

كتاب المكيات

الشيخ رضوان الكرملي

مع حواشي

هذا الكتاب الطال إلى انتم المكيات

المكيات الطال إلى انتم المكيات

المكيات

المكيات



مركز تحقیق مخطوطات و علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

کتاب الملکاسب

الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ تَقِيٍّ الرَّضَوِيُّ

مَعَ حَوَاشِيْهَا

هَذَا تِلْكَ الطَّلَبُ إِلَى لِسَانِ الْمَلِكِ

الْمِيرُزِ أَفْخَ الشَّهِيدِ إِلَى النَّبِيِّ

المجلد الثالث

البَيْعُ، الْقِسْمُ الثَّانِي

الانصاري، مرتضى؛ شهيد تيريزي، ميرزا فتح.
المكاسب مع حواشي الشهيد/ الشيخ مرتضى الانصاري، ميرزا فتح شهيد
تيريزي، قم: سماء قلم، ١٤٣٠ ق = ١٣٨٨.

ج ٥
ISBN: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٠-٩ (دوره) ISBN: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٣-٣ (جلد ٣)

عربي
فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات لیا (فهرست‌نویسی پیش از انتشار)
١. معاملات (فقه). الف. انصاري، مرتضى بن محمد امين، ١٢١٤-١٢٨١ ق. المكاسب - نقد و تفسير.
ب. شهيد تيريزي، ميرزا فتح، ١٢٩٦-١٣٧٢ ق، هداية الطالب الي أسرار المكاسب. ج. عنوان: هداية
الطالب الي أسرار المكاسب.

٢٩٧/٣٧٢

BP ١٩٠/١ الف ٨ م ٧٠٣٥

م ٨٥-٤١٩٥٢

کتابخانه ملی ایران



کتابخانه
مرکز تحقیقات کتابداری و علوم اسلامی

شمار ثبت: ٢٢٥٨٩

تاریخ ثبت:

هداية الطالب الي أسرار المكاسب

المجلد الثالث

البيع، القسم الثاني

المؤلف: الشيخ مرتضى الانصاري / الشارح: الميرزا فتح الشهيد التيريزي

الطبعة: سيمائي كوثر/ الطبعة: الأولى، ١٣٨٨ ش - ١٤٣٠ ق

المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة

شابک دوره: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٠-٩

شابک جلد ٣: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٣-٣

مرکز پخش: قم، ص. ب ٣٨١٣-٣٧١٨٥

شماره: ٩١٢٣٥١٦٨٧٥

تلفاكس: ٠٢٥١-٧٧٤٨٣٩٦

جميع الحقوق محفوظة لسماء القلم

القول في الإجازة و الردّ

أما الكلام في الإجازة: فيقع تارةً في حكمها و شروطها و أخرى في المنجز و ثالثة في المنجز. أما حكمها، فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي - بعد اتفاقهم على توقفها على الإجازة - في كونها كاشفة (٢٣٧١)

٢٣٧١. لا يخفى عليك أنّه بعد البناء على ما هو التحقيق من كون الملكية و نحوها أمراً اعتبارياً صرفاً لا أمراً واقعياً قد كشف عنه الشرع، و البناء على بطلان الشرط المتأخر، يمكن تصوير الشرطية المتقدمة للإجازة على نحو تنتج نتيجة الشرطية المتأخرة لها، و هي الملكية من حين العقد السابقة على الإجازة، بأن نقول: إنّ اعتبار الملكية و جعلها و إن كان يتوقف على الوجود الخارجي للإجازة، لا على الوجود اللحاظي الذهني لها، و لا على وصف التعقّب لها، فلا جعل و لا اعتبار قبل وجودها في الخارج مطلقاً و لو علم بوجودها فيما بعد، إلا أنّ المحمول بعدها و الحادث بها هو الملكية من زمان العقد السابق على زمان الإجازة، و لا مانع عقلاً من أن يحدث بعد الإجازة اعتبار الملكية الكذائية و ترتيب آثارها القابلة للترتيب عليها. و ما لا سبيل إليه عقلاً - للزوم تقدّم المسبّب على السبب - إنّما هو تقدّم جعل الملكية السابقة و تقدّم اعتبارها على الإجازة مع فرض توقفه عليها، بحيث يكون الجعل مقدّماً على الإجازة. و هذا بخلاف ما قلناه، و هو تأخر جعل الملكية من حين العقد المتوقف على الإجازة عن الإجازة، بحيث يكون الجعل و الاعتبار متأخراً عن الإجازة و المحمول مقدّماً عليها، فالمسبّب هنا - و هو الجعل و الاعتبار - لم يتقدّم على سببه و هو الإجازة، و ما تقدّم عليها - و هو المحمول، أعني: الملكية - ليس مسبباً عنها، و إنّما هو مسبّب عن نفس العقد.

و بالجملة، لا نرى بحسب مرحلة الثبوت محذوراً عقلياً في أن يجعل بعد الإجازة ملكية سابقة عليها. و أمّا مرحلة الإثبات فنقول: إنّ مفاد أدلة صحة العقود و البيع و الصلح و غير ذلك - كآبتي الوفاء بالعقود و حلّية البيع، و حديث جواز الصلح بين المسلمين - ليس إلّا

إمضاء المعاملة و الحكم بتحقيق مضمونها، كالملكية في البيع و الزوجية في النكاح، و جعله إمّا بنفسه بناءً على جعلية الأحكام الوضعية كما هو الحق، أو بمناشئ انتزاعها من التكليف بنسباً على انتزاعيتها كما اختاره المصنّف رحمه الله. و أمّا كيفية جعل الشارع - أي: خصوصية بمجوله من حيث التقدّم و التأخّر و التقارن بالقياس إلى شيء - فلا دلالة عليها بوجه من الوجوه، بل هي تابعة على جعل المتعاقدين.

و بعبارة أخرى: أنّ لها المستفاد من تلك الأدلة العامة أنّ المجعول شرعاً عين ما جعله المتعاقدان و قصداً تحقّقه بالإنشاء بحسب الخصوصية بلا زيادة و لانقصان في المجعول الشرعيّ بتلك الأدلة، فلا بدّ في تعيين كيفية الجعل الشرعيّ من ملاحظة كيفية جعل المتعاقدين، بلا دخالة في هذا المقام لملاحظة الأدلة الشرعية الدالة على عدم حلية مال الغير بدون رضاه، و عدم حصول الحلية قبل القبض في الصرف و السلم. و ينعكس الأمر في تعيين زمان الجعل الشرعيّ و وقت حدوثه، فإنّه لا بدّ فيه من ملاحظة تلك الأدلة و ملاحظة نسبتها مع العمومات المتقدمة، بلا دخالة فيه لملاحظة جعل المتعاقدين.

و بالجملة، كلّ واحد من الجعلين متحد مع الآخر من حيث المجعول. و أمّا بحسب الزمان فقد يتحدان و قد يختلفان، فتارةً يجعل المتعاقدان و يقصدان الملكية المتأخّرة عن العقد بلا فصل، و أخرى المتأخّرة عن الإيجاب فقط دون القبول، فيكون القبول رضاً بحصول الملكية من زمن الإيجاب، و ثالثة المتأخّرة عن العقد و القبض أو الإجازة أو الموت، كما في الوصية.

و على كلّ تقدير، فإن انطبق الإمضاء الشرعيّ - المدلول عليه بعموم الوفاء بالعقد و حلّ البيع - على مجعول المتعاقدين في حين تحقّق الجعل منهما، بأن كان جامعاً لشرائط الجعل الشرعيّ، اتّحد الجعلان زماناً و مجعولاً، كما في الصورة الأخيرة. و إن لم ينطبق عليه إلّا بعد مقدار زمان من جعلهما، لفقد ما اعتبر وجوده، أو لوجود ما اعتبر عدمه فيه كما في الصورة الثانية - لتوقّف الإمضاء الشرعيّ على بحبيء القبض و الرضا بحيث لولاه لإمضاء هناك، كما هو قضية ملاحظة تلك العمومات مع أدلة اعتبار القبض و نحوها ممّا هو دخيل في الإمضاء و تقييدها بها، فإنّ الظاهر اعتبار ذلك في حكم العمومات و الجعل و الإمضاء، لا في موضوعاتها من العقد و البيع - فيتحد الجعلان حينئذٍ مجعولاً لازماناً، بمعنى أنّ المجعول الشرعيّ عين مجعول المتعاقدين من الملكية المتأخّرة عن محرّد العقد المتصلة به، إلّا أنّ الشارع لم يحضه في ذلك الزمان،

لعدم الصلاح، بل لوجود الفساد في إمضائه كذلك، فإذا حصل الرضا و الإجازة من المالك في زمان يحكم الشارع في ذلك الزمان بنفوذ ما جعله المتعاقدان - و هو الملكية - من حين العقد لا من حين الإجازة، فليس في الأدلة الشرعية ما يمنع عن الالتزام بأنه يحصل بعد الإجازة الملكية من حين العقد.

ثم إن الطريق الكاشف عن كيفية جعل المتعاقدين و زمان مجموعتهما و خصوصية ما بنيا عليه التي يتبعها كيفية الجعل الشرعي أحد أمرين، أحدهما: التصريح بمقصودهما في متن العقد بتمام قيوده و خصوصياته. و الآخر: جعل ذاك المفعول الذي قصدا حصوله في الخارج مسبباً عن سبب خاص، فإن العقد* بواسطة إطلاق اللفظ الدال على كيفية المفعول، و عدم تقييده بما يوجب تأخر المنشأ عن الإنشاء بحسب الزمان، مع ملاحظة استحالة انفكاك السبب عن المسبب، يحكم بحصول الملك عقيب ما جعله سبباً لحصوله بلا فصل بينهما. و من تبعية جعل الشارع لجعل المتعاقدين، و عدم دلالة أدلة الجعل و الإمضاء على أزيد من الرضا بما جعله المتعاقدان إما مطلقاً أو مقيداً بزمان شيء خاص،^١ الرجوع إلى اتحادهما بحسب المفعول، يظهر فساد ما ذكره المصنف - في ذيل بيان أن المستفاد من الأدلة ناقلية الإجازة - من تحديد زمان المفعول الشرعي بزمان الإمضاء الدائر مدار انطباق الأدلة العامة وجوداً و عدماً، الموقوف على ملاحظتها مع الأدلة الخاصة المتنافية لها من جهة اعتبار الرضا و الطيب و نحوه، كما هو واضح على من لاحظ كلامه^٢ من البداية إلى النهاية. و منشأ الفساد: توهمه أن المرجع في تعيين كيفية جعل الشارع ملاحظة النسبة بين الأدلة العامة و الأدلة الخاصة، مع توهم أنها موجبة لتضييق موضوع الأدلة العامة، و قد مر أنها موجبة لاعتبار شيء في حكمها، و هو الإمضاء و الحكم بالنفوذ. و ما تراه من ملاحظة الأدلة الشرعية إنما هو لأجل تعيين زمان الإمضاء لازمان الممضي.

فإذا عرفت ما ذكرناه نقول: قضية تقييد إطلاق أدلة الإمضاء و تضييق دائرة الإمضاء الشرعي بأدلة اعتبار الرضا في الحلية و ترتبها على العقد على النحو الذي قصده المتعاقدان -

* كذا في الطبعة الحجرية. و «العقد» مبتدأ، و خبره جملة «يحكم بحصول الملك...». و لعل «العقد» تصحيف: العقل، لأنه هو الحاكم بحصول الملكية لا العقد.

معنى عدم حدوث الحلية إلا بعده - إنما هو توقف الإمضاء الشرعي لما جعله المتعاقدان و عقدا عليه على مجيء الرضا. و بعبارة أخرى نقول: إن لصيغة المضارع في قوله «يحل» في حديث الطيب إطلاقين، أحدهما: للهيئة الدالة على التجدد و الحدوث، و الآخر: للمادة، و هي الحل. و الظاهر أن «عن طيب نفسه» قيد راجع إلى الهيئة. و أما المادة فهي على إطلاقها من حيث التقدم على الطيب و مقابله، فيرجع في هذه المرحلة إلى مقتضى جعل المتعاقدين و ما بنيا على سببته للنقل و الانتقال. فمقتضى أدلة الإمضاء في مسألة الفضولي بحسب زمان حدوث الملكية - و تحديده بمقدّم على الإجازة و التأخر عنها و التقارن لها - هو الثالث، بمعنى حدوثها بعدها بلا فصل. و أما أن الحادث هو الملكية المقارنة لها المعبر عنها بالنقل، أو الملكية السابقة عليها المعبر عنها بالكشف، فهو و إن كان لا يستفاد من الأدلة العامة المذكورة بمجردها قاعدة مطردة في هذا الباب تكون مرجعاً في موارد الشك، لكن لما كان الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبب الملك عن العقد المركب من الإيجاب و القبول، أمكن أن يقال: إن مقتضى القاعدة المستفادة من أدلة الإمضاء - بضميمة ملاحظة الغلبة المذكورة - هو الكشف، أي: كون الحادث بعد الإجازة هو الملك من حين العقد.

و إذا انتهى الكلام إلى هنا فلا بأس بالإشارة إلى ما يتصور في الإجازة، فاعلم أنها إما ناقلة جعلاً و معمولاً، و قد جعله المصنف رحمته مقتضى الأدلة، و إما كاشفة كشفاً حقيقياً أو حكماً، بمعنى ترتب آثار الكشف الحقيقي و الملكية المتقدمة على الإجازة بقدر الإمكان، و قد اختاره المصنف بملاحظة الأدلة الخاصة الدالة على الكشف، مع ملاحظة عدم تعقل الكشف الحقيقي، و ملاحظة ظهور الأدلة في شرطية نفس الرضا لا وصف التعقب بها.

و أما الكشف الحقيقي فهو على وجوه ثلاثة:

الأول: كشف الإجازة عن حكم الشارع حين العقد بوجود الملكية من حين وقوع العقد، بمعنى اتحاد ظرف حكم الشارع مع ظرف المفعول و هو حين العقد، مع الالتزام بشرطية نفس الإجازة. و هذا الوجه من الكشف هو الذي نسبه المصنف إلى المشهور فيما يأتي من كلامه في وجوه الكشف، و هو مبني على الشرط المتأخر، و لأجله قال بعدم معقوليته.

و الثاني: هو الوجه المذكور بعينه لكن مع الالتزام بشرطية وصف التعقب. و سيأتي انتفاء الثمرة بين الوجهين.

بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الإجازة، على قولين: فالأكثر على الأول، و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة بأن العقد سبب تام (٢٣٧٢)

و الثالث: كشف الإجازة عن حكم الشارع بعدها بحصول الملك من حين العقد، كأنها وقعت حينه. و حاصله: أن زمان حكم الشارع بالملكية ما بعد الإجازة، و أما نفس الملكية المحكوم بها فزمانها حين وقوع العقد. و هذا الوجه نختاره بالنظر إلى الأدلة كما مرّ بيانه. و الذي يظهر من مواضع من كلمات المصنف (رحمه الله) - كما نشير إليها - أن مراده من الكشف الحقيقي الغير المعقول هو هذا، فيتجه عليه حينئذ بأنه غير قابل لتوجيهه بإرجاع شرطية الإجازة إلى شرطية وصف التعقب، و ما يرتبط عليه التوجيه المذكور إنما هو الأول من وجوه الكشف.

٢٣٧٢. هذا الاستدلال في غاية الجودة و المتانة، و يوافق الوجه الثالث الذي نختاره. توضيحه: أن كون سبب الملك عند الشرع عين ما هو السبب عند العرف و المتعاقدين أو غيره يعلم بإمضاء الشارع و عدم إمضائه، ليس لنا طريق إلى ذلك إلا هذا، و من الواضح أن الإمضاء وجوداً و عدماً إنما يعلم بملاحظة لسان الدليل الشرعي. و لا ريب أن ما تعلق به الإمضاء في «أوفوا بالعقود» هو العقد فقط، لاهو مع شيء آخر مثل الإجازة و نحوها، فيعلم من ذلك أن السبب التام للملكية في الشرع مثل العرف هو العقد. و لا ريب أيضاً أن إضافة الإمضاء إليه و انطباق دليله عليه إنما يتحقق و يعلم بعد الإجازة، نظراً إلى تقييد إطلاق الإمضاء المستفاد من قوله (عليه السلام): «أوفوا بالعقود» بأدلة الطيب، فإذا أجاز تبين الإمضاء، و توجه وجوب الوفاء، فيتبين كون العقد تمام السبب عند الشرع أيضاً.

و بعبارة أخرى: أن كون العقد بانفراده هو السبب التام شرعاً إنما يتوقف على توجه خطاب «أوفوا» و توجهه في الفضولي يتوقف على الإجازة، لأجل أن المراد من العقود - كما مرّ غير مرة - هو العقود المضافة إلى المالك، و من المعلوم أن إضافة العقد الصادر من الفضولي من حين صدوره إلى المالك إنما تحصل بالإجازة، و نتيجة ذلك توقف كون العقد بانفراده هو السبب التام عند الشارع على الإجازة، لا كون العقد جزء السبب و الإجازة جزؤه الآخر، لأنه

في الملك لعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وتمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً يوجب* ترتب الملك عليه، وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر. وبأن الإجازة متعلقة بالعقد (٢٣٧٣)، فهي رضا بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه. وعن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الوجود (٢٣٧٤)؛ لأن العقد حالها عدم^١، انتهى.

مبني على اعتبار الطيب في موضوع أدلة الصحة - و هو العقود - و كونه من قيوده، و قد مرّ منعه و أنّه من قيود الحكم و الإمضاء.

فقد ظهر مما ذكرنا أن قوله: «العقد سبب تام» بمنزلة الصغرى لكبرى مطوية، و هي: أن كلّ ما هو سبب تامّ للملك يترتب عليه الملك بمجرّد وجوده، يقتضي العلّة و المعلوليّة. و المراد من تماميّة السبب تماميّة عند الشارع، كما يدلّ عليه التعليل بعموم الآية. و المراد من التمام في قوله: «و تمامه في الفضولي» و كذا في قوله: «تبين كونه تاماً» هو عموم الآية للفضولي و اندراجها تحتها، بطور ذكر المعلول و إرادة العلّة، لأنّ العموم علّة للتماميّة، فكأنّه قال: غاية الأمر أنّ عمومه للفضولي الموجب للتماميّة عند الشرع إنّما يتحقّق و يعلم بالإجازة، لتقييد الحكم بوجوب الوفاء بأدلة الطيب و الرضا، فإذا أجاز تبين عمومه له، فإذا عمّ تبين كونه تاماً، فإذا تمّ وجب ترتب الملك عليه.

٢٣٧٣. ليس هذا أمراً آخر وراء ما تقدّم عن جامع المقاصد، بل مألها إلى أمر واحد من كون السبب التام هو العقد، و إنّما الإجازة تجعل العقد السابق سبباً، بمعنى أنّها توجب توجّه خطاب الإمضاء الكاشف عن سببته عند الشرع أيضاً.

٢٣٧٤. قد يقال: إنّ اللازم لا يتفاوت الحال فيه بين القول بالكشف و القول بالنقل، بداهة أن كلّاً من العقد و الإجازة عدم في حال الآخر. و فيه: أنّه إنّما يرد على الفخر لو كان للإجازة عنده دخل في تماميّة السبب بنحو الجزئية، و هو غير معلوم، إذ من المحتمل قريباً أن يكون دخل الإجازة في العقد لا بنحو الجزئية، بل بالنحو الذي أراده جامع المقاصد بالتقريب السابق، و حينئذ لا يرد عليه ما تقدّم من التسوية في لزوم المحذور المذكور، إذ الإجازة بناءً عليه

و يرد على الوجه الأول: أنه إن أُريد بكون العقد سبباً تاماً كونه علةً تامةً للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلم، إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، و لا يتبين كونه تاماً؛ إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن (٢٣٧٥)، فيكون لها مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها. و منه يظهر فساد تقرير الدليل بأن العقد (٢٣٧٦) الواقع جامع لجميع الشروط، وكلها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله. فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط (٢٣٧٧)، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟

و دعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب

لادخل لها في التأثير حتى يقال إنها حال العقد معدوم. ثم لا يخفى أن هذا الاستدلال يناسب كون الملكية من الأمور الواقعية، إذ على اعتباريتها لا يكون المقام مقام التأثير و التأثير. ٢٣٧٥. يعني: في الكفاية في صحة العقد و تأثيره بعد حصولها، لا في كون العقد مؤثراً من حين إنشائه كما في المقارن.

٢٣٧٦. ظاهره أن هذا عين الدليل المتقدم عن جامع المقاصد لكن بتقرير آخر، بأن يكون المراد من الشروط شروط الإمضاء و توجه خطاب وجوب الوفاء، يعني: أن العقد الواقع من الفضولي جامع لشرائط الإمضاء، و كونه سبباً تاماً عند الشرع الموجب لترتب مسببه - و هو النقل - من حينه بالتقريب الذي نشير إليه عليه، وكلها حاصلة إلا رضا المالك بسببية العقد للملك، فإذا حصل الرضا بالإجازة عمل السبب التام - و هو العقد - عمله - و هو النقل - من حينه، كما هو صريح المقرر، و هو الشيخ الأعسم* في محكي كشف الظلام.

٢٣٧٧. اعترف بكونه من شروط الإمضاء لا بكونه من شروط العقد، و إلا لم يكن هذا تقريراً لما ذكره جامع المقاصد، ضرورة كون ما يجب الوفاء به هو العقد مع شيء آخر لا

* هو الفقيه الشيخ محسن الأعسم، تلميذ كاشف الغطاء، و كتابه «كشف الظلام عن وجه شرايع الاسلام» كبير في احدي عشر مجلداً. و توفي سنة ١٢٣٨. راجع الذريعة ٤٠/١٨ رقم ٥٨٦.

كفعل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقته، فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كفعل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة وكفعل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به، مدفوعة: بأنه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعي وغيره، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع الخلل العقلي، فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيئين لا يمنع عن اجتماعهما؛ لأن النقيض الشرعي غير العقلي.

فجميع ما ورد مما يوهم ذلك* لا بدّ فيه من التزام (٢٣٧٨)

.....
العقد فقط، و عليه لاضرر في اعتبار تحقق الملك قبلها، بل لا بدّ منه، و إلا لأفادت ملكاً جديداً غير مضمون العقد، فيحتاج حينئذٍ إلى قبول آخر، و لا قائل به.

٢٣٧٨. قد يقال بأن الالتزام بما ذكر لا يسلم عن محذور تأخر الشرط عن المشروط، لأن الأمر المنتزع المقارن يتوقف حصوله على حصول ذاك الأمر المتأخر في الزمان اللاحق. وكيف كان، فمحصل ما ذكره في توجيه ما يوهم ذلك أمران نتيجهما شيء واحد، و هو كون ما لنفسه دخل في تأثير العقد هو وصف التعقّب، و الاختلاف بينهما في كيفية التصرف.

الأول: ما ذكره بقوله: «لا بدّ فيه من التزام...»، و مفاده أن يتصرف فيما يطلق عليه لفظ الشرط، مع إبقائه على معناه الاصطلاحي الذي أخذ فيه عقلاً تقدّمه على المشروط، كما يأتي التصريح به من المصنّف في أواخر الصفحة، و ذلك بالترام أن الشرط في الحقيقة هو الأمر المنتزع من المتأخر، و إنما أطلق على نفس المتأخر بعلاقة السببية و المسببية. ففيما نحن فيه مثلاً الشرط تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد، و هو مقارن للعقد على تقدير تحقق الإجازة بعده، و إنما أطلق على نفس الإجازة بطور التجوّز في الإسناد.

و أورد عايه بعدم إمكانه هنا، من جهة مخالفته لأدلة الطيب من غير دليل عليها، إذ مدلولها شرطية الطيب و الرضا لا التعقّب، فلا بدّ حينئذٍ من رفع اليد عن كاشفية الإجازة حقيقة، و الالتزام بالنقل إمّا مطلقاً و إمّا حكماً كما اختاره، حذراً عن محذور تقدّم المشروط على الشرط حقيقة.

القول في الإجازة و الرد ١٣
أن المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك
لا يمكن في ما نحن فيه، بأن يقال: إن الشرط تعقب الإجازة و لحوقها بالعقد، و هذا أمر
مقارن للعقد على تقدير الإجازة؛

.....
و فيه ما لا يخفى، لأن غاية ما يلزم عليه هو التصرف في ظاهر الأدلة، و هو في حد نفسه
أمر ممكن، و لا بد منه مع وجود القرينة عليه، و هي الأدلة الدالة على الكشف، مع عدم تعقل
تقدم المشروط على الشرط بمعناه المصطلح، فتدبر.

و الأمر الثاني: ما ذكره بقوله: «اللهم إلا أن يكون...». و هو عكس الأول، بأن
يتصرف في معنى الشرط، و أن المراد منه معناه الاصطلاحي المذكور بلا تصرف فيما استعمل
فيه لفظ الشرط و عبر به عنه، بأن كان المراد منه مجرد ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمان
وجوده على لحوقه و كونه عقيبه، و التجوز في الشرط على هذا من قبيل التجوز في الكلمة و
استعمالها في غير معناها الموضوع له لأجل مناسبة بينهما، فإن المعنى المصطلح الموضوع له لفظ
الشرط - و هو ما يتوقف تأثير المقتضي على نفسه - قد استعمل في قولهم: الإجازة شرط فيما
يتوقف تأثيره على لحوقه لا فيما يتوقف على نفسه، لأن ما يتوقف عليه تأثير العقد على
الكشف لحوق الإجازة لانفس الإجازة.

و قد أورد على هذا التوجيه برجهين. أولهما: عدم استحقاق إطلاق الشرط عليه. و
ثانيهما: عدم صدق المعنى المذكور للشرط على الرضا، من جهة أن المستفاد من الأدلة اعتباره
في الملكية بنحو الشرط المتقدم.

و في كليهما نظر. أما الأول فلائه إن أراد من الشرط الذي نفى استحقاق إطلاقه عليه
هو بمعناه الاصطلاحي فنعم، إلا أن مرجعه إلى رفع اليد عما بنى عليه التوجيه المذكور من
التجوز في لفظ الشرط، بأن المعنى المجازي لا يطلق عليه اللفظ بمعناه الحقيقي، و هو كما ترى
لا ينبغي صدوره من المصنف.

و أما الثاني فلما مرّ سابقاً من أن غاية ما يدلّ عليه دليل اعتبار الطيب إنما هو توقف
حدوث الملكية على الإجازة، من دون تعرض فيه على كيفية الحادث من التقدم و التأخر.
فقوله: «و لا ينفع لحوقه...» مصادرة.

لمخالفته الأدلة*، اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على حقوقه، وهذا مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا؛ لأن الاستفادة من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، وأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، وأنه لا ينفع لحقه في حل تصرف الغير وانقطاع سلطنة المالك.

و لما ذكرنا يظهر (٢٣٧٩) ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة: شرطية الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة النامة العقد الملحق بالإجازة، وهذه صفة مقارنة للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخرة عنه. وقد التزم بعضهم^٢ بما^{*} يتفرع على هذا (٢٣٨٠)،

ثم إن مقتضى سياق العبارة والاستدراك عما سبق سلامة هذا التوجيه عن مخالفة الأدلة، و ليس الأمر كذلك كما لا يخفى. وكيف كان، فضمير «مراده» راجع إلى القائل المستفاد من قوله: «بأن يقال».

٢٣٧٩. يعني به قوله: «ولكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه - إلى قوله - لمخالفته الأدلة» الذي ذكره في وجه فساد تأويل شرطية الإجازة مع القول بالكشف.

٢٣٨٠. هذا من المواضع التي تدل على أن المراد من الكشف الحقيقي هو الوجه الأخير من الوجوه الثلاثة المتقدمة، لأنه ظاهر هذا الكلام أن تفرع الفرع المذكور على الكشف الحقيقي مختص به فيما إذا أريد به ذلك مع كون الشرط وصف التعقب، ولا يتم ذاك الاختصاص إلا فيما أريد من مقابله الكشف بالنحو الأخير، وهو الكشف مع كون الإجازة بنفسها شرطاً و لكن للإمضاء لا للممضى، وهو الكشف بمعنى انقلاب ما لم يكن مؤثراً حين وجوده إلى كونه مؤثراً من ذاك الحين بعد مجيء الإجازة، لا الكشف بالنحو الأول، وهو كون الإجازة بنفسها شرطاً للعقد بطور الشرط المتأخر، فإن الذي لا يتفرع عليه ذاك الفرع هو الكشف بذاك النحو الأخير، و أما الكشف بالنحو الأول فلا فرق بينه وبين الكشف مع كون الشرط وصف التعقب في تفرع الفرع المزبور.

من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد،

و من جملة ما يدلّ على إرادته ما ذكره في ذيل الإيراد الثالث على الوجه الثاني من وجهي الاستدلال على الكشف، من أن هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير به، إذ ما ذكره من الانقلاب ليس إلا في الكشف بذلك المعنى الأخير، إذ في الأوّل كان العقد من الأوّل على صفة التأثير.

و يدلّ على إرادته أيضاً قوله عند بيان الثمرة: «و أما الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها، فقد يظهر في جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد» انتهى. و ذلك لأن الظاهر - بل المقطوع - أن مراده أنه يجوز التصرف فيما انتقل إليه في الصورة المفروضة على الثاني دون الأوّل، و لا وجه لعدم جوازه بناءً على الكشف إلا إذا أريد منه الوجه الأخير، حيث إن الأوّل مثل الثاني من هذه الجهة.

و مما يدلّ عليه أيضاً قوله في ذيل الثمرة الثالثة من الثمرات بين الكشف و النقل: «و أما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد». و قوله بعد ذلك: «فمقتضى العموم على القول بالكشف المبنيّ على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شيء شرطاً و شرطاً...»، فإنه صريح في أن الإجازة ليس شرطاً للعقد حتّى بطور الشرط المتأخّر، و إنّما هو شرط لإمضاء نفس العقد السابق و جعله مؤثراً من حين وجوده بعد أن كان غير مؤثراً.

هذا، و لكن بعض كلماته الأخر تدلّ على أن مراده من الكشف الحقيقي الوجه الأوّل، مثل قوله في تعداد وجوه الكشف في الصفحة الآتية: «أحدها: الكشف الحقيقي...»، إذ اعتراض جمال المحققين عليه بأن الشرط لا يتأخّر لا يرد على الكشف الحقيقي إلا على الأوّل، إذ على الأخير لم يتقدّم حدوث الأثر على الإجازة، بل حدث بعدها الملكيّة السابقة. و إن شئت قلت: إنّه حدث بعد الإجازة، و ترتّب عليها مؤثريّة العقد السابق من حين وجوده، إلا أن يمنع دلالة عليه، و ليس ببعيد. فيصح أن يقال: إن مراده من الكشف الحقيقي في تعبيراته هو الوجه الأخير. و على هذا يندفع عنه ما أورد على بعض عبارته الآتية. و لعلنا نشير إلى ذلك في محله

و فيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة (٢٣٨١).

و يرد على الوجه الثاني أولاً: أن الإجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه (٢٣٨٢) حتى يتعلق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان و إنما الزمان من ضروريّات إنشائه (٢٣٨٣)؛ فإن قول العاقد: "بعت" ليس "نقلت من هذا الحين" (٢٣٨٤) و إن كان النقل المنشأ به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، وكما أن الشارع إذا أمضى

.....
إن شاء الله.

٢٣٨١. و من أن العلم بذلك يوجب العلم بأن وصف التعقّب يوجد بعد ذلك، لا العلم بأنه وجد فعلاً، فحينئذ يكون التصرف قبل الإجازة تصرفاً قبل تمام السبب الناقل فلا يجوز. نعم، بعد الإجازة يتعنون العقد السابق بكونه ملحوقاً بالإجازة بعد أن لم يكن كذلك، فيحدث في العقد في طرف الإجازة، و يترتب عليه من ذلك الحين الملكيّة السابقة. و هذا يناسب الكشف بالمعنى الذي اخترناه، و لكن لا حاجة فيه إلى تكلف جعل الشرط هو اللحق كي يرد عليه بأنه مخالف للأدلة، بل يتم مع شرطية نفس الإجازة و الرضا على ما مرّ تقريره.

٢٣٨٢. قد مرّ أن المدار في تعيين كيفية النقل بحسب الزمان قصد المتعاقدين. و مرّ أيضاً أنهما قد يقصدان خصوص زمان النقل مع قصد نفس النقل و يصريحان به في متن العقد، و قد يقصدان ذلك بطور الكناية، بأن يكون قصدهما بسبب النقل المطلق من مجرد العقد من دون دخالة شيء آخر فيه، المستلزم لقصد النقل من حين العقد بمقتضى السببية بينه و بين العقد. و يكفي في ذلك الإطلاق و مقدّمات الحكمة، لأن إرادة غير زمان العقد يحتاج إلى مؤنة زائدة، بخلاف إرادة زمانه. فتحديد زمان النقل كما يكون بالتقييد، كذلك يكون بجعله مسبباً عن شيء خاص، و المقام من الثاني.

٢٣٨٣. يعني: أن الزمان مما يضطرّ إليه الإنشاء، لتوقّفه على الزمان.

٢٣٨٤. نعم، إلا أنه قصد سببته للنقل، و هذا المقسّدار كافٍ في قصد النقل من الحين

نفس العقد وقع النقل من زمانه (٢٣٨٥)، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان* الإجازة (٢٣٨٦). و لأجل ما ذكرنا لم يكن (٢٣٨٧) مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه وكان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب؛ لأن الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به.

و دعوى: أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه (٢٣٨٨)، مدفوعة بأن سببته للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه،

.....

كما مرّ. و حينئذٍ يشكل قوله بعد ذلك: «فكذلك إجازة المالك ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المميز في زمان الإجازة».

٢٣٨٥. نعم، بعد إمضاء الشارع للعقد يقع النقل من زمان العقد، و لكن مطلقاً حتى فيما إذا تأخر زمان إمضائه عن زمان العقد، و هو كافٍ في تمامية الاستدلال بالوجه الثاني على الكشف، لأنّ الإمضاء في الفضولي بعد الإجازة يرد على العقد لا على الإجازة، لأنّ الإجازة شرط الإمضاء لا شرط العقد كما مرّ في توضيح استدلال جامع المقاصد على الكشف.

٢٣٨٦. هذا يتم لو كان قوله: «عن طيب نفسه» قيداً لمادّة «يحلّ» لاهيته، و قد مرّ أنّه قيد للثاني.

٢٣٨٧. هذا مسلّم لكن لا لما ذكره من عدم أخذ النقل من حين الإيجاب في الإيجاب حتى يكون شاهداً عليه، بل لما ذكرنا من قصد المتعاقدين تسبّب النقل من العقد بتمامه لا من الإيجاب فقط، و إلاّ كان مقتضى القاعدة وقوع الملك من زمان الإيجاب، و لاستبعاد فيه. وكيف كان، فهذا أحد الأمور التي استشهد بها على عدم أخذ النقل من حين الإيجاب في مفهومه. و ثانيها: ما ذكره بقوله: «و لأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ...». و ثالثها: ما ذكره بقوله: «و الحاصل أنّه لا إشكال...».

٢٣٨٨. هذه الدعوى إشكال على الاستشهاد بعدم حصول الملك من زمان الإيجاب بمجرد القبول لمضمون الإيجاب على عدم أخذ النقل من حينه في مفهومه، بتقريب: أن عدم

فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان و رضاً بذلك النقل، كان مقتضى العقد المالك بعد الإيجاب. و لأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ العقد إلاّ انحلاله من زمانه لا من زمان العقد؛ فإنّ الفسخ نظير الإجازة و الردّ لا يتعلّق (٢٣٨٩) إلاّ بمضمون العقد و هو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان ردّه و حلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد. و السرّ في جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلاّ ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزمان.

و الحاصل: أنّه لا إشكال في حصول الإجازة (٢٣٩٠) بقول المالك "رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله" أو "رضيت بانتقال مالي إلى زيد" و غير ذلك من الألفاظ التي لا تعرض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه. كيف!

.....
حصول الملك هنا من حين الإيجاب من جهة أنّ السبب للملك هو العقد المركّب من الإيجاب، فلا يمكن تقدّم السبب على السبب و لو بأحد جزأيه مثل القبول.

٢٣٨٩. فرق بين الفسخ الذي هو حلّ العقد و بين الإجازة و الردّ، نظير الفرق بين الرفع و الدفع. و بتعبير آخر: أنّ الفسخ مثل التخريب مرجعه إلى نفي الاستمرار مقابل الإبقاء، بخلاف الردّ، فإنّ مرجعه إلى نفي الحدوث. وكذلك الأمر في الإجازة فإنّها إحداث، فقياس الإجازة على الفسخ قياس مع الفارق.

٢٣٩٠. ليس هذا حاصلاً لما ذكره سابقاً من عدم كون الزمان قيداً للنقل، بل هو استشهاد آخر كما أشرنا إليه. فالأولى في التعبير أن يقول: و لأجل ما ذكرنا أيضاً لا إشكال.... و حاصل وجه الشهادة: أنّه لو أخذ الزمان في مفهوم الإيجاب لما كان تحصل الإجازة بما ذكر، لتعلّقها حينئذٍ بغير مضمون العقد، أعني: ذات المقيّد مجرداً عن قيد كونه من زمان كذا، بل لابدّ بناءً عليه في تحقّق الإجازة من قول المالك. أجزت العقد أو أنفذته أو أمضيته.

وكيف كان، فإن أراد حصول الإجازة بما ذكر - حتّى التمكين بالدخول على الزوجة - من غير التفات إلى وقوع العقد على المال، ففيه منع. و إن أراد حصولها به مع الالتفات إليه فهو مسلّم، و لكن لا يخفى أنّ لازم الرضا بانتقال المال إلى الغير مع القيد المذكور هو الرضا بنتيجة العقد - و هو النقل - من حين العقد المدلول عليه و لو بقصد سببته له.

القول في الإجازة و الرد..... ١٩
و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك، و من المعلوم أن الرضا
يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي. و بتقرير آخر (٢٣٩١):

٢٣٩١. يعني: بتقرير آخر* لما ذكره بقوله: «فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع
النقل من زمان الإجازة». وجه المغايرة بين التقريرين: أن ذلك التقرير السابق من قبيل ذكر
اللازم و طيّ الملزوم، و هذا التقرير بالعكس، حيث إنه ذكر هناك وقوع النقل من زمان
الإجازة لاقبلها، و ترك ملزومه و هو كونه شرطاً أو جزءاً، و هنا عكس ذلك، فذكر الملزوم،
و هو كونها قائمة مقام الإذن في العقد، فيكون شرطاً للعقد، أو مقام إنشاء نفس المالك بناءً
على أن الإجازة عقد جديد و لو من حيث الإيجاب، على ما مرّ نقل كاشف الرموز عن
شيخه، فيكون جزء السبب، و ترك اللازم للشرطية أو الجزئية، و هو كون النقل من زمان
الإجازة.

وكيف كان، لا إشكال فيما ذكره من قيام الإجازة مقام الرضا و الإذن المقرون بإنشاء
الفضولي... إلى آخر ما ذكره. إلا أن قوله: «فهى - أي: الإجازة - إما شرط أو جزء سبب
للملك» ممنوع، إذ قد مرّ أن الإجازة - و كذلك الرضا و الإذن المقرون - شرط لإمضاء
السبب التام و هو العقد، لا شرط للسبب و لا جزء له.

ثم إن السيد الأستاذ^(١) أشكل على هذا التقرير: «بأنه لا دخل له بالتقرير الأول الذي
مفاده منع كون الزمان مأخوذاً في مفهوم العقد، لأن هذا التقرير يجامع فرض كونه مأخوذاً فيه،
فهو وجه آخر في الجواب مستقل لا دخل له بما ذكره أولاً، بل هو قريب لما يذكره في قوله: و
ثانياً، فتدبر». انتهى.

و لا يخفى أن هذا عين الجواب الأول، و لكن بطور الكناية و ذكر السلازم و إرادة
الملزوم، و لذا جعله تقريراً آخر. فكأنه قال: و بتقرير آخر: أن الإجازة لها دخل في تأثيره، لأنه
إما شرط اصطلاحى و إما جزء سبب، و ذلك لأنها قائمة مقام الإذن المقرون بالعقد الصادر
من غير المالك، و واضح أن الإذن المقرون دخيل في تأثير العقد، فكذا ما يقوم مقامه، فإذا

* كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر سقوط كلمة «مغاير» بعد «آخر» بقرينة قوله: «وجه المغايرة...».

فتكون العبارة هكذا: بتقرير آخر مغاير لما ذكره.

٢٠..... المكاسب، ج ٣، البيع

أنّ الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولي أو مقام نفس إنشائه (٢٣٩٢)، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلاّ بعد الإجازة، فهي إمّا شرط أو جزء سبب للملك.

و بعبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به (٢٣٩٣) و المقيد من حيث أنّه مقيد لا يوجد إلاّ بعد القيد، و لا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد.

و ثانياً: أنا* لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً (٢٣٩٤) اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط و لاجزاء سبب، و إمّا هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق و جاعلة له** سبباً تامّاً حتى كآله وقع مؤثراً، فيتفرّع (٢٣٩٥)

كانت الإجازة دخيلة فيه على نحو الشرطيّة أو الجزئيّة فلا يمكن حصول المشروط أو المسبب - أعني: الملك - قبلها، للزوم الخلف، فلا بدّ من حصوله بعدها، و لازمه عدم أخذ الزمان في مفهوم العقد. و بهذا يرتبط ما ذكره ثانياً بما ذكره أولاً كما سننبّه عليه فيما بعد.

٢٣٩٢. قد مرّ أنّ هذا الاحتمال إمّا هو بناء على كون الإجازة عقداً مستأنفاً. و التحقيق قيامها مقام الإذن.

٢٣٩٣. المؤثر هو العقد، و أمّا الرضا و الإجازة فهو قيد الإمضاء لا المضى كما مرّ غير مرّة.

٢٣٩٤. لا يقال: مقتضى سوق الكلام أن يقول: لو سلّمنا أنّ مضمون العقد - الذي كانت إجازته رضاً به - هو النقل من حينه، لكن نقول: لم يدلّ دليل...، لا ما ذكره هنا.

لأنّا نقول: ما ذكره هنا من باب الكناية و ذكر اللازم و إرادة الملزوم، لأنّ تسليم كون النقل من حين العقد مأخوذاً في مفهومه يلازم الالتزام بعدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً مأخوذاً في مفهومه تقدّمه على المشروط كالمالك في المقام، كما أنّ الالتزام بكونها شرطاً اصطلاحياً يلازم عدم تسليم كون النقل من حينه مأخوذاً فيه، و إلاّ لا يعقل تقدّمه على الإجازة على ما هو مقتضى الكشف، فلا تغفل.

٢٣٩٥. هذا نتيجة أخذ التأثير في العقد في مفهومها.

عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد - أعني محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق - ليس بإجازة؛ لأن معنى "إجازة العقد": جعله جائزاً نافذاً ماضياً، لكن نقول لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه (٢٣٩٦)؛ لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر، و من المعلوم أن المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها، و من المعلوم أن الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي (٢٣٩٧) فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

و كما ذكرنا يعلم: عدم صحة (٢٣٩٨) الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد، و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم (أحل الله البيع) فإن الملك ملزوم لحلية التصرف* و قبل الإجازة لا يحل التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردده في الفسخ و الإمضاء.

و ثالثاً: سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي و العرفي أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً، بتقريب أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد:

مركز تحقيق تكوير علوم إسلامي

٢٣٩٦. أي: جعل العقد السابق ماضياً من حين صدوره، كآله صدر مؤثراً.

٢٣٩٧. نعم، يتبعه في الحدوث و لا يتقدم عليه، و أما في خصوصية الحادث من حيث التقدم على زمان الإجازة و التأخر عنه و التقارن له فالتبع فيها جعل المتعاقدين، فما لم يجب الوفاء فلا ملك، فإذا وجب الوفاء بمقتضى العقد الدال على حصول الملك من حين وقوعه و لو من جهة التسبب، حدث من حين وجوب الوفاء - و هو زمان الإجازة - الملك من حين العقد، فتأمل.

٢٣٩٨. يعني: من كون الملك الشرعي يتبع... ثم إن هذا إنما يتم بناءً على مذاقه من عدم دلالة العقد على النقل من حينه. و أما بناءً على دلالة عليه بما قربناه فلا مانع من صحة الاستدلال به. وكذلك لو كان دليل الإمضاء عموم: (أحل الله البيع).

العمل بمقتضاه و مؤذاه العرفي (٢٣٩٩)، فإذا صار العقد بالإجازة* كآله وقع مؤثراً ماضياً، كان مقتضى العقد الجاز (٢٤٠٠) عرفاً ترتب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه. لكن نقول - بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤذاه العرفي ترتب الأثر من حين العقد، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء له

.....

٢٣٩٩. و هو النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه من حين وقوع العقد.

٢٤٠٠. قضية جعله جزءاً للشرط في قوله: «فإذا صار العقد...» أن كون مقتضى العقد عرفاً ترتب الآثار من حين العقد، و صيرورة العقد مقيداً بذاك الزمان بعد أن كان مجرداً عنه - لما مر سابقاً من أنه ظرف لا قيد - إنما هو أمر حدث بالإجازة، و بواسطة جعلها العقد السابق نافذاً. و إلى هذا التأثير و التأثير ينظر في الإشكال فيما بعد بقوله: «إن مجرد الإجازة - إلى قوله - لا يوجب كون...». و حاصله: منع تأثير الإجازة بالمعنى المذكور في انقلاب مقتضى العقد من النقل المجرد عن زمان العقد إلى النقل المقيد به، و إنما يؤثر في حصول النقل المجرد على تجرده و انقلابه من العدم إلى الوجود، كما أن جعل الإيجاب نافذاً بواسطة القبول لا يوجب انقلاب مضمونه - و هو النقل المجرد عن زمانه - إلى النقل المقيد به.

فبعد هذا البيان لا يبقى مجال لإيراد سيدنا الأستاذ رحمته الله على المصنف «بأنه لا وجه لعدم الإغماض...» إلى آخر ما ذكره، و ذلك لأن وروده مبني على أن يكون مؤدى العقد عرفاً عند المصنف النقل من حينه، و ليس كذلك، بل النقل المجرد، و التقيد به إنما ينشأ من الإجازة. و على هذا لا يرد عليه ما ذكره، و إنما يرد عليه أن معنى الإجازة ليس مجرد جعل العقد السابق نافذاً و مؤثراً، بل جعله كذلك من حينه، و يلزمه كون المسبب من العقد و الحاصل منه هو النقل من حينه و لو كان المنشأ به صرف النقل، و إلا يلزم عدم جعله من حينه مؤثراً، و هو خلف، إذ المفروض جعله مؤثراً بحيث كآله وجد مؤثراً، و لا يكون كذلك إلا بترتب النقل من حينه، و إلا يلزم انفكاك الأثر عن المؤثر. و قياس هذا على الرضا بالإيجاب قياس مع الفسارق، لأن القبول يجعل الإيجاب الواقع جزء المؤثر من حين وقوعه لتمام المؤثر، و لعله لذا أمر بالتأمل.

لا يوجب ذلك، حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل - :
 إنَّ* هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنَّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير (٢٤٠١)
 يستحيل لحوق صفة التأثير له؛ لاستحالة خروج الشئ عما وقع عليه، فإذا دلّ الدليل
 الشرعيّ على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء
 إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة،
 فإذا أجاز المالك، حكمنا بانتقال ثمن المبيع بعد العقد إلى المشتري و إن كان أصل الملك قبل
 الإجازة للمالك و وقع الثمن في ملكه.

و الحاصل: أنّه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما

.....

٢٤٠١. هذا يلائم الأخير من وجوه الكشف الذي اخترناه و طبّقنا عليه استدلال
 المحقّق الثاني، بل هو عليه. و يرد على ما ذكره في وجه عدم معقوليّته - من استحالة لحوق
 صفة التأثير له - : منع استحالة طرؤ عنوان على شيء بعد وجوده بلا عنوان، مثل العقد في
 المقام، فإنّه وجد مجرداً عن عنوان المؤثّر، لا بعنواناً بعنوان آخر مضادّ له، بل هذا هو الواقع في
 تعنون ذات الأجزاء في المركّبات التدريجيّة - كالحنّج و الصلاة - بعنوان الجزئيّة للمركّب في
 ظرف وجودها بعد وجود المركّب بتمام أجزائها لأحين وجودها. و لعمرى هذا واضح. و من
 هذا القبيل إذا أمسك بلا نيّة الصوم ثمّ نوى الصوم قبل الزوال في الواجب الغير المعيّن أو قبل
 الغروب في الصوم المندوب، فإنّ الزمان السابق على النيّة يتعنون بعنوان الصوم من جهة تلك
 النيّة المتأخّرة عنه. فكما أنّ النيّة هنا تجعل ما ليس بصوم صوماً و يترتّب عليه عنوان الصوم،
 كذلك الإجازة اللاحقة تجعل العقد السابق الغير المؤثّر الغير المرتبط بالمالك عقداً مؤثراً من حين
 وجوده مرتبطاً به و مضافاً إليه.

و قد يورد على الكشف بهذا المعنى بلزوم اجتماع المالكين على مال واحد في زمان
 واحد، و هو ما بين زمان العقد و زمان الإجازة. و فيه: أنّ المالك واحد، و هو المحيّر إلى زمان
 الإجازة، و المحاز له بعدها، فإنّها تقلّب المالك الأوّل فيما قبل الإجازة إلى مالك آخر فيه، فتأمل
 جيّداً.

أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي. ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء رحمته فيما عثرت عليه من بعض تحقیقاته، وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد؛ ولذا عنون العلامة رحمته في القواعد مسألة الكشف والنقل بقوله: "و في زمان الانتقال إشكال" ٣. فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال.

و قد تحصل مما ذكرنا أن كاشفة الإجازة على وجوه ثلاثة (٢٤٠٢)، قال بكلٍ منها قائل: أحدها وهو المشهور: الكشف الحقيقي والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً؛ ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر. والثاني: الكشف الحقيقي والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لانفس الإجازة؛ فراراً عن لزوم (٢٤٠٣) تأخر الشرط عن المشروط، والتزم بعضهم (٢٤٠٤) بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد. الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة. وقد تبين من تضعيف كلماتنا: أن الأنسب (٢٤٠٥) بالقواعد والعمومات هو النقل،

٢٤٠٢. بل أربعة، رابعها: الكشف الحقيقي بالمعنى الأخير الذي ذكرناه في مقام تعداد وجوه الكشف، من كون ظرف حدوث الأثر و ترتبه على العقد زمان الإجازة، و ظرف الحادث المترتب عليه زمان العقد، إلا أن يراد من الوجه الأول من وجوه المتن هذا المعنى، بأن يكون مراده من كون الإجازة شرطاً متأخراً تأخرها بالقياس إلى ذات الأثر الحادث، لا بالقياس إلى وصف حدوثه و ترتبه، و يكون مراد جمال المحققين أن الشرط لا يتأخر عن الأثر الحادث لازماناً و لاحداثاً. و يدل على إرادة ذلك جملة من كلماته، و قد مرّت الإشارة إليها، فتأمل.

٢٤٠٣. قد مرّ أنه كرّر على ما فرّ.

٢٤٠٤. قد مرّ أنه بناءً على هذا لا يكفي في جواز التصرف بمجرد العلم به، بل لا بد من تحقق وصف التعقب المتوقف على تحقق نفس الإجازة.

٢٤٠٥. و قد تبين مما ذكرنا في الحواشي السابقة أن الأنسب بالعمومات - بضميمة غلبة تسبب النقل من نفس العقد - هو الكشف الحقيقي بالمعنى الأخير.

ثم بعده الكشف الحكمي، و أما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه (٢٤٠٦) بالقواعد في غاية الإشكال (٢٤٠٧)؛ و لذا استشكل فيه العلامة في القواعد و لم يرجّحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز و قواه في مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام في النكاح. هذا بحسب القواعد و العمومات، و أما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس: الكشف - كما صرح به في الدروس - وكذا الأخبار التي بعدها (٢٤٠٨)، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي.

نعم، صحيحة أبي عبيدة - الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً، الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك و تحلف - ظاهرة في قول الكشف (٢٤٠٩)؛ إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على (٢٤١٠) ملك سائر الورثة، كان العزل (٢٤١١) مخالفاً لقاعدة "تسلط الناس على أموالهم"، بإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم "الناس" (٢٤١٢) مسلطون على أموالهم" يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يحتمل.

مركز تحقيق المكتبة الإسلامية

٢٤٠٦. يعني: من شروط العقد، أما مع كونه من الشروط للإمضاء لا للعقد - كما اخترناه - فلا إشكال فيه.

٢٤٠٧. للإشكال في مبناه من الشرط المتأخر.

٢٤٠٨. قد تقدّم الكلام في كون مواردها من باب الفضولي، فراجع.

٢٤٠٩. يعني: الكشف الحقيقي.

٢٤١٠. كما هو مقتضى القول بالنقل و الكشف الحكمي.

٢٤١١. يعني: كان إطلاق الحكم بالعزل و عدم تقييده برضا الورثة و إذلهم مخالفاً

لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، إذ للورثة المنع عن عزل ما لهم.

٢٤١٢. يعني: حفظ عمومته عن ورود التخصيص عليه.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل، فنقول: أما الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً وكون الشرط تعقب العقد بها و حقوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف (٢٤١٣) كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً، يظهر* في مثل ما إذا وطى المشتري الجارية قبل إجازة مالِكها فأجاز، فإن الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً؛ لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً (٢٤١٤)؛ لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه. و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي و الحكمي؛ لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتب حكم وقوع الوطاء في الملك، و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي؛ لعدم تحقق حدوث الولد في الملك و إن حكم بملكته للمشتري

٢٤١٣. يعني يظهر في جوازه بناءً على الثاني، و عدم جوازه على الأول، بتوهم أن وصف التعقب يتحقق بمجرد العلم بإجازة المالك فيما بعد. و فيه: منع كما مرّ، فلا يجوز التصرف قبلها على التقديرين.

٢٤١٤. فيما لو كان المراد من الكشف الحقيقي هو الوجه الأول المتحد فيه زمان الإمضاء مع زمان العقد بلحاظ الإجازة اللاحقة. و قد مرّ أن الظاهر منه - كما يدلّ عليه مواضع من كلامه - إرادة الوجه الأخير من وجوه الكشف الذي اخترناه. و عليه لا وجه له إلا إذا أريد من الحلّة الواقعيّة صيرورة الحرام الواقعي قبل الإجازة حلالاً واقعياً بعدها و انقلابه إليه، لكنّه خلاف الظاهر. فحينئذٍ لا تفاوت بين القول بالكشف بالمعنى الأخير و بين الكشف الحكمي في حرمة الوطي في الفرض المذكور ظاهراً و واقعاً إذا لوحظ نفس صدور الوطي قبل الإجازة، لأنّه على كلا التقديرين وقع في ملك الغير و صدر على وجه الحرمة، و عدم حرمة كذلك إذا لوحظ بعد الإجازة، لأنّه على كلا القولين يصير حلالاً واقعياً من حين صدوره حقيقة بناءً على الكشف، و حكماً بناءً على الثاني، بمعنى أنّه يترتب عليه آثار الحلال الواقعي من عدم إيرائه للعقوبة، فتأمل.

بعد ذلك. و لو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي؛ لانكشاف وقوعه في ملك الغير - مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد - و بقي صحيحاً على الكشف الحكمي، و على المجيز قيمتها؛ لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم.

و ضابط الكشف الحكمي: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة، جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً - كالتق - فات محلها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سيجي.

ثم، إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع، منها: النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه، و للشهيد الثاني في الروضة عبارة، توجيه المراد منها - كما فعله بعض - أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه آخر. و منها: أن فسخ الأصل (٢٤١٥)

٢٤١٥. حاصل ما ذكره: أن مقتضى إطلاق أدلة الصحة و لزوم و إن كان عدم بطلان إنشاء الأصل بفسخه قبل إجازة الآخر، إلا أنه قد قام الإجماع على شرطية عدم تخلل الفسخ بين جزأي السبب، بل بينه و بين شرط صحة العقد، لتسالمهم على جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشائه قبل إنشاء الآخر، بل و بعده قبل وجود شرط الصحة، مثل القبض في الهبة و الوقف و الصدقة و بيع الصرف و السلم. و من المعلوم أن الإجازة شرط صحة العقد بناءً على النقل، فيجوز للمنشئ إبطال إنشائه بالفسخ قبل تحققها، لما مر من الإجماع، بخلافه على الكشف الحقيقي، فإنها بناءً عليه ليست شرطاً لصحته، فلا يشمل الإجماع عليه قبلها حينئذ، فيرجع إلى الإطلاقات، و مقتضاها - كما مر - عدم البطلان.

و بعد هذا التقريب لا يرد ما اعترضه المحقق القمي رحمه الله من منع جواز الإبطال بناءً على النقل أيضاً، معللاً بأن ترتب الأثر على جزء السبب - و هو العقد - أو إنشاء الأصل بعد انضمام الجزء الآخر - و هو الإجازة - من الأحكام الوضعية، لا يعتبر فيه اختيار الأصل لترتبه

لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصل كفسخ الموجب قبل قبول القابل* في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة؛ فإن العقد تام من طرف الأصل، غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه و هذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة و الوقف و الصدقة، فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معللاً بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه. و فيه: أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب؛ فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود و لزومها،

.....
و إرادته له و عدم رجوعه عن إنشائه.

وجه عدم الورد: أن مقتضى الإجماع شرطية عدم تخلل الفسخ في الصحة، و مع ذلك لا يجدي الانضمام بدون تخلله. فحينئذ ينحصر سند ما ذكره من المنع في منع الإجماع أو الشك فيه، و دفع احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ بالإطلاقات. هذا، و لعل نظره في الاعتراض إلى ذلك.

وكيف كان، فيتجه على المصنف رحمه الله أنه لا وجه لتخصيص جواز الفسخ على النقل و عدمه على الكشف بالأصيل، إذ لا فرق في ذلك بينه و بين الفضولي. و أيضاً يتجه عليه أن الإجازة على جميع الأقوال شرط الصحة، غاية الأمر على الكشف الحقيقي بأحد الوجوه الثلاثة المتقدمة آنفاً، إذ لم يلتزم أحد بأنها أجنبية عن العقد بالمرّة، بل ظاهر التعبير المتقدم من المحقق القمي أن الإجازة جزء السبب المؤثر. و لعل هذا من اختياره في الإجازة ما حكاه كاشف الرموز عن شيخه المحقق من كونه بيعاً مستأنفاً من مالك المبيع فضولاً، فتدبر. و إلى هذا ينظر المصنف في احتمال الشطرية في الإجازة في كلامه الآتي عن قريب. و حينئذ لا يبقى فرق بين القولين.

و لا يخلو من إشكال (٢٤١٦). و منها: جواز تصرف الأصل فيما انتقل عنه بناء على النقل و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية من فضولي جاز له وطؤها، و إن استولدها صارت أم ولد؛ لأنها ملكه، وكذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في التاليين لغت؛ لعدم بقاء المحل قابلاً.

و الحاصل: أن الفسخ القولي و إن قلنا إنه غير مبطل لإنشاء الأصل، إلا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك.

و ربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً و لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصل و إن لم يجب في الطرف الآخر، و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المقصوب؛ حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف في العين (٢٤١٧) لإمكان الإجازة، سيما على القول بالكشف، انتهى. و فيه: أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شطراً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقبين؛ لأن المأمور بالوفاء به هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلا بعد القيد.



٢٤١٦. لعل وجه الإشكال أنه مع رجوع الأصل و فسخه للعقد قبل الإجازة يشك

في صدق العقد و العهد عليه، و مع ذلك لا يجوز التمسك بالإطلاقات، لكون الشبهة حينئذ موضوعية. و يمكن دفعه بأننا نحز الموضوع بالاستصحاب، ثم بعده نتمسك بها و نحكم بعدم شرطية المشكوك. و لكن فيه: أنه لا أثر للمستصحب هنا و لو في الزمان المتأخر عن زمان اليقين، لانحصاره في إضافة العقد إلى المالك بواسطة الإجازة، و ليست هي أثراً شرعياً للعقد ربّه الشارع عليه، بل أمر واقعي قهري. هذا، بناءً على كون المراد من العقود و البيع عقود الملاك و بيعهم، و اعتبار الإجازة لأنها محصلة لتلك الإضافة. و أما بناءً على أن المراد العقد المرضي بها - بأن كان الرضا جزء السبب - فلا بأس بالاستصحاب. و من هنا تظهر الثمرة بين كون موضوع وجوب الوفاء عقود المالكين أو العقود مع الرضا منهم.

٢٤١٧. يعني: العين المنتقلة عن البائع لا المنتقلة إليه، بقرينة قوله: «سيما على القول

بالكشف» إذ مرّ التصريح منه بجواز تصرف البائع فيما انتقل إليه على الكشف.

هذا كله على النقل و أما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلاّمة و السيّد العميدي و المحقق الثاني و ظاهر غيرهم. و ربّما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف؛ لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدح في السلطنة الثابتة له؛ و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً (٢٤١٨). نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرف منافٍ لانتقال المال إلى الجيز، فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى. أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء، وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك، و من هنا يظهر أنّه (٢٤١٩) لافائدة في أصالة عدم الإجازة.

لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطاً بتعقّبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين و أما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد (٢٤٢٠)، و قد تحقّق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛

٢٤١٨. يعني: حتّى على الكشف.

٢٤١٩. يعني: من كون مقتضى العموم وجوبه على الأصيل حتّى مع العلم بعدم الإجازة يظهر أنّه لافائدة في أصالة عدم الإجازة، لأنّها لا تريد على العلم بعدم الإجازة. ٢٤٢٠. نعم، متعلّق الوجوب غير مقيّد بالإجازة، إلّا أنّ نفس الوجوب الكاشف عن الإمضاء مقيّد بها، فلا وجوب قبلها، فيجوز للأصيل التصرف فيما له على الكشف أيضاً كالنقل. و من هنا ظهر الإشكال فيما ذكره في الحاصل من أنّ مقتضى العموم بناءً على الكشف الحقيقي حرمة النقض على الأصيل، ضرورة أنّه يقتضيها لو توجّه الخطاب إلى الأصيل قبل الإجازة، لكنّه لا يتوجّه عليه إلّا بعدها، و ذلك لتقييد أصل الوجوب بالإجازة على الكشف.

فإن ردّ المالك فسخ للعقد* من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولي. و الحاصل: أنه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطاً أو شرطاً، حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً (٢٤٢١)، فكلّ تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة - بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد - فهو غير جائز.

و من هنا تبين فساد توهم (٢٤٢٢): أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه؛ لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد أعني المبادلة.

توضيح الفساد، أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه و التخطي عنه، و هذا لا يدلّ إلا على حرمة التصرف في ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل، و أمّا دخول البدل في ملكه فليس لما التزمه على نفسه بل لما جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه، و أمّا قيد

مركزية كميتر علوم

٢٤٢١. يعني: سواء علم بتحقيق الإجازة من المالك فيما بعد، أو علم بعدمه، أو لم يعلم لاهذا و لاذاك.

٢٤٢٢. يعني بالمشار إليه كون مقتضى العموم حرمة نقض العقد و عدم جواز كلّ ما يعدّ نقضاً له من حيث العمل، من التصرف و ترك التصرف. و حاصل التوهم: دعوى عدم الانفكاك بين التصرف فيما انتقل عنه و التصرف فيما انتقل إليه، و كلّما حرم الأوّل جاز الثاني، و كلّما حرم الثاني جاز الأوّل. و حاصل الجواب: دعوى ثبوت الانفكاك بينهما، بتقريب: أن موضوع الوجوب الوفاء، و موضوع الحرمة النقص، و من الواضح أن الأوّل نقض و ترك للوفاء فيحرم، دون الثاني، فإنه ليس وفاءً و تركه نقضاً، بل هو أجنبي عن مسألة النقص، فلا تدلّ الآية على حكمه، و إنما يرجع فيه إلى أصالة عدم الانتقال الموجبة للحرمة. فعلم أنه يمكن أن يحرم التصرف في كليهما.

"كونه بإزاء مال" فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً و تركاً إلى ما يقتضيه الأصل و هي أصالة عدم الانتقال.

و دعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البذل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق على شرط؛ حيث حكم جماعة؛ بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعد نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

مدفوعة - بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال - : بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة و إنما التزم بالمبادلة متوقعاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة (٢٤٢٣) أو ينتقض التزامه برّد المالك.

و لأجل ما ذكرنا - من اختصاص (٢٤٢٤) حرمة النقص بما يعد من التصرفات منافياً لما التزمه الأصل على نفسه، دون غيرها - قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة (٢٤٢٥)، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة (٢٤٢٦).

٢٤٢٣. حصول الإجازة ليس غاية لحرمة النقص و وجوب الوفاء، لثبوتها بعدها أيضاً، فكان الأولى ترك ما يفيد ذلك في العبارة.

٢٤٢٤. لاشهادة فيما نقله عن القواعد إلا للعقد الإيجابي مما ذكره، فلاتغفل.

٢٤٢٥. لأن مناط تحريم المصاهرة هو النكاح الصحيح الفعلي، و المفروض تحققه بالنسبة إلى المباشر.

٢٤٢٦. إن كانت المعقود عليها رابعة.

القول في الإجازة و الرد ٣٣

و الأخت و الأم و البنت إلا إذا فسخت (٢٤٢٧) على إشكال في الأم (٢٤٢٨)، و في الطلاق نظر (٢٤٢٩) لترتبته على عقد لازم، فلا يبيح* المصاهرة، و إن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر^٥ (٢٤٣٠)، انتهى. و عن كشف اللثام نفي

٢٤٢٧. يعني: المرأة المعقود عليها فضولاً، فإن التحريم حيثئذ ينتفي بانتفاء مقتضيه. و ذلك واضح في الخامسة، فإنها حيثئذ تكون رابعة لاختصاص^٦. و أمّا في الأخت فلأنها لا تحرم إلا جمعاً لأعيناً، و بعد الفسخ لا يتحقق عنوان الجمع. و كذا في البنت، فإنها لا تحرم عينا إلا مع الدخول عليها المفروض عدمه، فلم يبق إلا عنوان الجمع، و هو منتف بعد فرض كون عقدها بعد فسخ نكاح أمها.

٢٤٢٨. يعني: على إشكال في ارتفاع الحرمة الثابتة في الأم قبل الفسخ بالفسخ و بقائها بعده أيضاً، و هو ناشئ من أن التحريم في الأم يكفي فيه العقد على البنت الصحيح اللازم المحرّد عن الوطي كما هو المشهور، و المفروض أنه صحيح لازم من طرف المباشر، فيرتب عليه أثره و هو تحريم الأم، و من أنه لا يكفي فيه ذلك، بل لابدّ فيه من الدخول على البنت المعقودة و إلا فلا تحرم إلا من باب الجمع كما يقول به ابن أبي عقيل، و بعد الفسخ لا يبقى موضوع للجمع.

٢٤٢٩. يعني: في الطلاق بالتبعية إلى إفادة إباحة نكاح المعقود عليها فضولاً و بنتها و دفع الحرمة نظر، ينشأ من لزوم ترتب الطلاق على نكاح لازم من قبل الزوجة أيضاً، و هو منتف هنا، فلا يكون الطلاق الواقع في الصورة المفروضة معتبراً في نظر الشارع، فلا يفيد في إزالة العقد المزبور، فلا يبيح المصاهرة، بل تحرم إلى أن يحصل الفسخ من الزوجة أو الإجازة ثم الطلاق. و من أنه طلاق صدر عن أهله في محلّه، لأنّ الموقع له كامل، و الزوجية ثابتة من طرفه، فوجب أن يترتب عليه مقتضاه، و هو إباحة المصاهرة. و فيه: أن الزوجية غير ثابتة من طرفه، بل الثابت في حقه التكليف المحرّد عن الوضع، لتقوّمه بالتكليف من الجانبين المفقود في أحدهما، و محرّد التكليف على الزوج لا يصحح الطلاق المعتبر فيه إزالة الزوجية. فالأقوى هو الأول، و لذا اكتفى به العلامة^٧.

٢٤٣٠. لتوقفه على الزوجية المتوقفة على الإجازة، فيكشف عن الإجازة، و معها

* في بعض النسخ: فلا يقع.

الإشكال (٢٤٣١)، وقد صرح أيضاً جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل و فرعوا عليه تحريم المصاهرة. و أما مثل النظر إلى المروجة فضولاً و إلى أمها مثلاً و غيره فما لا يعد تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باقٍ تحت الأصول؛ لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعني علاقة الملك أو الزوجية، بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين (٢٤٣٢).

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها و بما يمكن أن يقال عليها، منها: ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتبايعين بموته (٢٤٣٣) قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل (٢٤٣٤)

يصح الطلاق و يعتبر.

٢٤٣١. يعني: في تحريم المصاهرة من طرف المباشر.

٢٤٣٢. قيل: إن تحقق النتيجة عند حرمة النقض من الطرفين إنما هو فيما إذا كان العقد واحداً، و أما إذا كان اثنين، بأن فرض أن فضولاً قبل النكاح لرجل، و باشرت المرأة التزويج، ثم مضى هذا الفضولي إلى رجل آخر و زوجه المرأة المذكورة فضولاً، و هذا الرجل الثاني باشر القبول، فوقع عقدان في أولهما الأصيل الزوجة و في ثانيهما الرجل، فتحرم المصاهرة و النقض من كل من الطرفين بالنسبة إلى ما يجب عليه من الوفاء بما التزم على نفسه، مع عدم تحقق النتيجة - و هي الزوجية - إلى أن يميز أحدهما العقد الذي أوقعه الفضولي مع الآخر.

٢٤٣٣. يعني: الأصيل منهما، سواء كان بائعاً أو مشترياً، كما أن المراد بالآخر غير الأصيل، سواء كان بائعاً أو مشترياً.

٢٤٣٤. وجه الصحة على الكشف الحقيقي بوجوهه الثلاثة واضح، بناءً على أن صحة الفضولي و الكشف على طبق القاعدة، و أن المدرك فيها عموم وجوب الوفاء مع ملاحظة أدلة الطيب، و ذلك لعموم الأدلة أو إطلاقها حتى بالنسبة إلى صورة المسألة. و أما بناءً على كون أحدهما على خلاف القاعدة فيمكن أن يقال بعدم الصحة و اعتبار بقائهما على صفة القابلية، لقصور الأدلة حينئذٍ عن الشمول لتلك الصورة، فيحكم بالفساد.

القول في الإجازة و الرد..... ٣٥
وكذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف (٢٤٣٥) أو عروض نجاسة له مع ميعانه... إلى غير ذلك. و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، و فيما قارن (٢٤٣٦)

نعم، في خبر تزويج الصغيرين دلالة على عدم اعتبار بقاء القابلية إلى حين الإجازة، إلا أنه من جهة اختصاصه بالنكاح لا يجدي إلا بضمّ عدم القول بالفصل، و هو غير معلوم.
و أمّا الكشف الحكمي فحاله حال الكشف الحقيقي في التفصيل المذكور، إذ غاية ما يدلّ عليه دليل تنزيل النقل منزلة الكشف فيما له من الآثار الشرعية القابلة للترتب، فلا بدّ من ملاحظة حال الكشف و تحديد آثاره القابلة له حتّى تترتب على النقل الحقيقي.

و أمّا وجه عدم الصحة على النقل فهو استلزام الصحة في الصورة المفروضة طرح دليل السلطنة و دليل حرمة التصرف في مال الغير، و تخصيصه بالنسبة إلى ورثة المنسلخ عن القابلية من غير دليل مخرج لهم عنه، و هو غير جائز. فظهر أن إطلاق الحكم بالصحة على الكشف ليس في محله، و أن التحقيق ما ذكرناه من التفصيل.

٢٤٣٥. يعني: قابلية المال المنقول عن طرف الأصل عوضاً أو معوضاً للملك دون المنقول عن طرف صاحبه، ضرورة أن انسلخ قابليته للملك مانع عن الصحة، لعدم صحة الإجازة حينئذٍ من صاحب الأصل، إذ يعتبر فيها كون المجيز مالاً حين الإجازة، لأنها - على ما يصرّح به في رابع تنبيهات الإجازة - من آثار سلطنة المالك، و إذ لا ملك فلا سلطنة فلا صحة.

٢٤٣٦. كان اللازم عليه ترك «في» هنا و في قوله قبل ذلك: «و في مقابله» لأنهما عطف على الموصول في قوله: «منها ما لو انسلخت...». و الأمر سهل. و ظنّي أن هذا نشأ من الغفلة عن تبديله عبارة من تعرّض لهذه الثمرة، و هو قوله: «و تظهر أيضاً فيما إذا انسلخت» و تغييرها إلى قوله: و منها ما...، و توهمه أنه لم يبدّلها إليه، و عليه لإشكال في العبارة.

وكيف كان، فعطف هذا على ما سبق من قبيل عطف العامّ على الخاصّ الذي هو فرد من أفراد ذاك العامّ، يعني: ما لو قارن العقد فقد شرط من شروط تأثير العقد الواحد للشرائط

العقد فقد الشروط* ثم حصلت و بالعكس. و ربما يعترض^٦ على الأول (٢٤٣٧):

القائمة به في الملك ثم حصل، و ما قارن حصوله ثم فقد، ففي الأول يصح على النقل دون الكشف، و في الثاني بالعكس.

٢٤٣٧. المعترض صاحب الجواهر، قال^٧ بعد نقل ما في المتن إلى قوله «و بالعكس» ما لفظه: «و فيه: أن الأول و إن كان قد يشهد له خبر الصغيرين اللذين مات أحدهما، لكن يمكن الجمود عليه، و دعوى عدم الجواز في غيره بناءً على الكشف أيضاً، ضرورة أنه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله كالنقل أيضاً، و أنه لولا الرضا لكان مالكا، بل لابد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة حتى لا ينافي زمان التملك الذي هو مستمر أيضاً من حين العقد إلى حين الإجازة. و منه تنقذ المناقشة في الثاني، بل هي أوضح فيه من الأول، ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين فيها. و أوضح من ذلك فساداً فاقد القابلية للملك حين العقد ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، و على النقل أيضاً، لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل، فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان في غير محله» انتهى كلامه^٨.

و لا بأس بشرح كلامه و بيان مرامه فنقول: الظاهر أن صورة زوال القابلية بالموت خارج عن مورد اعتراضه^٩، و ذلك بقرينة قوله: «لكن يمكن الجمود عليه...»، إذ معناه أنه مختص بصورة الموت، و بقرينة قوله: «و أنه لولا الرضا لكان مالكا» إذ الظاهر أن معناه: أنه لولا الرضا و الإجازة من ناحية المحيز لكان المحيز مالكا لماله الواقع عليه العقد الفضولي و باقياً في ملكه، و إنما يخرج عنه بالرضا و الإجازة للعقد. و مرجعه إلى اعتبار ملك المحيز حين الإجازة لولا الإجازة. و يدل عليه أيضاً قوله في المناقشة على الثاني: «ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل رضا المالك...». وجه الدلالة واضح.

ثم إن الظاهر أن مورد اعتراضه ما إذا كان انسلاخ القابلية بغير الموت في المحيز، و مراده من التملك المستمر من حين العقد إلى حين الإجازة بتملك المحيز عوض ماله الواقع عليه العقد فضولاً، لا ما إذا كان الانسلاخ في الأصيل و لو بغير الموت أو في المحيز بالموت، و ليس المراد

من التملك المستمر بملك الأصل.

فمحصل ما ادّعه في الاعتراض على الأول: أن الظاهر من أدلة صحة الفضولي أنه لا بد في صحة الإجازة على القولين فيها من كون المحيز مالكا حين الإجازة لولاها و مع قطع النظر عنها. و سيأتي التصريح بذلك من المصنف رحمته في التنبيه الرابع. بل لنا أن نقول بعدم كفاية القابلية حين الإجازة خاصة، بل لا بد من استمرار القابلية في المحيز من حين العقد إلى حين الإجازة. و الدليل على ذلك أنه لولا وقوع التناهي بين تملك المحيز عوض ماله بالإجازة تملكاً مستمراً من حين العقد إلى حين الإجازة، و هو غير جائز، لأن تملكه للعوض مستمراً بالإجازة فرع تملكه بمقابله كذلك لولا الإجازة و تابع له و على طبقه بمقتضى المعاوضة، و كون أحد التملكين عوضاً عن التملك الآخر، فتأمل.

و على هذا الذي ذكرناه في شرح مرامه و بيان مورد اعتراضه لا يبقى مجال لما أورده المصنف رحمته على قوله: «بل لا بد من اتصالها من حين العقد...» بقوله: «و فيه أنه لا وجه لاعتبار استمراره» و ذلك لأن وروده عليه مبني على كون مورد اعتراضه ما كانت القابلية منسلخة عن الأصل، و قد مر أن مورد صورة انسلاخ القابلية عن المحيز.

و كذا لا يبقى مجال أيضاً لما أورده على اعتبار استمرار التملك من حين العقد إلى حين الإجازة الذي تضمنه اعتبار اتصال القابلية و استمرارها، بعدم لزوم المنافاة للتملك المستمر إلى حين الإجازة، و ذلك لأنه مبني على كون المراد من التملك تملك الأصل لما انتقل إليه من المحيز بالإجازة، و قد مر أن المراد منه تملك المحيز لما انتقل إليه من الأصل بالإجازة.

و على هذا لا يتوجه عليه ما صرحوا به في مسألة العقود المترتبة من عدم استمرار مالكية المالك الأول بإجازة العقد الأول إلى زمان إجازته، إذ المفروض زوال ملكه بالعقد الثاني الوارد على ما انتقل إليه بالعقد الأول قبل إجازته. و الوجه في عدم توجهه عليه: أن الملكية الغير المستمرة إلى زمان الإجازة في تلك المسألة إنما هي ملكية الأصل لما انتقل إليه من المحيز للعقد الفضولي على الكشف، و قد مر أن مورد إيراده إنما هو ملكية المحيز لما انتقل إليه من الأصل، و هي مستمرة إلى زمان الإجازة.

و أما قوله: «و كما يشعر بعض أخبار المسألة...»، يعني: يشعر بعدم اعتبار استمرار القابلية، ففيه: أنه ليس فيما تقدم من أخبار مسألة الفضولي ما يكون ظاهراً أو صريحاً في عدم

اعتبار حياة المتعاقدين، غير خير تزويج الصغيرين المتقدم ذكره عند التعرض لبيان ثمرة الكشف والنقل. و لو سلم ففيه ما مر من أن انسلاخ القابلية بالموت خارج عن محط اعتراضه.

و من ذلك يظهر الجواب عن قوله: «مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين» اللذين مات أحدهما، لا اختصاصه بصورة الانسلاخ بالموت، و هي خارجة عن محل البحث. و من خروج مورده عن مورد اعتراضه - و أن ظهور الثمرة في مورده مسلم عند صاحب الجواهر رحمته و لكنه مختص به، كما هو قضية قوله: «لكن يمكن الجمود عليه» و أن اعتراضه في غير ذلك - يظهر أن الخبر المذكور لا يصلح رداً لما ذكره صاحب الجواهر رحمته في مقام الاعتراض على الثمرة الثانية، لأن صلاحيته له مبنية على التعدي من انسلاخ القابلية عن أحد المتعاقدين إلى انسلاخ القابلية عن المنقول، و هو خلاف فرض الجمود على مورد الخبر. و لو سلم فهو إنما يصلح ذلك لو كان مورد اعتراضه على الثمرة الثانية ما إذا كان انسلاخ القابلية في المنقول من الأصيل، و هو ممنوع، بل مورده ما إذا كان الانسلاخ في المنقول إلى الأصيل، كما هو قضية قوله: «ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل هو رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها» حيث إن المراد من المالك هو المحيز، و العوض الذي يكون تلفه بمنزلة موت أحد الزوجين هو العوض المنقول من الأصيل لا المنقول إليه، فافهم.

و أما قوله: «مضافاً إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبي ﷺ...»، ففيه: منع الإطلاق، لاحتمال أن يكون الوجه في عدم استفصاله ﷺ إحرازه بقاء الشاة و لو بالاستصحاب. ثم إن الإيراد بهذه الرواية على صاحب الجواهر إنما هو بناءً على مذاقه رحمته من دلالتها على صحة الفضولي، لا على مذاق المصنف من خروج مورده عن الفضولي على ما مر في أول مسألة الفضولي. فقد تحصل مما ذكرنا عدم ورود إيرادات المصنف على صاحب الجواهر قدس سرهما و رفع في دارالقدس مقامهما.

ثم إن ما ذكره المصنف هنا من عدم الصحة على النقل في صورة انسلاخ القابلية للملك عن الأصيل منافٍ لتصريحه - في الأول من الأمور التي ذكرها في القول في العقد المجاز - بعدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما إلى حال الإجازة، كما أن ما اختاره هنا من الصحة على الكشف في صورة انسلاخ القابلية للملكية عن المنقول منافٍ لنفي البعد هناك عن اعتبار بقاء شروط العوضين إلى حين الإجازة على الكشف، فراجع و لاحظ.

بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة. وفيه: أنه لاوجه لاعتبار استمرار القابلية، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها كما لو وقعت بيع متعده على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمراً، و كما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدمة؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية (٢٤٣٨) أعني: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه، فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النبي ﷺ عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه. نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة؛ لبطلان العقد ظاهراً على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط. و بالجملة، فباب المناقشة وإن كان واسعاً إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه.

و ربما يقال بظهور الثمرة (٢٤٣٩)

٢٤٣٨. فيكون خبر تزويج حينئذ ردّاً للثمرتين الأولى و الثانية معاً، يعني: ردّاً لقادحية خروج الناقل عن الأهلية و قادحية خروج المنقول عن أهلية النقل، و موجباً للحكم بالصحة مع كل واحد منهما على القولين. و معه يرتفع الثمرة بالصحة على الكشف و البطلان على النقل. ٢٤٣٩. قال بعض الأفاضل: إن في بعض ما ذكره نظراً، لأن تعلق الخيار إن لوحظ بالنسبة إلى الأصيل فلا يعد أن يقال إن له فسخ العقد إذا كان هناك سبب لخياره على كلا القولين، و إن لم يسم خياراً على النقل، و إن لوحظ بالنسبة إلى الطرف الآخر فله فسخ العقد و حله و لو لم يكن سبب للخيار، و لا يبقى محل لإجازته حينئذ حتى تكون كاشفة أو ناقلة. و كذا في اختلاف مجلس الصرف و السلم، لظهور أن المعتبر فيهما القبض في مجلس البيع، بمعنى إنشائه لا بمعنى تأثيره، و مجلس الإجازة إذا غاير مجلس البيع لا عبرة به. فالوجه فسادهما من الفضولي، إلا مع فرض حضور الطرف الآخر في مجلس العقد و إجازته و حصول القبض في المجلس.

٤٠.....المكاسب، ج ٣، البيع

في تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الأيمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري، و تظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة (٢٤٤٠) على الثمن أو المثمن، و سيأتي إن شاء الله.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول: أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي (٢٤٤١) و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً بل في حكمها الشرعي (٢٤٤٢) بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية،

٢٤٤٠. فإنه لو فرض أن ما بيع فضولاً قد باعه المشتري قبل إجازة المالك ثم أحازه، فعلى الكشف يصح البيع الأول المجاز و يقع البيع الثاني للمشتري، و على النقل يدخل البيع الثاني فيما يأتي من مسألة من باع شيئاً ثم ملكه.

٢٤٤١. إن الخلاف بينهم ليس في أن الإجازة وضعت في اللغة لمعنى مقيد بالكشف أو النقل. وكذا ليس خلافاً في أنها و إن وضعت للمعنى الجامع بينهما إلا أنها منصرفة إلى هذا الفرد أو ذاك الفرد، ضرورة أن الإجازة في اللغة ليست إلا الرضا بمضمون العقد، و من المعلوم أن هذا المفهوم - مع أنه لم يؤخذ فيه الكشف أو النقل - ليس مما يصح انصرافه إلى أحدهما كما لا يخفى.

٢٤٤٢. يعني: بل في أن المستفاد من العمومات و الإطلاقات و أدلة الطيب أن الرضا المتأخر كاشف عن تمامية السبب، أو أنه جزء السبب الناقل، أو شرطه، أو في أن مفاد الأدلة الخارجية الخاصة هو الكشف عن تمامية العقد في التأثير، أو الدخالة فيه بعد الفراغ عن كون مفاد الأدلة العامة هو الدخالة فيه، و قد مرّ في السابق أن مفاد الأدلة العامة و الخاصة كلتاها هو الكشف، و هذا خلاف في معرفة الحكم الشرعي لموضوع الإجازة.

هذا، و لا يخفى عليك أن قضية الوجه الثاني من وجهي الاستدلال، الاستدلال على الكشف. وكذا مقتضى ما ذكره المصنف رحمته الله في ردّه أن الخلاف في ذلك ناشٍ من الخلاف في مدلول العقد المتعلق به الإجازة، من حيث إن النقل من حينه مأخوذ في مفهومه أم لا.

فلو قصد المجيز الإمضاء (٢٤٤٣) من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان.

الثاني: أنه يشترط في الإجازة أن يكون (٢٤٤٤)

٢٤٤٣. وجه التفريع - كما في بعض الحواشي - أنه بناءً على كون الخلاف في مفهومها اللغوي أو الانصرافي لكان قصد كل من الكشف و النقل صحيحاً حتى مع فرض ظهور اللفظ في الآخر، ضرورة صلاحية قصد الخلاف مع وجود طريق إليه لأن يكون قرينة صارفة لللفظ عن إرادة ظاهره، فيعمل حينئذٍ بمقتضى ذلك القصد، فتصير المسألة حينئذٍ ذات وجه، و هو الصحة، بخلاف ما إذا كان الخلاف في الحكم الشرعي، إذ حينئذٍ يجيء فيها الوجهان، و أظهرهما البطلان في كلا الفرعين، لأن المجاز فيهما لم يقع، و ما وقع لم يجز. أمّا في الأول فلأنّ الواقع المنشأ هو النقل من حين العقد، و قد أجاز من حين الإجازة. و أمّا في الثاني فلأنّ المنشأ هو النقل المطلق، و قد أجاز النقل المقيّد بحين العقد. و وجه الصحة، أمّا في الأول فهو مبنيّ على جواز التبعض في مدلول العقد من حيث الزمان. و فيه: أنه لا دليل عليه، و الأصل عدمه. و أمّا في الثاني فهو أن الالتزام بالنقل المطلق و الرضا به ملازم للالتزام بالنقل المقيّد أيضاً، فإذا انضم إليه الإجازة من حين العقد تحقق السبب التام للنقل من حين العقد. و فيه: أنه نعم، و لكن إنشاء النقل المطلق لا يلزمه إنشاء النقل المقيّد من الحين، فلا بدّ في تأثير الإجازة من حين العقد على النقل من انضمامه إلى إنشاء جديد يتعلّق به الإجازة، و المفروض عدمه.

هذا بناءً على أن الكشف أو النقل على طبق القاعدة، و إلّا فإن قلنا بأن مقتضى القاعدة هو النقل، و إنّما الكشف قد ثبت بأدلة خاصّة، فأظهر الوجهين في الفرع الأول هو الصحة، لأجل الأدلة العامّة المقتضية لذلك السليمة عن معارضة الأدلة الخاصّة، لا اختصاصها بصورة عدم قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة. و إن قلنا بأن مقتضى القاعدة هو الكشف، و القول بالنقل إنّما هو لأجل الأدلة الخاصّة، فأظهر الوجهين في الفرع الثاني أيضاً هو الصحة، لما ذكرنا من العمومات السليمة عن المعارض، لا اختصاصه بصورة الإمضاء من حين العقد، فتدبر.

٢٤٤٤. الأولى في عنوان المسألة أن يقال: إن الإجازة هل يكفي فيها صرف الرضا

باللفظ الدالّ عليه على وجه الصراحة العرفيّة، كقوله: "أمضيت" و "أجزت" و "أنفذت" و "رضيت" و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية، و ليس ببعيد إذا اتكل عليه عرفاً.

و الظاهر أنّ الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ، كالتصرّف في الثمن، و منه إجازة البيع الواقع عليه - كما سيحكي - و كتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولاً، كما صرح به العلامة رحمته. و ربّما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ، بل نسب إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين، و في النسبة نظر.

و استدلّ عليه بعضهم: بأنّها كالبيع في استقرار الملك و هو يشبه المصادرة (٢٤٤٥).

الباطني أم لا، بل يعتبر فيها معه وجود ما يدلّ عليه من طرف المجيز؟ و على الثاني يعتبر أن يكون الدالّ عليه لفظاً صريحاً أم يكفي الكناية أيضاً؟ ثمّ إنّ مبنى الخلاف في ذلك أن خطاب وجوب الوفاء بالعقود عامّ لغير الملاك أيضاً - و غاية ما يجيء من قبل أدلة الطيب المطلقة من حيث اعتبار الإنشاء و عدمه، و كذا من حيث وجود الأمر الدالّ على الطيب و عدمه، تقييده برضا المالك - أم ليس بعامّ، بل هو مخصوص بالملاك، و أن المراد من العقود في الآية عقود المخاطبين، و إنّما اعتبر الطيب من جهة أنّه يحصل لتلك الإضافة، إضافة العقود إلى الملاك. فعلى الأوّل يكفي صرف الرضا و لو لم يكن هناك ما يدلّ عليه. و على الثاني لابدّ من القول بعدم كفايته، لعدم تحقّق الإضافة إلى الملاك الذي هو المناط في توجّه الخطاب بمجرّد ذلك.

ثمّ إنّ منشأ الخلاف بين أرباب القول الثاني هو الاختلاف من حيث الصغرى، بمعنى أن ما يتحقّق به إضافة فعل الغير إلى شخص، و يصحّ أن يقال: إنّ فعله، هل هو خصوص اللفظ الصريح، أو الأعمّ منه و من الكناية، أو الأعمّ من اللفظ و الفعل، أو الأعمّ منهما و من الحال و المقام؟ وجوه لعلّ الأقوى الأخير. و كما يعلم ذلك بملاحظة مثل التعظيم و التوهين، فإنّ الظاهر أنّه يكفي في إضافتهما إلى غير المباشر بمجرّد إظهار الرضا بهما، كما أن الظاهر في موضوع وجوب الوفاء هو عقود المخاطبين، و نتيجة ذلك كفاية مطلق ما يدلّ على الرضا الباطني على إشكال في غير اللفظ و الفعل منه، فتأمّل.

٢٤٤٥. لأنّ كون الإجازة مثل البيع أوّل الكلام. مع أنّه لو سلّم فلا يدلّ على اعتبار

اللفظ في الإجازة إلّا إذا اعتبر اللفظ في البيع، و قد مرّ في المعاطاة أن التحقيق - خلافاً

و يمكن أن يوجّه: بأن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة - كالباع و شبهه - يقتضي اعتبار اللفظ، و من المعلوم أن النقل الحقيقي العربي من المالك يحصل بتأثير الإجازة.

و فيه نظر(٢٤٤٦)، بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين^٢ تعين القول بكفاية نفس الرضا(٢٤٤٧) إذا علم حصوله من أيّ طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النصوص، فقد علل جماعة^٣ عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصریح فيما ذكرنا(٢٤٤٨).

للمشهور - جواز الاجتزاء فيه بالفعل للعمومات، فكذلك المقام، إلا أن يريد من البيع خصوص اللازم، فتأمل.

٢٤٤٦. لعلّ الوجه فيه منع حصول النقل بالإجازة بعد تسليم أن الناقل اللازم هو اللفظ، نظراً إلى أن النقل في الفضولي بالعقد مطلقاً - حتى على القول بالنقل - و الإجازة شرط تأثيره في النقل، و لا يعتبر في الشرط أن يكون باللفظ.

و بالجملة، إن أراد من اعتبار اللفظ في الناقل اعتباره فيه بجميع أجزائه و شرائطه ففساده واضح، لأن شروط البيع - كالموالة و الترتيب و التطابق و الاختيار - ليس من الألفاظ. و إن أراد اعتباره فيه في أجزائه فقط فنسلمه و نقول إنه لا يقتضي اعتبار اللفظ في الإجازة، لأنها شرط لأجزائه. نعم، بناءً على جزئيتها ينبغي أن يفصل بين كون المحاز عقداً لازماً فيعتبر اللفظ في إجازته، و بين كونه جائزاً فلا يعتبر. هذا، مضافاً إلى منع الكبري، لأن النكاح من العقود اللازمة مع أنه يكفي في إجازته الفعل - أعني: السكوت - و لا يعتبر اللفظ.

٢٤٤٧. هذا بناءً على شمول العمومات لعقد غير المالك حتى قبل إضافته إليه متين، يصحّ الاستشهاد عليه بكلمات أكثر العلماء و الاستدلال عليه بالعمومات. و أمّا بناءً على عدم شمولها له إلا بعد إضافته و انتسابه إليه - كما يظهر من كلمات المصنّف في ذيل الإيراد الثاني على ثاني وجهي الاستدلال على الكشف، و إن كان يظهر من بعضها خلافه كما نشير إليه - فهو غير صحيح، و لا يصحّ الاستشهاد المزبور و الاستدلال المذكور.

٢٤٤٨. يعني: الصراحة في كفاية نفس الرضا و أنه تمام المناط، و لادخل للكاشف أصلاً إلا من باب الطريقية الصرفة، بعد ضمّ ما ذكره بقوله: «ثم إن الظاهر...»، و إلا فهو

و حكى عن آخرين^٩ أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت؛ لأن الحلف يدل على كراهتها (٢٤٤٩)، و ذكر بعض: أنه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولاً سكوتها، و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع؛ دفعاً للخرج عليها و علينا.

ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن و تمكين الزوجة - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببية الفعل تبعداً. و قد صرح غير واحد^{١٠} (٢٤٥٠) بأنه لو رضي المكره بما فعله صح، و لم يعبروا بالإجازة. و قد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر (٢٤٥١):

بانفراده كالصريح في خلاف ما ذكره، حيث إنه يدل على كفاية السكوت لو دل على الرضا، فيدل على كفاية الرضا المدلول عليه بالفعل، و هو أعم من كفاية صرف الرضا. و بالجملة، لادلالة على تمام المدعى إلا بضميمة ما ذكره نعم، يدل على بعضه، و هو عدم اعتبار اللفظ. فالأولى أن يقول في العنوان: تعين القول بعدم اعتبار اللفظ، و يسوق الكلام إلى قوله: «ثم إن الظاهر...»، ثم يقول: بل يمكن القول بكفاية صرف الرضا و لو لم يكن هناك قول أو فعل صدر من المميز يدل عليه، بل علم بطريق آخر، لأن الظاهر أن كل من قال...

٢٤٤٩. يعني: فإذا كفت الكراهة في الفسخ فمقتضى المقابلة كفاية الرضا في الإجازة. و يمكن الخدشة في دلالة الحلف على عدم الإذن على الكراهة بأنه أعم منها. فالحق في الفرع المذكور أن المعاملة بعد الحلف تكون فضولية موقوفة على الإجازة لا منفسخة بالمرّة.

٢٤٥٠. فرق بين المقيس عليه و المقام، لأن العقد في بيع المكره من جهة صدوره من المالك قد تحقق فيه جهة الإضافة و لم يبق إلا الرضا الباطني، بخلاف الفضولي، فإن جهة الإضافة فيه أيضاً مفقودة، و لا تتحقق بالرضا المجرد عن وجود كاشف من ناحية المالك، فافهم. ٢٤٥١. الاستدلال بهذا موقوف على أمرين:

أحدهما: العمل بالرواية و لو في موردها كما هو الحق، إذ مع صحّة سندها لا مانع منه إلا الشذوذ، و هو منتف، إذ العمل بها قد حكى عن جماعة، كالصدوق و النهاية و الكفاية و

شرح المفاتيح و المستند، فتأمل.

و ثانيهما: أن يكون موردها من صغريات عقد الفضولي المتوقف صحته على الرضا المتأخر عن العقد، بحيث يكون الصحة فيه على طبق القاعدة، إذ لو كان لصرف التعبد فلا وجه للاستدلال.

و الطريق إلى ذلك أحد وجهين:

الأول: أن يكون العقد قد صدر من الغير بوكالة منها حال السكر، فإن العقد بعد بطلان الوكالة - لسلب عبارة السكران - يكون فضولياً، بأن يكون المراد من قوله: «فزوّجت نفسها» أنها وكلت في تزويج نفسها.

و الثاني: أن يكون العقد قد صدر من نفسها حال السكر، لكن مع عدم بلوغ السكر إلى حدّ يوجب عدم صحة التخاطب معها، و لكن مع بلوغه إلى حدّ يوجب عسدم إدراكها الصلاح و الفساد كالسفيه. فمن الجهة الأولى لا تسلب عبارتها حتّى لا تقبل الصحة بلحوق الرضا. و من الجهة الثانية يحتاج إلى الرضا بعد زوال السكر، و لا يلزم عليها بدونه، كما في عقد السفيه المحتاج إلى الرضا منه بعد زوال السفه، الذي صرح المصنف رحمه الله في أول مسألة الفضولي بتعميم الفضولي له. و غرض العلامة من حملها - في محكي المختلف - على صورة عدم بلوغ السكر إلى عدم التحصيل هو ما ذكرنا في بيان هذا الوجه الثاني. و عليه، لا يتوجّه عليه إشكال صاحب المسالك بعدم إمكان الجمع بين صحة عبارتها و بين الحاجة إلى الرضا بعده.

و على كلا الوجهين تدلّ الرواية على كفاية نفس الرضا، حيث إن الكبرى المطوية لقوله: «فهو رضا منها» هو قوله: و الرضا بالعقد سبب للزوم، لا أن الرضا المستكشف بالإقامة أو الإقامة الكاشفة عنه سبب للزوم حتّى تدلّ على دخالة الإقامة فيه كما توهمه سيّدنا الأستاذ رحمه الله، و لعلّه لذا أمر بالتأمل بعده. فلاكتفاء بالإقامة إنّما هو لأجل كونه من أفراد الرضا غاية الأمر تنزيلاً. لا يقال: كيف يجدي الرضا و الحال أن الظاهر من قوله «فأنكرت» أنّه بعد الرد؟ فلا يكفي في صحة العقد، إذ يعتبر عدم مسبقته بالردّ، فلا بدّ من طرحها من هذه الجهة. لأننا نقول أولاً: لانسلم ظهوره فيه، لاحتمال أن يكون معناه: أنّها عدّت ذلك أمراً منكراً من جهة صدوره عنها بلا تأمل في الصلاح و الفساد.

أنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضا منها. و عرفت أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

و بالجملة، فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد و حينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي - السالبة عن ورود مخصص عليها، عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه - أقوى حجة في المقام (٢٤٥٢) مضافاً إلى ما ورد في عدة أخبار من أن سكوت المولى (٢٤٥٣)

و ثانياً: سلمنا أن معناه كراهة العقد، لكن نمنع كون الكراهة الباطنية ردّاً ما لم يكن هناك منها قول أو فعل يدلّ عليها.

و ثالثاً: سلمنا أنها ردّ مطلقاً، لكن لانسلّمه إلّا فيما إذا صدر العقد من الغير، و أمّا إذا صدر من المالك - كما في المكره - فلا ريب في عدم مانعيتها عن تأثير الرضا و إلّا لما صحّ بيع المكره. و السرّ في ذلك على تقدير تسليمه: أن مانعية الردّ عن تأثير الإجازة إنّما هو لأجل منعه عن إضافة العقد إلى المحيز بواسطة الإجازة، و لا حاجة إلى تحصيل الإضافة إلّا في الصورة الأولى، لحصولها في الثانية مع وجود الكراهة من أول الأمر. فهذا الإيراد على تقدير تسليمه إنّما يوجب كون الرواية على خلاف القاعدة من هذه الجهة، الموجب لطرحها بناءً على حملها على الوجه الأول من وجهي تطبيقها على القاعدة دون الوجه الثاني.

و بالجملة، لاشبهة في دلالة الرواية على كفاية الرضا، و لكنّها لا تجدي إلّا بناءً على الوجه الأول، لأنّه المحتاج إلى تحصيل الإضافة، و هو غير معلوم، لاحتمال إرادة الثاني، بل هو أولى بالإرادة، لأنّه و إن كان مخالفاً للإطلاق إلّا أنّه أهون من مخالفة الظاهر على الوجه الأول. هذا، مضافاً إلى أنّه مبنيّ على مخالفة الظاهر من غير قرينة عليه فلا يجوز، فيعمل بها في موردها فقط، و يخصّص بها القواعد الدالة على خلافها. فلا يصحّ الاستناد إليها في الحكم بكفاية الرضا في غير موردها فيما إذا اقتضت الأدلة عدم كفايته، فتأمل جيّداً و افهم و اغتتم.

٢٤٥٢. لا وجه له إلّا بناءً على شمول العمومات لعقد غير المالك قبل انتسابه إليه، و فيه

ما فيه.

٢٤٥٣. حمل الإقرار على السكوت في الخبر مضرّ بالاستدلال، لاحتياج مفهومه إلى

بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه، و ما دلّ على أنّ قول المولى - لعبده المتزوج بغير إذنه - : "طلق"، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة، و على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا، و ما دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضاً منه و غير ذلك.

بقي في المقام أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ و كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنّه علم رضا المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم؛ لأنّ ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى. و الظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصح الإجازة إلّا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولي.

و يؤيد ذلك: أنّه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً*، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع فهي المالك؛ لأنّ الكراهة الحاصلة حينه و بعده - و لو آنفاً ما - تكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلّا أن يلتزم (٢٤٥٤) بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً و إن كان مجرد الرضا إجازة.

الثالث: من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد؛ إذ مع الرد ينفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة. و الدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا -: أن الإجازة إنّما تجعل الجيز أحد طرفي العقد، و إلّا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنّما هو في حقّ العاقلين

أزيد من الرضا. هذا، مضافاً إلى الفرق بين الفضولي من جهة صدور العقد من غير من يكون العقد له، و بينه من جهة اعتبار رضا شخص آخر فيه كالمولى، في تحقّق الإضافة إلى من يكون العقد له في الثاني من أوّل صدوره دون الأوّل. فاعتبار الرضا في الأوّل إنّما هو لأجل تحصيل هذه الإضافة، و قد مرّ أنّه مجرداً عن وجود كاشف عنه من قبل المالك لا يكفي فيه. و من هذه الإضافة تظهر الخدشة في الاستدلال بما دلّ على أنّ قول المولى...، و بما دلّ على أنّ المانع... .

٢٤٥٤. فيه ما فيه.

أو من قام مقامهما، وقد تقرّر: أنّ من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة. هذا، مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل (٢٤٥٥).

نعم، الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة (٢٤٥٦) في صحة الإجازة بعد الردّ، اللهم إلا أن يقال: إنّ الردّ الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كافٍ بل لابدّ من إنشاء الفسخ. و دعوى: أنّ الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله بالفعل. يدفعها: أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطة والعق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع. و بالجملة، فالظاهر* هنا و في جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقب الفسخ، فإن سلّم ظهور الرواية في خلافه فليطرح أو يؤوّل. الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله (٢٤٥٧)

٢٤٥٥. لعلّه إشارة إلى أنّ قاعدة السلطنة معارضة بالمثل، حيث إنّ مقتضاها تأثير الإجازة بعد الردّ. أو إشارة إلى أنّ القاعدة أجنبية عن مرحلة تشريع الأسباب، و الشكّ في المقام في سبب الردّ المتعقّب للإجازة لقطع علاقة الطرف الآخر، فلامورد للقاعدة، لأنّه من قبيل السلطنة على الحكم لا المال.

٢٤٥٦. قد مرّ في السابق منع ظهورها.

٢٤٥٧. يعني: على ماله الوارد عليه عقد الفضولي المقصود إجازته. فإجازة المحيز لابدّ في صحّتها و تأثيرها من تعلّقها بالعقد الوارد على مال كان للمحيز لولا ذاك العقد المجاز، كما أنّ البيع لابدّ في صحّته من تعلّقه بمال كان للبائع لولا البيع. و لا يلزم في صحّتها تعلّقها بمال المحيز حين الإجازة، حتّى يقال: إنّّه يلزم من وجودها العدم بناءً على الكشف الحقيقي إمّا بنحو التعقّب أو بنحو الشرط المتأخّر، و هو محال. بل لا يعقل ذلك، إذ مفهوم الإجازة من جهة أنّه إمضاء فعل الغير قد أخذ فيه تعلّقه فيما نحن فيه بالعقد الوارد على ماله من الفضولي، و هو غير قابل لأن يتحقّق بدون ورود عقد منه عليه، إذ لا يصحّ أن يقال: أجزت مالي. و قياس الإجازة

فموضوعها المالك، فقولنا: "له أن يجيز" مثل قولنا: "له أن يبيع"، والكُلّ راجع إلى أن له أن يتصرف. فلو مات المالك لم يورث الإجازة و إنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة؛ بناءً على ما سيجي من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد - فيمن باع مال أبيه فبان ميتاً -، و الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال يظهر بالتأمل (٢٤٥٨).

الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع، و لو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة؛ لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع. لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين، و أما قبض الكلي و تشخصه به فوقوعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة (٢٤٥٩).

على مثل البيع من أنحاء السلطنة على المال فاسد، حيث إنّ الإجازة من آثار السلطنة و أحكامها لا من أنحاء نفس السلطنة في عرض البيع، بخلاف المقيس عليه، فإنّه عين السلطنة، و لذا يصحّ حمل السلطنة على المال على البيع دون الإجازة.

٢٤٥٨. يظهر الفرق بينهما - كما ذكره السيّد الأستاذ - فيما إذا لم يكن المبيع قابلاً للانتقال، كالعقار فيما إذا كان الوارث الزوجة، إذ بناءً على أن الإجازة من الأحكام و موضوعها صاحب المال المبيع فليس لها الإجازة، لانتفاء الموضوع، بخلافه بناءً على كونها من الحقوق القابلة للإرث، فإنّ لها الإجازة حينئذٍ. و أيضاً يظهر الفرق في صورة تعدّد الورثة، فإنّه تبعّض الإجازة في التأثير بمقدار نصيب المجيز في المبيع على الأوّل. و أما على الثاني من جواز إرثها بدون إرث المال - كما في الزوجين - فيجري فيه الخلاف المذكور في إرث الخيار.

٢٤٥٩. يتّجه عليه أنّه إن أراد من حكم العقد الفضولي الحكم الكبروي - أعني: الصّحة بالإجازة - بعد الفراغ عن إحراز الصغرى، فلا يحتاج إلى دليل معمم، ضرورة كفاية أدلة صّحة القبض بعد الإجازة مع إحراز الصغرى. و إن أراد منه الحكم الصغروي - أعني: ضرورة عقد الفضولي عقد المالك المجيز بعد الإجازة - فلا يحتاج إلى الدليل المعمم مسلّم، إلّا

و عن المختلف: أنه حكى عن الشيخ: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن، ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض. و على أي حال، فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً - كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرق - كانت إجازة العقد إجازةً للقبض؛ صوناً للإجازة عن اللغوية. و لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان (٢٤٦٠).

السادس: الإجازة ليست على الفور؛ للعمومات و لصحيفة محمد بن قيس و أكثر المؤيّدات المذكورة بعدها، و لو لم يجز المالك و لم يرد حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و إليه - على القول بالكشف (٢٤٦١) - فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين.

السابع: هل يعتبر في صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا؟ وجهان، الأقوى: التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما،

أنّ إتمامه في غاية السهولة، لأنّ الدليل عليه - و هو اعتبار أهل العرف - لا يختصّ بالعقد، بل هو جارٍ في القبض أيضاً. نعم، لو قلنا بأنّ صحّة عقد الفضولي على خلاف القاعدة قد دلّت عليها أدلة خاصّة، أو قلنا بأنّ مقتضى القاعدة في الإجازة هو النقل و إنّما ثبت الكشف في العقد من جهة الأخبار الخاصّة، كان للاحتياج في صحّة قبض الفضولي على الأوّل في كشف الإجازة عن الصحّة من حين القبض على الثاني إلى الدليل المعمّم وجه. لكن يبقى أيضاً سؤال الفرق بين جزئية الثمن و كليته.

٢٤٦٠. لعلّ الأوجه منهما بطلان إجازة العقد و ردّ القبض، لعدم إمكان صحّتهما معاً، و بطلان الترجيح بلا مرجّح، فيحكم بسقوطهما معاً، فيبقى العقد و القبض على ما هما من الصحّة التأهليّة، فللمالك تصحيح العقد بالفعل بإجازتهما و إبطاله بردهما.

٢٤٦١. بخلافه على النقل، إذ بناءً عليه يجوز له التصرف فيما انتقل عنه، و قد تقدّم أنّ الظاهر جوازه فيه على القول بالكشف أيضاً.

وكيف كان، فقله: «فالأقوى تداركه بالخيار...» صحيح فيما لو كان جاهلاً

و ضرر التبعض* على المشتري يجبر بالخيار.

و لو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز؛ بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط و إن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء و لذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط (٢٤٦٢). و لو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط و أجاز المالك مشروطاً، ففي صحة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل - فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب - أو بدون الشرط؛ لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد - فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلا إذا تقدم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً - أو بطلانها؛ لأنه إذا لغى الشرط لغى المشروط؛ لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

و أما القول في المجيز، فاستقصائه يتم ببيان أمور، الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جازئ التصرف بالبلوغ (٢٤٦٣) و العقل و الرشد، و لو أجاز المريض بني نفوذها على نفوذ منجزات المريض، و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل. الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد (٢٤٦٤)، فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أم لا يشترط؟ قولان: أولهما للعلامة في ظاهر

.....

بالفضولية، و إلا ففيه نظر، لإقدامه على الضرر و لو في بعض الصور. ٢٤٦٢. قضية هذا وكذا قوله فيما بعد: «أقواها الأخير» - يعني به أنه إذا لغا الشرط لغا المشروط - أن الشرط الفاسد مفسد للعقد عند المصنف و مختاره، فينافي اختياره عدم الإفساد في باب الشروط. و التحقيق بحسب القاعدة هو الإفساد، فلو دل دليل على عدمه فنقتصر على مورد، و نحمله على تعدد المطلوب، حذراً عن لزوم التخصيص في القاعدة العقلية. و سيأتي تفصيل الكلام في ذلك هناك إن شاء الله.

٢٤٦٣. هذا، مضافاً إلى اعتبار جواز تصرفه بمالكيته للمبيع حين الإجازة لولا العقد المجاز.

٢٤٦٤. مقتضى تقدم الذات على الوصف أن يجعل هذا أولاً و الأول ثانياً.

القواعد^١ (٢٤٦٥)، و استدلّ له بأنّ صحّة العقد و الحال هذه ممتنعة (٢٤٦٦)، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً، و بلزوم الضرر على المشتري؛ لامتناع تصرّفه في العين - لإمكان عدم الإجازة، و لعدم تحقّق المقتضي (٢٤٦٧) - و لا في الثمن؛ لإمكان تحقّق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و يضعف الأوّل - مضافاً إلى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المميز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة - : منع ما ذكره* من أنّ امتناع صحّة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف، و أمّا الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص (٢٤٦٨) المذكورة. هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فصولاً الشاملة لصورة وجود ولي النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم (٢٤٦٩)، و صورة عدم وجود

٢٤٦٥. قال في القواعد: «و الأقرب اشتراط كون العقد له بميز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ و أجاز لم ينفذ على إشكال» انتهى.

٢٤٦٦. المستدل المحقّق الثاني في جامع المقاصد. و فيه: أنّه إن أراد من صحّة العقد صحّته الفعلية فامتناعها في حال عدم المميز مستلزم، لكن لم يدّعها أحد. و إن أراد صحّته التأهيلية و صلاحيته للتأثير و لو بعد المميز و إجازته - قبال فساد به - فامتناعها ممنوع. و اشتراط الصحّة التأهيلية أيضاً بوجود المميز حين العقد مصادرة بيّنة، إذ غاية ما يستفاد من أدلة اعتبار الإجازة الملازم لاعتبار المميز هو اعتباره في الصحّة الفعلية الملازم للزوم في المقام.

٢٤٦٧. العلة الأولى ناظرة إلى شرطية الإجازة للسبب و لو بنحو الشرط المتأخّر، و الثانية إلى جزئيتها له.

٢٤٦٨. مراده من الموصول هو الخيار، و من «صورة النقص» ما إذا كان المميز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة.

٢٤٦٩. التقييد بذلك لتضمّن الأخبار المزبورة لإجازة الصغار بعد البلوغ، فلا تشمل صورة إجازة الولي الموجود حين العقد قبل البلوغ.

الولي (٢٤٧٠)؛ بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح، و المحصار الولي في الأب و الجد و الوصي، على خلاف فيه (٢٤٧١). وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط (٢٤٧٢)؛ وفاقاً للمحكي عن ابن المتوج البحراني و الشهيد ١١ و المحقق الثاني و غيرهم، بل لم يرجحه غير العلامة.

ثم اعلم أن العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم و حكي عن بعض العامة - و هو البيضاوي على ما قيل - الإيراد عليه: بأنه لا يتم على مذهب الإمامية من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر، و عن المصنف رحمته الله أنه أجاب بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه. و انتصر للمورد بأن نائب الإمام عليه السلام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول. لكن الانتصار في غير محله؛ إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضاً، فإن أريد وجود ذات المجيز (٢٤٧٣)،

٢٤٧٠. وجه الاستدلال بهذه الأخبار شمولها لهذه الصورة.

٢٤٧١. هذا راجع إلى الوصي بتحقيق كونه من آل البيت عليهم السلام.

٢٤٧٢. نعم، بناءً على المختار من كون صحة الفضولي على طبق العمومات و الإطلاقات، ضرورة شمولها محل الكلام. و أمّا بناءً على أن صحته لأجل الأخبار الخاصة فالأمر مشكل، لاختصاص مواردنا بصورة وجود المجيز، بل الأقوى حينئذ هو الاشتراط، اقتصاراً على المتيقن في مخالفة الأصل.

٢٤٧٣. هذا إيراد على المنتصر بطور التشقيق فيما يصح أن يريده العلامة بأمر على شقّ و بآخر على آخر. يعني: إن كان مراد العلامة من المجيز - الذي مثل لعدم وجوده ببيع مال اليتيم - ذات المجيز مطلقاً فاعتراض البيضاوي وارد عليه. و الجواب عنه بعدم التمكّن من الوصول إلى الإمام لا يدفعه، فلا يصح للمنتصر تسليم اندفاعه به. و إن كان مراده وجوده مع قيد التمكّن من إجازته فالجواب المذكور صحيح يندفع به الاعتراض و تسليمه في محله، إلا أن الانتصار بإيراد وجود نائب الإمام في غير محله، لتأتي الجواب المذكور فيما انتصر به، ضرورة إمكان انتفاء قيد التمكّن من الإجازة فيه كما ذكره المصنف رحمته الله.

فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الإمام عليه السلام (٢٤٧٤)، و إن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد. فالأولى: ما فعله فخر الدين و المحقق الثاني (٢٤٧٥) من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط (٢٤٧٦) إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لوجود ذات من شأنه* الإجازة؛ فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه (٢٤٧٧) جائز التصرف حال العقد، سواء كان عدم

٢٤٧٤. الجار متعلق بالدفع.

٢٤٧٥. في حاشية القواعد.

٢٤٧٦. يعني: فيرجع الكلام في اشتراط وجود المجيز حال العقد - بناءً على تقييد المثال

بكون العقد على خلاف المصلحة - إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز الموجود، مثل رجوعه إليه بناءً على ما ذكره العلامة في جواب البيضاوي، غاية الأمر بناءً على ما ذكره يكون عدم إمكان الفعلية من جهة فقدان المصلحة، و على ما ذكره العلامة يكون عدم إمكانها من جهة عدم التمكن من عدم وصوله** عليه السلام.

و بالجملة، مرجع الكلام في اشتراط ذلك على كل تقدير إلى الكلام في اشتراط إمكان الإجازة حال العقد، لا إلى اشتراط وجود من شأنه الإجازة و لو لم يمكن له حال العقد، لأن البحث عن ذلك لغو صرف، ضرورة أن الاشتراط بشيء لا بد و أن يكون للاحتراز عن الصورة الفاقدة له، و هي منتفية في المقام، لأن عدم وجود ذات من شأنه الإجازة في الأموال فرض غير واقع، إذ لأقل من وجود المالك، فيكون الاشتراط ممّا لا وجه له إلا الاحتراز عن الصورة الفرضية، و لانعني من اللغوية إلا هذا، فلا بد أن يكون مرجع الكلام فيه إلى ما ذكر.

٢٤٧٧. يعني: لا يشترط فيه ذلك لا واقعاً و لا اعتقاداً، فتصح الإجازة من المجيز مع كونه

غير جائز التصرف حال العقد، إمّا واقعاً و اعتقاداً معاً كما في غير المسألة الثالثة، أو اعتقاداً فقط كما في المسألة الثالثة.

* في بعض النسخ: من شأنه.

** كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر أن الصحيح: عدم التمكن من الوصول إليه عليه السلام.

جواز التصرف لأجل عدم المقتضي أو للمانع. و عدم المقتضي قد يكون (٢٤٧٨) لأجل عدم كونه مالكا و لامأذونا حال العقد و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرهن ثم فك الرهن.

فالكلام يقع في مسائل، المسألة الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف للحجر، و الأقوى: صحة الإجازة، بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة ١٢.

المسألة الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو الباع أو غيره، لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، و هو ما لو باع شيئا ثم ملكه ١٣، و هذه تصور على صور؛ لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك، و الملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثم الباع الذي يشتري الملك (٢٤٧٩) إما أن يجيز العقد الأول و إما أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه (٢٤٨٠) للمشتري الأول بمجرد شراء الباع له. و المهم هنا العرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز، و ما لو باع و اشترى و لم يجز، إذ يعلم حكم غيرهما منهما.

أما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر الحق (٢٤٨١) في باب الزكاة من المعتبر

٢٤٧٨. مراده من مقتضي التصرف هو السلطنة، و عدمها قد يكون مستندا إلى عدم المقتضي لها و انتفاء موضوعها و هو المالكية، و قد يكون مستندا إلى وجود المانع، كالحجر عن التصرف بسفه أو صغر أو جنون أو غيرها.

٢٤٧٩. الأولى في مقام التشقيق تبديل هذا بقوله: الذي يتجدد الملك له. و عليه تكون أقسام كون المالك الجديد هو الباع الفضولي ثمانية. وكذلك إذا كان هو غير الباع، فتكون أقسام هذه المسألة ستة عشر. ثم إن المراد من الاشتراء هو المثال للانتقال الاختياري، فلا تغفل. ٢٤٨٠. تفريع على عدم إجازته.

٢٤٨١. قال سيدنا الأستاذ رحمه الله: «إن هذا مبتدأ سقط من العبارة خيره، و هو قوله: صحة البيع مع الإجازة، قبل قوله: في باب الزكاة، أو بعد قوله: إنتهى».

فيما إذا باع المالك النصاب* قبل إخراج الزكاة أو رهنه-: أنه صحّ البيع و الرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصّة الفقراء. قال الشيخ رحمته: صحّ البيع و الرهن و فيه إشكال؛ لأنّ العين مملوكة (٢٤٨٢) و إذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة (٢٤٨٣) مستأنفة، كما لو باع مال غيره ثمّ اشتراه، انتهى. بل يظهر ممّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشيخ بتعلّق الزكاة بالعين كتعلّق الدين بالرهن (٢٤٨٤)، فإنّ الراهن إذا باع ففك الرهن قبل مراجعة المرهّن لزم و لم يحتجّ إلى إجازة مستأنفة. و بهذا القول صرح (٢٤٨٥) الشهيد رحمته في الدروس و هو ظاهر المحكي عن الصيمري. و المحكي عن المحقّق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان، و مال إليه بعض المعاصرين^{١٤} (٢٤٨٦) تبعاً لبعض معاصريه^{١٥}.

و الأقوى هو الأوّل؛ للأصل (٢٤٨٧) و العمومات السليمة عمّا يرد عليه، ما عدا أمور لفّقها بعض من قارب عصرنا فما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح و جامع المقاصد، الأوّل: أنه قد باع مال الغير لنفسه، و قد مرّ الإشكال فيه، و ربّما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك (٢٤٨٨). و فيه: أنه قد سبق أنّ الأقوى صحّته، و ربّما يسلم هنا عن

٢٤٨٢. يعني: لأنّ مقدار الزكاة من عين النصاب مملوكة للفقراء.

٢٤٨٣. أي: لزوم بيع الزكاة.

٢٤٨٤. يعني: أنّ الزكاة في ذمّة مالك النصاب، و للفقير حقّ استنقاذ الزكاة من العين،

كما أنّ للمرهّن حقّ استنقاذ الدين من العين المرهونة. و هذا الوجه قويّ عندي جدّاً.

٢٤٨٥. يعني: القول بالصحة مع الإجازة.

٢٤٨٦. مراده من البعض الأوّل صاحب الجواهر رحمته، و من الثاني و الثالث صاحب

المقاييس رحمته.

٢٤٨٧. لعلّ المراد من الأصل أصالة اشتراط مالكيّة المحيز حال العقد الراجع إلى أصالة

العموم و الإطلاق، فيكون العطف للتفسير و إلّا فلا وجه للجمع بينه و بين العمومات، فتأمل.

٢٤٨٨. إن أراد من الموصول أجوبة الإشكالات المذكورة، كي يكون المعنى: و ربّما

بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثاني: إنا حيث جَوَزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم، فقد اكتفينا بحصول ذلك (٢٤٨٩) للمالك المجيز؛ لأنه البائع حقيقة، و الفرض هنا عدم إجازته (٢٤٩٠)، و عدم وقوع البيع عنه. و فيه: أنّ الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا؛ لأنّ الداعي على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلّها لغير مَلاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم، و هذا المعنى لا يقتضي أزيد مما ذكرنا. و أمّا القدرة على التسليم فلانضايق من اعتبارها في المالك حين العقد، و لا يكفي بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة، و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحة البيع المذكور؛ لأنّ الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صَحّت كاشفة - على الأصحّ - مطلقاً (٢٤٩١)؛ لعموم الدليل الدالّ عليه، و يلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه.

لا يجري في المقام بعض الأجوبة عن الإشكالات المذكورة في بيع الغاصب لنفسه - و لعلّه الظاهر من ملاحظة قول المصنّف في ذيل الإشكال عليه: «و ربّما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك» - ففيه: أن كلّها يجري هنا أيضاً، فلاحظها. و إن أراد منه الإشكالات على صحّة بيع الغاصب لنفسه، و أراد من البعض الذي لا يجري هنا مخالفة المجاز للمنشأ - كي يكون هذا الكلام بمنزلة الاستدراك، فكأنّه قال: و قد مرّ الإشكال في صحّة بيع الفضولي لنفسه. نعم، لا يجري في المقام من أفراد بيعه لنفسه بعض ما ذكر هناك، لكن بمجرد عدم جريان بعضه لا يكفي في الصحة مع جريان البعض الآخر - ففيه: أنّه لا وجه حينئذٍ لقوله: «و ربّما يسلم هنا...»، إلّا أن يريد أنّه قد عرفت صحّته في صحّة ورود جميع الإشكالات، فكيف في صورة سلامته عن بعضها؟

٢٤٨٩. اسم الإشارة راجع إلى كلّ واحد من الرضا و القدرة على التسليم.

٢٤٩٠. إذ المفروض أنّه - أي: المالك حين العقد - باعه من العاقد الفضولي.

٢٤٩١. يعني: حتّى في مثل من باع ثمّ ملك. ثمّ لا يخفى أنّ هذا الوجه و الرابع و

الخامس جارٍ على القول بالكشف فقط، بخلاف الأوّل و الثاني و السادس و السابع، إذ لا فرق

و فيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً (٢٤٩٢)

.....
 فيها بين القولين.

٢٤٩٢. لنا أن نقول بكاشفية الإجازة في جميع الموارد عن خروج الملك عن ملك المميز من حين العقد، و نجيب عن إشكال لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه بوجه آخر، بأن نقول: إن الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقود - و لو للانصراف - هو وجوب الوفاء على ذوي الأموال، و وجوب العمل بمقتضى العقد عند المتعاقدين المنتسب إليهم، و لو من جهة الإجازة و إظهار الرضا بذلك العقد الواقع على أموالهم بما هي أموالهم المضافة إليهم و المختصة بهم، لا على ذات الأموال و لو لم تكن كذلك. فموضوع وجوب الوفاء قد أخذ فيه أمور ثلاثة: وجود أصل العقد، و إضافته إلى المكلف بنحو من الأنحاء، و وقوعه على ماله بما هو ماله. و الأمر الأخير لا يتحقق بالقياس إلى المالك الثاني - المفروض إجازته المحصلة للأمر الثاني - إلا بعد صيرورته مالكاً لذلك المال المبيع كما هو ظاهر.

ثم إن مقصود المتعاقدين ليس إلا كون وقوع العقد على مال المالك بما هو هو. بمجرده سبباً تاماً لخروج المال عن ملك عنوان المالك، و مقتضى ذلك بالملازمة - على ما مرّ غير مرّة - قصد خروج المال عن ملك المال من حين وقوع العقد عليه بعنوان أنه مال مضاف إليه.

و الحاصل: أن معنى الآية وجوب الوفاء على صاحب المال، و العمل بمقتضى وقوع عقده على ماله بما هو ماله المضاف إليه بحسب قصد المتعاقدين، و لو كان خروج المال عن ملك صاحبه بما هو صاحبه من حين وقوع العقد على ذلك المال بعنوان مال المكلف بوجوب الوفاء. و لازم هذا المعنى حصول الملكية فيما نحن فيه من حين مالكية المميز بعد تحقق إجازته بناءً على الكشف - كما هو مبنى الإشكال - لا من حين صدور العقد، إذ موضوع وجوب الوفاء العقد الواقع على مال المكلف بالوجوب، و لا يصدق هذا العنوان إلا من حين مالكية البائع الفضولي.

و من البيان المذكور يظهر فساد توهم التنافي بين القول بحصول الملكية للمشتري الأول من حين ملكية المشتري الثاني على تقدير إجازته، و بين وجوب العمل بمقتضى العقد حسب ما قصده المتعاقدان من حصول الملكية للمشتري من الفضولي من حين العقد، لأن قصدهما حصولها من حين وقوع العقد و وروده على المعنون بعنوان مال من وجب عليه الوفاء و لو

عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحل القابل للعقد عليه ولامانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضي يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضي يقع البيع له، و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، و حينئذٍ فإذا ثبت صحته بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته؛ إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر،

عرفاً بل و لو عندهما، و من المعلوم أن زمان وقوعه عليه كذلك متحد مع زمان ملكية البائع الفضولي، و ليس قصدهما حصولها من حين وقوعه على ذات المال و لو لم يكن مضافاً إلى المكلف.

و بالجملة، الإجازة كاشفة عن حصول الملكية للمشتري من حين وقوع العقد على مال المجيز في جميع الموارد، غاية الأمر تحقق هذا العنوان عند وقوعه على ذات المال في بعض الموارد، كما إذا كان المجيز هو المالك قبل صدور العقد، و توقفه على شيء آخر في بعضها كما فيما نحن فيه، و هذا غير مضر بالمطلب، و لو أغمضنا عما ذكرنا لأمكن المناقشة فيما ذكره المصنف، بأن فرض صحته بالدليل مع القول بالكشف عن خروج الملك حين الانتقال إلى المجيز جمع بين النقيضين على القول بالكشف، إذ قضية أدلة الكشف - الراجعة إلى لزوم كون المؤثر في الملك هو العقد وحده - استقلال العقد في التأثير، و قضية القول بالكشف من زمان الانتقال إلى ملك المجيز لا من زمان العقد عدم استقلاله فيه، و للإجازة دخل فيه.

و بالجملة، عقد الفضولي بعد ملاحظة ما هو قضية أدلة الكشف - كالدليل الثاني منها - لا يندرج في آية وجوب الوفاء و نحوها من أدلة الصحة، كي يصحح إلا إذا كان مستقلاً في التأثير، و إلا فلا يندرج فيها فلا يصح. و لا مجال لاستقلاله مع عدم حصول الملك من زمانه و تأخره عنه، لاستلزامه تخلف الأثر عما فرض مؤثراً، و هو ممتنع عقلاً، فلا بد من الالتزام بخروجه عن أدلة الصحة، و معه كيف يمكن دعوى الصحة؟

ثم إنه ظهر مما ذكرنا الجواب الحقيقي عن الإشكال الرابع و الخامس أيضاً، و تقريره واضح فلانعيده بعد، فافهم و اغتنم.

و لا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي و لاشرعيّ حتّى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لابدّ من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة أو في القول (٢٤٩٣) بأنّ الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المميز وقت العقد. و قد عرفت أن لا كلام في مقتضي الصحة؛ و لذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان و أنّه لا مانع عقلاً و لاشرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابليّة تأثيرها. و لا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصّص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد؛ إذ التخصيص إنّما يقدر مع القابليّة، كما أنّ تعميم الإجازة لما قبل ملك المميز - بناءً على ما سبق في دليل الكشف من أنّ معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع - غير قاذح مع عدم قابليّة تأثيرها إلّا من زمان ملك المميز للمبيع.

الرابع: أن العقد الأوّل (٢٤٩٤) إنّما صحّ و ترتّب عليه أثره بإجازة الفضولي و هي متوقّفة على صحة العقد الثاني المتوقّفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فيكون صحة الأوّل مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك و* المشتري معاً في زمان واحد و هو محال؛ لتضادّهما، فوجود الثاني (٢٤٩٥) يقتضي عدم الأوّل،

٢٤٩٣. يعني: فإن كان لابدّ من الكلام في الصحة في المسألة و القول بالبطلان فينبغي أن يكون ذاك الكلام و البحث في وجه الصحة، إمّا في العموم المقتضي للصحة بمنع شموله للمسألة، و إمّا في القول بالكشف، بإثبات أن الواجب المعتبر فيه عقلاً أو شرعاً هو الكشف عن خروج المال عن ملك المميز وقت العقد، و أنّ الكشف عن خروجه عنه من زمان ملكه مستلزم للمال** العقلي أو الشرعيّ.

٢٤٩٤. يعني: أن صحة العقد الأوّل موقوفة على صحة إجازة الفضولي، و هي موقوفة على مالكيّة الفضولي حين الإجازة، و هي موقوفة على صحة العقد الثاني، و هي موقوفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي... إلى آخر ما في المتن.

٢٤٩٥. المراد من الثاني ملك المشتري من البائع الفضولي. و المراد من الأوّل ملك

و هو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد، و هو محال.
فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي، لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك و مستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معاً في آن واحد، فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه. قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً (٢٤٩٦)، و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق؛ لأنها في الحقيقة رفع اليد* و إسقاط للحق، و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني.

أقول: قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد، و حيثئذ فتوقف إجازة العاقد** الأول على صحة العقد الثاني مسلم، و توقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلم أيضاً، فقله: "صحة الأول تستلزم (٢٤٩٧)"



المالك الأول الأصلي. و الضمير في «و هو موجب» راجع إلى الأول. يعني: فوجود ملك المشتري من الفضولي للمبيع فيما بين زمان العقد و الإجازة - كما هو قضية كاشفة الإجازة - يقتضي عدم ملك المالك الأول في ذلك الزمان، و ملك المالك الأول له فيه موجب لعدم ملك المشتري له فيه أيضاً، فيلزم وجود ملك كل واحد منهما له و عدمه في زمان واحد، أعني: ما بين زمني العقد و الإجازة.

٢٤٩٦. هذا ممنوع، لما ذكره المصنف بعيد هذا من كون المالكية الواقعية شرطاً في الإجازة. فالجواب الحاسم لمادة الإشكال عن مطلق الفضولي: أن الإجازة إنما يلزم فيها ملك المالك واقعاً حين الإجازة لولا العقد المجاز و مع قطع النظر عن وقوعه، كما أنه يلزم في أصل البيع ملك البائع للمبيع واقعاً مع قطع النظر عن نفس هذا البيع، و لا يلزم فيها الملك الواقعي حتى مع ملاحظة وقوع العقد المجاز و تأثيره.

٢٤٩٧. يعني: استلزام صحة العقد الأول كون المبيع ملكاً للمشتري الأول في زمان

كون المال ملكاً للمالك و المشتري في زمان* ممنوع، بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي**. نعم، إنَّما يلزم ما ذكره من الخال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد، و لكن هذا أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث و قد تقدّم منه، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر (٢٤٩٨) كما لا يخفى.

نعم، يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشتري معاً، و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيراً غير الإشكال الذي استنتجته من المقدمات المذكورة و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري. نعم، يلزم من ضمّ هذا الإشكال (٢٤٩٩)

.....

كونه ملكاً للمالك الأصلي - أعني: زمان ما بعد العقد الأوّل إلى زمان العقد الثاني - ممنوع، و إنَّما الذي يستلزم صحته بالنسبة إلى ملك المشتري - بناءً على الكشف بالمعنى الذي يلتزم به القائل بالصحة - مالكيته بعد زمان العقد الثاني، و حينئذٍ يختلف زمان ملكية المالك الأصلي و زمان ملكية المشتري، لأنّ الأوّل ما قبل العقد الثاني، و الثاني ما بعده. و بالجملة، فالمنع في كلامه راجع إلى مالكية المشتري في زمان مالكية المالك الأصلي. فالأحسن في التعبير أن يقول: و استلزام صحة العقد كون المال ملكاً للمالك بين العقدین أيضاً مسلّم، و أمّا استلزامها كونه ملكاً للمشتري في ذلك الزمان ممنوع، بل هي تستلزم انتقال العين من ملك المالك المجيز إلى المشتري، و لازمه مالكيته بعد زمان العقد الثاني.

٢٤٩٨. بجرّد اتّحاد الإشكالين في المبني لا يوجب كون أحدهما إعادة للآخر بتقرير آخر. و لا يخفى أنّ مناط الإشكال الأوّل في المقام لزوم خروج الملك عن ملك المجيز قبل دخوله فيه مع قطع النظر عن لزوم اجتماع المالكين، و مناط الإشكال الثاني لزوم اجتماعهما مع قطع النظر عن الخروج قبل الدخول، فالفرق بينهما بالمعاكسة، فكيف يمكن أن يكون أحدهما عين الآخر باختلاف التقرير؟! نعم، مبناهما كاشفية الإجازة من حين العقد، و قد مرّ أنّ وحدة المبني لا توجب وحدة الإشكال.

٢٤٩٩. مع ضمّ كون ملك المشتري من أوّل حدوثه متلقياً من المجيز، كما يدلّ عليه

العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع مُلاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني؛ لوجوب التزام مالكيّة المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني، و مالكيّة* المشتري له لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك و مالكيّة** العاقد له، لأنّ ملك المشتري لابدّ أن يكون عن ملكه و إلّا لم ينفع إجازته في ملكه من حين العقد؛ لأنّ إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثمّ إنّ ما أجاب (٢٥٠٠) به عن الإشكال الوارد في مطلق الفصولي لا يسمن و لا يغني؛ لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يطلها؛ لأنّ الإجازة لا تكون إلّا من المالك الواقعي، و المالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة؛ و لذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته؛ لأنّ المالكيّة من الشرائط الواقعيّة (٢٥٠١) دون العلميّة.

ثمّ إنّ ما ذكره في الفرق بين الإجازة و العقد الثاني - من كفاية الملك الصوري*** في الأوّل دون الثاني - تحكم صرف، خصوصاً مع تعليله بأنّ الإجازة رفع لليد و إسقاط للحقّ، فليت شعري أنّ إسقاط الحقّ كيف يجدي و ينفع مع عدم الحقّ واقعاً؟! مع أنّ الإجازة رفع لليد**** عن الملك أيضاً باليديّة.

و التحقيق: أنّ الإشكال إنّما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفيّة الإجازة على الوجه المشهور من كونها شرطاً متأخراً يوجب (٢٥٠٢) حدوثه تأثير

قوله في تعليل ملكيّة العاقد: «لأنّ ملك المشتري...»، إذ مع قطع النظر عن هذه القضية لا يجتمع إلّا مالكان: المالك الأصلي و المشتري قبل العقد الثاني، و المالك الجديد المجيز و المشتري فيما بعده.

٢٥٠٠. يعني به قوله: «قلنا يكفي في الإجازة...».

٢٥٠١. نعم، لكن لا مطلقاً، بل مع قطع النظر عن تأثير العقد المجاز كما مرّ.

٢٥٠٢. أي: شرطاً متأخراً عن ذات المشروط، يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدّم،

* في بعض النسخ: ملكيّة. ** في بعض النسخ: ملكيّة. *** في بعض النسخ: الظاهري.

**** في بعض النسخ: اليد.

السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: أن الإجازة المتأخرة (٢٥٠٣) لما كشفت عن صحة العقد الأول و عن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من إجازته له كما لو بيع (٢٥٠٤) المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصح و يلزم، فعلى هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، و توقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي و هو من الأعاجيب! بل من المستحيل؛ لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن و الثمن، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان، و دون تمامه (٢٥٠٥) إن زاد الأول، و مع زيادة إن نقص، لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، و قد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، و هو ظاهر. و الجواب عن ذلك: ما تقدم في سابقه من ابتائه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، و هو ممنوع. و الحاصل: أن منسأ الوجوه الثلاثة الأخيرة شيء واحد، و الحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة قد نبه عليه في الإيضاح و جامع المقاصد.



أي: انقلاب السبب المتقدم عليه ذاتاً عن صحة كونه غير مؤثر حين وجوده إلى كونه مؤثراً من حين وجوده.

٢٥٠٣. يعني: إجازة الفضولي، و هو المشتري الثاني. و المراد من العقد الثاني هو العقد الصادر من المالك الأصلي. و ضمير «ماله» و «إجازته» راجع إلى المشتري الأول.

٢٥٠٤. أي: بيع المبيع فضولاً ثانياً من شخص آخر غير البائع الفضولي، و كذلك لو بيع فضولاً ثانياً من البائع الفضولي. فلا وجه للتقييد بكونه من شخص آخر، بل كان ينبغي أن يقول: كما لو بيع المبيع ثانياً فضولاً، كما لا يخفى.

٢٥٠٥. هذا عطف على «لا عوض» المحرور بالباء. يعني: تملك المبيع بما هو ناقص عن تمام الثمن الأول إن زاد هذا عن الثمن في العقد الثاني. كما أن قوله: «و مع زيادة» عطف على الجار و المحرور كليهما.

السادس: أن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك و فسخه فعل* ما هو من لوازمهما، و لما** باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن، و هو لا يجمع صحة العقد الأول، فإنما تقتضي تملك المالك للثمن الأول (٢٥٠٦)، و حيث وقع الثاني يكون فسخاً له و إن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الإجازة المتأخرة. و بالجملة، حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها، فكما أن التصرف المنافي مبطل لها فكذلك عقد الفضولي.

و الجواب: أن فسخ عقد الفضولي (٢٥٠٧) هو إنشاء رده، و أما الفعل المنافي لمضيه كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من آخر و بيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر، فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب أن الفعل المنافي لمضي العقد مفوت محل الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فأت محل الإجازة و يخرج العقد عن قابلية الإجازة، إماً مطلقاً كما في مثال التزويج أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول،

٢٥٠٦. فيه نظر، لأنه إن أريد من المالك المالك الثاني - يعني: البائع الفضولي - فما ذكره من الاقتضاء مسلّم، إلا أن عدم مجامعته مع تملك المالك الأول للثمن الثاني ممنوع. و إن أريد منه المالك الأول فالأمر بالعكس. نعم، لو كان البحث في إجازة المالك الأول كان لما ذكره وجه، لكنه أجنبي عن محل البحث، لأنه في إجازة المالك الثاني. اللهم إلا أن يكون نظره إلى الكشف من حين العقد، فإنه يتم ما ذكره، لكن مرّ الجواب عنه.

٢٥٠٧. لا يتم هذا الجواب بناءً على ما يظهر من تعبير المصنّف - مثل صاحب المقابس - من كون الردّ مثل الفسخ حلاً للعقد بل عينه، ضرورة كون حلّ العقد ليس أمراً قابلاً للوجود بالنسبة إلى شخص و العدم بالنسبة إلى آخر. فالصواب في الجواب أن يقال: إن الردّ غير الفسخ، لأنه عبارة عن إبداء المانع عن إضافة العقد إلى المحيز بالإجازة مع بقاء العقد على ما هو عليه قبل الردّ، و لا ريب في كون هذا المعنى قابلاً للوجود بالنسبة إلى شخص - كالمالك الأول - و العدم بالنسبة إلى آخر، كالمالك الثاني.

فللمالك الثاني أن يميز. نعم، لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ، بطل العقد من حينه إجماعاً، و لعموم تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالخاص أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسخاً: أنه إبطال لأثر العقد في الجملة، فهو مسلم، و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة، و إن أريد أنه إبطال للعقد رأساً، فهو ممنوع؛ إذ لا دليل على كونه كذلك، و تسمية مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان؛ من حيث إنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخاً فعلياً، لم يعد كونه كالإنشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدح في المطلب؛ إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد؛ و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من قابلية لحوق الإجازة. و أما الالتزام في مثل الهبة و البيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي؛ فلأن صحة التصرف المنافي يتوقف على فسخ العقد و إلا وقع في ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولاً صحيح في نفسه لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسخه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة. و من ذلك يظهر ما في قوله ﷺ أخيراً: "و بالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى؛" فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلاً عن دعوى الأولوية، و سيجي مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد.

السابع: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، فإن النهي فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، و إما لبيان فسادته بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقاً، فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبايعه مطلقاً و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان، و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه، قال: "سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها، اربحك كذا و كذا. قال: لا بأس

بذلك، اشتريها و لاتواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها" ١٦. و رواية خالد بن الحجاج، قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيئني ويقول: اشتر هذا الثوب و اربحك كذا وكذا. قال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام" بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفياً و يحرم إثباتاً كما فهمه في الوافي، أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء و يحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة، و صحيحة ابن مسلم، قال: "سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لي متاعاً لعلي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه" ١٧. و صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: "في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه". و صحيحة معاوية بن عمار، قال: "سألت أبا عبد الله عليه السلام: يبيئني الرجل فيطلب بيع الحرير، و ليس عندي شيء فيقولني عليه و اقاوله في الربح و الأجل حتى يجتمع على شيء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: أرأيت إن وجد مبيعاً هو أحب إليه مما عندك، أيستطيع أن ينصرف إليه و يدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه و تدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس" ١٨، و غيرها من الروايات. و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر: في عدم صحة البيع قبل الاشتراء و أنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له و استقلاله فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال.

و الجواب عن العمومات (٢٥٠٨):

٢٥٠٨. و أولى من ذلك أن يقال: إن غاية ما تدلّ عليه العمومات هو النهي الوضعي الإرشادي الذي مرجعه إلى الفساد، بمعنى: عدم ترتب الأثر المقصود من المنهي عنه على بيع ما ليس عندك بما هو كذلك و معنون بهذا العنوان، فكأنه قال: لا توجد بيع ما ليس عندك، فإن وجوده غير مؤثر. و قضية ذلك الفساد مادام يصدق عليه هذا العنوان، لا مطلقاً حتى إذا انقلب إلى ضده و صار من بيع ما عنده، لصيرورة الفضولي البائع لنفسه مالاً للمبيع، فإنه من

إنَّما تدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع. و منه يظهر الجواب عن الأخبار؛ فإنَّما لا تدلّ - خصوصاً بملاحظة قوله ﷺ: "و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها" - إلّا على أن الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده (٢٥٠٩) من دون حاجة إلى إجازة، و هي المسألة الآتية أعني لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة، و سيأتي أن الأقوى فيها البطلان.

و ما قيل من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشتري الأوّل مفروض في مورد الروايات و هي إجازة فعلية، مدفوع: بأن التسليم إذا وقع (٢٥١٠) باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنّه لما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعدّ إجازة و لا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي؛ لأنّ الاعتبار في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنة و استقلال؛ لأنّ ما يدلّ على

هذا الزمان يدخل تحت العمومات، فلا وجه للفساد.

فعلى هذا يكون خروج ما نحن فيه قبل زمان التملك عن تحت عمومات الصحة من باب التخصّص لا التخصيص - كما في بيع الغرر و نحوه ممّا خصّص به العمومات - كما يظهر من سيّدنا الأستاذ ﷺ، حتّى يورد عليه بعدم الدليل على الصحة بعد فرض خروجه عن العمومات، إذ لا معنى لشمولها بعد ذلك، و ذلك لأنّ موضوع أدلة الصحة - كما مرّ غير مرّة - هو العقد و البيع الوارد على مال العاقد و البائع و لو بواسطة الإجازة، و لا يتحقّق هذا فيما نحن فيه إلّا بعد ملكه للمبيع.

و بالجملة، مقتضى الأخبار العامة عدم تحقّق البيع قبل التملك، فلا يكون القول بتحقيقه بعد التملك مجرداً أو مع الإجازة - بواسطة عمومات صحة البيع - مخالفة لتلك الأخبار. و من هذا يظهر الجواب عن الأخبار الخاصة أيضاً، فتدبر جيّداً.

٢٥٠٩. لصدق المنهي عنه، و هو المواجهة قبل الاستيجاب فيما نحن فيه .

٢٥١٠. لا يخفى أن الأولى في التعبير أن يقول: إنّما وقع، أو يسقط كلمة «فهذا» في

اعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً لغيره، يدلّ على عدم كفاية ذلك. نعم، يمكن أن يقال: إنّ مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المتقدمة بأن المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك: ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه؛ بناءً على ما تقدّم: من أنّه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو ردّه، لكنّ الظاهر بقريئة (٢٥١١) النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدّم: إرادة اللزوم من الطرفين.

والحاصل: أنّ دلالة الروايات عمومياً وخصوصاً على النهي عن البيع قبل الملك لما لامساغ لإنكاره، و دلالة النهي على الفساد أيضاً مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة إلّا أنا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار، في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة، كأن يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال و جواز تصرف البائع في الثمن،

قوله: «فهذا لا يعدّ إجازة». ثمّ إنّ الضمائر في «كونه» و «أنّه» و «فيه» و «عليه» راجعة إلى التسليم.

مركز تحقيق مكتبة العلوم

٢٥١١. من حيث التعبير بصيغة المفاعلة الدالة على المشاركة بين اثنين. وفيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الاستفصال في قوله: «إن شاء أخذ...» استفصالياً من حيث الحكم الشرعيّ - أعني: اللزوم من الطرفين - كما استظهره في الدفع، فإنّه ينتج ذلك - بمقتضى ما ذكره في الدفع - خروج مسألتنا عن مورد البأس في الرواية و لو قلنا باللزوم من طرف المشتري الأصيل، لكنّه ممنوع، لأنّ عدم حصول اللزوم من الطرفين بالكلام المتقدّم على الاشتراء - و لو كان عقد البيع، فضلاً عن صرف المقولة التي استظهر إرادتها من الاستفصال في تقرير الدفع - أمر معلوم لاداعي إلى الاستفصال عنه. فلا محيص عن أن يكون الاستفصال استفصالياً من حيث الحكم الشرعيّ - أي: اللزوم - من طرف المشتري فقط، كما ذكره في تقرير الإيراد، أو من حيث المدلول اللفظي، و سؤالا عن أنّ الكلام المتقدّم على الاشتراء هل هو عقد البيع، كي يكون مدلوله اللفظي الإلزام و الالتزام، و حكمه الشرعيّ اللزوم من قبل المشتري، أم لا، بل مقولة و استدعاء؟ و على التقديرين يكون الفضولي في مسألتنا مندرجاً في مورد البأس

و جواز مطابقة المشتري البائع بتحصيل المبيع من ماله و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه، و هو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من ماله حين العقد أو من يملكه بعد العقد.

و لا يجب على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع النهي عنه لغواً غير مؤثر أصلاً كما يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد، فإنَّ حاصله: دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب و بيان أنَّ مقصوده من الفعل المنهي عنه - و هو الملك و السلطنة من الطرفين - لا يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا أنه لغو من جميع الجهات، فالفهم. اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ (٢٥١٢) عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع * مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض في الهبة و نحوها و الإجازة في الفضولي لا يقتضي النهي عنها بقول مطلق؛ إذ معنى صحة المعاملة شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق، و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهي عنه إلا مقيداً بتجرده عن حقوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

في الرواية، فتدل على الفساد.

٢٥١٢. لا يخفى أنَّ العنوان المنهي عنه في تلك الأخبار عموماً و خصوصاً غير قابل للنهي المقيد، إذ التقييد لا بدَّ في صحته من أن يكون المقيد عين المطلق مع زيادة، بأن يكون فرداً من أفرادها، و ما نحن فيه ليس كذلك، إذ المفروض أنَّ التقييد يوجب انقلاب عنوان المطلق إلى ما يباينه على وجه كلي، فلا يصحَّ تقييد النهي بما يغيّر عنوان المنهي عنه و يجعله عنواناً آخر في قبالة، حتّى يستدلَّ بعدمه على مطلب كما صنعه المصنّف رحمته، و إلاَّ لأشكل الأمر في أغلب النواهي لولا كَلَمَها، مثل: لا تشرب الخمر مثلاً، فإنه يمكن أن يقال: إنَّ إطلاق النهي و عدم تقييده بعدم صيرورته خلاً يقتضي حرمة بعدها، و أمثال هذا في غاية الكثرة، و لم يلتزم به أحد، و لا وجه له إلاَّ ما ذكرنا من عدم قابلية النهي لهذا النحو من التقييد.

فالإنصاف: أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة (٢٥١٣)، و أما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز؛ فلأن النهي راجع إلى وقوع البيع (٢٥١٤) المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. نعم، قد يخدش فيها (٢٥١٥) أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة، ورودها في بيع الكلّي و أنّه لا يجوز بيع الكلّي في الذمة ثمّ اشتراء بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري الأوّل، و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فيقوى في النفس: أنّها و ما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضاً - كروايحي يحيى و خالد المتقدمين - أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقيّة؛ لأنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع* حال البيع مذهب جماعة

٢٥١٣. قد عرفت أن تلك الروايات غير قابلة للإطلاق من تلك الجهة، فيرجع إلى عمومات صحّة البيع، و قضيتها الحكم بالصحة بمجرد التملك، أو مع الرضا الباطني كما هو الأقوى، أو مع الإجازة.

٢٥١٤. عرفت أن النهي راجع إلى وقوع البيع للبائع حال عدم مالكيته، و لا تعرض فيه لحال المالك الأوّل إذا أجاز، و حال البائع بعد أن صار مالكا، فيرجع إلى العمومات.

٢٥١٥. هذا استدراك عمّا ذكره بقوله: «فالإنصاف...». و ضمير «فيها» راجع إلى الأخبار، أو إلى دلالة الأخبار على الفساد. و حاصل الخدشة: أن دلالتها عليه مبنية على إمكان حفظ ظهورها في التحريم و الإرشاد إلى الفساد، و ظهورها في بيان الحكم الواقعي، و هو غير ممكن، لكون المذهب على الجواز و الصحة في مورد كثيرها، و هو بيع الكلّي في الذمة... إلى آخر ما في المتن. فلا بدّ من رفع اليد إمّا عن الظهور في الحرمة و الحمل على الكراهة، و إمّا عن الظهور في بيان الواقع و الحمل على التقيّة، و على التقديرين تسقط عن الدلالة على الفساد.

هذا فيما ورد منها في بيع الكلّي. و أمّا ما كان مورده منها بيع العين الشخصية - مثل روايتي خالد و يحيى، بقرينة اشتماهما على قوله: «اشتر لي هذا الثوب» حيث إنّّه لا يشار إلّا إلى الشخص - فالأمر فيه كما ذكرنا في غيرهما بقرينة وحدة سياقهما مع سياق غيرهما.

من العامة كما صرح به في بعض الأخبار مستنديين في ذلك إلى النهي النبوي عن بيع ما ليس عندك، لكن الاعتماد على هذا التوهين (٢٥١٦) في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي و عموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي، خلاف الإنصاف؛ إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار - وهو بيع الكلي قبل التملك - على التقية، وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر (٢٥١٧). فالأقوى: العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

و مما يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق: رواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني بعد، فاجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك... الخبر" ١٩ فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من مكوثه، فلو كان صيرورته حراً مالكا لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن

.....
٢٥١٦. يعني بالتوهين كون ظهور الأخبار الواردة في بيع الكلي مخالفاً لمذهب الخاصة. و الوجه في كون الاعتماد عليه في رفع اليد عن ظهور روايتي يحيى و خالد في الفساد في المسألة خلاف الإنصاف: أن اتحاد السياق بعد تسليمها ليس مما يعتمد عليه في رفع اليد عن الظهور المستمر.

٢٥١٧. لعله إشارة إلى أن رفع اليد عن عموم التعليل في بيع الكلي في الأخبار الخاصة الواردة فيه من جهة كونه من تخصيص المورد غير جائز، فلا بد من معاملة التعارض بينه و بين ما دلّ على خلافه في مورد إن لم يكن هناك جمع آخر عرفي، و إلاً مثل الحمل على الكراهية، نظراً إلى نصوصية مقابله في الجواز، فهو المتيقن. فينحصر الدليل على الفساد في المسألة بروايتي يحيى و خالد، و قد عرفت المناقشة في دلالتها عليه بابتنائها على الإطلاق، و قد مرّ عدم قابلية المطلق فيهما للإطلاق، لعدم قابليته للتقييد. و من هنا تنقدح الخدشة في الاتفاق المحكي عن التذكرة و المختلف، لقوة احتمال استنادهم إلى توهم الإطلاق في الروايات. و أمّا التأييد برواية الحسن فتأتي الخدشة فيه.

المولى سكت أم لا (٢٥١٨)؛ للزوم العقد حينئذٍ على كل تقدير.

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكا، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمته في التذكرة نافياً للخلاف في فساده، قال: لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد ولا نعلم فيه خلافاً؛ لقول النبي ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك" ولا شتمها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفاً في الذمة - سواء كان حالاً أو مؤجلاً - فإنه جائز إجماعاً، انتهى، وحكي عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع أيضاً، واستدل به بالغرر وعدم القدرة على التسليم (٢٥١٩) ظاهر، بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل

٢٥١٨. يمكن أن يكون الوجه في الاستفصال عن علم المولى بالنكاح وعدمه استعمال أنه تحقق منه الرد حتى يحتاج إلى تجديد النكاح أم لا حتى لا يحتاج إليه. وبالجملة، لم يستفصل الإمام رحمته عن سكوت المولى وعدمه كما هو صريح المصنف، حتى يقال: إنه لا وجه له إلا أن المدار في الصحة وعدمها على إتمام المالك الأول وعدمه، وإلما استفصل عن علمهم بالنكاح. ولعل الوجه فيه ما ذكرناه، لاستعمال أنهم أجازوه حتى يكون على نكاحه، أم لم يميزوه حتى يلزم تجديد النكاح، وعدم جواز الاكتفاء بالعقد السابق. وأما قوله رحمته: «ذلك إقرار منهم» فلا دلالة فيه على كون الاستفصال لأجل ذلك لا لما ذكرناه، إلا أن يكون المراد من الإقرار إثبات العقد وجعله قارراً لازماً، لكنه غير معلوم، لاحتمال أن يراد منه صرف ترك الرد، ولذا جعل المصنف رحمته في أول الخيارات - في مقام الإيراد على تعريف الخيار بملك إقرار العقد وفسخه - أمر الإقرار مردداً بين أن يراد منه هذا أو ذاك.

٢٥١٩. لا اختصاص لهما بالصورة المذكورة، بل يعلمان لها وللقابلها، بملاحظة وجود ما هو علة لهما، وهو أن صاحبها قد لا يبيعها في جميع الصور، حيث إن ترقب الإجازة مسن المالك أو البائع لا يغير عدم بيع صاحبها الذي هو المناط في الغرر وعدم القدرة على التسليم ولا يزيله، فلا وجه لحصره رحمته كلام العلامة بصورة عدم الترقب.

المبيع و تسليمه، فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البايع بعد تملكه، لم يدخل في مورد الأخبار و لا في معقد الاتفاق.

و لو تبايعا على أن يكون لزوم موقوفاً على تملك البايع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس: أنه من البيع المنهي عنه في الأخبار المذكورة؛ حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره (٢٥٢٠) ثم انتقل إليه فأجاز، و لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، و قد هي عنه ٢٠، انتهى، لكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى (٢٥٢١) و هي ما لو تبايعا قاصدين لتجيز النقل و الانتقال و عدم الوقوف على شيء (٢٥٢٢). و ما ذكره في التذكرة كالصريح (٢٥٢٣) في ذلك؛ حيث علل المنع بالغرر و عدم القدرة على التسليم. و أصرح منه كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد و النسيئة.

و لو باع عن المالك (٢٥٢٤) فاتفق انتقاله إلى البايع فأجازته فالظاهر أيضاً الصحة؛ لخروجه عن مورد الأخبار. نعم، قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لامتعلق لها*؛ لأن العقد السابق كان انشاء للبيع عن المالك الأصلي، و لامعنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. و يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة و هي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه، فتأمل (٢٥٢٥).

مرآة المحققين في شرح منتهى

٢٥٢٠. يعني: أن هذه الصورة في الصحة و اللزوم مثل صورة حقوق الإجازة من نفس الغير، كما في الفضولي المعروف.

٢٥٢١. يعني: ظهور الأخبار. و لعل نظره في وجه الظهور إلى دعوى تعارف هذا النحو من المعاملة و غلبة وقوع هذه الصورة من صور بيع ما ليس عنده، بمعنى: أن الغالب في بيع ما ليس عنده يبعه مثل بيع ما عنده في التجيز و عدم ترقيب شيء.

٢٥٢٢. حتى تملك البايع.

٢٥٢٣. قد مرّ منعه، و منع دلالة التعليل المذكور عليه.

٢٥٢٤. هذا فرع مستقل من كلام المصنف رحمه الله.

٢٥٢٥. قد جعله المحشون إشارة إلى الفرق بين المقامين بما لا يخلو عن المناقشة. و الظاهر

و لو باع لثالث (٢٥٢٦) معتقداً لتملكه أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة؛ بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث و أجازته، أو ملكه البائع فأجازته فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة (٢٥٢٧).
ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى وهي: ما لو لم يجز البائع* بعد تملكه (٢٥٢٨)؛ فإن الظاهر بطلان البيع الأول (٢٥٢٩) لدخوله تحت الأخبار

.....
أنه إشارة إلى الدقة في كيفية جريان ما اندفع به الإشكال السابق في المقام. و تقريره: أن إنشاء البيع في كلتا المسألتين إنما هو عن المالك الواقعي، و قصد زيد مثلاً - الذي هو المالك الواقعي - حين الإنشاء في مسألتنا و قصد نفسه في عكسها إنما هو من قبيل تطبيق الكلّي المقصود على المصادق الخارجي إما الحقيقي كما في الأولى أو الادّعائي كما في الثانية، فإذا أُلغي قصد خصوصية المصادق و نظر إلى قصد كونه عن المالك الواقعي في الثانية فليكن كذلك في الأولى، ضرورة أن مجرد الفرق بين المصدقين بالحقيقة و الادّعائية غير فارق في المهم.

٢٥٢٦. يعني: لو باع من شخص لنفع ثالث غير المالك و البائع.

٢٥٢٧. يعني بما ما عنونه بقوله: «و لو باع عن المالك فاتفق...». و مراده الدخول فيها من حيث الخروج عن مورد الأخبار، فتأمل.

٢٥٢٨. مع قصدهما تنجيز النقل و الانتقال بنفس العقد بلا توقف على شيء حتى التملك، فلا ينافي ما ذكره سابقاً بقوله: «لكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى» فلا تغفل.

٢٥٢٩. نعم، لا لدخوله تحت الأخبار المذكورة، لما مرّ في المسألة الأولى من أن البيع الأول بعد حصول التملك - من جهة انقلابه إلى بيع ما عنده - خارج عنها موضوعاً، بل لعدم الدليل على صحته، فيبطل للأصل، لأنّ عمومات صحة البيع لا تشملها، لأنّها مقيدة بالطيب، و لا طيب هنا بعنوان أنه مال البائع، و ما طاب به نفس البائع انتقاله بعنوان مال الغير، و هو لا يجدي، لا اعتبار إضافة المال إلى الراضي في أدلة الطيب، بمعنى: أن الظاهر من دليل الطيب تأثير طيب المرء في الحلية فيما إذا تعلّق بماله المضاف إليه بما هو معنون بهذا العنوان، و هو منتفٍ فيما نحن فيه إلا إذا رضي بانتقال المال بعد الطيب، و حينئذٍ لا إشكال في الصحة،

المذكورة يقيناً، مضافاً إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، و عدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس؛ فإنَّ المفروض أنَّ البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله* للمشتري الأول، و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً إلا بكون مال غيره له، اللهم إلا أن يقال: إنَّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كلِّ عاقد و شرط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنبياً لاحكم لوفائه و نقضه، و لعلَّه لأجل ما ذكرنا رجَّح فخرالدين في الإيضاح - بناءً على صحة الفضولي - صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقُّف على الإجازة.

قيل: و يلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكيّة في المعبر، لكن يضعفه:

لعدم قصور في شمول العمومات له حينئذٍ، ضرورة تحقُّق الإضافة إليه من الأول، فلا وجه لعدم الشمول إلاّ عدم الطيب، و المفروض وجوده.

و من حصول الإضافة هنا قبل التملك علم أنَّ المصحح في المسألة السابقة نفس الرضا الباطني، و لادخل فيه للإجازة المفروض وجودها، إذ اعتبار الإجازة بمعنى إظهار الرضا الباطني إنما هو لتحصيل إضافة العقد إلى المحيز، و هي من جهة اتحاد العاقد و المحيز حاصلة لاحاجة إلى الإجازة.

و يمكن أن يكون مراد الشيخ و الفخر و الشهيد^(١) من الحكم بالصحة و اللزوم بمجرد التملك ما ذكرناه من كفاية صرف الرضا بعد التملك لانفس التملك، إذ ليس في كلامهم دلالة على إرادة الزائد عما ذكرنا إلاّ الإطلاق، و لاحجية فيه من جهة وروده مورد الغالب، إذ الغالب بقاء رضا البائع إلى حين التملك، فيؤخذ بالقدر المتيقن، و هو ما ذكرنا، فتأمل.

ثمَّ إنَّه لا فرق بناءً على ما ذكرنا في وجه البطلان بين كون قصد المتبايعين تنجّز النقل و الانتقال بالبائع بلا ترقّب التملك فضلاً عن الإجازة، و بين كون قصدهما النقل مع ترقّبه. و هذا بخلاف ما لو كان الوجه فيه اندراجه تحت الأخبار الناهية، و قلنا باختصاصها بالصورة الأولى كما استظهره المصنّف سابقاً، إذ لا وجه حينئذٍ للبطلان في الصورة الثانية. فظهر أنَّ مراد المصنّف من العنوان لا بدّ و أن يكون الصورة الأولى، و إلاّ وقع التناهي بين كلاميه، فتدبر.

* في بعض النسخ بدل «بكون ماله»، بكونه.

أنّ البايع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب (٢٥٣٠)، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمل، مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلّا عن طيب النفس، و فحوى الحكم المذكور (٢٥٣١) في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه و أنّ عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الإجازة.

ثمّ لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالث ثمّ ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البايع أشكل (٢٥٣٢).

و لو باع وكالة عن المالك* (٢٥٣٣) فإنّ انزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

٢٥٣٠. لا مجال له، لاختلاف القضية المشكوكة مع المتيقنة موضوعاً، لأنّ موضوع الثانية البايع الغير المالك، و موضوع الأولى المالك، و اتّحاد الموضوع معتبر في الاستصحاب، فيرجع إلى عمومات الصحة، لشمولها له بعد التملك، اللهمّ أن تجعل المالكيّة و عدمها من الحالات، و هو كما ترى. و إن شئت قلت: إن عدم وجوب الوفاء على البايع قبل الملك مستند إلى فقد موضوعه، أعني: المالك العاقد، فبعد القطع بوجود موضوعه لأجل حصول التملك لا يبقى شكّ في وجوبه كي يستصحب. و المقام من قبيل التخصّص و الخروج الموضوعي، لا التخصيص و الإخراج الحكمي، فالمانع من التمسك بها في المسألة عدم تحقّق الطيب المعتبر في الموضوع. و لعلّ الأمر بالتأمل إشارة إلى ما ذكرنا، أو إلى عدم جريان الاستصحاب في المقام، لكون الشكّ فيه في المقتضي.

٢٥٣١. لأنّ تملك النفس إذا لم يكن مؤثراً في الصحة بدون الإجازة فتملك المال أولى بعدم التأثير. هذا، و قد مرّ الإيراد على دلالة الرواية.

٢٥٣٢. لعدم صدق البايع و الشارط عليه حيثنذ. و فيه منع واضح.

٢٥٣٣. لا ربط لهذا الفرع بالمقام كما لا يخفى. و لعلّه من أغلاط النسخة.

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف. و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه، إمّا لعدم الولاية فانكشف كونه ولياً، و إمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكا، و على كلّ منهما، فإمّا أن يبيع عن المالك و إمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع، الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتّى على القول بطلان الفضولي (٢٥٣٤)، لكن الظاهر من المحكي عن القاضي أنّه: إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع و اشترى و هو لا يعلم بإذن سيده و لا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجارة، و لا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن، و لم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه و شراؤه منهم جائزاً، و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جازاً، انتهى. و عن المختلف الإيراد عليه: بأنّه لو أذن المولى و لا يعلم العبد، ثم باع العبد صح؛ لأنّه صادق الإذن، و لا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين، انتهى. و هو حسن (٢٥٣٥).

٢٥٣٤. نفي الإشكال هنا في اللزوم و عدم الوقوف على الإجازة بعد الانكشاف إمّا يتمّ فيما لو كان المستفاد من الأدلة الشرعية اعتبار رضا الوليّ بنقل مال المولى عليه واقعاً من دون توقّف على اعتبار شيء آخر، و هذا المعنى حاصل فيما نحن فيه، لأنّ الوليّ راضٍ بنقل مال المولى عليه، غاية الأمر أنّ ولايته مجهولة، و لم يكن مفادها تنزيل الوليّ منزلة المالك، و تنزيل ماله منزلة مال نفسه، و إلّا فلو كان مفادها التنزيل المذكور فلاريب في أنّ حكمه حكم المالك. فكما أنّ المالك إذا باع ماله بزعم أنّه للغير لا بدّ في صحته من الإجازة و الرضا به بعنوان أنّه ماله، كذلك لو باع الوليّ مال المولى عليه بزعم أنّه مال غيره و تبين أنّه له لا بدّ في صحته من الرضا به بعنوان أنّه مال المولى عليه، لأنّ الرضا قبل الالتفات إمّا تعلّق بنقل مال من هو أجنبي عنه و ليس له ولاية عليه، و الظاهر أنّ مفادها التنزيل. و عليه، لافرق بين الصور الأربع في الاحتياج إلى شيء آخر، و هو الإجازة على ما يقولون، و صرف الرضا الباطني بالنقل بذاك العنوان الملتفت إليه بعد الالتفات على المختار.

٢٥٣٥. نعم، و لكن فرق بينه و بين المقام، حيث إنّ قد انتفى فيه شرط من شرائط توجه خطاب «أوفّوا بالعقود» على الوليّ العاقد، و هو رضا بمضمون العقد بما هو سلطان

الثانية: أن يبيع لنفسه فأنكشف كونه ولياً، فالظاهر أيضاً صحة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدح، و في توقفه على إجازته للمولى عليه وجه؛ لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل (٢٥٣٦).

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم تنكشف كونه مالكا، وقد مثله الأكثر بما لو باع (٢٥٣٧) مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً، و المشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد و الإرشاد في باب الهبة الإجماع، و لم نعث على مخالف صريح إلا أن الشهيد^(١) ذكر في قواعده: أنه لو قيل بالبطلان أمكن^(٢)،

عليه، لتوقفه على الالتفات المفقود في المقام، مع تحقق إضافة العقد إليه مع ذلك، بخلاف المثال، فإنه لم يلتفت* فيه شرط من شروط توجه الخطاب المذكور على من له سلطنة على مضمون العقد. أما كونه راضياً بانتقال ماله بعنوان أنه ماله فواضح، لأنه قضية إذنه في التجارة. و أما إضافة العقد الصادر من العبد للمالك إليه فلوضوح أنه يكفي فيها الإذن الواقعي، و لا يحتاج إلى الالتفات المأذون إليه، و لذا نلتزم بلزوم العقد فيما لو أذن المالك لشخص في بيع مال خاص لأحدهما بمال خاص للآخر، ثم غفل ذاك الشخص عن الإذن و عقد على النحو المأذون فيه واقعاً بلا التفات إلى الإذن.

٢٥٣٦. لعله إشارة إلى أن قصد كونه لنفسه بعد لغويته و عدم قادحيته لا يوجب هذا.

٢٥٣٧. لم يعلم فيما رأيت من كلامهم جعله مثلاً لما ذكره المصنف^(٣)، و هو البيع عن المالك ثم انكشف كون البائع مالكا. فهذا كلام العلامة في القواعد قال: «و لو باع مال أبيه بظن الحياة و أنه فضولي، فبان ميتاً و أن المبيع ملكه، فالوجه الصحة» انتهى. فلعل مرادهم مطلق البيع، سواء كان عن أبيه أو عن نفسه. فيكون الأول مما استدل به على البطلان في النهاية و الإيضاح ناظراً إلى الصورة الأولى، و الثاني منه ناظراً إلى الصورة الثانية. و حيث لا يبقى مجال لإيراد المصنف على الدليل الثاني - أعني: لزوم التعليق - بمخالفته للدليل الأول كما لا يخفى، فليراجع إلى كتب الأصحاب^(٤).

* كذا في الطبعة الحجرية. والظاهر أنه تصحيف: ينتف، أي: لم ينتف...، بقربة قوله في السطر الأول: حيث إنه قد انتفي فيه... .

و قد سبقه في احتمال ذلك العلامة و ولده في النهاية و الإيضاح؛ لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه، و لأنه و إن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك، و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد؛ لاعتقاده أن المبيع لغيره، انتهى.

أقول: أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح في وقوعه؛ لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده أن المالك أبوه، و قد تقدم توضيح ذلك في عكس المسألة، أي: ما لو باع ملك غيره باعتقاده أنه ملكه، نعم، من أبطل عقد الفضيولي لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قويّ البطلان عنده هنا؛ لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه؛ و لذا نقول نحن كما سيحجى باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد؛ لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

و أما ما ذكر: من أنه في معنى التعليق، ففيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى: منع كونه في معنى التعليق؛ لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبني على دعوى السلطنة و الاستقلال على المال لا على تعليق للنقل* بكونه منتقلاً إليه بالإرث عن مورثه؛ لأن ذلك لا يجمع (٢٥٣٨) مع ظن الحياة، اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، و بدونه فالقصد صوري على ما تقدم من المسالك من أن الفضيولي و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، لكن فيه حينئذ: أن هذا القصد الصوري كاف؛ و لذا قلنا بصحة عقد الفضيولي.

و كيف كان، فالمراد من الظن بالحياة هو القطع بالحياة، و إنما عبر بالظن عن القطع المخالف للواقع كثيراً. و الشاهد على إرادته منه قول المصنف رحمه الله فيما بعد: « فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه ».

٢٥٣٨. قد عرفت أن المراد من الظن هو العلم المخالف للواقع، يعني: لأن التعليق لا يجمع مع العلم بالحياة، لأن التعليق موقوف على الاحتمال، و هو مضاف للقطع.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً (٢٥٣٩) من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

وكيف كان، فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد (٢٥٤٠)،

٢٥٣٩. أي: من كون القصد الصوري كافياً يظهر.... هذا، مع أنه أيضاً مثل سابقه مخالف للدليل الأول، لأن كونه كالعابث مثل كون العقد معلّقاً لا يكون إلا فيما إذا باعه لنفسه، و مفاد الدليل الأول البيع عن الأب، و هما متخالفان. و من هنا ظهر وجه مخالفة الدليل الثاني للأول أيضاً.

٢٥٤٠. نعم، لكن فيما إذا لم نقل باعتبار العمد، و أنه لا فرق بينه و بين الخطأ في ترتب الأحكام الوضعيّة على العقود و الإيقاعات، التي منها نفوذ العقد المخطأ فيه في حقّ الخاطئ العاقد في المقام، و إلا فلا ينبغي الإشكال في الفساد حتّى مع الإجازة أيضاً، لكن لا لعدم القصد من العاقد - بمعنى: إرادة إنشاء مضمون العقد - كي يرد عليه ما ذكره المصنّف من كفاية القصد الصوري في الصحة، بل لعدم القصد بمعنى العمد و الالتفات، مقابل الخطأ المعتر في مقام إلزام المكلف بمقتضى أعماله و معاملاته و مواخذاً به، إذ الفرض في المقام عدم القصد و التعمّد و الالتفات من العاقد إلى بيع مال نفسه، لعدم الالتفات إلى كون المبيع مال نفسه، فإذا لغا عقده في حقّ العاقد من حيث انتفاء العمد و كونه خطأً لأجل حديث الرفع لم تنفعه الإجازة فيما بعد، و يكون كعقد الهازل، بخلاف ما إذا لغا من حيث فقد رضا المالك و إذنه، كما في الفضولي في غير أمثال المقام في عقد المكره، فإنّه تنفعه الإجازة في ترتب الأثر على العقد، و ذلك لأنّ الثابت بأدلة صحّة الفضولي قيام الإجازة مقام الإذن المقرون لإفادتها فائدة القصد مقابل الخطأ، و قيامها مقامه من جهة انتفاء القصد في المقام يفتقر عمّا لو باع مال غيره ملتفتاً إلى كونه للغير لنفسه، حيث إنّ قصد العاقد بذلك المعنى في المعاملة المفروضة موجود لا مانع من صحّتها من تلك الجهة، فقياس المقام عليه قياس مع الفارق.

و بما ذكرنا يعلم أنّ بعض الكلمات في المسألة نقياً و إثباتاً قد نشأ من الخلط بين القصدين اللذين أشرنا إليهما، كما لا يخفى على المتأمل، فتأمل.

إلا أن ظاهر المحكي من غير واحد لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة؛ لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه - و إن لم يشعر به - فهو أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، و إلا توجه عدم وقوع العقد له، لكن الأقوى وفقاً للمحقق و الشهيد الثانيين^{٢٣}: وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك؛ لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلا أن يقال إن قصده إلى أصل البيع كافٍ (٢٥٤١) و توضيحه: أن انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقصد قسداً خلافاً، و إنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الأمور المتأخرة و عدمه (٢٥٤٢)، مع أن عدم القصد المذكور (٢٥٤٣) لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربّما يحتمل قدحه،

٢٥٤١. يعني: يكفي في صحة الإنشاء و ترتب الأثر الفعلي عليه خاصة - بمعنى: عدم دخالة الإجازة فيه بحيث لا أثر له قبلها - قصده إلى تحقق أصل البيع به، و لو بواسطة قصده إلى تحققه بالمرتب منه و من الإجازة، لا به باتفاده، لأن تمامية السبب التام - و هو العقد - لا يعتبر فيها قصد التمامية، و لا يضرّ فيها قصد الجزئية كما هو واضح. و هذا لا ربط له بمسألة تبعية العقد للقصد، لأن معناها أن الذي يقع و يوجد بعد العقد إنما هو مدلوله الذي قصد من العقد وقوعه، و من الظاهر أن كون العقد تمام السبب أو جزؤه أجنبي عن مدلول العقد. و لعل ما ذكرناه في توضيح ما ذكره في وجه الاندفاع أولى مما ذكره فيه بقوله: «و توضيحه» أي: توضيح الاندفاع.

٢٥٤٢. فلا تعرض هذه الأحكام في القسم الأول على العقود إلا بعد وجود هذه الأمور، كالإجازة و القبض في الصرف، و تعرض في الثاني بمجرد وجود العقد عليها.

٢٥٤٣. يعني: مع أن عدم القصد إلى البيع الناقل من حين العقد لا يقدر في صحة العقد و ترتب الأثر عليه من حين وقوعه، و عدم توقّفه على الإجازة بناءً على الكشف الذي عليه بناء الاستدلال المذكور، إذ بناءً على النقل لا يكون هناك نقل من حين العقد حتى يقال: إنه لم يقصده فكيف يقع؟ و الوجه في عدم قدحه فيه: أنه مستند إلى الإجازة على الكشف لا

فالدليل على اشتراط (٢٥٤٤) تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، و عدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، و حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراضٍ. و بالجملة، فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا.

و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، و إلا ففسد العقد ففيه (٢٥٤٥): أنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم* القصد إلى نقل المال المعين. و قصد كونه ماله أو مال غيره مع خطائه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدح و لا ينفع؛ و لذا بنينا على صحة العقد بقصد** مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

إلى العقد، بل قصد النقل بعد الإجازة بناءً على كاشفتها - كما عليها بناء الدليل - ربما يحتمل قدحه في صحته من حين العقد، على ما تقدم إليه الإشارة في التنبيه الأول.

و فيه أولاً: أنه كيف لا يقدح في عدم توقف وقوعه من حين العقد على الإجازة على الكشف، و الحال أن الكشف موقوف على الإجازة؟ فعدم القدح في عدم اعتبار الإجازة مبني على الإجازة.

و ثانياً: أن معنى صحة النقل مع الإجازة هو النقل مع الإجازة و بعدها بما لها من الحكم الشرعي على الكشف، و هو النقل من حين العقد، لا بما لها من الحكم الشرعي على النقل، و هو النقل من حينها. فقصد النقل مع الإجازة على الكشف لا قدح فيه في وقوعه من حين العقد أصلاً، و ما ربما يحتمل قدحه - بل يفسد - إنما هو ما إذا قصد منها القائل بالكشف ما يقول به القائل بالنقل.

٢٥٤٤. هذا في مقابل قوله: «لا ما ذكره في جامع المقاصد». فالأولى أن يقول: بل لعموم تسلط الناس على أموالهم.

٢٥٤٥. يعني: فيه أننا نختار الشرطية الثانية، و هي عدم حصول قصد نقل مال نفسه بمجرد القصد إلى نقل مال معين لا يعلم أنه له في الواقع، و نمنع بطلان التالي، و هو فساد العقد بالمعنى الذي أراده، و هو الفساد بمعنى عدم أهليته للصحة، و نقول بصحته التأهيلية، إذ يكفي فيها مجرد القصد إلى نقل مال معين، و لا يعتبر فيها - مضافاً إلى هذا - قصد كونه مال نفسه

و أما أدلة اعتبار التراضي و طيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقداً أنه لغيره،

بما هو ماله في الواقع فيما لو باع لنفسه، أو قصد كونه مال غيره بما هو كذلك فيما إذا بساع للمالك، حتى يكون انتفائه - بأن أخطأ قصده عن الواقع - قادحاً في تحقق تلك الأهلية قدح انتفاء الشرط في وجود المشروط، و يكون وجوده - بأن أصاب الواقع - في *تحققها نفع وجود الشرط في وجود المشروط، بل القصد المذكور بالقياس إلى الصحة التأهيلية من قبيل ضم الحجر بالإنسان، لانتفائه يقدر فيها، و لا وجوده ينفع فيها. و لعدم اعتبار ذاك القصد في ذاك النحو من الصحة بنينا على صحة العقد على المال المعين بقصد أنه مال نفسه و البناء عليه مع أنه لغيره. و أما الصحة الفعلية فهو لا يكفي فيها، بل لابد فيها - مضافاً إلى ذلك - من الرضا بنقل ماله بما هو له و القصد إليه و لو متأخراً، و ذلك لأن أدلة اعتبار التراضي تدل على اعتبار رضا المالك بنقل ماله بما هو ماله، لا بنقل مال له واقعاً لم يعلم به، بل علم بكونه للغير، و رضي بنقله بعنوان أنه للغير.

فأوضح أن قوله: «لا يقدر و لا ينفع» بالقياس إلى صورة خطأ القصد عن الواقع و إصابته من قبيل اللف و النشر المرتب. و المراد مما فيه القدرح و النفع هو الصحة التأهيلية و القابلية لتأثير قبال عدم القابلية له.

و اتضح أيضاً أن المناسب لسلسلة العبارة أن يبدل قوله: «و أما أدلة اعتبار التراضي...»، إلى قوله: و أما صحة العقد بالفعل فلا يكفي هو فيها، بل لابد فيها مع ذلك من الرضا بنقل ماله حقيقة بعنوان أنه ماله، لأن أدلة اعتبار التراضي و طيب النفس دالة على اعتبار رضا المالك. أو إلى قوله: نعم، لا يكفي في حقيقة العقد و فعلية تأثيره، بل يعتبر فيها الرضا بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله... إلى آخر ما في المتن. و يقدم هذه الفقرة على قوله: «و أما ما ذكرنا...»، و يقول: لأن أدلة اعتبار التراضي دالة...، لأن مفاد هذه الفقرة تتمم للدليل السابق، و علة لجريان أكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي في المقام.

* كذا في الطبعة المحررة: و في العبارة سقط، و هو كلمة «نافعاً» و هو خير لـ «يكون»، أي: و يكون وجوده نافعاً في تحققها نفع وجود... .

و المأذون يعلم أنه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن.

ولو فرضنا أنه أعتق عبداً عن غيره فبان أنه له لم ينعق، وكذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبان زوجته؛ لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة. ولو غره الغاصب فقال: "هذا عبدي أعتقه عنك" فأعتقه عن نفسه فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم النفوذ وفقاً للمحكي عن التحرير و حواشي الشهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا و وقوفه على الإجازة؛ لأن العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فكّ ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلة بخلاف البيع؛ فلا تناقض بين حكمه بطلان العتق وصحة البيع مع الإجازة كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ و حكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة؛ فإن القصد إلى إنشاء يتعلق بمعين هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النفس و الرضا المعتبر في جميع إنشآت الناس المتعلقة بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق، و إن اعتبر في طيب النفس المتعلقة بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له و لم يكفي مجرد مصادفة الواقع، و جب الحكم بعدم لزوم البيع. فالحق: أن القصد إلى الإنشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير، و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له، لكن لا يكفي ذلك في تحقق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء، ثم إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود و إلا وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

ثم إنه ظهر مما ذكرنا في وجه الوقوف (٢٥٤٦) على الإجازة: أن هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء، كما قرأه بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من عاصرناه؛ معللاً بقاعدة نفي الضرر؛

٢٥٤٦. و ذلك - كما قيل - لأن مقتضى ما ذكره في وجهه بقوله: «و أمّا أدلة اعتبار التراضي» عدم حصول المقتضي للنقل و الانتقال، و أن الإجازة لو أفادت ففائدتها إتمام المقتضي، لا أن النقل حصل و أنه يمكن رفعه بالفسخ.

إذ فيه: أن الخيار فرع الانتقال (٢٥٤٧)، و قد تقدّم توقّفه على طيب النفس. و ما ذكرناه من الضرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمر راجع إلى العوض و المعوّض، و إنّما هو لانّقال الملك (٢٥٤٨) عن مالكة من دون علمه و رضاه؛ إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي أو يعلمه و يجهل تعلّقه بماله. و من المعلوم: أن هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الإجازة؛ إذ لا يلزم من لزومه (٢٥٤٩) بدونها سوى هذا الضرر.

ثم، إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقّفة على القول بصحة عقد الفضولي بل يجرى على القول بالبطلان، إلّا أن يستند في بطلانه بما تقدّم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجّه عنده حينئذٍ البطلان، ثم يغرم المثلن و إن كان جاهلاً*.

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له، و الأقوى هنا أيضاً الصحة و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الإجازة؛ بمثل ما مر في الثالثة، و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة؛ و لذا قوّي اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

٢٥٤٧. كيف مع أن ظاهرهم ثبوت خيار المجلس قبل القبض في الصرف و لانتقال فيه، بل في مطلق البيع على مذهب الشيخ^{رحمته} من توقّف الانتقال على انقضاء مدّة الخيار.

٢٥٤٨. مقتضى ما ذكره من التقريب وجود المقتضي للانتقال في المسألة، و إنّما الضرر و الحرج مانع عنه، تحكيماً لدليلهما على دليله.

و فيه: منع كون الضرر في أصل الانتقال، و إنّما هو في اللزوم و وجوب الالتزام بمقتضى العقد. فاللازم في منع التعليل بقاعدة الضرر منع كون المقام من صغرياتها، لتوقّفه على وجود المقتضي لترتب الضرر لولا القاعدة، و هو منتفٍ في المقام، لعدم تماميّته إلّا بعد الإجازة.

٢٥٤٩. قد علم من الحاشية السابقة أن المستند في وقوف العقد عدم حصول ما هو المقتضي للانتقال، لادليل نفي الضرر و الحرج.

المصادر:

- (١) إيضاح الفوائد ج ١: ص ٤١٩.
- (٢) الجواهر ج ٢٢: ص ٢٨٨.
- (٣) القواعد ج ١: ص ١٢٤.
- (٤) الروضة البهية ج ٦: ص ٢٩٤-٢٩٦؛ مقاييس الأنوار: ص ١٩٢-١٩٣.
- (٥) القواعد ج ٢: ص ٧.
- (٦) الجواهر ج ٢٢: ص ٢٩١.
- (٧) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ١٩٨؛ الجواهر ج ٢٢: ص ٢٩٣-٢٩٤.
- (٨) الجواهر ج ٢٢: ص ٢٩٣.
- (٩) المختصر النافع: ص ١٥٥؛ الإرشاد ج ١: ص ٤١٩.
- (١٠) القواعد ج ١: ص ١٢٤.
- (١١) الدروس ج ٣: ص ١٩٣.
- (١٢) التذكرة ج ١: ص ٤٦٥.
- (١٣) الدروس ج ٣: ص ١٩٣.
- (١٤) الجواهر ج ٢٢: ص ٢٩٨.
- (١٥) مقاييس الأنوار: ص ١٣٤.
- (١٦) الوسائل ج ١٢: ص ٣٧٨، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.
- (١٧) الوسائل ج ١٢: ص ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.
- (١٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.
- (١٩) الوسائل ج ١٤: ص ٥٢٦، الباب ٢٦ من أبواب أحكام العبيد و الإماء، الحديث ٣.
- (٢٠) الدروس ج ٣: ص ١٩٣.
- (٢١) المختلف ج ٥: ص ٤٣٥.
- (٢٢) القواعد و الفوائد ج ٢: ص ٢٣٨.
- (٢٣) جامع المقاصد ج ٤: ص ٧٦.



مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

و أما القول في المجاز:

فاستقصائه يكون ببيان أمور، الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعبرة في تأثيره عدا رضا المالك، فلا يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء (٢٥٥٠) و لإحراز (٢٥٥١) سائر الشروط بالنسبة إلى الأصل فقط على الكشف؛ للزومه عليه (٢٥٥٢) حينئذ، بل مطلقاً، لتوقف تأثيره الثابت و لو على القول بالنقل عليها؛ وذلك لأن العقد (٢٥٥٣) إمّا تمام السبب

.....

٢٥٥٠. يعني: مع فقد سائر الشروط، مثل شروط العوضين مثلاً.

٢٥٥١. يعني: و لا يكفي إحراز سائر الشروط المعبرة في صحة العقد مع اتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء بالنسبة إلى خصوص الأصل فقط دون الفضولي، بل لابد من إحرازه بالنسبة إلى الفضولي أيضاً.

٢٥٥٢. هذا علة للإحراز. و ضميره و ضمير «تأثيره» راجع إلى العقد المجاز المستفاد من الكلام. و ضمير «عليه» راجع إلى الأصل. و قوله: «بل مطلقاً» - يعني: حتى مع النقل - عطف على «حينئذ» الموجود في بعض النسخ، يعني: حين إذ بني على الكشف. أو عطف على قوله: «على الكشف» بناءً على الضرب عليه كما في بعض النسخ المصححة، و هو الصواب. و المناسب على النسخة الثانية تأخير قوله «على الكشف» عن قوله «للزومه». و قوله: «لتوقف تأثيره» علة لعدم الكفاية. و قوله: «الثابت» - يعني لعقد الفضولي - صفة للتأثير دون التوقف. و قوله: «و لو على القول بالنقل» بيان للفرد الخفي لثبوت التأثير، يعني: توقف تأثير العقد الفضولي في النقل و الانتقال الثابت له و لو على القول بالنقل في الإجازة فضلاً عن القول بالكشف. و ضمير «عليها» المتعلق بالتوقف راجع إلى الشروط.

٢٥٥٣. و قوله: «و ذلك لأن العقد» علة للتوقف و بيان لوجهه، لا لعدم الكفاية كما زعمه السيد الأستاذ العلامة. يعني: أن الوجه في توقف تأثيره على الشروط أن العقد بالنسبة إلى الإجازة إمّا تمام السبب و الإجازة كاشفة محضة عن تمامية السبب، على ما عرفت وجهه في توضيح ما استدلل به المحقق الثاني على الكشف، و إمّا جزء السبب و جزؤه الآخر هو الإجازة و على أي حال، يعتبر اجتماع شروط العقد المعبرة فيه عنده، و لا يكفي حدوثها

أو جزئه، و على أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده؛ و لهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا؛ لأن الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، و لو سلم كونها جزءاً فهو جزء للمؤثر (٢٣٧٢) لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد. نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعيّ على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء، أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، و لعلّ من هذا القبيل: القدرة على التسليم و إسلام مشتري المصحف و العبد المسلم.

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين (٢٣٧٣)

عند الإجازة. أمّا على الأوّل فواضح. و أمّا على الثاني فلأنّ المعتبر في شروط السبب المركّب من جزأين وجودها من أوّل الشروع فيه، و لهذا لا يجوز... هذا ما يرجع إلى شرح العبارة. و أمّا تحقيق المطلب فهو: أنّ كلّ ما هو شرط لأصل العقد و صحّة الإنشاء فلا بدّ من وجوده حين العقد، و كلّ ما هو شرط للانتقال فكذلك بناءً على الكشف، و أمّا بناءً على النقل فلا بدّ من وجوده حين الإجازة، و لا يكفي وجوده حين العقد إلّا مع بقائه إلى حينها. هذا بحسب الكبرى. و أمّا بحسب الصغرى، و أنّ أيّ شرط من الشروط شرط للعقد، و أيّ منها شرط الانتقال، فتعيينها موكول إلى نظر الفقيه و فهمه من الأدلّة.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الكلام من قوله: «و لهذا لا يجوز» إلى قوله: «و العبد المسلم» مبنيّ على القول بالنقل. فالإيراد على المصنّف - بأنّ الاكتفاء بوجود القدرة على التسليم و إسلام مشتري المصحف و العبد المسلم حين الإجازة لا يتمّ بناءً على الكشف، إذ لا بدّ من وجودهما حين العقد بناءً عليه - ليس في محله، لاختصاص كلامه بالقول بالنقل.

٢٣٧٢. و هو المركّب من العقد و الإجازة.

٢٣٧٣. هذا واضح على الكشف. أمّا بالنسبة إلى الأصيل فلأنّ العقد في حقّه تامّ يجب

الوفاء به، فزوال الشروط بالنسبة إليه زوال بعد تحمّية العقد، و هو غير مؤثر. و أمّا بالنسبة إلى

على شروطهما حتى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، و أما بناءً على الكشف فوجهان (٢٥٥٦) و اعتبارها عليه أيضاً غير بعيد (٢٥٥٧).

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمميز بالتفصيل من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد (٢٥٥٨) قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدّاً لا يجوز معه التوكيل،

الفضولي فلائته بعد العقد أجنبي عنه بالمرّة. و أما على النقل ففيه إشكال، إلا على ما استظهره من المحقّق الثاني سابقاً من وجوب الوفاء عليه حتى على النقل. وجه الإشكال: أن انتفاء الشرائط حيثئذ يكون قبل تماميّة العقد عند المصنّف القائل بعدم وجوب الوفاء على الأصيل على النقل، و هو قادح و يشكل على الكشف أيضاً، لما مرّ من عدم تماميّة العقد قبل الإجازة بناءً عليه أيضاً، فيكون زوالها قبلها زوالاً في الأثناء، و هو مضرّ، فتأمل.

٢٥٥٦. مبيّان على إمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار الاستمرار - كما تقدّم عن صاحب الجواهر عند أواخر التكلّم في ثمرات الكشف و النقل - فيعتبر البقاء، و منعه مع فحوى خبر تزويج الصغيرين اللذين مات أحدهما، حيث إن موت أحد الزوجين بمنزلة تلف أحد العوضين، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، كما تقدّم هذا عن المصنّف رحمه الله هناك في ردّ صاحب الجواهر. و قد تقدّم ممّا هناك بيان مراد صاحب الجواهر رحمه الله و شرح عبارته بما لا يقي معه بحال لما وجهه المصنّف عليه من الإيرادات. و تقدّم أيضاً أن مختار المصنّف هنا منافي لمختاره هناك، فراجع و لاحظ.

٢٥٥٧. قد مرّ من المصنّف في ذيل بيان الثمرات بين الكشف و النقل - عند التعرّض لثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخّرين - الجزم بعدم الاعتبار بناءً عليه، و هو الذي يقتضيه خبر نكاح الصغيرين، فنفي البعد هنا في غير محله.

٢٥٥٨. هذا هو الأقوى، لأن الوجه في اعتبار الإجازة هو تحصيل الرضا بالانتقال و تحصيل إضافة العقد إلى المميز، و لا ريب في حصولهما مع العلم الإجمالي.

و من أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد؛ لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل. من هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم (٢٥٥٩) بوقوع العقد، و لا يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأن الإجازة و إن لم تكن من العقود حتى يشملها معاقده إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنها في معناها؛ و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق مع أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد، فتأمل.

الثالث: المجاز، أما العقد الواقع على نفس مال الغير (٢٥٦٠) و أما العقد الواقع على عوضه (٢٥٦١)، و على كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره، أو عقداً بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله، أو باختلاف. و يجمع الكل فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية، و باع بايع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل.



٢٥٥٩. بعد اعترافه بأن الإجماع على عدم جواز التعليق من جهة اختصاص معقده بالعقد لا يشمل الإجازة لوجه لتقوية هذا الاحتمال. فالأقوى كفاية احتمال وقوع العقد في صحة الإجازة، فيها يضاف العقد إلى المجيز و يكون عقده، فيخاطب بالوفاء واقعاً، و ينجز عليه بعد العلم بوقوع المحتمل. و لعله لذا أمر بالتأمل.

٢٥٦٠. كما في العقود الثلاثة الأول في المثال. الآتي الذي ذكره بقوله: «و يجمع الكل فيما إذا باع عبداً المالك بفرس» إلى آخر المثال.

٢٥٦١. كما في ما عدا العقود الثلاثة الأول في المثال و المراد من العوض في العبارة أعم من عوض نفس مال الغير، كما في بيع الفرس بدرهم و في بيع الدينار بجارية، فإن الفرس عوض العبد في البيع الأول، و الدينار عوضه في البيع الثاني، و هو بيع العبد بالكتاب. و من عوض عوضه، كما في بيع الدرهم برغيف و بيع الدرهم بحمار، فإن الدرهم فيهما عوض عن الفرس الذي هو عوض عن العبد. و من عوض عوض عوضه، كما في بيع الرغيف بعسل، فإن الرغيف عوض الدرهم، و هو عوض الفرس، و هو عوض العبد الذي هو مال الغير.

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك أعني العبد بالكتاب، فهي ملزمة له و لما بعده
 فما وقع على مورده - أعني العبد بالدينار - بناءً على الكشف، و أما بناءً على النقل فيبني
 على ما تقدم من اعتبار (٢٥٦٢) ملك المجيز حين العقد و عدمه، و هي فسخ بالنسبة إلى
 ما قبله فما ورد على مورده، أعني بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز. أما بالنسبة إلى من ملك
 بالإجازة و هو المشتري بالكتاب، فقابليته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين
 العقد. هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعني مال المجيز.

و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز: فالسابقة على هذا العقد - و هو بيع
 الفرس بالدرهم - يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض و هو الفرس، و
 اللاحقة له - أعني بيع الدينار بجمارية - تلزم بلزوم هذا العقد (٢٥٦٣).

٢٥٦٢. يعني: ينشئ الكلام فيه من حيث الصحة و البطلان على اعتبار كون المجيز هو
 المالك حال العقد فالثاني، و عدم اعتباره فالأول، لأن الفرض حينئذ يكون من صغريات من
 باع شيئاً ثم ملك، فتحري فيه الأقوال المتقدمة من البطلان أو الصحة بدون الحاجة إلى الإجازة
 بعد الملك أو معها، و قد مرّ أن الأقوى هو الأخير. و من هنا يتضح المراد من قوله فيما بعد:
 «فقابليته للإجازة مبنية على مسألة...»، حيث إن بيع العبد بفرس بالنسبة إلى من ملك العبد -
 بإجازة ماله الأولي يبيعه بالكتاب، و هو المشتري له بالكتاب - من صغريات من لم يكن
 مالكا للمبيع فضولاً حين العقد ثم ملكه، فالكلام فيه هو الكلام فيه.

٢٥٦٣. يعني: بناءً على الكشف. و أما بناءً على النقل فيبني الكلام فيه - مثل العقد
 اللاحق له الوارد على مورده - على اعتبار كون المجيز هو المالك حال العقد و عدمه. و كذلك
 الكلام في قوله فيما بعد: «و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض...»، فإن لزومها
 بإجازة العقد المتوسط الواقع على العوض أيضاً مبني على الكشف. و أما بناءً على النقل فالحكم
 فيه مبني على ما ذكر.

و بالجملة، لافرق بين العقد الواقع على عوض مال المجيز اللاحق على العقد المجاز الوارد
 على نفس مال المجيز كبيع الفرس بالدرهم، و العقد الواقع على عوض مال المجيز اللاحق للعقد
 المجاز الواقع على عوض ماله أيضاً كبيع الدرهم بالحمار، و بين العقد الواقع على نفس مال
 المجيز اللاحق للعقد المجاز الواقع على نفس ماله كبيع العبد بدينار، في أنه بناءً على الكشف يلزم

و أما إجازة العقد الواقع على العوض* أعني بيع الدرهم برغيف، فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعني بيع العبد بالفرس أو على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض و هو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البديل المجاز أعني بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

و ملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كانت إجازة وسط منها فسخاً لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر. و لعل هذا هو المراد من المحكي عن الإيضاح و الدروس في حكم ترتب العقود: من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صح و ما بعده، و في الثمن ينعكس؛ فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعددة، و أما العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصي مراراً؛ لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من** قولنا: أما الواقعة على هذا البديل المجاز...، بل مرادها تراعي الأثمان في العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان. و قد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا في المقسم من أن العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصي الأول له بل العوض و لو بواسطة.

ثم إن هنا إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبع العقود (٢٥٦٤)

اللاحق في الجميع بإجازة السابق، و على النقل بيني الكلام في الجميع على اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه.

٢٥٦٤. من جهة اعتبار قيدين في جواز تتبع ما صدر من الفضولي ظاهراً و واقعاً أو ظاهراً من العقود التي لأقل من كونها اثنين - أحد هذين القيدتين: قابليتها للصحة من جهة تحقق ما يعتبر فيها من الثمن و المثمن، و الآخر: ورودها على عين مال المتبّع أو عوضه - يشكل تعميم الجواز لصورة علم المشتري بالغصب، تارة: من جهة فقدان القيد الأول، و هو القابلية للصحة، كما في البيع الأول الذي هو مورد كلام القطب ظاهراً، و ذلك لرجوعه

لصورة علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمته في القواعد، و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه، فقال الأول فيما حكي عنه: إن وجه الإشكال أن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع، و لو بقي ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير (٢٥٦٥)

حينئذٍ إلى البيع بلا ثمن، و هو باطل. و أخرى: من جهة فقدان القيد الثاني، و هو ورود العقد على مال المتبّع أو عوضه، كما في العقد الثاني الوارد على ما جعل ثمناً و عوضاً في العقد الأول، على ما هو مورد كلام الشهيد رحمته في حواشيه على القواعد، بقرينة قوله: «فصار الإشكال في صحة البيع و في التّبّع» في مقام التفريع على احتمال عدم نفوذ الإجازة في البيع الأول الواقع على الثمن أيضاً، إذ الظاهر منه أن الإشكال بناءً على إمكان إجازة البيع الأول مختص بالتّبّع.

و لا يخفى أنه بعد فرض قابلية البيع الأول الوارد على عين مال المتبّع للإجازة لا وجه للإشكال في التّبّع بالنسبة إليه بأن يختاره و يحمّله، و إلا يلزم الخلف فإشكال جواز التّبّع بدوياً و بدون تصرف في العقد الآخر بالإجازة مختص بالعقد الثاني. و أما بعد التصرف في الأول و إجازته، فالعقد الثاني و إن كان يصير قضيولياً يصحّ إجازته إلا أنه لا ربط له بمسألة تبّع العقود. و من هنا ظهر أن جواز التّبّع في العقود و اختيار واحد منها ابتداءً عند الشهيد - مثل السيّد الأستاذ رحمته - مختص بغير العقد الأول. إلا أن يقال: إن مراده من التّبّع في العبارة هو التّبّع مطلقاً حتّى بالنسبة إلى العقد الأول أيضاً. لكن يأتي عنه قوله رحمته: «و يلزم من القول ببطان التّبّع بطلان إجازة البيع الوارد على المبيع» لدلالته على أن بطلان البيع الأول فرع بطلان التّبّع و لازم له، و هو مختص بالتّبّع بالنسبة إلى العقد الثاني، لما عرفت أن الأمر في العقد الأول بالعكس، فإن بطلان التّبّع بالنسبة إليه فرع بطلانه و لازم له. و على فرض الاختصاص يرد على المصنّف أن كلام القطب أجنبي عن المقام، فلا وجه لذكره، إلا أن ينزّل كلامه على العقد الثاني، و هو كما ترى. و التحقيق عدم الاختصاص. و عليه، لا يرد على المصنّف شيء أصلاً، فتأمل تفهم وجهه.

٢٥٦٥. المراد من الغير غير الفضولي، و هو المالك. و ضمير «فيه» راجع إلى الثمن بتقدير المضاف. يعني: لا يؤثر في دخول الثمن في ملك صاحب المبيع - الذي باعه الغاصب و

بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، و من أن الثمن (٢٥٦٦) عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه (٢٥٦٧) إلاّ عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه، انتهى. و قال في محكمي الحواشي: إن المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبايع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذ إذا اشترى به البايع متاعاً (٢٥٦٨) فقد اشتراه لنفسه و أتلّفه عند الدفع إلى البايع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا* (٢٥٦٩) لصيرورته ملكاً للبايع و إن أمكن إجازة البيع** (٢٥٧٠)،

جعله ثمناً لماله - إجازته للبيع بعد صيرورته ملكاً للغاصب يجعله ثمناً في العقد الثاني. و وجه عدم نفوذها: عدم تعلّقها بخروج الثمن عن ملك من دخل في ملكه الثمن، إذ المفروض أن الثمن صار ملكاً للغاصب بالتلف، و الثمن دخل في ملك من اشتراه منه.

٢٥٦٦. هذا وجه للطرف الآخر من الاشكال، عطف على قوله: «إن المشتري...». فالأولى ترك كلمة «من».

٢٥٦٧. أي: لا مانع من نفوذ ملك مالك المبيع للثمن في العقد الأول إلاّ عدم صدور ذلك العقد من مالك المبيع، فإذا أجازته جرى مجرى الصادر منه في تأثيره في دخول الثمن في ملكه. ٢٥٦٨. يعني: إذا اشترى بذاك الثمن في المعاملة الأولى البايع للعين المغصوبة في المعاملة الأولى [البايع]*** متاعاً، مثل الجارية، فقد اشترى ذاك المتاع لنفسه، و أتلّف ذاك الثمن عند الدفع إلى البايع - يعني: بايع المتاع، أعني: الجارية مثلاً - فيتحقق كون الغاصب البايع في المعاملة الأولى و المشتري في المعاملة الثانية مالِكاً للمتاع المبيع في المعاملة الثانية. ٢٥٦٩. أي: في العقد الثاني الوارد على الثمن. و لك أن تجعله إشارة إلى الثمن، و مؤداهما شيء واحد.

٢٥٧٠. يعني: إجازة البيع الأول الوارد على المبيع الذي هو مال المجيز. و وجه

* في بعض النسخ: فيها. ** في بعض النسخ: البيع.

*** كذا في الطبعة الحجرية. و لعلها من زيادات النسخ، لأن فاعل «اشترى» في صدر الكلام هو «البايع العين...» و مفعوله هو «متاعاً...» فلا حاجة إلى كلمة «البايع» ثانياً.

مع احتمال عدم نفوذها أيضاً (٢٥٧١)؛ لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحة البيع و في التتبع، ثم قال: إنه يلزم من القول بطلان التتبع* (٢٥٧٢) بطلان إجازة البيع في المبيع؛ لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إن الإشكال في صحة العقد كان صحيحاً أيضاً، انتهى. و اقتصر في جامع المقاصد^٢ على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سراية هذا الإشكال (٢٥٧٣)

الإمكان: ما ذكره القطب من أن الثمن عوض عن العين المملوكة للمجيز، و لا يمنع من نفوذ الإجازة....

٢٥٧١. يعني: عدم نفوذها في المبيع أيضاً. هذا أحد طرفي الإشكال في كلام القطب، فلا تذهل.

٢٥٧٢. و ذلك لأن بطلان التتبع - بمعنى جواز اختيار صاحب المبيع في العقد الأول للعقد الثاني - إنما هو لأجل صحته للغاصب، و دخول المبيع في ملكه بإزاء الثمن الذي قبضه في مقابل مال مالك المبيع و دخول الثمن في ملك البائع، فيكون المالك للمبيع أجنبياً عن هذا العقد الثاني، فلا مجال لتتبعه و اختياره. و من المعلوم أن لازم ذلك بطلان البيع الأول الوارد على مال المجيز، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن ينتقل إلى صاحب المبيع، و الفرض هنا انتقال الثمن إلى الغاصب بجعله ثمناً في البيع الثاني، فلا يمكن انتقاله إلى المالك، فتبطل الإجازة، لانتفاء متعلقها و هو البيع. فحينئذ لو قيل في جواز التتبع و عدمه بأن الإشكال منحصر في صحة العقد الأول و عدمها، و أما التتبع و اختيار العقد الثاني فلا إشكال في عدم جوازه، لعدم الإشكال في صحته بالنسبة إلى الغاصب و أجنبيته عن الفضولي، لكان صحيحاً، كما كان القول بوجود الإشكال في كليهما صحيحاً، فتأمل.

٢٥٧٣. يعني: اقتصر في جامع المقاصد في بيان وجه الإشكال في جواز تتبع العقود مع علم المشتري بالغصب على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سراية إشكال جواز التتبع إلى صحة عقد الفضولي الواقع على المبيع أولاً، و عدم اختصاصه بالعقد الواقع من الغاصب على ثمن المبيع ثانياً، بقوله: «لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه» بعد قوله: «مع احتمال عدم

إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب. والمحكي عن الإيضاح: ابتناء وجهه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الإشكال في الجواز و العدم: الإشكال في الكشف و النقل. قال في محكي الإيضاح: إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته و الربح في سلسلي الثمن و المثلن، و أما إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أن المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب محتاجاً؛ لأنه بالتسليم إلى الغاصب (٢٥٧٤) ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب، و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن؛ لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب (٢٥٧٥)،

نفوذها أيضاً» يعني به عدم نفوذ الإجازة في العقد الواقع على المبيع - و هو العقد الأول - مثل العقد الواقع على الثمن، و هو العقد الثاني. حيث قال في شرح قول العلامة: «و مع علم المشتري إشكال» ما لفظه: «أي: له التبع إذا كان المشتري جاهلاً بتحقق المعاوضة حينئذ. أما مع علمه بالغصب ففي الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضة في العقد فله تملكه بالإجازة رعاية لمصلحته، و من انتفائها بحسب الواقع، لأن المدفوع ثمناً يملكه الغاصب، لتسليطه عليه، و لهذا يمنع استرداده عند الأصحاب و إن بقيت عينه، و المطالبة بعوضه إن تلف خاصة عند المصنف رحمته، فيمتنع على المالك تملكه» انتهى. و لا يخفى أن ظاهر كلامه مثل كلام القطب أن مورد الإشكال هو العقد الأول.

٢٥٧٤. هذا علة لكون الثمن ملكاً للغاصب المستفاد من قوله: «فيكون قد ملك الغاصب الثمن». و الضمير المنصوب بـ «أن» راجع إلى الثمن و لا يخفى أن هذه العلة لا تنج المطلوب - و هو ملكيته للثمن - إلا بدعوى أن عدم جواز استعادة الثمن من الغاصب بعد التسليم إنما هو من جهة خروجه عن ملكه. و فيه نظر، لإمكان كونه لأجل العقوبة عليه مع بقاءه في ملكه، حيث عاوض ماله بمحرّم، فيكون الغاصب، حينئذ مخاطباً بالرد، فإن بذله أخذه المشتري، و إلا فليس له استعادته و مطالبته بالرد، على ما تقدّم عن شارح الروضة في مسألة بيع الغاصب.

٢٥٧٥. يعني: أنها إما شرط لتأثير البيع الفضولي، أو بيع مستقل على ما تقدّم حكاية كاشف الرموز ذلك عن شيخه في مسألة بيع الغاصب. و مقابل الحق هو الالتزام بعد مدخلية

فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أي الإجازة، فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له، و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب. و على القول بأن إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، و يحتمل أن يقال (٢٥٧٦): لملك العين حق تعلق بالثمن، فإن له إجازة البيع و أخذ الثمن و حقه مقدّم على حق الغاصب، لأن الغاصب يؤخذ بأحسن أحواله و أشقها عليه، و المالك مأخوذ بأجود الأحوال، ثم قال: و الأصحّ عندي [أنه] مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به. انتهى كلامه.

و ظاهر كلامه: أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتجه؛ إذ حينئذٍ (٢٥٧٧) يندفع ما استشكله القطب و الشهيد: بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه* الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه**، و إذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يستردّه بناءً على ما نقل من الأصحاب.

الإجازة في النقل شرطاً أو شرطاً، و كونه كاشفة عن تمام السبب، على ما بيّناه في توضيح استدلال المحقق الثاني على الكشف. و أشار إلى ذلك بقوله: «و على القول بأن إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له» يعني: إذا أجاز المالك العقد الأوّل كان له إبطال نقل الغاصب الثمن في العقد الثاني و إمضاؤه. و يحتمل أن يكون مراده من العقد العقد الثاني، و ضمير «كان» راجعاً إلى ما يشتريه الغاصب بالثمن. و هذا و إن كان صحيحاً في نفسه إلاّ أنّه خلاف الظاهر، إذ مقتضى السياق بيان كون الثمن في العقد الأوّل للمالك على الكشف عكس النقل.

٢٥٧٦. هذا إشارة إلى إمكان رفع الإشكال بناءً على النقل بوجه آخر غير ما ذكره في الإيضاح بقوله: «و يحتمل أن يقال...» .

٢٥٧٧. لا يتمّ هذا فيما يعتبر فيه القبض مثل الصرف، فإنّ التسليط و ملكيّة الغير

نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن؛ لأن إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن؛ لأنه قبلها أجنبي عنه، و المفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل، وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه؛ لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و ما ذكره في الإيضاح: من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق و أنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل؛ لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز، و التسليط* المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز أسبق. نعم، يمكن أن يقال إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسليط** المراعى بعدم إجازة مالك المبيع لا لأن نفس التسليط*** علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقدير الرد و الإجازة، و حيث إن حكمهم (٢٥٧٨) هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقن و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم (٢٥٧٩).

مسألة في أحكام الرد

لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله: "فسخت" و "رددت" و شبه ذلك ثم هو صريح في الرد؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصل

.....
حصلاً بالإقباض.

٢٥٧٨. هذا بيان لوجه إمكان حمل حكمهم بعدم استرداد الثمن على صورة التسلط المقيد بعدم الإجازة. و حاصل الوجه: أنه لا دليل على الحكم المذكور مع مخالفته للقواعد إلا إجماعهم، و هو أمر لبي يقتصر على المتيقن، و هو الصورة المذكورة.

٢٥٧٩. لعله إشارة إلى عدم تسليم ما هو مبنى الإشكال المذكور من الاتفاق على عدم جواز استرداد المشتري عين الثمن لو بقي و بذله لو تلف، لإمكان منع رجوعه إلى الإجماع

في أحكام الرد..... ١٠١
و قابليته من طرف المجيز (٢٥٨٠)، وكذا يحصل بكل فعل مخرج (٢٥٨١) له عن ملكه
بالنقل أو بالإتلاف و شبههما كالعتق و البيع و الهبة و التزويج (٢٥٨٢) و نحو ذلك، و
الوجه في ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مقوّت محلّ الإجازة؛ لفرض خروجه عن ملكه.
و أمّا التصرف الغير المخرج عن الملك كاستيلاء الجارية (٢٥٨٣) و إجازة الدار و
تزويج الأمة (٢٥٨٤)، فهو و إن لم يخرج (٢٥٨٥) الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه إلاّ
أنّه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد؛ لأنّ صحّة الإجازة على هذا النحو
توجب وقوعها باطلة، و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. و الحاصل:
أنّ وقوع هذه الأمور صحيحة، مناقض لوقوع الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين
صحيحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه أو إيقاعه على غير وجهه، و

المصطلح.

٢٥٨٠. هذا عطف على لزوم. يعني: قابلية العقد للزوم بالإجازة.

٢٥٨١. حصولاً حقيقياً لو أنشأ به إبطال ما أحدثه الفضولي، و حكماً بمعنى عدم تأثير
الإجازة بعده لو لم يكن كذلك، سواء التفت إلى وقوعه على المال أم لا. و مراده من حصول
الردّ بالفعل حصوله بالنسبة إلى الفاعل المتصرف، فلا ينافي ما بنى عليه المصنّف في مسألة «من
باع ثم ملك» من صحّة الفضولي للأصل و العمومات، و تأثير الإجازة بالنسبة إلى المالك
الجديد.

٢٥٨٢. يعني به تزويج المزوجة فضولاً، فإنّ تزويج من له التزويج - كنفس المرأة
فضولاً إن كانت حرة، و مولاهما إن كانت أمة - مخرج للبضع عن سلطنة من له إجازة عقد
التزويج الأوّل ينقله إلى الزوج في العقد الثاني الغير الفضولي.

٢٥٨٣. في عدّه هذا ممّا لا يخرج الملك معه عن قابلية وقوع الإجازة عليه منع، بناءً على
أنّ بقاء العوضين إلى حين الإجازة على الشرائط المعتبرة في صحّة النقل و الانتقال معتر في
قابلية وقوعها عليه.

٢٥٨٤. يعني: بالقياس إلى تملكها فضولاً.

٢٥٨٥. يعني: فيلزم التفصيل بين القول بالكشف من حين العقد فلا تصحّ الإجازة،

حيث لاسبيل إلى الأخيرين تعين الأول.

و بالجملة، كل ما يكون باطلاً على تقدير حقوق الإجازة المؤثر* من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع من حقوق الإجازة؛ لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم، لو انتفع المالك بها (٢٥٨٦) قبل الإجازة بالسكنى و اللبس، كان عليه أجرة المثل إذا أجاز، فتأمل. و منه يعلم أنه (٢٥٨٧) لافرق بين وقوع هذه مع الإطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونها؛ لأن التنافي بينهما واقعي. و دعوى: أنه لادليل على (٢٥٨٨)

.....

لما ذكره بقوله: «لامتناع اجتماع المتنافيين» و بين القول بالنقل فتصح الإجازة و تؤثر في صحة الفضولي من حينها، فإن وقعت حال كون الدار مستأجرة و الأمة مزوجة فينتقل المبيع إلى المشتري مسلوب المنفعة الكذائية، و إن وقعت بعد انقضاء الإجازة و زوال الزوجية فينتقل إليه معها. لكن هذا فيما إذا لم يقصد الردّ بذلك التصرف مقروناً بما يدلّ على إرادة تحقّقه به، و إلّا يكون ردّاً حقيقياً، فيخرج عن قابلية الإجازة.

٢٥٨٦. الظاهر زيادة هذه العبارة إلى قوله: «فتأمل» حيث إنّ ما ذكره من المناقضة بين إجازة الدار و إجازة البيع الواقع عليها فضولاً قبلها بعينه جارٍ في الانتفاع بمثل السكنى و اللبس، فلا وجه لذكره أولاً و الأمر بالتأمل ثانياً. و على فرض الصحة يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى أنّ الرجوع إلى أجرة المثل موقوف على صحة الإجازة بطور الكشف، إذ على النقل يكون التصرف في ملك المتصرف واقعاً و ظاهراً، فلا يستعقب الضمان. و قد مرّ أنّ صحتها كذلك لا يجتمع مع صحة التصرفات المفروض ثبوتها في المقام، فتبطل الإجازة.

٢٥٨٧. يعني: من امتناع اجتماع المتنافيين كما في بعض الحواشي.

٢٥٨٨. حاصل الدعوى: منع التنافي المذكور بأنّه مبنيّ على اعتبار قابلية العقد للتأثير من حين صدوره على الكشف، و هو ممنوع، بل يكفي قابليته له حين الإجازة فقط. فعلى هذا لا يلزم التنافي من إجازة العقد، لإمكان الحكم بصحة هذه التصرفات إلى زمان الإجازة، و صحة العقد تما بعد الإجازة.

و حاصل الدفع: أنّ اعتبار القابلية للتأثير من حين العقد قد قام الدليل عليه، و هو إجماع

اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة (٢٥٨٩)؛ و لذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثم ملكه. مدفوعة: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه. نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة (٢٥٩٠)

أهل الكشف على أن إجازة من كان مالكا حين العقد مؤثرة من حين العقد، و كاشفة عن تأثيره من حينه.

هذا، و فيه: أن قضية ما ذكر من الدعوى و الدفع أن التنافي بين الأمرين موقوف على تأثير الإجازة من حين العقد، و ليس الأمر كذلك، ضرورة أن صحته بالإجازة من كل وقت فرض، و لو كان وقت الإجازة تنافي صحة هذه التصرفات في هذا الوقت - أي: وقت صحة العقد - فإذا فرض وقوع التصرفات صحيحة مطلقاً - حتى فيما بعد أول زمان العقد أيضاً - منعت صحتها عن وقوع الإجازة مطلقاً أيضاً، فلا وجه بنائه فوت محل الإجازة مع صحة التصرفات على تأثير الإجازة من حين العقد، بل اللازم بنائه على تأثيرها في زمان صحة التصرف مطلقاً، سواء كان حين صدور العقد أو ما بعده من أزمدة ثبوت التصرف.

٢٥٨٩. الواو من غلط النسخة*، و الصواب «في» يدل «الواو».

٢٥٩٠. هذا مع بقاءه على ظاهره من شرطية وصف التعقب بشكل بأن الإجازة من جهة أنها محصلة للشرط - و هو وصف التعقب - ينكشف بها عدم مصادفة التصرفات المذكورة في المتن للملك لو صحت الإجازة، بأن كانت من المالك لولا العقد المجاز، و إحرازه في المقام دوري، لتوقفه على عدم صحة تلك التصرفات، و هو موقوف على عدم الملكية حينها، و هو موقوف على تأثير الإجازة و وقوعها من المالك، و هل هو إلا دور صريح؟

لا يقال: إن مقتضى ذلك بطلان الإجازة التي صحتها مانعة عن صحة التصرفات، و لازمه صحة التصرفات، إذ لا مانع منها إلا صحة الإجازة، و هي لدوريتها محال.

لأننا نقول: صحتها أيضاً دورية بالتقريب المتقدم في الإجازة. و بعبارة أخرى: نمنع انحصار المانع عنها بصحة الإجازة، و نقول بأن امتناعها ذاتية، للزوم الدور.

* أي: من غلط نسخة المحشي. ففي نسخته - كما في الطبعة الحجرية من الهداية - : من حين العقد و الإجازة. و المتن الموجود أعلاه صحيح كما ترى.

بالكشف الحقيقي - الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة - كانت التصرفات مبنية على الظاهر (٢٥٩١)، و بالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي و تصح الإجازة.

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية للملك المشتري من حين العقد كتعريض المبيع للبيع و البيع الفاسد، و هذا أيضاً على قسمين: لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله و إما أن يقع في حال عدم الالتفات، أما الأول، فهو رد فعلي (٢٥٩٢) للعقد، و الدليل على إلحاقه بالرد القولي - مضافاً إلى صدق الرد عليه، فيعنه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ مثل ما وقع في نكاح العبد و الأمة (٢٥٩٣) بغير إذن مولاه و ما ورد فيمن زوجته أمه و هو غائب من قوله: "إن شاء قبل و إن شاء ترك"، إلا أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرض فيه لكيفيته -:

ثم لا مجال للحكم ببطلان كليهما معاً، للقطع بوقوع أحدهما عن المالك واقعاً و لا مجال لترجيح أحدهما على الآخر بآية وجوب الوفاء، لأن نسبته إلى العقدين - من جهة عدم الفرق في الفردية لموضوعها - على حد سواء، بل صدقها في المقام غير معلوم، لاختصاص موضوعها بعقد منسوب إلى المالك بوجه، و هو مشكوك في كل واحد منهما، و إن كان يعلم إجمالاً بصدقها على أحدهما الغير المعين، فيرجع إلى الأصل العملي، و هو استصحاب مالكية التصرف، إلى زمان التصرف، و مقتضاه صحة التصرف و لازمه وقوع الإجازة في غير محلها. و لاسبيل إلى العكس، بمعنى استصحاب المالكية إلى حين الإجازة، إذ لا بدّ في الاستصحاب من الشك، و المفروض ارتفاعه حكماً ببركة الاستصحاب الأول. نعم، لو قلنا بالكشف الحقيقي، بمعنى كون الإجازة موجبة للعلم بتمامية السبب، كان لما ذكره وجه، فتأمل.

٢٥٩١. لو لم يقصد بها تحقق الرد، و إلا يكون ردّاً، فتصح هي و تبطل الإجازة.

٢٥٩٢. نعم، لو قصد به الرد. و لاملزمة بينه و بين الالتفات إلى وقوع عقد الفضولي كما هو ظاهر، فما لم يعلم بتحقيق القصد يكون حاله حال القسم الثاني في عدم الدلالة على إنشاء الرد، فلا يتحقق به و لا يصدق عليه، و لأقل من الشك.

٢٥٩٣. من قوله: «ذاك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما».

أن المانع من صحة الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي (٢٥٩٤)، و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد مضافاً إلى فحوى الإجماع (٢٥٩٥) المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطء و البيع و العتق؛ فإن الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، و إلا فتوقفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها بل يوجب بطلانها؛ لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها* حتى تصادف الملك. وكيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

و أما الثاني - و هو ما يقع في حال عدم الالتفات - فالظاهر عدم تحقق الفسخ به؛ لعدم دلالة على إنشاء الرد، و المفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقة، و لا يكفي مجرد رفع اليد (٢٥٩٦) عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان

٢٥٩٤. لاريب فيه لكن بعد صدق الرد الفعلي على مجرد التصرف المذكور مع الالتفات، إلا أن الشأن في صدقه عليه و تحققه به كما أشرنا إليه.

٢٥٩٥. يمكن الخدشة في ذلك بأن الوجه فيه توقف صحتها على الملك المتوقف على الانفساخ، لدلالاتها على إرادة الفسخ. و أما القول بصحتها الملازمة للانفساخ، لا القول ببطلانها لأجل عدم الملك، فإثما هو لقيام الدليل عليها، و هو الإجماع المذكور. و بالجملة، الانفساخ فيه قهري التزمنا به جمعاً بين دليل صحة هذه التصرفات و دليل توقفها على الملك، لا اختياري حتى يقال بدلالاتها على قصد الفسخ.

٢٥٩٦. المراد من رفع اليد عن الفعل - المقصود هنا عقد الفضولي - هو رفع اليد الشأني المعلق على الالتفات إلى وقوعه، لا الفعلي المنجز، ضرورة توقفه على الالتفات المفروض عدمه. يعني: لا يكفي في فسخ عقد الفضولي و إبطاله مجرد رفع اليد عن بقاءه رفعاً مشروطاً بالالتفات إلى وقوعه، الحاصل ذاك الرفع للبد بسبب إيجاد ما يضاد بقاءه، كالباع الفاسد و التعريض على البيع، فإن البناء على تحقق بيع آخر مضاد للبناء على بقاءه البيع الفضولي و عدم زواله كما هو ظاهر.

الردّ الموقوف على القصد و الالتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق (٢٥٩٧) الذي جعلوه رجوعاً و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. نعم، لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة (٢٥٩٨) كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك، فالمسألة محل إشكال بل الإشكال في كفاية سابقه أيضاً، فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق (٢٥٩٩) على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة؛ و لذا استشكل (٢٦٠٠) في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلاً بفساده، و قرّره في الإيضاح^٢ و جامع المقاصد؛ على الإشكال.

و الحاصل: أن المتيقن (٢٦٠١) من الردّ هو الفسخ القولي، و في حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. و أما الردّ الفعلي - و هو الفعل المنشأ به مفهوم* الردّ -

وكيف كان، فالمضادة التي أثبتها هنا إنما هي بين قصد المالك لبقاء العقد على تقدير الالتفات إليه، و بين بنائه على تحقق عقد آخر مغاير له. و المنافاة التي نفاها في قوله: «بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد» إنما هي بين نفس التصرف و بين تأثير العقد من حين صدوره لو لحقته الإجازة، فلا تنافي بين العبارتين.

٢٥٩٧. هذا نظير للمنفى، و هو الكفاية.

٢٥٩٨. كما ثبت فيها كفاية القسم الأوّل في فسخها.

٢٥٩٩. لكن تقدّم من المصنّف^٣ في أوّل تنبيهات الإجازة التنظّر في نسبة اعتبار اللفظ في الإجازة إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين.

٢٦٠٠. يمكن أن يكون النظر في جهة الإشكال إلى ما ذكرنا من اعتبار قصد الردّ من الفعل في تحقّقه، مع عدم الملازمة بينه و بين مجرّد الالتفات إلى المردود، لا إلى اعتبار اللفظ في الردّ تعبدًا، مع فرض الكلام في صورة العلم بقصد الردّ و إنشائه من إيقاع البيع الفاسد جاهلاً بفساده.

٢٦٠١. يعني: حاصل ما ذكره من أوّل المسألة إلى هنا.

فقد عرفت نفي البعد (٢٦٠٢) عن حصول الفسخ به.

و أما مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد، فلاكتفاء به مخالف للأصل. و في حكم ما ذكرنا: الوكالة و الوصاية و لكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح (٢٦٠٣).

و أما الفسخ في العقود الجائزة (٢٦٠٤) بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي. و أما فعل ما لا يجمع (٢٦٠٥) صحة العقد كالوطء و العتق و البيع، فالظاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد؛ لأنّ مقتضى المنافاة بطلانها لانفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، و تمام الكلام في محله.

ثم إنّ الردّ إنّما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده، و أما انتزاع المال من المشتري لو

.....

٢٦٠٢. يعني به قوله: «أما الأول فهو ردّ فعلي...» إلى آخر ما ذكره. و لكن عرفت منع كون مجرد الفعل - كالتعريض - مع الالتفات مما ينشأ به مفهوم الردّ، لعدم الملازمة بينه و بين الالتفات إلى وقوع المردود.

٢٦٠٣. يعني: الاكتفاء في إبطالهما بالفعل المنشأ به مفهوم الردّ أوضح من الاكتفاء في إبطال عقد الفضولي. و لم أفهم وجه الأوضحية.

٢٦٠٤. يعني من الجائز بالذات غير الوكالة و الوصاية مثل الهبة، لأنّ الفسخ فيهما - كما مرّ - لا ينحصر بالفسخ القولي و الفعلي، بل يحصل بالتصرف الغير المجمع لصحتهما.

٢٦٠٥. هذا دفع لتوهم حصول فسخهما بشيء آخر غيرهما مثل الفضولي، و هو فعل ما لا يجمع.... و حاصل الدفع: أنّ حصول الفسخ به إنّما هو لأجل تحقق الردّ الفعلي به و كونه من مصاديق الردّ الفعلي، حيث إنّ الفسخ فيه دلالة على قصد الفسخ و إنشائه قبله، لا من جهة المنافاة بينه و بين بقاء العقد حتّى يكون أمراً آخر، إذ قضيتها بطلان هذا الفعل لانفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، فإنّ قضية المنافاة انفساخ العقد الفضولي و صحة الفعل المنافي، حيث إنّ الفعل المنافي فيما نحن فيه إنّما صدر عن المالك فيصحّ و يبطل العقد، و هناك صدر من غير المالك فيبطل هو و يبقى العقد. هذا، و قد عرفت المناقشة في إدراج الفعل المنافي في العقود الجائزة في الردّ الفعلي، و منع كونه لأجل صرف المنافاة.

أقبضه الفضولي فلا يتوقف على الرد، بل يكفي فيه عدم الإجازة، و الظاهر أن الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ؛ لأنه أعمّ، ولذا ذكروا أن الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

مسألة: لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه و يرجع بمنافعه المستوفاة و غيرها - على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد - و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده. و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر و فرضت زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير، اختصّ السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة^٥. هذا كله حكم المالك مع المشتري.

و أمّا حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه تارة في الثمن و أخرى فيما يغرّمه للمالك زائداً على الثمن، فهنا مسألتان:

الأولى: أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً سواء كان باقياً أو تالفاً، و لا يقدح في ذلك اعترافه (٢٦٠٦)



٢٦٠٦. يعني: لا يمنع من الحكم برجوع المشتري إلى الفضولي إقراره حين الأخذ بمالكيّة البائع فيما إذا كان الإقرار مبنياً على ظاهر اليد، بملاحظة أن مقتضى إقراره خروج الثمن عن ملكه و كونه للبائع، فالرجوع عليه و أخذ الثمن منه رجوع إلى ملك الغير، و هو ظلم لا يجوز عقلاً، لأن الإقرار بعد العلم بمدرّكه و هو ظاهر اليد لا عبرة به، بل العبرة بالمدرّك، لكن لا مطلقاً بل ما لم ينكشف الخلاف و لم يعلم أن يده يد عدوان، و أمّا إذا علم ذلك و لو بالعلم التنزيلّي - كأن قامت البيّنة على كون المال لغير البائع - فلا عبرة به أيضاً، فيرجع إلى قاعدة اليد، و قضيتها الضمان و جواز الرجوع.

نعم، لو كان إقراره مبنياً على غير اليد - كالعلم و نحوه - كأن كان إقراره بكونه للبائع بعد قيام البيّنة على كونه للغير، فلا وجه للضمان بمقتضى إقراره. و لكنّه حينئذٍ يخرج عن الفرض، إذ المفروض بيان حكم الثمن في الفضولي و رجوع المشتري به بعد كشف الخلاف و تبين الفضولية عنده بعد أن كان جاهلاً بما معتقداً بعدمها و لو بحسب ظاهر الشرع. اللهم إلا

١٠٩..... في حكم المشتري مع الفضولي
 يكون البائع مالكا؛ لأن اعترافه مبني على ظاهر يده، نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنة - لم يرجع بشئ. و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ "الإقرار" من دلالة على الواقع وجهان. وإن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفقاً للعلامة و ولده و الشهيدين^٦ و المحقق الثاني عليه السلام^٧، إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، و مجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد (٢٦٠٧)؛ لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله، و لأنّ الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور، يستلزم تملك المالك للثمن، فإنّ تملكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الإجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل (٢٦٠٨).

.....
 أن يكون المراد من الفضولي هو الفضولي الواقعي المجهول عند المشتري، و يكون الغرض بيان حكم الثمن بحسب الواقع و أنّه مال المشتري واقعاً، فتأمل، فإنّ الاستدراك بقوله: «نعم...» لا يخلو عن كونه أجنبيّاً عن المقام.
 وكيف كان، ليس المراد من قيام البيّنة قيامها على كون المبيع للبائع، حتّى يشكل الفرق بين صورة استناد الاعتراف إلى اليد و استناده إلى البيّنة، بالرجوع في الصورة الأولى بعد كشف الخلاف، و عدمه في الثانية.

٢٦٠٧. لا يصحّ قياس المقام على البيع الفاسد، لأنّ التسليط فيه ليس بجائزاً بل بعوض، غاية الأمر لم يقع الانتقال، لعدم إمضاء الشارع، بخلاف ما نحن فيه، فإنّه فيه مجازي كما يصرّح فيه في صورة التلف، بل لا فرق بينها و بين صورة البقاء من تلك الجهة. فحينئذ يمكن أن يقال: إنّ المالك كما أنّه مسلّط على ماله في البيع و العتق و الإجازة و هكذا، كذلك مسلّط عليه في تسليط غيره عليه و تمكينه منه مجازاً، و مقتضى نفوذ هذا التسليط - لقاعدة السلطنة - دخول المال تحت سلطنة البائع الفضولي سلطنة تامّة، و هو حقيقة الانتقال.

٢٦٠٨. لعلّه إشارة إلى أنّ لزوم فوت محلّ الإجازة إنّما هو فيما إذا ملكه قبلها مطلقاً، و أمّا إذا كان مراعى بالردّ و عدم الإجازة فلا.

و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم؛ لأنه أكل مال بالباطل (٢٦٠٩).

هذا كله إذا كان باقياً، و أما لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكمي عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه، و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلي: و العلامة^٨ و غيرهما و يظهر من آخرين أيضاً: أنه سلطه على ماله بلا عوض. توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم "على اليد ما أخذت" و إما لقاعدة الإقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ و غيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه. و الأول مختص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما في الوديعة أو الانتفاع به كما في العارية أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة، فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له كما لا يوجب ذلك بطريق أولى.

و دعوى أنه إنما سلطه في مقابل العوض لا مجاناً حتى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدم

٢٦٠٩. استظهر السيد الأستاذ بناء هذين القولين على اعتبار القول بعدم انتقال الثمن إلى البائع و بقاءه في ملك المشتري، أعني من أن نقول على هذا بجواز استرداده، كما اختاره المصنف وفاقاً لمن ذكر في المتن، أو نقول بعدمه كما نسب إلى المشهور، إذ بناءً على القول بالانتقال لا وجه لعدم الجواز، و لكون* التصرف فيه أكلاً للمال بالباطل و إن كان أصل تملكه أكلاً له به.

هذا، و يتجه عليه أنه بناءً على هذا لا يكون وجه لجواز التصرف أصلاً كما لا يخفى. فالأولى بنائهما معاً على الانتقال و عدمه، بأن يكون جواز التصرف مبنياً على الانتقال، و عدمه مبنياً على عدمه، و لما كان الأقوى عنده عدم الانتقال و جواز الرجوع قال، أقواهما العدم، لأنه بناءً عليه يكون أكلاً للمال بالباطل. هذا، لكن الأنسب بناءً على هذا أن يقول: و من هنا ظهر حال جواز تصرف البائع فيه و عدمه، و أن الأقوى العدم.

* كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر أنه من سهو قلمه الشريف^{١٠} و الصحيح: لعدم كون التصرف... سيما بملاحظة قوله: و إن كان أصل تملكه أكلاً له به، أي: بالباطل.

عدم الضمان فيها. مندفعة بأنه إنما سلّطه في مقابل ملك غيره (٢٦١٠)، فلم يضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة التي قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها. و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان - و هو الإقدام على الضمان - هنا؛ لأنّ البائع لم يقدّم على ضمان الثمن إلا بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و لولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة* - كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه - فهو إنما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلا أنّ كلّاً منهما لما قطع النظر (٢٦١١) عن حكم الشارع بعدم ملكيّة البائع للمثمن و تعاقدًا مُعرضين عن ذلك - كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة - بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجّاناً، و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي إلا أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائي، فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكاً للغير، فإنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقاً، مع أنّه إنما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أنّ التضمين هنا حقيقي، وكون المثمن مالاً له اعتقادي لا يقدح تخلفه في التضمين، فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدح في التضمين (٢٦١٢) الحقيقي بماله.

٢٦١٠. نعم، لكن لا من حيث أنّه كذلك، بل بعنوان أنّه مال البائع، فكأنّه سلّطه في مقابل ماله الواقعي، و ادّعى تحقّقه في ضمن مال الغير، فضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه لا من كيس الغير، فيحكم بالضمان إمّا لقاعدة الإقدام و إمّا لقاعدة اليد.

٢٦١١. لم أفهم الوجه لهذا الاستثناء، إذ البناء المذكور لا يمكن إلاّ بذلك، و لا يمكن اجتماعه مع ملاحظة حكم الشارع بلغويّة البناء. فالأولى ترك هذا إلى قوله: «إلا أنّ كون الثمن مالاً له ادّعائي» مع زيادة لفظة «حقيقة» بعد قوله: «يضمّنه بماله» المتصل بهذا الاستثناء.

٢٦١٢. أي: لا يقدح تخلف البناء المذكور - بمعنى عدم تأثيره فيما بنى عليه من ملكيّة

قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه، و إذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقق الضمان الحقيقي (٢٦١٣) مع علمهما بذلك.

و ما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلن ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنما يصح وقوع عقد التملك و التملك منهما ادعاء مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، و إلا فاصل المعاوضة حقيقة بين المالكين و الضمان و التضمن الحقيقي بالنسبة إليهما؛ و لذا ينقل الثمن إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الإجازة. و الحاصل: أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، و أمّا رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين للملكية البائع للمثلن عند انكشاف الخطأ - مع أنه إنما ضمنه بمال الغير - فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، و إن كان ما ضمنه به غير ملك له و لا يتحقق به التضمن؛ لأنه إنما طابت نفسه بتصرف البائع لا اعتقاد

.....
البائع للمثلن - في تحقق التضمن الحقيقي بمال البائع.

٢٦١٣. نعم، لو لم ين على أنه مال الضامن واقعاً و أنه معنون بعنوان ماله، و إلا فيتحقق الضمان الحقيقي مع العلم بالغصب أيضاً. و بعد هذا البناء يصح وقوع التملك و التملك من الغاصب و المشتري حقيقة لا ادعاء، و إنما الادعاء في كون المثلن مالاً للغاصب، و كون المعاوضة بينهما. و توضيح ذلك: أن للملكية طرفين: طرف إضافة إلى المالك، و طرف إضافة إلى المال، ففي عالم الاعتبار قد تكون المبادلة المعتمدة في البيع في الطرف الأول، و يكون حقيقته تبديل أحد المالكين بالآخر، و قد تكون في الطرف الآخر، فيكون حقيقته تبديل أحد المالكين بالآخر. فتصحیح المعاوضة - التي لا بد من وجودها الحقيقي في صحة البيع - كما يمكن بالتصرف في طرف البائع، بتنزيل نفسه منزلة المالك لأجل أن يتحقق الطرف الأول للملكية، فتكون المعاوضة الحقيقية بين عنواني المالكين، و التضمن الحقيقي بالنسبة إليهما، كذلك يمكن بالتصرف في طرف المبيع، و تنزله منزلة مال البائع، و البناء على أنه له لأجل أن يتحقق الطرف الآخر للملكية، و التضمن الحقيقي بالنسبة إلى شخص المتبايعين. و دعوى أن البناء على ملكية البائع لا على مملوكة البيع* كما ترى.

كون المثلن ملكاً له و ضرورته مباحاً له بتسليطه عليه، و هذا مفقود فيما نحن فيه (٢٦١٤)؛ لأن طيب النفس بالتصرف و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

و كما ذكرنا يظهر أيضاً فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنه ضمنّ البايع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به، و كذا البايع مع علمه بالفساد ضمنّ المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشئ.

وجه الفساد: أن التضمن الحقيقي حاصل هنا؛ لأن المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان و التضمن في نظر الشارع؛ لأن المفروض فساد، فإذا لم يعض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكه موجباً لضمّانه - على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه - و شئ منهما غير موجود فيما نحن فيه كما أوضحناه بما لا مزيد عليه، و حاصله: أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه، في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث*.

نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحرّ، قوي أطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد. هذا، و لكن** إطلاق قولهم: "إن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده" يقتضي الضمان فيما نحن فيه و شبهه؛ نظراً إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان بفاسده كذلك، إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقاً:

٢٦١٤. بل موجود فيه، إذ المشتري لم يطب نفسه بتصرف البايع بحائناً، بل في مقابل مال الغير، أي: المالك الواقعي المدعى أيضاً انطباقه على البايع الفضولي، بناءً على التصرف في طرف البايع في تصحيح المعاوضة، أو مقابل مال شخص البايع الواقعي المدعى انطباقه على شخص المبيع، بناءً على التصرف في طرف المبيع فيه. ألا ترى أنه لو علم بعدم تمكنه من أخذ المبيع من الغاصب لم يقدم على المعاملة، و لم يدفع إليه مقدار خردل بعنوان المعاوضة.

من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساد، و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه - و في مثل المبيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجر - إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية؛ فإن معناه أن كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردّها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحاً و أخرى فاسداً. نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح، بل يراد مطلق المعاملة المأثمة التي يوجد لها فردان صحيح و فاسد، فيقال: إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجر، تمليك بلا عوض من مال الآخر، و الفرد الصحيح من هذه المعاملة (٢٦١٥) - و هي الهبة الغير المعوضة - لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

و بالجملة، فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض؛ و لذا لم يصرّح أحد بعدم الضمان في "بعثك بلا ثمن" مع اتفاقهم عليه هنا، و صرّح بعضهم^٩ بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد^{١٠} و غيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجر. و يؤيد ما ذكرنا ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً، و إن أمكن الذبّ عنه بأن المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

.....

٢٦١٥. يعني من المعاملة التمليك بلا عوض، الذي له فرد صحيح كالهبة الغير المعوضة، و فرد فاسد كالبيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجر. و ضمير «هي» راجع إلى الفرد الصحيح، و التأنيث باعتبار الخبر، و ضمير «فاسدها» راجع إلى المعاملة، يعني منه مثل البيع بلا ثمن و نحوه. و الأمر بالتأمل في آخر العبارة لعلّه إشارة إلى بطلان إرادة خصوص النوع المتعارف من العقد فضلاً عن إرادة الجنس، و أن اللازم إرادة الأعمّ من النوع و الصنف، و إلّا لزم عدم الضمان في الصلح المعاوضي و إعارة الذهب و الفضّة، حيث إن صحيح مطلق الصلح و العارية لا يقتضي الضمان. و قد مرّ الكلام في ذلك عند التعرّض لمعنى القاعدة.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بايع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده؛ إذ لم يسلطه عليه ولا أذن له في التصرف فيه فضلاً عن إتلافه، ولعلّ كلماتهم ومعاقده اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية. وكذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما؛ فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد، والتسليط العقدي مع فساد غير مؤثر في دفع* الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع الغاصب فيه مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة، وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها. ولو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفرادها فالظاهر عدم الرجوع؛ لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجازاً.

المسألة الثانية: أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن: فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة؛ وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار و وطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة. وإما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع كالتفقة و ما صرفه في العمارة و ما تلف منه أوضاع من الغرس و الحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً و نحو ذلك أو نقص من الصفات و الأجزاء.

ثم المشتري إن كان عالماً فلا رجوع في شئ من هذه الموارد؛ لعدم الدليل عليه، وإن كان جاهلاً، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض^{١٠} و عن الكفاية: رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض^{١١} تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد، دعوى الإجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع. و في السراير: أنه يرجع قولاً واحداً^{١٢}، و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان: نفى الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه** المالك.

و بالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة؛ للغرور - فإنَّ البائع مفرَّ ر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته - و لقاعدة نفي الضرر، مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها: "عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمَّ يجي مستحقَّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقَّ و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمة الولد التي اخذت منه" ١٣ فإنَّ حرّية ولد المشتري إمّا أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، و على التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ في توصيف قيمة الولد بأنّها" اخذت منه "نوع إشعار بعليّة الحكم، فيطرّد في سائر ما اخذت منه.

و أمّا السكوت عن رجوع المشتري (٢٦١٦) إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك، كرواية زرارة: "في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثمَّ أتاها من يزعم أنّها له و أقام على ذلك البيّنة، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية، و يعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها". و رواية زريق (٢٦١٧)، قال: "كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمار، و له بذلك ذكر حقّ و شهود، فأخذ المال و لم أسترجع عنه الذكر بالحقّ، و لا كتبت عليه كتاباً و لا أخذت منه برائة بذلك؛ و ذلك لأنّي وثقت به، و قلت له: مزّق الذكر بالحقّ الذي عندك، فمات و تهاون بذلك و لم يمزّقه، و عقيب هذا طالبني بالمال ورّائه و حاكموني و أخرجوا بذلك ذكر الحقّ و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال و كان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة لي و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي. ثمَّ إنّ ورثة الميت أقرّوا أنّ أباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يردّ عليّ معيشتي و يعطونه الثمن في أنجم معلومة، فقال: إني أحبّ أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا. فقال الرجل - يعني المشتري -: كيف أصنع جعلت فداك؟

٢٦١٦. هذا ردّ على صاحب الحقائق عليه السلام.

٢٦١٧. أي: الخلقاني، رواها في البحار عن مجالس الشيخ عليه السلام.

قال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة و تردّ المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها. قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك إلّا ما كان من زرع زرعه (٢٦١٨) أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمة الزرع و إمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له، و ردّ عليك القيمة و كان الزرع له. قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً أو غرساً؟ قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه* يقلعه و يأخذه. قلت: أرايت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء؟ فقال: يرّد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يرّد عليه كلّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، و دفع التوائب عنها، كلّ ذلك فهو مردود إليه^{١٤}.

و فيه - مع أنا (٢٦١٩) نمنع ورودها إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك -:

٢٦١٨. هذا إمّا استثناء تماماً أشير إليه بـ«ذلك» و هو ما كان مرسوماً و ثابتاً في المعيشة. و إمّا من الموصول في «ما أخذت من الغلة». و هو على الأول منقطع، إذ المفروض إحداث الزرع من جانب المشتري بعد يوم الاشتراء، فلا يكون من أفراد ما كان مرسوماً في المعيشة يوم الاشتراء، بخلافه على الثاني، فإنّه بناءً عليه متصل. ثمّ إنّ الضمير في «له قيمة ذلك» راجع إلى المحدث المشتري المدلول عليه بـ«قد أحدث» و «أو» في «أو يكون» بمعنى «إلّا». و المراد من المحدث بصيغة المفعول في قوله: «و كلّ محدث...» هو المحدث يوم الاشتراء، أي: الذي أحدثه صاحب الأرض و لو كان غير الغرس. و البناء في قوله: «من قيمة غرس أو بنائه» غرس المشتري أو بنائه الذي حكم الإمام عليه السلام بأخذه قيمتها بقوله: «له قيمة ذلك» في جواب قول السائل: «قلت: فإن كان قد أحدث فيها بناءً أو غرساً».

٢٦١٩. الأنسب أن يقول: فإنّا نمنع ورودها إلّا في مقام بيان حكم المشتري مع المالك،

أنَّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل مع أنَّ رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع مع أنَّ البائع في قضية زريق هو القاضي، فإن كان قضائه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم (٢٦٢٠)؛ لأنَّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً* من جهة حكمه على طبق البيّنة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضائه باطلاً كما هو الظاهر (٢٦٢١) فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف و تصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

و أما الثاني، وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها الرجوع (٢٦٢٢)؛ وفقاً للمحكّي عن المبسوط و المحقّق و العلامة في التجارة و الشهيدين^{١٥} و المحقّق الثاني و غيرهم، و عن التنقيح: أنَّ عليه الفتوى؛ لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً فيمن قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله. و يؤيّد: قاعدة نفي الضرر؛ فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوضٍ مغروراً من آخر بأنّ له ذلك مجتأناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غره، في ذلك ضرر عظيم، و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر.

وكيف كان، فصدق الضرر و إضرار الغار به بما لا يخفى،

.....
أما حكم المشتري مع البائع فلا تعرض له مضافاً إلى أنَّ السكوت

٢٦٢٠. من ماله، و أمّا من بيت مال المسلمين فيتوجّه إليه، لقوله ﷺ: «ما أخطأت القضاة ففي بيت مال المسلمين».

٢٦٢١. يشكل ذلك بحكمه ﷺ في الرواية باستحقاق المشتري على المالك ما أنفقه في إصلاح المعيشة و دفع التوائب عنها، إذ الظاهر أنّه لو عدّ القاضي غاصباً ظالماً لم يحكم له باستحقاق مثل ذلك فيما إذا لم يكن بالفعل من عين ماله شيء ثابت في الأرض، مثل ما صرفه في كرى الأثمار و تنقية العيون و الآبار، فالظاهر أنَّ بناء الرواية على المعاملة معه معاملة القاضي بالحقّ و لو تقيّة.

٢٦٢٢. لعلّ الأولى «أقواهما» بضمير التثنية.

خصوصاً في بعض الموارد (٢٦٢٣)، فما في الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري^{١٦}، لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه من منع مدخلة الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر. لكنه لا يخلو من نظر؛ لأنه إنما يدعى (٢٦٢٤) اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والإجماع بصورة الضرر.

و أما قوة السبب (٢٦٢٥)

.....

٢٦٢٣. لعل نظره في هذا البعض إلى ما كانت المنفعة التي استوفاهما مما لم يتقوم به معاشه؛ و لم تنفع في أصول معاشه، و إنما كانت من الزوائد التي لم يكن يقدم على تحصيلها ببذل المال، كأن ركب الدابة كل يوم لأجل صرف التنزه، و م يكن يبذل المال لمثل ذلك. و أما إذا كانت المنفعة المستوفاة أنه أجرها كل يوم و صرف الأجرة في مأكله و مشربه، فربما يمنع صدق الضرر في أخذ عوضها من غير إرجاعه إلى الغار. نعم، لا يعد أن يقال: إن تغريمه على وجه يكون قرار الضمان عليه حرج عليه، فينفي بدليله.

٢٦٢٤. يعني: أن صاحب الرياض لم يدع ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة الضرر و أنها من صغرياتها، حتى يمنع ذلك و يقال: إنها مبنية على قوة السبب، بل يدعي أن ما يستفاد منه قاعدة الغرور من الإجماع و النصوص الخاصة في الموارد المتفرقة مهمل أو يحمل لا بد من الاقتصار على موارد هما، و هو صورة تضمن الغرور للإضرار على المغرور. و بعبارة أخرى: أنه يدعي قصور الإجماع و النصوص الخاصة المستند إليهما في قاعدة الغرور عن الشمول لغير صورة الضرر كما هو محل الكلام، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن في مخالفة الأصل. و أين هذا من جعل قاعدة الغرور مبنية على قاعدة الضرر؟

هذا، و يرد عليه أن النصوص الخاصة و إن وردت في موارد خاصة، إلا أن اثنين منها مشتمل على التعليل في أحدهما بقوله: «لأنه دلّسها» و في الآخر بقوله: «كما غرّ و خدع» بناءً على كون «الكاف» للتعليل، كما في قوله تعالى: ﴿وَ اذْكُرُوهُ كَمَا هَدَاكُمْ﴾ و قضية التعليل العموم، فلا وجه لدعوى اختصاصها بصورة الإضرار.

٢٦٢٥. هذا تعريض على صاحب الجواهر، لكنه لم يحسن تأدية المطلب، بل أوجب

على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكره وكما في الريح العاصف الموجب للإحراق و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقتها.

و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكره؛ لكون المباشر بمنزلة الآلة،

.....

التهافت بين أجزاء كلامه، حيث إن مقتضى الاستثناء بقوله: «إلا إذا كان السبب بحيث...»، أن قوة السبب في هذه الصورة بنفسها - بدون ملاحظة ما عداها من قاعدة الضرر و غيرها من الأمور التي يذكرها بعد هذا - تكون دليلاً على رجوع المغرور على الغار الذي لا يتحقق إلا بعد الرجوع إلى المغرور، و هو مناف لمقتضى قوله: «و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر» أي: المغرور.

فالأولى أن يقول: إن قوة السبب على المباشر في نفسها بدون ضم شيء آخر إليها - من قاعدة الضرر أو الإجماع أو غير ذلك - لا يمكن أن يكون دليلاً على قاعدة رجوع المغرور الغار لما يضمنه على الغار، إذ لا يخلو الحال؛ إما أن تكون قوة السبب على نحو يسند الإلتلاف إلى السبب دون المباشر - كما في المكره البالغ إلى حد الإلجاء، و في مثال إحراق النار و إذابة الشمس، فإن التلف في الأول يسند إلى المكره - بالكسر - الذي هو السبب لا إليه - بالفتح - الذي هو المباشر، و في المثالين إلى الشخص الذي جعل المال التالف في مقابل النار و الشمس الذي هو السبب، لا إليهما المباشرين للإلتلاف - و إما أن تكون لا على هذا النحو. فإن كانت من الأول ففيه: أن قضية قوة السبب حيث - بملاحظة قاعدة الإلتلاف - ضمان السبب دون المباشر، لا ضمان المباشر و رجوعه إلى السبب الذي هو مفاد قاعدة الغرور. و إن كانت مسن الثاني، كما في المقام، حيث إن دخالة الغار في التلف ليس على نحو يصح إسناد الإلتلاف إليه دون المباشر المغرور، بل لو لم يكن الأمر بالعكس فلا أقل من صحة إسناده إلى كل منهما، ففيه: أنه و إن كان ينطبق على قاعدة رجوع المغرور إلى الغار لو دلّ عليه دليل، لكن لا دليل على سببية قوة السبب بهذه المرتبة الثانية و اقتضاؤها لضمان السبب بذاك المعنى، أعني: ضمانه في عرض ضمان المباشر مع رجوع المباشر إليه لو رجع إليه ابتداءً، كي ينطبق على قاعدة الغرور، و لا بالمعنى المتقدم، و هو ضمانه دون المباشر.

و أما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بد من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر (٢٦٢٦)، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى (٢٦٢٧) أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة أو كون الغار سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته. و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه (٢٦٢٨) أما الأخير فواضح، و أما الأول فقد عرفت، و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا في خصوص المسألة إلا أن تحققهما في نظائر المسألة كاف، فإن رجوع أكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار، و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلاً. و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض^{١٧}، حيث عدل في ردّ مستند المشهور عما في الرياض^{١٨} من منع الكبرى إلى منع الصغرى، فإن الإنصاف أن مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإتلاف و إن كان غير منقح،

٢٦٢٦. هذا بناءً على صدق الضرر و إضرار الغار في المقام، و هو كون الغرامة في مقابل ما استوفاه من المنافع، كما مرّ بيانه من المصنّف^{١٩}.

٢٦٢٧. يعني: و لو لم تصل قوّته إلى مرتبة يسند التلف إليه. و الفرق بينه و بين ما ذكره صاحب الجواهر: أنّه استند إلى قوّة السبب و تقدّمه على المباشر، و المصنّف استند إلى الإجماع على تقدّمه. هذا، و لا يخفى أن الإجماع على التقديم إنّما يجدي في رجوع المغرور لو كان الدوران في التقديم في قرار الضمان لا في أصله، و إلا فلا كما لا يخفى.

٢٦٢٨. يعني: بما نحن فيه بمجرد رجوع المغرور إلى من غره على تقدير ورود غرامة عليه. و أما جواز رجوع المالك إليه و إلى الغار بنحو التخيير فلا ربط لهذه الوجوه بإثباته، و إنّما الدليل عليه قاعدة اليد بالتقريب الذي ذكره بعيد هذا. و بعبارة أخرى: إنّ للمشهور في المسألة دعويين، إحداهما: جواز رجوع المالك إلى كلّ واحد ممّن أثبت يده على ماله على التخيير. و دليلهم على هذه ليس إلا حديث على اليد. و الأخرى: رجوع المغرور إلى الغار لو رجع إليه المالك، و المتكفل لإثباته تلك الوجوه. و من هذا يظهر فساد الإيراد على المصنّف بأن هذه الوجوه لاتصلح للاستناد إليها، من جهة عدم ملائمتها لتخيير المالك بين الرجوع إلى المغرور و الرجوع إلى الغار، كما توهمه بعض المحشّين، و تبعه بعض المعاصرين وجه الفساد واضح.

إلا أن المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه* مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف، فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبهه المكره في عدم القصد. هذا كله، مضافاً إلى ما قد يقال: من دلالة رواية جميل المتقدمة بناءً على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو الذي ذكره المحقق احتمالاً في الشرايع في باب الغصب، بناءً على تفسير المسالك، وفيه تأمل.

ثم إنَّنا ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف، فأخذ منه المالك عشرين، فإنه لا يرجع بعشرة الثمن (٢٦٢٩) وإلاَّ لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره** في ذلك؛ لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف (٢٦٣٠)، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع، وأما العشرة الزائدة فإما جاءت غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور، فوجب الرجوع.

و كما ذكرنا يظهر اندفاع (٢٦٣١) ما ذكر في وجه عدم الرجوع: من أن المشتري

٢٦٢٩. يعني: أنه لا يرجع بمقدار الثمن من العشرين الذي دفعه و غرمه للمالك، و هو العشرة في الفرض المذكور، لا أنه لا يرجع بنفس الثمن الذي دفعه إلى الفضولي، إذ هو الذي لو رجع به إلى الفضولي يلزم تلفه من كيس البائع و ورود الضرر عليه في ماله من دون علة، لأنفس الثمن، فإنه لا ربط له بالبائع، و ليس من أمواله كي يلزم كون التلف منه على تقدير رجوع المشتري به عليه، بل هو مال المشتري عند البائع يجب دفعه إليه.

٢٦٣٠. غاية الأمر غرامته للبائع على تقدير الصدق، و للمالك غير البائع على تقدير الكذب. فعلى كلِّ حال؛ لابدَّ من غرامة مقدار الثمن، فلا بدَّ أن يكون منشأ تلك الغرامة غير تغيير البائع و كذبه، و هو إقدامه على ضمانه و التزامه به، إذ لو كان منشؤها كذبه كان اللازم انتفائها في فرض الصدق، و قد مرَّ عدم الفرق بينهما.

٢٦٣١. يعني: من تحقق الغرور بالنسبة إلى خصوص ما يزيد على المساوي للثمن.

في حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن..... ١٢٣
إنما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه،
و مع الإقدام لا غرور؛ و لذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الاندفاع: أن الإقدام (٢٦٣٢) إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن
الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام - مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع
له - سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعية، فالمانع من تحقق الغرور - وهو الإقدام - لم يكن
إلا في مقابل الثمن، و الضمان المسبب عن هذا الإقدام (٢٦٣٣) لما كان لأجل فساد العقد
المسبب عن تغير البائع كان المرتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الفار،
فغرامة العشرة الزائدة و إن كانت مسببة عن الإقدام إلا أنها ليست مقدماً عليها.

.....

٢٦٣٢. حاصل ما ذكره في التوضيح: أنه لا إشكال في عدم تحقق الغرور مع الإقدام، و
إنما الإشكال في الصغرى، لأنه إن كان المراد من إقدام المشتري على ضمان العين إقدامه على
ضمانها بقيمته الواقعية و إن زادت عن المسمى فهو ممنوع. و إن كان المراد منه الإقدام على
ضمانها بالثمن لا غير، غاية الأمر جعل الشارع هذا النحو من الإقدام - أي: الإقدام على
الضمان بالمقدار الخاص مع القبض و فساد العقد - سبباً تاماً للضمان بالقيمة الواقعية و إن
زادت على ما أقدم، بمعنى أن الشارع جعل الإقدام على الضمان بالثمن مع القيود المذكورة علّة
تامة لما لم يقدم عليه، و هو الزائد على مقدار الثمن من القيمة الواقعية، فهو مسلم إلا أن هذا
لا يجدي، لأن مجرد تسبب الضمان من الإقدام يمنع من صدق الغرور فيما إذا كان مقدماً عليه
كمقابل الثمن، لا فيما لم يكن مقدماً عليه و إن تسبب ضمانه عنه كالزائد على الثمن.

هذا كله بناءً على كون الضمان مسبباً عن الإقدام و لو بشرط القبض. و أما بناءً على
التحقيق من تسبب الضمان من القبض و اليد فوجه الاندفاع واضح، إذ بناءً عليه ليس ضمان
المقدار الزائد عن الثمن مقدماً عليه حقيقة و لاسبباً* عنه تعبداً حتى يقال إنه لا غرور مع
الإقدام. و هذا بخلافه على الأول، فإن ضمانه حينئذ لما كان مسبباً عن الإقدام بالضمان بالثمن
يمكن أن يقال بأنه مع الإقدام - أي: مع تسبب الضمان عن الإقدام و لو تعبداً - لا غرور. و
إن كان ليس بشيء، لما ذكرنا أن مجرد ذلك ما لم يكن مقدماً عليه لا يمنع من صدق الغرور.

٢٦٣٣. يعني: ضمان الزائد عن مقدار الثمن من القيمة الواقعية.

* كذا في الطبعة الحجرية. و لعلها تصحيف: مسبباً، و هو الصحيح.

هذا كله، مع أن التحقيق على ما تقدم سابقاً: أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، وأن ليس الإقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان وإن استدل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محله توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع. وكيف كان، فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع. هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى.

هذا كله فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة، وأما ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفة، فالظاهر أن حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله - على ما اخترناه - ويجي على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. وأما ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان مما لا يقسّط عليه الثمن - كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت - فالظاهر رجوع المشتري على البائع؛ لأنه لم يقدم على ضمان ذلك. ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه: إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك، أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع؛ لأن الغرامة لم تجب من تغير البائع في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقدير صدق البائع وكذبه.

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا: أن كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع عليه* (٢٦٣٤)، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه؛ لأن المفروض قرار الضمان على البائع، وأما ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده.

.....
٢٦٣٤. يعني: إذا رجع المالك إلى المشتري.

فإن قلت: إنَّ كلاً من البائع و المشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان، و حصول التلف في يد المشتري* لادليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أتلّف بفعله رجع؛ لكونه سبباً لتجنّز الضمان على السابق. قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمّة (٢٦٣٥) كلّ من اليدين ببدل التالف و صيرورته في عهدة كلّ منهما، مع أنّ الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار** إلا في ذمّة واحدة، و أنّ الموصول في قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت" شئ واحد، كيف يكون على كلّ واحدة من الأيادي المتعدّدة؟

فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيد متعدّدة يكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيادي، لكن ثبوت الشئ الواحد في العهديات المتعدّدة معناه: لزوم خروج كلّ منها عن العهدة عند تلفه، و حيث إنّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لأزيد، كان معناه (٢٦٣٦) تسلّط المالك على مطالبة كلّ منهم بالخروج عن العهدة (٢٦٣٧) عند تلفه،

٢٦٣٥. لا يخفى عليك أنّ ورود الإشكال السابق - و هو استقرار الضمان على اللاحق الذي تلف في يده العين - ليس مبنياً على القول باشتغال ذمّة الضامن بقيمة المال بعد التلف أو مثله، كما هو مختاره ﷺ في معنى الضمان، لأنّه وارد على المختار أيضاً في معناه من أنّه في صورة تلف العين مثل وجودها عبارة عن العهدة، و لازمه صرف التكليف برّد العين إن وجدت و ردّ بدلها إن تلفت. فالبحت عن كيفية الاشتغال إنّما هو لكونه مقدّمة لما اختاره في الجواب عن هذا الإشكال فيما بعد بقوله: «فنقول: إنّ الوجه في رجوعه - أي: رجوع السابق الغير الغارّ إلى اللاحق - إنّ السابق...».

٢٦٣٦. أي: معنى ثبوت الشئ في العهديات المتعدّدة.

٢٦٣٧. هذا مفعول ثانٍ للمطالبة. و في بعض النسخ المصحّحة «بالخروج» بالباء متعلّق بالمطالبة، و لعلّه أحسن. و ضمير «أحدها» في قوله: «و إذا استوفى أحدها» راجع إلى الأبدال المستفادة من الكلام السابق. و ضمير «كونها» - على تقدير صحّة النسخة - راجع

فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البذل (٢٦٣٨)، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط* الباقي؛ لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأن التدارك لا يتدارك. والوجه في سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقي: أن مطالبته مادام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق كما ذكرنا: أن المالك إنما يملك البذل على سبيل البدلية، ويستحيل اتّصاف (٢٦٣٩) شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التالف و أصلاً إلى المالك. ويمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال (٢٦٤٠) على طريقة الجمهور؛ حيث إنه ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى، و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا كما في الإيضاح و ضمان الأعيان المضمونة (٢٦٤١) على ما استقر به في التذكرة وقواه في الإيضاح و ضمان الإثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة ١٩. وقد حكى فخر الدين والشهيد عن العلامة ٢٠ في درسه: أنه نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي، و في الأموال: الغاصب من الغاصب.

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي، وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلأريب في أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لأريب في أن السابق إذا رجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع إليه،

إلى الباقي بلحاظ المعنى، فإن المراد منه الأبدال. و الصواب «كونه» بدل «كونها».

٢٦٣٨. لكن من حيث إنه بدل عن العين التالفة و تدارك لها.

٢٦٣٩. هذا علة لقوله: «لم يكن بعنوان البدلية».

٢٦٤٠. يعني من المال الدين. و مراده من ضمان عهدة العوضين ضمان شخص غير

المتبايعين عهدة الثمن للبائع و عهدة الثمن للمشتري.

٢٦٤١. كضمان شخص عهدة الأعيان التي ضمنها شخص آخر قبله، كما في ضمان

شخص في العارية المضمونة و في العين المغصوبة.

في حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن..... ١٢٧
إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمّنه له (٢٦٤٢)؛ فالمقصود بالكلام
(٢٦٤٣) ما إذا لم يكن غاراً له.

فنقول: إنّ الوجه في رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته* بالبدل قبل اللاحق،
فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع (٢٦٤٤) إلى
ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل؛

.....

٢٦٤٢. لقاعدة الغرور.

٢٦٤٣. يعني: إنّ المقصود بالكلام في رجوع السابق إلى اللاحق لو رجع المالك إلى
السابق - و في بيان وجهه - ما إذا لم يكن السابق غاراً له، فنقول: إنّ الوجه في رجوع السابق
الغير الغار إلى اللاحق هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق... و فيما ذكره من
القبليّة نظر جلي، ضرورة مدخلية التلف في اشتغال ذمّة كلّ منهما بالبدل، و كونه شرطاً في
تأثير ذلك بحيث لولاه لما وجد ذلك، بل يكون نفس العين في عهدة ذي اليد، فمحجّر التلف
كما يتمّ سبباً يد السابق - لاشتغال ذمّته بالبدل - كذلك يتمّ سبباً يد اللاحق له أيضاً دفعة و
في آن واحد.

و بالجملة، سبق و اللحق إنما هو بالنسبة إلى أحد جزئي العلة التامة، و هو إثبات
اليد على مال الغير، و هو بانفراده لا يؤثر في الاشتغال بالبدل، و أمّا بالنسبة إلى الجزء الآخر -
أعني: التلف - فلا سبق و لالحق، بل كلاهما في عرض واحد، فيكون اشتغالهما في وقت
واحد، و هو وقت التلف، فإذا حصل المال في يد اللاحق لا يضمن هو مثل السابق إلاّ نفس
المبدل. و لافرق فيما ذكرنا من المنع بين أن يكون المراد من اشتغال الذمّة بالبدل كونه ديناً في
الذمّة أو وجوب أداء البدل كما لا يخفى.

٢٦٤٤. يعني: ضمان اللاحق شيئاً له بدل يرجع إلى ضمانه واحداً من البدل للسابق و
المبدل للمالك على البدل. و معنى ضمانه لو أخذ منها اشتغال ذمّته - أي: اللاحق - إمّا يبدل
المبدل، الذي صار في يده للمالك المبدل و إمّا يبدل البدل لذي اليد السابق عليه في فرض تلف المبدل
في يد اللاحق و رجوع المالك إلى السابق و أخذ البدل منه. و الوجه في رجوعه إليه أنّه لا يعقل

* في بعض النسخ زيادة: له.

إذ لا يعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البذل و إلاّ خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل (٢٦٤٥)؛ فإنّه تدارك نفس العين معيّناً؛ إذ* لم يحدث له تدارك آخر بعد؛ فإنّ أداه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له، و لا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامة و التدارك، فلا اشتغال للذمّة قبل حصول التدارك**، و ليس من قبيل العوض لما في ذمّة الأوّل، فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنّه لا يستحقّ الدفع إليه إلاّ بعد الأداء.

و الحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البذل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل ذمّته إما بتدارك العين و إمّا بتدارك ما تداركها، و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البذل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمّة أشخاص على البذل بشي واحد لشخص واحد.

و ربّما يقال ٢٠ في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجع عليه: إنّ ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبذل (٢٦٤٦) و إن جاز له إلزام غيره (٢٦٤٧) باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمّته به، فيملك حينئذٍ من

عدم رجوعه إليه، بأن كان اللاحق يضمن المبدل معيّناً للمالك من دون أن يضمن البذل للسابق. ٢٦٤٥. بل هو أيضاً بذل عمّا اشتغلت ذمّة الثاني ببذله، ضرورة حدوث ضمان الثاني، و معناه حدوث البذل في ذمّته.

٢٦٤٦. لادليل على الاشتغال إلاّ حديث على اليد، و قد مرّ غير مرّة أنّه لا يدلّ على اشتغال الذمّة، و إنّما مفاده شيء واحد بالنسبة إلى حالتي بقاء المال و تلفه، و لا ريب أنّه لا اشتغال في حال البقاء، فحال من تلف في يده كغيره في كون الخطاب شرعيّاً وضعيّاً بمعنى كون المال المأخوذ على عهدة الآخذ. و بالجملة، فالخطاب الذمي - بمعنى اشتغال ذمّة الآخذ بالبذل للمالك بحيث يكون مديوناً له، و يكون هو مالكاً لشيء في ذمّته - مفقود حتّى فيمن تلف بيده.

٢٦٤٧. ضمير «له» راجع إلى المالك. و ضمير «غيره» و «ذمّته» راجع إلى «من» في

أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده، و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي؛ إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد (٢٦٤٨)، فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو، انتهى.

و أنت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأن خطابه ذمي و خطاب غيره شرعي؛ مع كون دلالة "على اليد ما أخذت" بالنسبة إليهما على السواء، و المفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي. مع أنه لا يكاد يعرف خلاف (٢٦٤٩) من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون (٢٦٥٠) في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله و تقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء، و مصلحة المالك عنه مع آخر إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة. مع أن تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البذل، لا يعلم له سبب اختياري و لا قهري (٢٦٥١)،

قوله: «من تلف في يده» و ضمير «به» و «أدائه» راجع إلى «ما» في قوله: «ما اشتغل ذمته». و «ما» في قوله: «ما للمالك» مفعول «يملك». و ضمير «ذمته» راجع إلى «من» في «من تلف». و قوله «بالمعاوضة» متعلق بـ«يملك».

٢٦٤٨. وكذا لا دليل أيضاً على شغل ذمة واحدة. هذا، مع أن الدليل لا يقتضي أن يكون صاحب الذمة الواحدة من تلف في يده المال دون غيره.

٢٦٤٩. بعد كون المدرك قاعدة اليد التي عرفت عدم دلالتها على الاشتغال أصلاً لا مخافة من عدم الخلاف. مع أنه يمكن أن يكون مرادهم من اشتغال الذمة بمجرد تكليفهم بالخروج عن العهدة بأداء بدله الذي هو من آثار الوضع، أعني: الضمان، و كون المال على العهدة مثل التكليف بأداء نفس العين حال البقاء.

٢٦٥٠. هذا راجع إلى قوله: «مشغول الذمة». و غرضه من التنظير بيان أن الثابت في الذمة ليس بمجرد التكليف بأداء البذل.

٢٦٥١. يمكن أن يقال إن بمجرد دفع البذل سبب قهري عند الشارع للتملك، كسبيّة

بل المتجه على ما ذكرنا (٢٦٥٢) سقوط حق المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره؛ لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك، مع أنّ اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن* لحقه في اليد العادية إلا إلى** من تلف في يده، مع أنّ الظاهر خلافه؛ فإنّه يجوز (٢٦٥٣) له أن يرجع إلى كلّ واحد من بعده، نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا كلّّه إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضاً في صورة بقاء العين وآله يرجع المالك بها على من في يده أو*** من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها (٢٦٥٤) فمن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة وللمالك استرداده، فيردّ بدل الحيلولة. ولا يرتفع سلطنة المالك

المرج للشركة القهرية، و ضياع أحد الدراهم الثلاثة للشركة في أحد الباقيين بالمناصفة في مسألة الودعي، فتأمل.

٢٦٥٢. يعني بالموصول ما ذكره قبل ثلاثة وعشرين سطرًا بقوله: «و حيث إنّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل بدل لأزيد».

٢٦٥٣. مجرد استظهار الإجماع على الجواز - كما هو ظاهر العبارة ما لم يكن قطعياً - لا يصلح ردّاً على الخصم. وكيف كان، فضمير «خلافه» راجع إلى اللازم، وهو عدم رجوع الغارم إلى أحد لواحقه. والضمير المستتر في «كان» وكذا ضمير «فهو» راجع إلى الواحد في قوله «إلى كلّ واحد».

٢٦٥٤. يعني: «فإن لم يمكن لمن جرت يده عليها انتزاعها...». والضمير المستتر في «غرم» راجع إلى «من» في قوله: «من جرت...». ولو كانت «له» بين «فإن لم يمكن» وبين «انتزاعها» لكان أحسن، ولعلّ عدمه من غلط النسخة. و ضمير «استرداده» راجع إلى «من» في قوله: «من هي في يده» أي: للمالك طلب ردّ العين ممن هي في فيفسد**** أخذ العين منه يردّ بدل الحيلولة إلى من أخذه منه.

* في بعض النسخ: بمن. ** في بعض النسخ: إلا بمن. *** في بعض النسخ زيادة: على. **** كذا في الطبعة الحجرية. و العبارة مغلوطة قطعاً. ولعلّ الصحيح هكذا: ممن هي في يده، أخذ العين منه يردّ.

على مطالبة الأول (٢٦٥٥) بمجرد تمكّنه من الاسترداد من الثاني، لأنّ عهدها على الأول فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل (٢٦٥٦)، نعم، ليس للمالك أخذ مؤونة الاسترداد لياشراً* بنفسه. ولو لم يقدر على استردادها (٢٦٥٧) إلّا المالك وطلب من الأول عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزّل منزلة التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها بما يعدّ إجحافاً على الغاصب الأول، وجوه.

هذا كلّ مع عدم تغيّر العين، وأمّا إذا تغيّرت فيجى فيه صور كثيرة لايناسب المقام التعرّض لها وإن كان كثير لما ذكرنا أيضاً بما لايناسب ذكره إلّا في باب الغصب، إلّا أنّ الاهتمام بما دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناماً للفرصة. وفّقنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل، إنّه غفار الزلل.

مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطلان الفضولي فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لايقبله والحكم فيه الصّحة؛ لظهور الإجماع، بل دعواه عن غير واحد، مضافاً إلى صحّة الصفار المتقدّمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله ~~لا يجوز بيع ما لا يملك~~: "لا يجوز بيع ما لا يملك"، وقد وجب الشراء** فيما يملك.

ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي كالشيخ^{٢١} وابن زهرة والحلي وغيرهم، نعم، لولا النصّ والإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجى في بيع ما يملك وما لا يملك. وأمّا على القول بصّحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصّحة مع الإجازة، بل وكذا

.....
٢٦٥٥. يعني: مطالبة بردّ العين.

٢٦٥٦. يعني: في تحصيلها وأخذها من الثاني.

٢٦٥٧. هذا بقرينة قوله: «فيغرم بدل الحيلولة» إمّا هو فيما إذا لم يأخذ بدل الحيلولة، وأمّا إذا حدثت بعد أخذها القدرة على ذلك مختصةً بالمالك فينتفي الوجه الثاني. و يأتي غيره من الوجوه الثلاثة.

* في بعض النسخ: لياشره.

** في بعض النسخ: الشراء من البائع.

٢٦٥٨. الظاهر عدم الإشكال في الصحة بالنسبة إلى مال البائع، لصحيفة صفار و الإجماع، فتأمل، و عدم الإشكال في الخيار للإجماع. و إنما الإشكال في أن الصحة على طبق القاعدة أو على خلافها، بمعنى أن البائع هل صدر منه عقد و بيع بالنسبة إلى ماله الذي هو جزء المبيع و المعقود عليه أم لا؟ و على الأول هل هو واجد لشرط الصحة و وجوب الوفاء - و هو التراضي و الطيب - حتى تكون الصحة مقتضى الإطلاقات، فيتعدى إلى غير البيع، و إلى ما كان التبعض من جهة تخلف الشرط، أم لا؟ نظراً إلى أن العقد و التراضي إنما وقع على المجموع لا على البعض، و مع التبعض لا عقد و لاتراضي كي تكون الصحة على خلاف الإطلاقات، لخروجه عنها من حيث الموضوع، و لعدم التراضي، فلا يتعدى عن مورد النص من كون التبعض من جهة تخلف الشرط.

فليعلم أن الأمور المتعددة بالقياس إلى تعلق القصد به و كذلك الرضا بانتقاله في عالم اللب تصور على أنحاء:

الأول: أن يكون كل واحد منها مقصوداً بالاستقلال قد أنشئ الكل بلفظ واحد، نظير العموم الاستغراقي. و على هذا يكون البيع بيعاً عديداً، يلاحظ في كل واحد منها أدلة الصحة المقيدة بأدلة اعتبار الرضا. فبالقياس إلى مال نفسه يصح و يلزم. و بالقياس إلى مال الغير يكون فضولياً يحكم عليه بأحكامه، فيصح مع الإجازة، و يبطل مع الرد.

الثاني: أن يكون المجموع من حيث المجموع و بقيد الاجتماع متعلق أصل القصد، بحيث لولا الاجتماع لا قصد و لارضا. و لاريب في البطلان حيث مع التبعض.

و الثالث: أن يكون المجموع متعلق مرتبة أكيدة من القصد و الرضا، من جهة قيام مصلحة أكيدة بالمجموع. فلو انتفى الاجتماع، فتارة يكون الباقي أيضاً مقصوداً من أول الأمر لكن بهذه المرتبة الشديدة، لقيام مصلحة أخرى به كذلك، فيصح في ماله أيضاً مطلقاً حتى مع الرد، إما مع الخيار، لأجل تبعض الصفقة بناءً على دلالة حديث نفي الضرر على ثبوت الخيار، لاحتمال أن يكون الإجماع على ثبوته مستنداً إلى الحديث، و إما بدونه بناءً على عدم دلالة عليه، كما هو الظاهر على ما يأتي بيانه إن شاء الله في خيار الغبن. و أخرى يتجدد القصد إليه، لتجدد المصلحة فيه، فيبطل في ماله مع الرد، فتأمل.

إذا عرفت ذلك فنقول: إن علم من الخارج أحد هذه الأنحاء فهو، و إلا فيمكن أن يقال: إن الظاهر عرفاً هو الأول من نحوي النحو الثالث، لأننا إذا راجعنا إليهم نرى أنهم فيما إذا ظهر فساد جزء من المبيع عندهم ربما يردون الجزء الفاسد إلى بايعه، و يلتزمون بالباقي جرياً على العهد السابق و التزاماً بمؤداه و ليس هذا عندهم عقداً جديداً و عهداً مستأنفاً، فهو عندهم مثل أن العقد من أول الأمر وقع على خصوص هذا الجزء الصحيح. و نراهم أيضاً أن التزامهم بالعقد في ذاك الجزء الصحيح إنما هو مع كون الرضا و طيب النفس معتبراً عندهم، مع قطع النظر عن الشرع و كونهم من أهل سائر الملل و الأديان، حيث إن بنائهم على عدم جواز أكل مال الغير بدون رضاه. و على ذلك، فالتزام أهل العرف ببعض مقتضى العقد مع بنائهم على اعتبار الرضا يكشف عن كفاية هذا المقدار من القصد و الرضا في النقل و الانتقال. و نرى أنهم ليسوا ملزمين على الالتزام بالباقي، بل لهم أن يردوه أيضاً، فيكشف ذلك عن ثبوت الخيار عندهم، و لم يثبت ردع الشارع، فظهر أن الصحة و الخيار على طبق الخيار. و من ذلك يعلم الكلام في مسألة بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله، كالخمر و الخنزير، و أن البيع فيما يقبله صحيح جائز، لعدم الفرق بين المسألتين إشكالاً و جواباً، فلانعيد الكلام هناك.

هذا، و الإنصاف أن في دعوى كون المسألتين من النحو الذي ذكرناه إشكالاً بل منعاً، فقد يكون منه، و قد يكون من غيره، و قد يشك. فما لم يعلم أنه من النحو الأول أو الأول من الثالث يحكم بالبطلان، إلا أن يقوم دليل على الصحة، فيقتصر على مقدار دلالتيه. و ما ذكرنا من حكم العرف في بيع ما يملك و ما لا يملك بكون الالتزام بالنسبة إلى ما يملك عين الالتزام الأول لا التزاماً جديداً، إنما هو فيما إذا علم أنه بأحد النحويين المذكورين لامطلقاً. و مما ذكرنا في تخلف الجزء يعلم الحال في تخلف الوصف و الشرط، بل القول بالصحة فيه أشكل منه في المقام، و لذا ذهب جماعة من المحققين إلى البطلان هناك، بخلاف المقام فإنه لم ينقل القول بالبطلان صريحاً إلا من المحقق الأردبيلي رحمه الله.

وكيف كان، فالأظهر في النظر في كلا المقامين هو البطلان بالتخلف بمقتضى القاعدة، إلا فيما إذا علم كون الباقي بعد التخلف مورداً للغرض و متعلقاً للقصد و الرضا من أول الأمر، أو قام دليل تعبدى على الصحة. و يأتي بعض الكلام في ذلك في باب الشروط إن شاء الله.

فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة ٢٢، و سيجي في أقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه، و يؤيده صحيحة الصفار. و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن، وكلام الغنية على العالم.

ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيدة في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضمنية، و سيجي الكلام في محلها.

ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، و موقوف في غيره بحصته. و طريق معرفة حصة كل منهما (٢٦٥٩) من الثمن في غير المثلي: أن يقوم كل منهما منفرداً، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتاً إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، مثاله كما عن السرائر ٢٣: ما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير، و قيل: "إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان" فيرجع المشتري بثلي الثمن. و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الإرشاد،



٢٦٥٩. هذا الطريق الذي تحصله تقويم كل من المالكين منفرداً عن الآخر، ثم جمع القيمتين و نسبة إحداهما إلى المجموع، و الأخذ من الثمن بتلك النسبة، من دون تقويم المالكين مجتمعاً أحدهما مع الآخر، على إطلاقه غير صحيح، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع المالكين دخل في زيادة قيمة أحدهما و نقصان قيمة الآخر، فإنه فرض ممكن، و ذلك للزوم الضرر حينئذٍ على أحد المالكين. كما أن طريق الشرايع و القواعد و اللمعة الذي لابد فيه - مضافاً إلى ما مرّ في الطريق الأول - من تقويم المالكين مجتمعاً أحدهما مع الآخر، لا يستقيم فيما إذا كان لاجتماع المالكين دخل في زيادة قيمتهما معاً أو نقصانها كذلك.

فالأولى في طريق التقيسيط ما ذكره السيد الأستاذ العلامة رحمته، و هو أن يقوم كل منهما منفرداً لكن بملاحظة صفة الانضمام، ثم يؤخذ لكل منهما جزء من الثمن كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، انتهى بأدنى تغيير منّا. و لا يخفى أن ما أفاده عبارة أخرى عن أن يقوم جميعاً، ثم يقوم أحدهما منفرداً لكن مع ملاحظة وصف الانضمام مع الآخر، أي: يلاحظ أن أي مقدار من قيمة المجموع يخصّ بكل واحد منهما منفرداً مع حفظ وصف الانضمام و الاجتماع،

في بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه..... ١٣٥

حيث قال: و يقسّط المسمّى* على القيمتين. و لعله أيضاً مرجع ما في الشرايع و القواعد و اللمعة^{٢٤}: من أنّهما يقوّمان جميعاً ثمّ يقوّم أحدهما؛ و لهذا فسّر بهذه العبارة (٢٦٦٠) المحقّق الثاني عبارة الإرشاد، حيث قال: طريق تقسيط المسمّى على القيمتين... لكنّ الإنصاف: أنّ هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر؛ إذ لو كان المراد من "تقويمهما معاً": تقويم كلّ منهما - لا تقويم المجموع - لم يحتجّ إلى قولهم: "ثمّ يقوّم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته"، إذ ليس هنا (٢٦٦١) إلّا أمران: تقويم كلّ منهما و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثمّ تقويم أحدهما بنفسه ثمّ ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع. و من هنا أنكر عليهم جماعة^{٢٥} تبعاً لجامع المقاصد، إطلاق القول بذلك؛ إذ لا يستقيم

لأنّ تقويمه كذلك إنّما هو هذا، ثمّ يؤخذ من الثمن بنسبة قيمته إلى المجموع. و حينئذ يوافق ما ذكره مع الطريق الذي ذكره الجماعة، بناءً على أن يكون مرادهم من تقويم أحدهما بعد تقويم المجموع تقويمه منفرداً مع ملاحظة وصف الانضمام، كما وجّه به كلامهم صاحب الجواهر^{٢٦}، بل ظنّي أنّه أخذ ما اختاره من الطريق ممّا ذكره صاحب الجواهر توجيهاً لكلامهم. و كيف كان، فالطريق المستقيم ما اختاره السيّد الأستاذ.

٢٦٦٠. يعني من العبارة هنا و في قوله: «لكنّ الإنصاف أنّ هذه العبارة...»، عبارة الشرايع و القواعد و اللمعة من أنّهما يقوّمان جميعاً ثمّ يقوّم أحدهما. و المراد من عبارة الإرشاد قوله: «و يقسّط على القيمتين». و ضمير «قال» راجع إلى المحقّق الثاني. و تتمّة عبارته التي أشار إليها بقوله «إلى آخره» عين عبارة الجماعة الثلاثة المذكورة. يعني: و لأجل كون ما ذكر من الطريق مرجع ما في القواعد و الشرايع و اللمعة فسّر المحقّق الثاني بعبارتهم المذكورة عبارة الإرشاد المتقدمة من أنّه يقسّط المسمّى على القيمتين، حيث قال المحقّق الثاني في شرح عبارة الإرشاد المذكورة: «و طريق تقسيط المسمّى عن القيمتين أن يقوّما جميعاً، ثمّ يقوّم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته إلى مجموع القيمتين».

٢٦٦١. أي: فيما اخترناه من الطريق.

* في بعض النسخ زيادة: الثمن.

ذلك فيما إذا كان لاجتماع المالكين دخل في زيادة القيمة، كما في مصراعي باب و زوج خفّ إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الإثنين إلى العشرة استحقّ من البائع واحداً من الخمسة فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنّه لم يستحقّ من الثمن إلاّ مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين و نصفاً. و الحاصل: أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، و يصحّ في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر.

هذا، و لكنّ الظاهر أنّ كلام الجماعة إمّا محمول على الغالب (٢٦٦٢) من عدم زيادة القيمة و لانقصانها بالاجتماع أو مرادهم من "تقويمهما" تقويم كلّ منهما منفرداً، و يراد من "تقويم أحدهما ثانياً" ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين و إلاّ ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلة الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها (٢٦٦٣) - و إن كان ضعيفاً (٢٦٦٤) - بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع، بل ينقض بصورة مدخلة الاجتماع في نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإنّ هذا فرض ممكن (٢٦٦٥) كما

٢٦٦٢. قد مرّ لما ذكرناه وجه وجهه يوافق المختار، فراجع و لاحظ.

٢٦٦٣. في هذا التوصيف إشارة إلى إمكان التفصّي عن النقض بالصورة المذكورة مع الالتزام به، و هو كذلك، لأنّه لا مانع عن الالتزام به إلاّ لزوم الضرر و الإجحاف على المشتري، و هو ممّا لا غائلة فيه بعد إمكان جبره بالخيار الثابت. و هذا بخلاف النقض بصورة مدخلة الاجتماع في نقص القيمة، فإنّه من جهة لزوم الجمع بين العوض و المعوّض - كما في المثال المذكور في المتن - لا يمكن الالتزام به.

٢٦٦٤. وجه الضعف ما ذكره قبل ذلك بقوله: «و الحاصل...».

٢٦٦٥. كما لو تعلّق البيع بعبدين، و فرض العلم لكلّ أحد يعرفهما بأنّه يترتب على اجتماعهما عند مولى واحد سيّما في بيت واحد من المفاسد - كالخيانة و السرقة و التهاون في الخدمة إلى غير ذلك، لاعتماد كلّ واحد منهما على الآخر حسبما تواطأ عليه - ما لا يترتب على تفرّقهما، و لذا ينقص قيمتهما بسبب الاجتماع، لعدم الرغبة غالباً من غالب الناس و

في بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه..... ١٣٧

صرّح به في رهن جامع المقاصد^{٢٦٦٦} غيره، فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و الثمن، كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة، و قيمة كلّ واحدة منهما منفردة عشرة، بثمانية (٢٦٦٦)؛ فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين (٢٦٦٧) نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع بكل الثمانية*، وكأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظة قيمة كلّ منهما منفرداً و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إن المشتري إنما بذل الثمن في مقابل كلّ منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر، و هذا الوصف لم يبق له مع ردّ مالك أحدهما، فالبايع إنما يستحقّ من الثمن ما يوزّع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة و هو درهم واحد، فالزيادة ظلم على المشتري، و إن كان ما أوهمه عبارة الشرايع و شبهها - من أخذ البائع أربعة، و المشتري واحداً - أشدّ ظلماً (٢٦٦٨)، كما نبّه عليه في بعض حواشي الروضة، فاللازم أن يقسّم الثمن على قيمة كلّ من المالكين منفرداً و على الهيئة** الاجتماعية، و يعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً، و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً و قيمة هيئة الاجتماع. قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضموناً في باب المعاوضات و إن كان مضموناً في باب العدوان، غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة.

.....

الحال هذه في شرائهما، بخلاف صورة الانفراد، فإنها من جهة عدم ترتب المفاسد المذكورة عليها يبقى قيمة كلّ منهما على حالها أو يزيد.

٢٦٦٦. الجارّ متعلّق بـ«باع».

٢٦٦٧. كان الأولى أن يقول: إلى قيمتها*** مجتمعتين، فافهم.

٢٦٦٨. الإيراد ناظر إلى ما ذكره المصنّف رحمه الله بقوله: «فالتحقيق في جميع الموارد ما

ذكرنا» لأنّ قضية ما ذكره من طريق التقييد أنّ كلّاً من المالك و البائع يستحقّ درهماً و

* في بعض النسخ: العشرة.

** في بعض النسخ: هيئته.

*** كذا في الطبعة الحجرية. و لعلّ الصحيح: قيمتهما.

و لافرق فيما ذكرنا بين كون ملك البايع و ملك غيره متعددين في الوجود كعبد و جارية أو متحدين كعبد ثلثه للبايع و ثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع (٢٦٦٩) أثلاثاً؛ لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان؛ لكونه أقل رغبة منه،

نصفاً من خمسة الثمن في الفرض الذي ذكره في مصراع الباب، و قضية ما ذكره في الشرايع و من تبعه أن المالك يستحقّ درهماً و البايع يستحقّ أربعة دراهم، و قضية ما ذكره في السؤال أن كلّاً من البايع و المالك يستحقّ درهماً في مقابل ملكه، فإنه قيمة كلّ من المالين منفرداً، و الثلاثة الزائدة الناشئة من وصف الاجتماع تبقى للمشتري، فإنّ ذلك الوصف لم يسلم له مع ردّ مالك أحدهما. فالحكم باستحقاق البايع للزيادة - و هو درهم و نصف، نظراً إلى أن الثلاثة الزائدة لما كانت في مقابل وصف الاجتماع المتقوم بملك كلّ من البايع و المالك، مقتضي لكون نصفها للبايع و الآخر، لصاحب المال الآخر، كما كان الأمر كذلك على تقدير الإجازة، فمع ردّ المالك البيع في ماله لا يستحقّ البايع هذه الزيادة، حتّى النصف الذي كان للمالك على تقدير الإجازة، لأنها ليست من توابع ملك المالك، فتبقى للمشتري، و أمّا نصفها الآخر فلما كان من توابع ملك البايع فيستحقّه البايع مضافاً إلى قيمة ملكه منفرداً، أعني: الدرهم الواحد - ظلم على المشتري، فإنّ هذا المقدار من الزيادة أيضاً كان في قبال وصف الانضمام الذي لم يسق للمشتري كما أن ما أوهمه عبارة الجماعة من استحقاق البايع لتمام الأربعة - من قيمة ملكه منفرداً و هو الدرهم الواحد، و من الثلاثة الناشئة من الهيئة الاجتماعية - أشدّ ظلماً.

و الحاصل: أن فيما ذكره في السؤال من الطريق لا يلزم ظلم على المشتري، بخلافه على طريقة المصنّف و طريقة الجماعة، فإنّ الظلم عليه لازم فيهما، و إن كان في الثاني منه أشدّ منه في الأوّل بمقدار النصف، فلا بدّ من جعل الطريق ما ذكر في السؤال حذراً من تجويز ما يستلزم القبيح العقليّ الفطريّ. هذا محصل السؤال، و غاية مبناه كون وصف الاجتماع بنفسه مقابلاً للمال. و محصل الجواب: منع المبني المذكور، و أن الوصف المذكور ليس في قبالة شيء من الثمن، و إنّما يوجب زيادة قيمة المال، و تخلف ذاك ينتج الخيار، لقاعدة نفي الضرر على مذاق الأصحاب من إثباتها الخيار، لاسترداد جزء من الثمن مضافاً إلى مقابل مال المالك الآخر، و إلّا يلزم أخذ جزء من الثمن من دون ردّ مقابله.

في بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه..... ١٣٩
بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما (٢٦٧٠) ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة.

هذا كله في القيمي، أما المبيع المثلي: فإن كانت الحصة مشاعة قسّط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصتي البائع و الأجنبي بما يخصّه، و إن كانت حصة كلّ منهما معينة كان الحكم كما في القيمي: من ملاحظة قيمتي الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف ملك* الدار (٢٦٧١)،

.....

٢٦٧٠. أي: يلاحظ نسبة قيمة الثلث إلى مجموع القيمتين.

٢٦٧١. إضافة الملك إلى الدار بيانية، و لو ترك المضاف لكان أولى. و كيف كان، فالكلام إلى هنا كان في حكم العقد مع العلم بكونه فضولياً، و من هنا شرع في حكمه مع الشكّ فيه، من جهة الشكّ في وقوعه على مال الغير أو على مال العاقد، لقابلية المحلّ لكون العاقد أصيلاً و غير أصيل. و هذا النحو من الشكّ يتصور على أنحاء، إذ قد يكون ناشئاً من الشكّ في كيفية القصد مع العلم بالمبيع الذي تعلّق به القصد و عدم الإجمال فيه، سواء كان كلياً، كأن باع متاً من حنطة و لم يعلم أنّه قصد كون المبيع لنفسه أو لغيره، أو قصد كونه في ذمة نفسه أو ذمة غيره، أو كان جزئياً خارجياً، كأن باع ذو الخيار شخص ما انتقل عنه، و لم يعلم أنّه قصد كونه لنفسه حتّى يكون فسخاً و يقع البيع على ماله، أو كونه لغيره حتّى يكون فضولياً. و قد يكون ناشئاً من الشكّ في متعلّق البيع و الإجمال فيه، لتردّد العنوان الذي وقع عليه البيع بين أمرين أو أمور، إمّا لأجل الاشتراك اللفظي كما في بيع الغائم الذي هو اسم لعبد البائع و عبد الغير، أو لأجل الاشتراك المعنوي كما في بيع نصف الدار، فإنّه مشترك من حيث المعنى بين نصف البائع و نصف شريكه و النصف المشاع بينهما.

و يحمل القول في حكم هذه الأقسام: أنّ مقتضى أصالة عدم قصد كونه للغير في القسم الأوّل من القسم الأوّل - و هو ما كان المبيع كلياً - وقوع البيع لنفسه. و لا يعارضها أصالة عدم قصد كونه لنفسه، لأنّ المعارضة مبنية على توقّف وقوعه له على قصد كونه لنفسه، و

ليس كذلك، إذ يكفي فيه عدم قصد كونه للغير، نظير كفاية عدم ذكر الأجل في كون عقد النكاح دائماً. و منه يظهر اندفاع توهم كون الأصل مثبتاً.

و من حكم هذا يعلم حكم القسم الثاني منه، و هو ما كان المبيع فيه جزئياً خارجياً، و أنه عكس القسم الأول، إذ مجرد عدم قصد نفسه هنا يكفي في الفضولية، و لا يحتاج إلى قصد الغير، و إنما يحتاج إلى القصد وقوعه لنفسه، لا لأن العقد لنفسه، يتوقف على قصد نفسه، بل لأن شرط وقوعه له - أعني: كونه ملكه - يتوقف عليه.

و أما القسم الأول من القسم الثاني - أعني: ما كان المبيع مشتركاً لفظياً - فمورد الكلام ما علم أنه أراد أحد المعنيين معيّن، و إلا فلو أراد أحدهما* على التعيين لكان باطلاً إجماعاً، فلا يبقى مجال للتكلم في وقوعه للبائع أو للغير. و الذي ينبغي أن يقال فيه: إن مقتضى القاعدة وقوع البيع للعاقد، و انصراف المبيع إلى عبده، لا لأصالة القصد في الكلام التي هي من الأصول العقلية عند دوران الأمر بينه و بين عبده، بناءً على عدم القصد في الفضولي كما هو ظاهر عبارة الشهيد الثاني، لما مرّ غير مرّة من عدم صحة ظاهره، و أن مراده منها شيء آخر. و لا لأصالة عدم قصد الغير، لأنه مثبت في المقام، و معارض بأصالة عدم قصد نفسه، لأن مرجع الشك فيه هنا إلى الشك في قصده بيع مال نفسه أو بيع مال غيره، و بعبارة أخرى: بيع هذا العبد أو ذاك العبد، و من المعلوم أن كليهما حادثان مسبوقان بالعدم، فإجراء أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح، و بالجملة فرق بين المقام و القسمين الأولين. بل لما ذكره المصنف من ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، و انصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف، فيفسّر بهما إجمال لفظ المبيع، و يكونان قرينة معيّنة للمراد من اللفظ المشترك.

و مراده من الانصراف هنا ليس معناه الاصطلاحي المختص بالمطلقات، بل معناه اللغوي الحاصل من القرينة، فيكون منشأ الظهور الثاني قرينة المقام، نظير ظهور الأمر الواقع عقيب الحظر في الإباحة على القول به، و لا كلام فيه.

و إنما الكلام في وجه الظهور الأول، أعني: ظهور البيع في وقوعه لنفسه، و لعله من

* كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر سقوط كلمة «لا» قبل «علي التعيين» فيصير الكلام هكذا: فلو أراد أحدهما لا علي التعيين....

باب الغلبة، و مدرك حجتها في المقام بناء العقلاء، بدعوى أن بنائهم على حمل البيع على الأصالة في المورد القابل لها. و فيه تأمل صغرى و كبرى.

و الظاهر من المصنف عليه السلام أن الوجه فيه الإطلاق، حيث قال في ذيل العبارة: «إن ظهور التملك في الأصالة من باب الإطلاق، و ظهور النصف في الإشاعة و إن كان كذلك أيضاً، إلا أن ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق» انتهى. و نظير هذا ظهور الأمر في التعييني و العيني، فإنه أيضاً من باب الإطلاق، و عدم تقييده بما يدل على التخييري و الكفائي، نظراً إلى كفاية الإطلاق في ذلك، من جهة احتياجهما إلى مؤنة زائدة على صرف ملاحظة متعلق الأمر و ملاحظة المخاطب، فكذا المقام كما أشار إليه في صدر العبارة بقوله: «لأن بيع مال الغير لابد فيه: إما من نية الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، و إما من بنائه على تملكه للمال عدواناً كما في بيع الغاصب، و الكلّ خلاف المفروض» يعني: بخلاف بيع مال نفسه، فإنه لا يحتاج إلى أزيد من قصد البيع. و لكن لا يخفى أن بيع مال الغير أيضاً لا يحتاج إلى أزيد من إيقاع البيع على ماله الخارجي، مثل بيعه مال نفسه المحتاج إلى إيقاعه على ماله الخارجي في الأموال الشخصية، و منها المقام، و إنما الذي يحتاج الفضولية إلى أزيد من إيقاع البيع على متعلقه - و هو قصد كونه للغير مثلاً - إنما هو في الأموال الكلية.

و أما الثاني من هذا القسم، و هو ما كان عنوان المبيع بحسب الوضع مشتركاً معنوياً كنصف الدار، ففيه صور: إحداها ما علم أنه قصد مصداقاً معيناً من مصاديق مفهوم هذا اللفظ، و شك في أنه نصف نفسه، أو نصف شريكه، أو النصف المشاع بينهما.

ثانيتها: ما إذا علم أنه قصد خصوص المصداق الذي كان لفظ المبيع - مثل النصف - ظاهراً فيه من حيث هو مع قطع النظر عن وقوعه في حيز البيع. و مقتضى القاعدة حينئذ الإشاعة، في الإشاعة لظهوره فيه من حيث هو.

ثالثتها: ما إذا علم أنه قصد خصوص المصداق الذي كان لفظ النصف ظاهراً فيه بلحاظ وقوعه في حيز البيع.

رابعتها: ما إذا علم أنه لم يقصد المصداق أصلاً، و إنما قصد مفهوم اللفظ الكلّي الجامع بين المصاديق.

خامستها: ما إذا لم يعلم أنه قصد المصداق أو المفهوم الجامع.

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله:
"بعتك نصف الدار"

أما الصورة الأولى، فإن كان للإيجاب ظهور في إحدى المصاديق و لو بواسطة قرينة الغلبة و القرينة المقامية أو الخالية فهو المتبع، وإلا فهو مندرج تحت قاعدة «ما لا يعلم إلا من قبله» فلا بد من الرجوع إلى البائع و تعيين مراده.

و أما الصورة الثانية: فالظاهر أنه يحمل على الإشاعة، لأن النصف من حيث هو غير مقيد بقيد من القيود الثلاثة ظاهر في الإشاعة إذ يكفي فيه عدم تقييد النصف بحصته و حصّة شريكه. و الظاهر خروج هذه الصورة عن محلّ كلام المصنّف و غيره، إذ مع العلم بعدم قصده إلا ذلك كيف يجري فيه احتمال الاختصاص بحصته؟

و أما الثالثة فهي المقصود بالبحث هنا للمصنّف، و لابدّ فيها أيضاً - مثل الأولى - من ملاحظة الظهور و لو نشأ من القرينة. و لافرق بينهما إلا في أن متعلّق القصد يحمل في الصورة الأولى، لاحتمال إرادة خلاف ظاهر اللفظ، بخلاف هذه الصورة، للعلم بأن مراده مطابق لظاهر اللفظ في مقام البيع و متحد معه.

و أما الرابعة فلا إشكال في بطلان البيع فيها و خروجها عن محلّ الكلام، إذ مع العلم بعدم إرادة الفرد و المصدق، كيف يحمل على الإشاعة في الإشاعة التي هي في عرض غيره من المصاديق في عدم تعلّق القصد به؟

و أما الصورة الخامسة فالكلام فيها مثل الكلام في الصورة الأولى من دون فرق بينهما، إلا في الحكم بالبطلان هنا في بعض الشقوق، و هو ما إذا عيّن البائع أن مراده مفهوم اللفظ مجرداً عن إرادة خصوصيّة مصداق من مصاديقه، بخلافه هنا، فإنه يصحّ مطلقاً بدون الوقوف على الإجازة أو معه في الكلّ أو في البعض.

فقد علم ممّا ذكرنا أن مورد البحث في المقام هو الصورة الثالثة، أعني: ما علم أنه لم يقصد من بين مصاديق مفهوم لفظ النصف - الواقع عليه البيع - إلا ما كان ظاهراً فيه مع ملاحظة وقوعه في حيز الإيجاب، لا الصورة الرابعة. و عليه، لا يبقى مجال لأن يستشكل على المصنّف بأنّه مع العلم بالمراد لا معنى لإعمال الظواهر الذي مورده صورة اشتباه إرادة الظاهر أو غيره، فإنه مبنيّ على كون محلّ البحث هو الصورة الرابعة لا الثالثة كما لا يخفى.

في بيع نصف الدار..... ١٤٣
إلا مفهوم هذا اللفظ (٢٦٧٢)، ففيه احتمالان (٢٦٧٣): حمله على نصفه المملوك له و حمله على النصف المشاع بينه و بين الأجنبي.

و منشأ الاحتمالين: إما تعارض (٢٦٧٤) ظاهر النصف - أعني الحصة المشاعة في مجموع النصفين - مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص و إن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، و لذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجي، أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه؛

.....
٢٦٧٢. قد علم من الحاشية السابقة أنه يعني به قصد ما ينطبق عليه هذا المفهوم و لو بملاحظة القرينة المقامية و المقالة و ضميمتهما.

٢٦٧٣. لم يذكر احتمال حمله على نصف الغير مع أنه الأنسب بمسألة الفضولي، لعدم ما يكشف عن ذلك.

٢٦٧٤. «إما» في العبارة خالية عن المعادل، وكان حق العبارة أن يقول: تعارض ظهور النصف في الإشاعة إما مع ظهور انصرافه... و مع ذلك أيضاً في العبارة ركاقة، لأن التعارض بمجرده لا يصح أن يكون منشأ الاحتمالين، و إنما لازمه التساقط و الحكم بصحة البيع في نصف نصيب البائع، و هو ربيع الدار، للعلم بانتقاله على كل حال، و الحكم بالبطلان في الربع الآخر، للأصل الأولي. فمراده: أن منشأ الاحتمالين تعارض ظهور النصف في الإشاعة مع أحد أمرين على سبيل منع الخلوة، إما مع ظهور مقام التصرف في اختصاص المتصرف، فيه بالتصرف و ظهور التملك في الأصالة، و تقدم أحد المتعارضين على الآخر، إما الأول على مقابله فالاحتمال الأول، و إما العكس فالاحتمال الثاني.

و كيف كان، ففرض المصنف أن المقام من باب تعارض الظهورين، فاللازم ملاحظة الأقوى منهما و الأخذ بمقتضاه. فإن كان الأقوى ظهور النصف في الإشاعة فيحكم بالإشاعة. و إن كان الطرف الآخر المقابل له فيحكم باختصاص المبيع بنصف نفسه. و على فرض التساوي يحكم بتحقق البيع و صحته في ربه للعلم به، و في الربع الآخر يرجع إلى القواعد.

ثم إن وجه ظهور لفظ النصف أما في الإشاعة فهو الإطلاق و عدم تقييده بمقابل الإشاعة، لأن النصف المفروز لا بد فيه من اعتبار التقطيع الخارجي و تصوّره، و إلا فلا وجود له في الخارج بعد كون الدار بين شخصين. و أما في الإشاعة بين الحصتين - أي: كون النصف

مع كونه مشاعاً في تمام الدار مشتركاً بين المالكين، ربع من أحدهما و ربع من الآخر، مقابل اختصاصه بأحدهما - فكذاك أيضاً هو الإطلاق، لأن اختصاصه بأحدهما لا بدّ فيه من تقييد النصف - و لو في النية - باختصاصه به، و المفروض عدم توجه قصده إلا إلى صرف مفهوم اللفظ.

لا يقال: إنّ وصف الاشتراك بينهما مثل الاختصاص بأحدهما قيد زائد لا بدّ فيه من ملاحظته و اعتباره، و المفروض انتفائه أيضاً، فلا وجه للحمل عليه، بل قضية بطلان الترجيح بلا مرجح بطلان البيع بناءً على عدم احتمال القرعة.

لأننا نقول: نعم، لكن يكفي في تحقق قيد الاشتراك إضافة النصف إلى الدار مع عدم تقييده بما يفيد الاختصاص بأحدهما، بملاحظة أنّه لا إشكال في أنّ النصف جزء الدار التي لا وصف لها في الخارج إلا كونها مشتركة بين الشخصين بالمناصفة، و من الواضح أنّ وصف الكلّ وصف لكلّ ما يتصور له من الأجزاء و سار إليه عند التحليل ما لم يعتبر له وصف منافٍ لوصف الكلّ كما هو المفروض في المقام، و ذلك ضرورة أنّ وجود الكلّ عين وجود الأجزاء. و بعبارة أخرى: يكفي في حصول صفة الاشتراك مجرد جزئية النصف للدار التي ليس لها وصف في الخارج وراء الاشتراك، إذ مقتضى الجزئية اتّصاف الجزء بوصف الكلّ لو خلّي و طبعه. و هذا بخلاف الاختصاص بأحدهما، فإنّه لما كان مخالفاً لوصف الكلّ، وكان اتّصاف الجزء به مخالفاً له، فلا بدّ في تحصيله من اعتبار زائد.

هذا، و لا يخفى أنّه اشتباه محض، لأنّ الجزء الذي يتّصف بوصف الكلّ هو الجزء الخارجي العيني الشخصي، و النصف لا يكون كذلك إلا إذا أريد منه الجزء الخارجي المعين، كهذا الطرف من الدار أو ذاك الطرف. و عليه، لا يمكن توصيفه و تقييده بالإضافة إلى خصوص أحدهما إلا بعد ملاحظة القسمة و الإفراز، و هو خلاف الفرض، إذ المفروض يسع النصف المشاع بوصف الإشاعة لا النصف المفروز.

و أمّا الجزء الانتزاعي الكلّي - مثل النصف - فلا يلزم اتّصافه بوصف الكلّ، بل هو كما أنّه قابل للاتّصاف به كذلك قابل للاتّصاف بمقابله، و هو الاختصاص بأحدهما، و لا يتعيّن أحدهما إلا بالتعيين بتقييده بقوله: لنا و بيننا في الأوّل، و بقوله: لي أو لك في الثاني.

بل يمكن أن يقال: إنّ اتّصاف النصف المشاع في الدار بوصف الإشاعة فيها بالاشتراك

لأن بيع مال الغير لابد فيه: إما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و إما من بنائه على تملكه للمال عدواناً كما في بيع الغاصب، و الكل خلاف المقروض هنا.

.....

بين المالكين، بحيث يكون رابعها* لأحدهما و الآخر للآخر، مستلزم للخلف أو التناقض.

توضيح ذلك: أن عنوان النصف - وكذلك سائر الكسور - أمر إضافي إنما يتحقق هو بالإضافة إلى مجموع الدار الملحوظ شيئاً واحداً مثلاً، و طرف إضافته مجموع ما لوحظ أمراً واحداً فنصف الدار نصف مجموعها، لانصف نصفها، أو نصف أثلاثها الثلاثة، أو نصف أرباعها الأربعة. فقضية إضافة النصف إلى الدار اعتبار الدار شيئاً واحداً، و هذا ينافي توصيف النصف بالاشتراك و الإشاعة بين النصيبين، إذ مرجعه إلى إضافة النصف إلى النصيبين للدار، و هي مبنية على اعتبار الدار اثنين و شيئين، أحدهما لأحد المالكين و الآخر للآخر، و من المعلوم أن اعتبار الاثنيتين في الدار ينافي اعتبار الوحدة فيها و يناقضه، فإن رفع اليد عن اعتبار الوحدة يلزم الخلف، و إلا يلزم التناقض. و هذا هو السر فيما سيذكره من منع دلالة النصف المضاف إلى الدار على أزيد من إشاعته في مجموع الدار.

و أما ما يأتي في مسألة الإقرار فليس هو من باب تنزيل النصف الذي تعلق الإقرار به على نصف النصيبين كي ينافي ما ذكرنا، بل من باب تنزيل أنه لما كان يد المقر و يد صاحبه على مجموع الدار على السوية، فإذا أقر بأن نصف الدار للأجنبي، فمقتضى إقراره أن يده و يد صاحبه بالنسبة إلى الزائد على النصف يد عدوان. فهو كما لو ادعى الأجنبي عليهما بأن نصف الدار التي في أيديهما معاً له، فكما أن دعواه لاتوجه على خصوص أحدهما، بل تتوجه عليهما و أن تصرفهما فيما زاد على النصف عدوان، فلو أقام البيّنة على مدّعه منعهما جميعاً عن التصرف في الزائد على النصف، فكذا إقرار أحدهما أو كليهما له بذلك. و أيضاً فلمّا كان المعتبر في الإقرار الصراحة أو الظهور لم يصحّ تنزيل إقراره على خصوص ما في يده، مع أن يده ليست على نصف خاص، بل على الكل كيد صاحبه، فإن جميع الدار في أيديهما لا أن نصفها في يد أحدهما و النصف الآخر في يد الآخر. و إنما يحكم بالتنصيف عند الترافع مع التداعي لعدم تعقل ملك كلّ منهما للجميع، لا لكون يد كلّ منهما على النصف. فتحصل أن ظهور

* كذا في الطبعة الحجرية. و لعلها تصيحف: رابعها.

و لما ذكرنا يظهر الفرق (٢٦٧٥) بين ما نحن فيه و بين قول البائع: "بعت غانماً" مع كون الاسم مشتركاً بين عبده و عبد غيره، حيث ادّعى فخر الدين رحمته الإجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه ٢٧؛ إذ ليس للفظ المبيع هنا (٢٦٧٦) ظهور في عبد الغير فيبقى* ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، و انصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمين عن المعارض، فيفسر بهما إجمال لفظ المبيع.

ثم إنه لو كان البائع وكيلاً (٢٦٧٧) في بيع النصف أو ولياً عن مالكة،

النصف في الإشاعة بين الحصتين مضافاً إلى الإشاعة في مجموع المال حال عن الوجه، فتأمل.

٢٦٧٥. يعني: من وجود ظهور لفظ النصف في النصف المشاع بين النصيبين، مقتضي للحمل على الإشاعة، قبال الظهورين الآخرين المقتضيين للحمل على نصيبه في المقام، دون مسألة بيع الغانم المشترك بين عبده و عبد غيره، يظهر الفرق... هذا، و لكن لا يعد أن يكون نظر الفخر رحمته - كما قيل - إلى أنه إذا حمل اللفظ الحمل الدائر بين ما يملكه و ما لا يملكه على ما يملكه لأجل قرينة التصرف أو الأصالة، فحمل اللفظ الدال على المعنى الكلّي الخارجي الصادق على نصفه المملوك مع اقترانه بالقرينتين المزبورتين أولى، فيكون قياسه رحمته مبنياً على ما ذكرنا و يذكره المصنف من منع ظهور النصف المضاف إلى الدار في نصف النصيبين و النصيبين. فالإشكال على قياسه مبنياً على مبنى فاسد، و هو ظهور النصف في نصف النصيبين، و لأكرامة فيه.

٢٦٧٦. هذا بيان لوجه الفرق و المراد من لفظ المبيع لفظ غانم في قوله: بعت غانماً، فإنه من جهة كونه مشتركاً لفظياً لا ظهور له في عبد نفسه، بل هو يحمل مردّد بينه و بين عبد غيره، فلا معارض لما يقتضي الحمل على عبده من الظهورين: ظهور التصرف، و ظهور التملك في الأصالة.

٢٦٧٧. يعني: لو كان البائع - مع كونه مالكاً للنصف - وكيلاً عن مالك النصف الآخر في بيع نصفه أو ولياً عليه، فهل هو كالبايع الأجنبي عن مالك النصف الآخر الغير المأذون في بيعه، لعدم ما يوجب تسلّطه عليه من الوكالة و الولاية، في كونه ذا احتمالين: احتمال الحمل

على الإشاعة بين الحَقَّين، و احتمال اختصاصه بنصفه، أم لا، بل ليس فيه إلّا احتمال واحد، و هو الحمل على الإشاعة، كما هو قضية ظهور لفظ النصف؟ فيه وجهان مبنيان على: أن المعارض لظهور النصف في المشاع بين النصيين مقتضي للحمل على الإشاعة هو ظهور مقام التصرف في انصراف لفظ المبيع - كالنصف - إلى مال البائع، حتى لا يكون فيه إلّا احتمال واحد، أعني: احتمال الحمل على الإشاعة، لانتفاء المعارض المذكور في فرض الوكالة و الولاية لما تعرفه، فيكون ظهور النصف في الإشاعة سليماً عن المعارض. أو ظهور إنشاء التمليك و البيع في الأصالة، و كونه له في قبال كونه لغيره، حتى يبيح فيه الاحتمالان المذكوران في صورة أجنبية البائع.

وجه ابتناء وحدة الاحتمال المذكور على كون المعارض له هو الأول: أن قرينة مقام التصرف على كون مورد التصرف مال المتصرف ليست إلّا من جهة أن الشخص العاقل لا يتصرف إلّا في مورد ينفذ تصرفه فيه و يترتب النتيجة المقصودة له منه عليه، و إلّا يكون لغواً و عبثاً، و هو خلاف فرض كونه في مقام التصرف. فالحمل على ماله هناك إنّما هو لأجل انحصار مصداق مورد نفوذ التصرف فيه في ماله، و هذا بخلاف صورة الوكالة و الولاية، لأن تصرفه فيها كما ينفذ في ماله كذلك ينفذ في مال شريكه أيضاً، فلاتنافي بين مقتضى هذا الظهور و ظهور النصف في الإشاعة كما لا يخفى. و إن شئت قلت: إنّه لا وجود لظهور مقام التصرف في الانصراف إلى مال المتصرف، فيبقى ظهور النصف في الإشاعة سليماً عن المعارض. هذا بخلاف ما إذا كان المعارض له ظهور البيع في الأصالة و أنّه لنفس البائع، فإنّه موجود في هذه الصورة أيضاً في ظهور النصف في الإشاعة في النصيين، فيتعارض الظهوران، فيكون هذه الصورة كصورة أجنبية البائع في تحقق الاحتمالين الناشئ كل منهما من الأخذ بأحد الظهورين.

و على ما شرحنا يكون ما ذكره من الظهورين في طرف المعارضة لظهور النصف في الإشاعة بياناً لمبني الوجهين بطور اللفّ و النشر المشوش، الأول بيان لمبني وجه عدم كونه مثل الأجنبي، فلا يكون فيه إلّا احتمال الحمل على النصف المشاع بين النصيين، و الثاني بيان لمبني وجه كونه مثله، ففيه هذا الاحتمال و احتمال الحمل على نصفه المملوك. و قد يعكس و يجعل ذلك بياناً له بطور اللفّ و النشر المرتب، يجعل الأصالة في العبارة قبال الفضولية و عدم التسلّط

فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبيّان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ "المبيع" إلى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصالة. الأقوى هو الأوّل (٢٦٧٨)؛ لأنّ ظهور التمليك في الأصالة (٢٦٧٩) من باب الإطلاق، و ظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً إلاّ أنّ ظهور المقيّد* وارد على ظهور المطلق.

.....
على التصرف، مع التحدّد على ظاهر لفظ «مال البائع» في قوله: «انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع» و عدم جعله كتابة عمّا ينفذ تصرف البائع فيه و لو لم يكن له. و الظاهر في شرح العبارة ما ذكرناه، بقرينة قوله بعد ذلك: «الأقوى هو الأوّل» بضميمة قوله بعده: «فالأقوى فيهما - يعني: صورتي كون البائع وكيلاً عن مالك النصف الآخر، وكونه ولياً عليه - الاشتراك في البيع». و وجه كون هذا قرينة على ما ذكرنا غير خفيّ على المتأمل، فتأمل.

٢٦٧٨. يعني به كون المعارض لظهور النصف في الإشاعة ظهور مقام التصرف في كون مورده مال المتصرف، و مقتضاه كون هذا الفرض ذا احتمال واحد على خلاف الفرض السابق، كما مرّت الإشارة إليه.

٢٦٧٩. هذا علة لنفي صلاحية ذلك أن يكون طرف المعارضة لظهور النصف في الإشاعة المستفاد من الحصر المستفاد من قوله: «هو الأوّل». و محصل ما ذكره في وجه ذلك: أنّ ظهور النصف في المشاع إنّما هو من باب ظهور القيد، لأنّ النصف مفعول للبيع في قوله: بيع نصف الدار، و هو كسائر متعلّقات الفعل قيد له، و ظهور البيع في الأصالة من باب ظهور ذات المقيّد، أي: المطلق، و كما أنّ أصل القيد وارد على إطلاق المطلق، فكذا الأصول اللفظية الجارية في طرف القيد واردة على أصالة الإطلاق الجارية في طرف المطلق، فإنّ القيد و الأصول الجارية فيه جميعاً يعدّ بياناً وارداً على أصالة الإطلاق في المطلق، و مرجع ذلك إلى أنّ إطلاق متعلّق الفعل مقدّم على إطلاق نفس الفعل.

و لا يخفى أنّ هذا منافٍ لما ذكره في وجه اختصاص حديث: «لا ينقض اليقين بالشك» بموارد الشكّ في الرافع الذي اختاره من بين الأقوال في الاستصحاب، من تقدّم ظهور الفعل في الاختصاص على ظهور المتعلّق - و هو اليقين - في العموم له و لمقابلته الموجب لاختصاص حجّيته فيه، و علل ذلك بأنّ الفعل الخاصّ يصير مخصّصاً لمعلّقه العامّ. و في إطلاق ما ذكره هنا

و ما ذكره الشهيد الثاني (٢٦٨٠) من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ و إن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيد* إلا أنه مختص بالفضولي؛ لأنَّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الولي، فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع؛ تحكيماً لظاهر لنصف (٢٦٨١)

و هناك - كما ذكره السيّد الأستاذ العلامة اليزدي رحمته الله - منع، و إنما المدار على قوّة أحد الظهورين على الآخر، و هي تختلف حسب اختلاف المقامات، و كون المقام من الأوّل محلّ تأمل. ثمَّ إنَّ في ظهور مادّة النقص في الاختصاص منعاً، لابتنائه على أن يكون النظر في الإبرام - المعتر في إسناد النقص - إلى الإبرام في متعلّق اليقين و هو المتيقّن، و هو ممنوع - بل النظر فيه إلى الإبرام الموجود في نفس اليقين. و عليه، لافرق بين كون المتيقّن من قبيل الشكّ في الرافع أو الشكّ في المقتضي، و لذا لانفراق في حجّيته بين القسمين. و قد بسطنا القول في ذلك في شرحنا على الكفاية.

٢٦٨٠. هذا جواب عن سؤال مقدّر، و هو أن مجرد ورود ظهور القيد و المتعلّق - أعني: النصف - على ظهور الفعل المطلق - و هو البيع - لا يقتضي الحمل على الاشتراك، بل لا بدّ فيه معه من عدم معارض آخر في عرضه أو وارد عليه، لكنّه موجود في المقام، و هو ظهور حال المتكلّم العاقل الشاعر في إرادته مدلول ما يتلفّظ به، فإنّه أمر مقتضى للاختصاص، إذ مع الإشاعة و الحمل على الاشتراك يصير البيع فضولياً بالنسبة إلى نصف المبيع و هو الربع، و لازمه على ما ذكره الشهيد رحمته الله عدم إرادة المدلول بالنسبة إلى الربع، و هو خلاف ظاهر حال المتكلّم، فيكون المورد من موارد تعارض الظهورين. بل ظهور حال المتكلّم فيما ذكر وارد على ظهور النصف، لأنَّ إرادته في الثاني متفرّع على إرادة الأوّل، ضرورة أنّه لا معنى لإرادة النصف المشاع من النصف مع إرادة مدلول الكلام الذي هو من متعلّقاته، و هي متفرّعة على كونه أصيلاً بالنسبة إلى تمام المبيع، و من المعلوم أن نتيجة ذلك هو الاختصاص بمال البائع.

و حاصل الجواب: أن هذا الإيراد بعد الغضّ عن فساد مبناه - كما مرّ غير مرّة - مختصّ بالفضولي، و هو الفرض الأوّل، و لا يجري في هذا الفرض، لوجود القصد الحقيقي في الوكيل و الولي.

٢٦٨١. يعني عملاً بظهور النصف في الإشاعة بين الحقيّن مع عدم المعارض له، لأنّه

١٥٠..... المكاسب، ج٣، البيع

إلا أن يمنع ظهور "النصف (٢٦٨٢)" إلا في النصف المشاع في المجموع (٢٦٨٣)، و أما ملاحظة حقّي المالكين و إرادة الإشاعة في الكلّ من حيث أنّه مجموعهما فغير معلومة بل معلوم العدم بالفرض (٢٦٨٤). و من المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور (٢٦٨٥) يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملك كلياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً مع كونه ماذوناً في بيع ذلك من غيره أيضاً لكنّه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لاوجه له.

و لعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة (٢٦٨٦) كالفاضلين و الشهيدين^{٢٨} و غيرهم:

.....
منحصر بانصراف المبيع إلى مال البائع، بمعنى تسلّطه على بيعه، و هو في هذا الفرض على طبق ظهور النصف لا على خلافه.

٢٦٨٢. و عليه، لا يحيص من الحمل على الاختصاص في صورتني أجنبيّة البائع بالقياس إلى النصف الآخر و عدمها، لفرض الوكالة أو الولاية عليه، عملاً بالظهورين معاً في الصورة الأولى، و هما: ظهور انصراف المبيع في مقام البيع إلى مال نفسه، و ظهور التملك في الأصالة قبال النيابة مع عدم ما يعارض الأول، و يرد على الثاني، و عملاً بخصوص الظهور الثاني في الصورة الثانية.

٢٦٨٣. يعني: مجموع الدار، لا مجموع النصيبين و الحقيّين.

٢٦٨٤. إذ مفروض العنوان العلم بأنّه لم يقصد إلا مفهوم النصف، و من المعلوم أنّ خصوصيّة الإشاعة في الحصّتين زائدة على مفهومه، فتكون صورة ملاحظة هذا الأمر الزائد خارجة عن الفرض.

٢٦٨٥. يعني به الإشاعة في مجموع الدار بحدّ من ملاحظة الإشاعة بين الحصّتين.

٢٦٨٦. يعني بالموصول ما ذكره بقوله: «إلا أن يمنع...»، المنتج لوقوع البيع للبائع في تمام نصفه و اختصاصه به، قبال الإشاعة بينه و بين نصف شريكه بالنحو الذي قرّبه بقوله: «و من المعلوم...». و هذه النتيجة - أي الاختصاص بنصف البائع - هو المراد من الموصول أيضاً في قوله بعد ذلك: «و نظيره في ظهور المناقاة لما هنا» و في قوله: «فإن مقتضى ما ذكرناه هنا...». و كلمة «هنا» في كلتا العبارتين إشارة إلى مسألة بيع نصف الدار. و ضمير الجمع فيه

راجع إلى المشهور، لذهابهم إلى الاختصاص بنصف البائع في مسألتنا لا إلى الإشاعة، بل يظهر من المالك أنه فتوى الجميع.

ثم إن وجه ارتباط هذه المسألة بمسألة بيع نصف الدار، مع أن تمام العين المفروض كونها صداقاً - كالدَّار مثلاً - للزوجة، لا لها ولزوجها بالمناصفة كما في مسألتنا هذه، لعله إجراء ما في المقام من الكلام في مالك جميع الدار، لكن نصفها بالملكية المستقرة والآخر بالملكية المتزلزلة، والتعدّي منها إليها، كما يتعدّي من البيع إلى سائر النواقل، بل إلى كل تصرف وإن لم يكن ناقلاً كالرهن مثلاً، ومن العين إلى المنفعة.

هذا، ولا يخفى أن طرف المعارضة لظهور النصف في الإشاعة بين النصفين ظهور انصراف النصف في مقام التصرف فيه بالهبة، لظهور الإنشاء في الأصالة حتى مع غمض العين عما تقدّم في وجه عدم صلاحيته للمعارضة من مسألة الورود، ضرورة عدم احتمال قصد الغير هنا.

و يشكل في الانصراف المذكور هنا - فضلاً عن ترجيحه - إلى معارضه على ما هو مبني حكم الجماعة باستحقاق الزوج بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي من العين قبل الهبة، إذ قد مرّ أن الملاك في ذلك ليس إلا أن المتصرف لا يتصرف إلا فيما ينفذ تصرفه فيه، ومن المعلوم نفوذ تصرف المرأة في هذا النصف كالنصف الآخر، غاية الأمر على تقدير الطلاق تغرم قيمة أحدهما دون الآخر، وهذا لا يضرّ بالنفوذ وصحة الهبة. و دعوى نفوذ التصرف على نحو لا يرجع إلى المتصرف بشيء أصلاً في غاية الإشكال.

فحينئذ يتعيّن أن يوجّه كلامهم و عباراتهم بما ذكره المصنّف بقوله: «و إن كان يمكن توجيهه...». و محصله: أن عدم حكمهم بقيمة نصف الموهوب التالف بالهبة إثمها هو من خصوصيات المورد، أعني: وجود مثل التالف من جميع الجهات، لا من جهة عدم التلف بالنسبة إلى هذا النصف من حق الزوج، و بعبارة أخرى أن: حكمهم باستحقاق تمام النصف الباقي ليس لأجل أنه نفس حقه، و أن الموهوب هو تمام النصف المستقرّ ملك الزوجة فيه، حتى يصير موافقاً لما هو المسلّم في المقام من اختصاص النصف بحصة البائع، وكاشفاً عما ذكره المصنّف وجهاً لذلك بقوله إلا أن يمنع...»، بل لأجل أن نصف الباقي عين نصف نصيبه، و هو النصف المتزلزل، و نصفه الآخر بدل نصف نصيبه الآخر و مثله. و لم يحكموا بالقيمة بالنسبة إلى هذا

أنه لو أصدق المرأة عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، لانصف الباقي وقيمة نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً (٢٦٨٧)، وليس إلا (٢٦٨٨) من جهة صدق "النصف" على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: ﴿فَنَصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾^{٢٦} وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للربع التالف (٢٦٨٩) من الزوج و مساوياً* له من جميع الجهات بل لا تغاير

.....

التالف، لأن هذا إنما هو فيما إذا لم يكن موجوداً، لا في مثل المقام الموجود فيه المثل من جميع الجهات، فإنه لا وجه له لاعتبار القيمة حينئذ حتى في القيمات، فيكون حكمهم المذكور حينئذ منافياً للمقام، و مناسباً للحمل على الإشاعة بين الحصتين.

٢٦٨٧. يعني: وإن ذكروا استحقاق الزوج لنصف الباقي وقيمة نصف الموهوب بطور الاحتمال، إلا أن فتواهم على الأول، و هو استحقاقه للنصف الباقي.

٢٦٨٨. يعني: وليس ما ذكره و أفتوا به من استحقاق النصف الباقي إلا من جهة ما يستفاد من قولنا فيما تقدم: «إلا أن يمنع...»، من صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: ﴿فَنَصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾. و الظاهر من المصنف رحمته الله أنه حمل النصف في الآية على النصف الراجع إلى الزوج بواسطة الطلاق، و هو خلاف الظاهر بل المراد منه النصف الراجع إلى المرأة الذي لا يخرج عن ملكها بالطلاق، فإن الظاهر من ملاحظة نفس الآية و ما قبلها هو بيان وجوب دفع نصف المهر المسمى إلى المرأة.

و لو بدل رحمته الله «الباقي» بالتالف المراد منه الموهوب لكان أحسن و أنسب للمقام. أما الأحسن فلما لئمت لما ذكرنا في ظاهر الآية. و أما الأنسب فلأن الكلام في تعيين ما ورد عليه التصرف و تعلق به، من أنه بتمامه للمتصرف أصلاً و استقراراً، أم لا بل نصفه له، و أما الخارج عن مورد التصرف فخصوصيته من تلك الجهة متفرعة على تعيين حال الأول. و على ما ذكرنا يكون مقتضى العبارة هو الأول، و على الثاني يكون قضيتها الثاني. و لعل أصل النسخة كما ذكرنا، و وقع الغلط من الناسخ في إثبات لفظ «الباقي».

٢٦٨٩. يعني: التالف بمبتهل إياه لشخص في ضمن هبة النصف.

بينهما إلا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية، لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه (٢٦٩٠)، وإنما عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام.

و نظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكره ٢٠ في باب الصلح: من أنه إذا أقر (٢٦٩١) من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث، فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما، فإن أجاز شريكه (٢٦٩٢) نفذ في المجموع و إلا نفذ في الربع؛ فإن مقتضى ما ذكره هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له؛ لأنه إن

٢٦٩٠. الظاهر أنه استدراك من قوله: «و لعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة...». فالمراد من هذا الوجه هو الذي ذكره بقوله قبل ذلك: «إلا أن يمنع...». وقوله: «و إنما عللوا...» في مقام العلة لعدم إرادة هذا الوجه المذكور. يعني: أن نظرهم فيما ذهبوا إليه في الفرع السابق من استحقاق الزوج للنصف الباقي ليس إلى ما ذكرنا سابقاً بقولنا: «إلا أن يمنع...» وليس الوجه في حكمهم المذكور هو ذلك، حتى لا ينافي مذهبهم فيه مذهبهم في بيع نصف الدار من الحمل على نصف البائع، لأنهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، إذ لو كان نظرهم إلى ما ذكرنا لكان اللازم أن يعللوه ببقاء حقه بدون ذكر لفظ المقدار، فمن ذكره يعلم أن نظرهم فيما أفتوا به إلى ما ذكره بقوله: «و إن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم...». فحيث يكون فتواهم في هذه المسألة - الذي مرجعه إلى الحكم بالإشاعة - منافياً لمذهبهم في بيع نصف الدار، أعني: الحكم بالاختصاص بنصف البائع. وقد يحتمل أن يكون هذا استدراكاً من قوله: «و إن كان يمكن توجيه هذا الحكم...». ويردّه أنه يأبى عن ذلك قوله: «و إنما عللوا» وقوله: «فلا يخلو عن منافاة» تأمل تعرف.

٢٦٩١. يعني: أقر بالنصف. وقوله «بسبب» متعلق بالمدعين. فبعد هذا الإقرار يصير المقر له مالكا للنصف بحسب الظاهر أيضاً، وأما النصف الآخر فهو لذي اليد ظاهراً، وأما واقعاً فهو مردّد بينه وبين المدعي الآخر.

٢٦٩٢. يعني: به المدعي الآخر، فإنه شريك المقر له، لاعترافه بسبب موجب للشركة.

أوقع الصلح علي نصفه الذي أقرّ له به، فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقرّ أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصّته (٢٦٩٣)، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه؛ ولذا اختار سيّد مشايخنا رحمهم الله اختصاصه بالمقرّ له (٢٦٩٤).

و فصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف و بين ما إذا وقع على النصف الذي أقرّ به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثالث؛ لأن الإقرار منزّل على الإشاعة (٢٦٩٤)، و حكم بالاختصاص في الأوّلين؛ لاختصاص النصف وضعاً في الأوّل و انصرافاً في الثاني إلى النصف المختصّ (٢٦٩٤). و اعترضه في مجمع الفائدة بأن هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث؛ لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به، و تمام الكلام في محله. و على كلّ حال (٢٦٩٥)

٢٦٩٣. بقرينة مقام التصرف بالمصالحة، مثل التصرف بالبيع.

٢٦٩٤. يعني: لأن إقرار ذي اليد لأحد المدّعين بالنصف منزّل باعتبار المقرّ به على الإشاعة بين المقرّ له و غيره، لأجل خصوصيّة في هذه المسألة، و هي إقرار المقرّ له و اعترافه بكون العين التي بيد المقرّ بينه و بين المدّعي الآخر على نحو الإشاعة، فيكون إلغاء المقرّ يده من النصف بحسب إقراره مثل خلاص بعض المال المشترك بين شخصين من يد الغاصب، في كونه بين الشريكين و عدم اختصاصه بأحدهما، فحينئذ يكون الصلح وارداً على تمام المال المشترك لا على نصفه، فيخرج عن محلّ الكلام الذي هو في المجرّد عن القرينة. فحكم المشهور بالإشاعة هنا لا ينافي حكمهم بالاختصاص بنصف البائع في بيع نصف الدار.

٢٦٩٥. يعني: و على كلّ حال من حالي حمل النصف المبيع المتعلّق به البيع على النصف المشاع بين النصيبين، و حمله على النصف المختصّ بالبائع كما هو المشهور، فلا إشكال في حمله على المشاع فيما لو وقع متعلّقاً للإقرار في كلام المالك، بأن قال أحد الشريكين في الدار بالمناصفة: نصف هذه الدار لزيد، فيسمع في نصف النصف دون نصفه الآخر، و لا يحمل على نصفه المختصّ به كي يقبل في تمام النصف. ثم لا يخفى عليك أن فرض المسألة فيما إذا كان الإقرار بعد قسمة المقرّ مع شريكه المال المشترك بينهما، و ذلك بقرينة قوله: «الثابت يد كلّ منهما على نصف العين...» و قوله أيضاً: «بل هو - أي: ما في يد الغير من نصف المال -

فلا إشكال في أن لفظ "النصف" المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه (٢٦٩٦)؛ و لهذا أفتوا ظاهراً على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين بأن ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده؛ لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف؛ لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته إلى المقر والمقر له على حد سواء؛ فإنه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع على الاستحقاق.

و دعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما، فيكون في يد المقر سدس و في يد المنكر سدس، كما لو صرح بذلك و قال: "إن له في يد كل منهما سدساً" و إقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده و هو السدس المقر به، و قد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر.

.....
مقدار حصته المشاعة...». و قوله أيضاً: «و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك». إذ مع عدم الإفراز لا قسمة حتى يقال بالصحة أو العدم. وكذا يكون ما في يد الغير عين حصته لا مقدارها وكذا يكون يد كل منهما على تمام المال لا على نصفه. و بعد التفتن لذلك لأظنك تتوقف في فهم العبارة من أولها إلى آخرها.

٢٦٩٦. لا لأن النصف المطلق ظاهر في الإشاعة حتى يرد عليه أنه مناف لما استدركه بقوله: «إلا أن يمنع...». بل لأنه القدر المتيقن من بين احتمالات النصف المشاع في مجموع المال و أفرادها، و هي الإقرار النافع النافذ و الشهادة و المركب منهما، مع عدم ظهور في الإقرار بصرفه إلى الأول، كما كان في البيع بصرفه إلى حصّة البائع، لأن الإقرار عبارة عن الإخبار بملك الغير لشيء، فلا يختص بما في يده و ما يكون للمقر لولا الإقرار، لإمكان وقوعه على ما في يد الغير، و لا مرجح للحمل على الإخبار عما يكون له لولا الإقرار و لا للحمل على الإخبار عما في يد الغير فيحمل على المركب منهما، و هو معنى الإشاعة. و دعوى أن الإقرار قد أخذ في مفهومه تعلقه بما في يد المقر، و أمّا الإخبار عن ملكية ما في يد الغير لواحد فهو شهادة، مدفوعة بأنه غير ثابت، ولو سلم فإثما هو في لفظ الإقرار لا في مثل قوله: لفلان كذا.

مدفوعة بأن ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقر شخص بنصف كسل من داره و دار غيره، بل هو مقدار حصته المشاعة كحصّة المقرّ و حصّة المقرّ له بزعم المقرّ، إلاّ أنّه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده إلاّ على احتمال ضعيف و هو تعلّق الغصب بالمشاع (٢٦٩٧)

٢٦٩٧. تعلّق الغصب بالمشاع ليس ضعيفاً على إطلاقه، إذ لو كان عين بين شريكين فظلم أحدهما الآخر و استقلّ بتمام العين كان غاصباً لنصف صاحبه، أو كانت بين ثلاثة فظلم اثنان منهم الثالث و استقلّ بما كانا غاصبين لثلث صاحبهما. و مفروض المسألة من هذا القبيل، إذ على تقرير المقرّ يكون هو و الرجل الآخر ظالمين للمقرّ له و غاصبين لثلثه، فقد اشتركا في غصب الثلث، فعليه بحسب إقراره رفع اليد عن الظلم و الغصب، و ظلمه و غصبه لا يزيد على السدس، لفرض كون يد كلّ منهما على النصف، فلو دفع إلى المقرّ له ثلث ما في يده فقد دفع إليه مقدار حقّه الذي غصبه منه و أقرّ به.

و لا يفتاوت الحال في ذلك بين كون ما في يد الغير - أعني: الشريك الآخر المنكر لشريكه المقرّ له في العين - عين ماله المفروز المبني على صحّة التقسيم مع الغاصب، و بين كونه مقدار حصته المشاعة في تمام المال الباقية على الإشاعة المبني على عدم صحّة التقسيم مع الغاصب كما توهمه المصنّف، ضرورة أنّ المقرّ له لا يستحقّ من النصف الخارجي من المال الذي بيد المقرّ أزيد من الثلث، إذ معنى الاشتراك على وجه الإشاعة أن يكون كلّ جزء خارجي يفرض من هذا المال الخاصّ مشتركاً بين الاثنين فصاعداً بحسب الحصص، و على فرض بطلان التقسيم بين المقرّ و صاحبه الغاصب على زعم المقرّ، يكون هذا النصف الذي أخذه المقرّ - و كذا النصف الآخر - كالكلّ حال الاجتماع باقياً على اشتراكه بين الثلاثة على وجه الإشاعة على زعم المقرّ، ثلث له و ثلث للمقرّ له و ثلث لصاحب المقرّ، فلا يستحقّ المقرّ له من هذا الجزء الخارجي إلاّ ثلثه، فلو دفعه إليه المقرّ فقد أدّى تمام مقدار حقّه من هذا الجزء، و إلاّ فلو وجب مع ذلك ضمّ نصف ثلث، ما في يده إليه لزم استحقاقه منه أزيد من الثلث و لازمه كون مقدار الحصص من المال على تقدير الاجتماع مخالفاً له على تقدير التجزئة و التفريق، و هو

و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك (٢٦٩٨)،

خلاف معنى الشركة على وجه الإشاعة. فإذا أدى ثلث ما في يده بقي ثلثان عنده، أحدهما مقدار حصته منه، و الآخر مقدار حصة صاحبه المنكر لاستحقاق المقر له من المال، على ما هو قضية الإشاعة و عدم صحة التقسيم، فيأخذ بالمقاصة ثلث المنكر بدلاً عن ثلثه الذي يستحقه مما في يد المنكر، فيختص بهما، إذ لا وجه للاشتراك بينه و بين المقر له في هذا الثلث إلا لزوم نية التقاص على المقر عنه، و هو كما ترى.

و بالجملة، بناء تامة الدعوى المذكورة على صحة القسمة مع الغاصب في فرض المسألة غير شديد، لعدم التفاوت بينها و مقابلهما في ذلك كما عرفت، فلا يصح دفعها بعدم صحة القسمة معه. و أما بنائها على تعلق الغصب بالمشاع فلا بأس به، لكنه في مثل المقام - مما كان الغاصب من الشركاء - احتمال قوي لا وجه لتضعيفه.

و الحاصل: أن الأظهر في النظر عدم استحقاق المقر له مما في يد المقر إلا الثلث. و لسنا لإشكال على الظاهر في أنه لو تلف تمام ما في يده لا يضمن إلا هذا المقدار، مثل ما لو تلف ما في يديهما من المال. فظهر أن ما نسب إلى المشهور في مسألة الإقرار بالنسب علي طبق القاعدة، و أنها هو المدرك لهم في ذلك، لا ما ذكره من الروايات حتى يستشكل عليها بعدم الدلالة كما ستعرف، فتأمل جيداً.

٢٦٩٨. القسمة مع الغاصب - و إن مال إلى صحتها أو قال بما في محكي أنوار الفقاهة، و يظهر الميل إليه من صاحب الجواهر في هذه المسألة، مسألة بيع نصف الدار، بل يظهر منه فيها أنها على طبق القاعدة، و إن رجع عنه في كتاب الشركة - ضعيفة كما أشار إليه المصنف.

وجه الضعف: أنه لا دليل على الصحة قبل أصالة الفساد يركن إليه إلا السيرة، أما مع قاعدة نفي الضرر كما في الجواهر في المسألة، و أما مع قاعدة نفي الحرج بدل قاعدة نفي الضرر، كما عن البعض المراد منه صاحب أنوار الفقاهة. و في الكل نظر. أما السيرة فلمنع تحققها أولاً، و منع إمضائها و عدم الردع عنها ثانياً.

و أما نفي الحرج و الضرر فلأن غاية ما يمكن أن يقال في تقريب دلالتهما: إن اعتبار رضا الشريك المغصوب منه بإرادة الغاصب للقسمة في صحة القسمة، و عدم كفاية قصد

و رضاه بما فقط في صحتها، حكم حرجي و ضرري بالنسبة إلى هذا الشريك المرید للقسمة الراضي بها، فيرتفع اعتباره بالقاعدتين، كارتفاع اعتبار رضا المقاص منه في كون مال المقاصّة ملكاً للمقاص. و لازم ارتفاعه صحّة القسمة، و اختصاص ما أخذه الراضي منها بالقسمة به، و اختصاص التالف الباقي في يد الغاصب بالشريك الغير الراضي.

و فيه: أن المورد ليس من موارد القاعدتين، لأنهما من جهة ورودهما في مقام الامتنان على جميع الأمة إنما تنفيان الحكم الحرجي و الضرري اللذين لا يلزم من دفعهما ضرر أو حرج على الغير، لا مطلقاً و لو لزم ذلك، و المقام من القسم الثاني، و ذلك لأن دفع شرطية رضا الشريك المغصوب منه في صحّة القسمة و إن كان مئة على الشريك الآخر الراضي بالقسمة، إلا أنه خلاف المنة في حقّ الشريك المغصوب منه، حيث أن دفعها يوجب تلف تمام مال المغصوب منه، بخلاف عدم دفعها، فإنه يوجب تلف بعضه كالنصف مثلاً.

و بتقريب آخر: إن فعل ما يدفع به الإنسان عن نفسه الضرر الذي يرد عليه قهراً في الخارج لولا إيجاد هذا الدافع - و لو فرض توجهه إلى غيره بحسب قصد المضر - و يترتب على إيجاد وقوع الضرر على الغير، غير جائز في الشريعة تكليفاً و وضعاً بحكم حديث نفي الضرر و كذا الحرج، و من المعلوم أن قصد أحد الشريكين و رضاه بكون ما أخذه لنفسه و ما بيد الغاصب لشريكه أمر يريد أن يدفع به الضرر الوارد عليه في بعض حصته في الخارج قهراً لولاه و يوقعه على صاحبه، فلا يؤثر.

و الفرق بين التقريبين: أن الحكم المنفي على تقدير شمول دليل نفيهما للمقام على الأول هو شرطية رضا المغصوب منه من الشريكين لصحة القسمة، و في الثاني تأثير رضا الشريك الآخر المرید للقسمة، فتأمل.

و لا ينافي ما ذكرنا في التقريب الثاني ما ذكره المصنّف في رسالة قاعدة نفي الضرر بقوله: «الرابع - يعني: من التنبيهات - أن مقتضى هذه القاعدة أن لا يجوز لأحد إضرار إنسان لدفع الضرر المتوجّه إليه، و أنه لا يجب على أحد دفع الضرر عن الغير بإضرار نفسه». وجه توهم المنافاة: توهم أن الضرر في المقام متوجّه إلى الغير و لو بحسب قصد الغاصب، فلا يجب تحمّله، لا إلى نفسه كي لا يجوز دفعه بإضرار غيره. و أمّا وجه عدم المنافاة فلأن مراده من الضرر المتوجّه إلى الإنسان في كلامه ما كان يرد عليه لولا فعل ما يوجب دفعه عنه و وروده

فيمكن أن يأخذ الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف في محله و إن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للخرج أو السيرة.

نعم، يمكن أن يقال (٢٦٩٩) بأنّ التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقرّ له باعتقاد المقرّ، و الشارع إنّما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشارع إنّما حسب السدس في يد المنكر على المقرّ له فلا يحسب منه على المقرّ شيء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتّى يحسب على كلا الشريكين، و الحاصل أنّ أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع و إنّما أذن له على أن يكون من مال المقرّ له؛ و لعلّه لذا ذكر الأكثر بل نسبته في الإيضاح إلى

على الغير، لاصرف ما قصد وروده عليه و إن كان لا يمكن وقوع هذا المقصود منه في الخارج، بل يقع قهراً في الخارج خلافه و لو بحسب بعض المقصود.

و من هنا ظهر الخلل فيما ذكره السيّد الأستاذ فيما علّقه على المقام، حيث توهم أنّ القسمة مع الغاصب من صغريات عدم وجوب دفع الضرر المتوجّه إلى الغير بتضرّر نفسه، إذ قد بينّا أنّها من صغريات عدم جواز إضرار الغير لدفع الضرر المتوجّه إلى نفسه. و الفرق بين المقام و بين التقاصّ أنّ المقاصّ منه من جهة امتناعه عن أداء الحقّ ليس مورداً للمنة، بخلاف الشريك المغصوب منه في المقام، فإنّه مورد له.

و بالجملة، لادليل على صحّة القسمة مع غير صاحب الحقّ في غير الوليّ و الوكيل، فيبقى البعض المأخوذ على ما كان عليه قبل الإفراز من كونه بين الشريكين. هذا كلّ بناءً على القول بمقالة المصنّف في مقام حديث نفي الضرر، من حكومته على أدلة الأحكام التي منها اعتبار رضا الشريكين في صحّة القسمة. و أمّا بناءً على القول بأنّ مفاده حرمة الإضرار على الغير، بالتقريب الذي تطلّع عليه في خيار الغبن، فعدم دلالة على صحّة القسمة مع الغاصب أوضح، فتدبر.

٢٦٩٩. الوجه في اختصاص التلف بالمقرّ له ما ذكره في تقريب الدعوى، على ما أشرنا إليه في السابق. و هذا هو الوجه فيما نسبته إلى الأصحاب في الإيضاح في مسألة الإقرار بالنسب.

الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب: أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث، دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده و هو الثلث، و لا يدفع إليه نصف ما في يده؛ نظراً إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان لهما، وكل ما توى كان كذلك^{٣٣}.

هذا، و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال (٢٧٠٠) من جهة أن الشارع ألزم - بمقتضى الإقرار - معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي أقر به، و من المعلوم: أن مقتضى الواقع - لو فرض العلم بصدق المقر - هو كون ما في يده على حسب إقراره بالمنصفة، و أما المنكر* عالماً، فيكون ما في يده مالاً مشتركاً لا يحل له منه إلا ما قابل حقه** عما في يدهما و الزائد حق لهما عليه.

و أما مسألة الإقرار بالنسب، فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر و حكاها الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلا أنه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوى في المسالك الحمل على الإشاعة، و تبعه سبطه و سيد الرياض في شرحي النافع. و الظاهر: أن مستند المشهور بعض الروايات (٢٧٠١) الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل و الكليني

٢٧٠٠. فيه ما لا يخفى، لأن قضية الإقرار و إن كان ما ذكره من وجوب ترتيب آثار تحقق المقر به، إلا أن مقتضى تحقق أخوة الثالث المقر بها في الواقع ليس إلا كون ما بيد المقر من المال للمورث - مثل ما بيد الأخ الآخر الغير المقر بين الثلاثة بزعم المقر - أثلاثاً لا بينهما بالمنصفة، لما ذكرناه فيما علّقناه على قوله «و هو تعلق الغصب بالمشاع» و لازمه كون الزائد عن حصّة غير المقر على زعم المقر للمقر له عليه، لا له و للمقر.

٢٧٠١. في دلالة قصور. أما الأولى فلأن موضع توهم الدلالة على مذهب المشهور في مسألة الإقرار بالنسب - من ورود الضرر على خصوص المقر له، لا عليه و على المقر معاً على تقدير إنكار سائر الورثة - قوله: «وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت يلزمه ذلك في حصته» و الظاهر أنه في مقام بيان أن المقر به ليس في تمام الحصص، بل في حصّة المقر فقط، دون نصف ما في يد المقر حتى يدخل الضرر عليهما. نعم، في صدرها دلالة على ورود الضرر

بل وغيرهما. فروى الصدوق مرسلًا و الشيخ مسنداً عن أبي البختري وهب ابن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: " قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام - في رجل مات و ترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه - : أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله، و إن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين اجيز ذلك على الورثة، و إن لم يكونا عدلين الزما في حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو اخت فإنما يلزمه ذلك في حصته. و بالإسناد، قال: " قال علي عليه السلام: من أقر لأخيه فهو شريك في المال، و لا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فذلك إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم" ٣٤. و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد، و تمام الكلام في محله من كتاب الإقرار أو الميراث إن شاء الله.

على خصوص المقر له في مسألة الإقرار بالدين، من جهة التقيد بقوله: «بقدر ما ورث» أي: يلزمه من الدين بسببه ما ورث المقر باعتقاده من الثلث و الربع و نحوهما. إلا أن هذه المسألة ليست من محل الكلام، و إنما الكلام في مسألة الإقرار بالنسب. و قد عرفت الخدشة في دلالة الرواية على مذهب المشهور في محل الكلام، إلا أن يقال: إن غرضه عليه السلام من قوله: «وكذلك» في ذيل الرواية تشبيه مسألة الإقرار بالنسب بمسألة الإقرار بالدين على المورث، حتى في مقدار اللازم و أنه بمقدار ما ورثه المقر، فافهم.

و أما الثانية، فلأن موضع دلالتها على المطلب قوله عليه السلام: «فهو شريك في المال». و لا يخفى أن المراد منه بقريظة قوله عليه السلام في ذيل الفقرة الثانية: «و يضرب في الميراث معهم» هو شركة المقر له في مال المقرين لا في مال الميت جميعاً. و من المعلوم أن مجرد شركتهما في مال لا يدل على المطلب، بل عدم الدلالة هنا أظهر، لعدم إمكان جريان ما ذكرناه في توجيه الرواية الأولى بقولنا: «إلا أن يقال...» في هذه الرواية. فظهر عدم صحة استناد المشهور إلى هاتين الروایتين. فلا بد إما من استناده إلى رواية أخرى تدل على مذهبهم، و إما من القول بأن فتواهم على طبق القاعدة، و تحطئة من صرح بأنها على خلافها، بالتقريب الذي ذكره السيد العلامة الأستاذ عليه السلام، قال: «يمكن أن يقال: إن فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعدة، و الفرق بينهما أن في المقام...» إلى آخر ما ذكره.

مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بثمن واحد، صحّ في المملوك عندنا كما في جامع المقاصد و إجماعاً كما عن الغنية^{٣٥}، و يدلّ عليه: إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمة (٢٧٠٢).

و دعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة، بل لامانع من جريان قاعدة الصحة (٢٧٠٣) بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال: من أن التراضي و التعاقد إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلاّ في ضمن المركّب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض؛ و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، و قد نبّه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و ذكر أن في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسراً و تمام الكلام في باب الشروط، و يكفي هنا الفرق بالنصّ و الإجماع. نعم، ربّما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري، لما ذكره في المسالك وفاقاً للمحكيّ في التذكرة عن الشافعي من جهة إفضائه (٢٧٠٤) إلى الجهل بثمن المبيع، قال في التذكرة بعد ذلك: و ليس عندي بعيداً من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم

٢٧٠٢. في أدلة بطلان الفضيحة

٢٧٠٣. ليس المانع منحصراً في ذلك، بل هناك مانع آخر، و هو عدم تحقّق موضوع أدلة الصحة و اللزوم - من العقد و البيع - بالنسبة إلى الجزء المملوك، لأنّ العقد إنّما وقع على المجموع لا على البعض، فعدم جريانها - مضافاً إلى انتفاء الشرط - إنّما هو لانتفاء المقتضي أيضاً.

٢٧٠٤. الضمير راجع إلى علم المشتري المستفاد من سياق الكلام السابق. و وجه الإفضاء: ما أشار إليه المصنّف في ضمن دفع ذاك الدليل، من منافاة العلم بعدم إمضاء الشارع للبيع في المجموع المركّب لقصده، فلا بدّ أن يقصد بيع المملوك فقط، فيأتي حينئذٍ الجهل بالثمن. و حاصل الدفع: منع المنافاة أولاً، و منع اقتضاء المنافاة المذكورة - على تقدير التسليم - للقصد إلى بيع المملوك خاصّة ببعض الثمن الموجب للجهل بالثمن الموجب للبطلان ثانياً، فإنّها إنّما تقتضي قصد بيعه بتمام الثمن. فظهر أن المراد من الموصول في قوله: «مع أنّه لو تمّ ما ذكر» هو الإفضاء إلى الجهل بالثمن لكن بلحاظ وجهه و دليله. ثمّ إنّ الأولى ترك كلمة «الجهة» هنا.

المشتري حرية* الآخر، أو كونه مما لا ينقل إليه^{٣٦}، انتهى.

و يمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بضمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإن هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل** حقيقة، فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع، مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان؛ لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه*** و إلا لكان البذل بإزاء المملوك؛ ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلا قصد، انتهى. لكن ما ذكره^{٣٧} مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتفسيط و إن كان مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع لأنه سَلَطَ عليه مجاناً، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري(٢٧٠٥) بقسط غير المملوك، إِمَّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي و إِمَّا لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح من جامع المقاصد^{٣٧} و المسالك، إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك**** لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثم إن طريق تفسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع***** مال الغير*****: من أن العبرة بتقويم كل منهما منفرداً و نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين. لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك و قد ذكروا: أن الحر يفرض عبداً بصفاته و يقوم، و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتيهما عند من يراها مالاً،

٢٧٠٥. الظاهر أن «ذلك» إشارة إلى الموصول في «ما ذكره». و إن شئت قلت: إلى

التسليط المجاني. و عليه، كان اللازم الاختصار على خصوص العلة الأخيرة، أعني: بقاء ذلك القسط له مجاناً، كما لا يخفى.

* في بعض النسخ: حرمة. ** في بعض النسخ: البيع. *** لم ترد في بعض النسخ «أو حكمه».

**** في بعض النسخ: هنا. ***** في بعض النسخ: من. ***** في بعض النسخ: غيره.

و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك؛ لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.

و يشكل تقويم الخمر (٢٧٠٦) و الخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أَمَّا شاة و الخمر بعنوان أَمَّا خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجود تقويمهما قيمة الخلّ و الشاة*.

مسألة: يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء. و يدلّ عليه قبل الإجماع (٢٧٠٧):

٢٧٠٦. يعني: أن الطريق المذكور في معرفة قيمة الخمر و الخنزير يشكل فيما إذا كان مع الخمر بعنوان الخلّ و مع الخنزير بعنوان الشاة، بأن كان البائع جاهلاً بهما و معتقداً بأن الأول خلّ و الثاني شاة، فإن الطريق المذكور إنما يتم في صورة علم البائع بعنوانهما دون صورة جهله. ٢٧٠٧. يمكن المناقشة فيما عدا الإجماع مما ذكر. أمّا في الفحوى فلا مكان منعه لما قيل: من أنه لا داعي لهما في النكاح غالباً على الإقدام على خلاف مصلحة الطفل، مع أن شفقة الأبوة مطلقاً مانعة عن إيقاعه في معرض الأذية، سيما في البنت حيث لا يحصى لها عنها، لعدم القدرة على الطلاق، و هذا بخلاف الأموال، حيث إن الفاسق ربّما يلاحظ فيها مصلحة نفسه، فلا يقاس عليه فضلاً عن دعوى الأولوية. مع إمكان أن يقال: إن أشدّية الاهتمام بأمر النكاح مع كونه مطلوباً للشارع - غاية مراتب الطلب - يقتضي نصب وليّ يباشره حيثما وجد الكفو الصالح، و يكون أشدّ رأفة و رحمة من غيره، إذ ربّما لا يوجد الكفو بعد الكبر مثل ما يوجد في حال الصغر، و هذا بخلاف الأموال، إذ ليس الإكثار فيها مطلوباً كمطلوبية النكاح، فيمكن إهمال الأمر فيها، و إيجاب حفظها - و لو لم يكن صلاحاً له - في بعض الأحيان. و الحاصل: أن الأولوية ممنوعة، لو لم نقل بأن ما ذكره وجهاً لها مقتضى لعدمها.

و أمّا الأخبار فلأن الظاهر أن نظره فيها إلى نصوص تقويم الأب جارية الابن على نفسه، و في أخبار الوصية المشتملة على جواز تصرفات الوصي، و أخبار الاتجار بمال اليتيم، و أخبار حلّ مال الولد للوالد و كونه له. و في دلالة الكلّ نظر.

أما الطائفة الأولى، فلأنها و إن دلت من جهة ظهورها في كون الغرض من ذلك وقوع الوطي في ملك الواطي - الذي لا يحصل إلا بأن يكون المراد من التقويم هو بطور المعاوضة - على نفوذ بيع الأب جارية الابن، لكن في خصوص بيعها من نفسه