث الاختبار والافتنان والذى يدل على اللزوم هو الاول ومنه يعلم ان مثل حلب اللبن مطلقاً ليس دالا على الرضا حيث انه قديكون لتضييعه فى مدة ثلاثة ايام او افساد الضرع فيحلب مع ارادة ضمان اللبن لورده وكذا الركب قديكون للامتحان وجودة عدوه

ويدل عليه ما فى [الصحيح] «عن رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة ايام ثم ردها ، قال : ان كان تلك الثلاثة ايام شرب لبنها ، رد معها ثلاثة أمداد ، وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» . ويسقط هذا الخيار بانقضاء الثلاثة ولو تلفيقاً و يدل على دخول اللبالي تبعاً

واصالة والاول كما اذا وقع البيع في اول الغروب فالليلة الاولى داخلة تبعا والليلتان الباقيتان اصالة فينتهى الخيار عند غروب اليوم الثالث واذا وقع عند الصباح دخلت الليلتان اصالة وينتهى عند الغروب الثالث

نعم في التلفيق كانت ثلاث الليالي كلها اصالة كما اذا وقع البيع عند الزوال ثم اعلم انه صح الزيادة على الثلاثة بالشرط وحينئذ اذا تم الثلاثة بقى الشرط الجعلى فاذا قال ابيعك بشرط ان يكون لى الخيار عشرة ايام كان له ذلك وبدونه ثلاثة ايام ولولم يشترط

ويعم هذا الخيار كل حيوان قابل للبيع حتى الانسان اذا لم يكن ممن ينعتق عليه والا كان الانعتاق بمنزلة اشترط السقوط فى المتن كما اذا اشترى اباه وبعض الكلام فيه سيأتى فى بعض المباحث الحمد لله اولا وآخراً

ثم اعلم انى اكتفيت فى شرح عبارة المصنف والروايات والاقوال بما شرح صاحب الجواهر وبماتى من الروايات والاقوال غالباً الا فيما يحتاج الى شرح اكثر وروايات اكثر واقوال اكثر

وقد وقع الفراغ من هذه الاوراق بيد الحقيير الدليل محمدرضا بن الحسين المشتهر بالمحقق عفى الله عنه وعن والديه فى شهر المحرم الحرام سنة ١٤٠٢ ويليه المجلد الثالث والعشرون ومن الله الاستعانة والتوفيق.

الفهرس

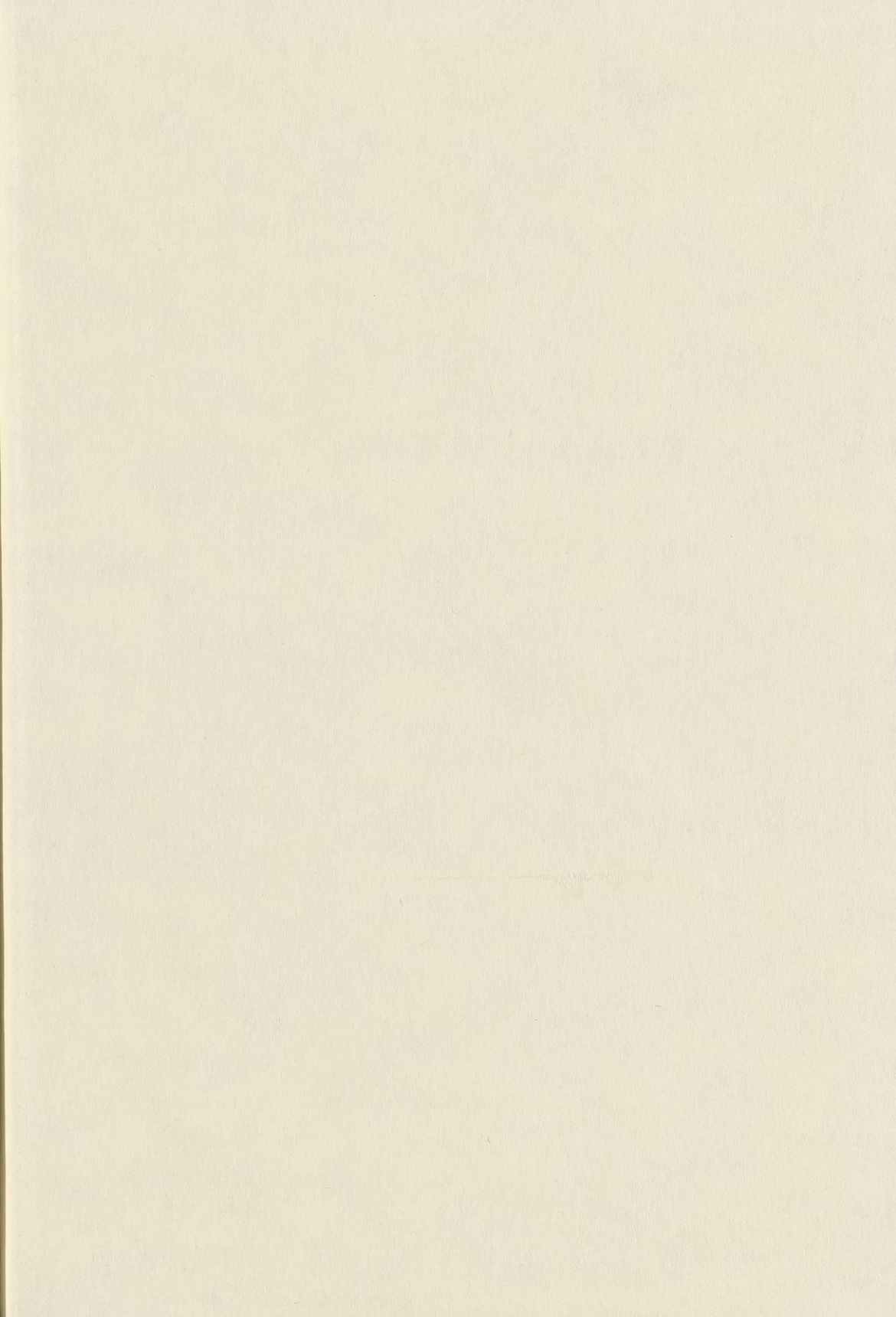
الصفحة	العنوان
٣	في ان الاجازة كاشفة او ناقلة
٥	مايرد على الكشف الحقيقي
٧	في الاشكالات الواقعة في المقام
١١	فيما يرد على الكشف الحكمي
١٥	في الثمرات بين الكشف والنقل
٢١	في فروع الاجازة
٢٣	في اشتراط وجوب المجيز الفعلي
٢٥	في كفاية كون المجيز جامعاً للشرائط في حال الاجازة
٢٥	فيما ترتب العقود على مال المالك
٥٣	في رجوع المالك الى الغاصب في المنافع
٥٩	في رجوع المشتري الى البايع بالثمن وعدمه
٧٣	في بيع ما يملك وما لا يملك
٧٥	في طريق تقسيط الثمن واخراج ما لا يملك
٧٩	فيمن باع نصف الدار
٨١	في ولاية الاب والجد
٨٣	فيمن باع ما يملك وما لا يملك
٨٥	في ولاية الوكيل في البيع والشراء
٩١	فيما يتعلق بالحكم وولاية الفقيه

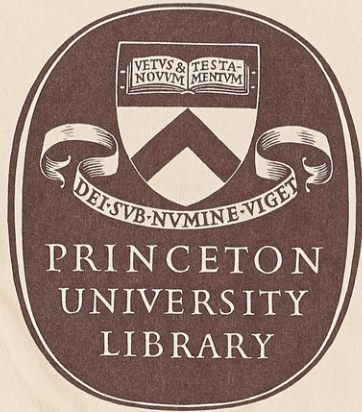
الصفحة	العنوان
٩٣	فى ولاية الفقيه
٩٥	فى ثبوت ولاية الحاكم
٩٩	فى جواز المقاصة بلا حاجة الى . . .
١٠٥	فى جواز بيع اراضى المفتوحة عنوة وعدمه
١٢٩	من شروط صحة البيع ان يكون المبيع مقدوراً على تسليمه
١٣١	لا يجوز بيع مالايؤمن معه من الضرر . . .
١٣٣	فى صورة القطع بعدم القدرة على التسليم بطل البيع
١٣٥	فى ايراد الشيخ على صاحب الجواهر
١٣٧	امن كان قادراً على تسليم مبيعه صح بيعه
١٣٩	صحة بيع الايق منضمماً
١٤١	الاقوال فى وجوب العلم بنوع الثمن من ذهب او . . .
١٤٣	يشترط فى صحة البيع العلم بالثمن قدرأ ووضعاً و . . .
١٤٩	فى كفاية العلم بنفس الثمن لاجنسه ونوعه
١٥١	فى انه لولم يعلم بالثمن بحكم المقبوض بالعقد الفاسد
١٥٥	فى ان المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة الغصب وعدمه
١٦١	فى ان المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة الغصب وعدمه
١٦٧	فى وجوب رد المقبوض بالبيع فاسد الى مالكة
١٦٩	فى المنافع الغير المستوفاة
١٧١	فى كون المبيع بالبيع الفاسد مثلياً
١٧٣	فى كون المراد بالمثل
١٧٥	فيما لم يوجد المثل
١٧٧	فى ان الضمان بأى يوم كان
١٧٩	مفاد رواية البغل

الصفحة

العنوان

١٨٣	في بدل الحيلولة
١٩١	في عدم صحة كون الضمان بيوم التلف
١٩٥	فيما يتعلق بخبر البغل ايضاً
١٩٩	فيما يتعلق باعلى القيم
٢٠١	في اشتراط كون المبيع معلوماً
٢١٥	في بيع متساو الاجزاء ومختلفها
٢٢٥	كفاية المشاهدة
٢٢٧	لزوم اختيار الطعم
٢٢٩	فيما لم يكن لمكسوره قيمة
٢٣٣	بيع السمك في الاجام
٢٣٥	بيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر
٢٣٧	في بيع ما يلقح الفحل
٢٣٩	المسك في الفارة
٢٤١	الانذار
٢٤٣	في آداب البيع
٢٤٧	في مكروهات البيع
٢٥١	في تلقي الركبان
٢٥٥	في الاحتكار
٢٤٧	في الخيار
٢٧٧	في مسقطات خيار المجلس
٢٨٩	فيما كان متبايعان الوكيلين
٢٩١	في خيار الحيوان
٢٩٨	الفهرس







32101 047105703

2271

.3553

.827

mujallad

22

RECAP



تمثال مبارک حضرت آیتہ العظمیٰ جناب آقا شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقه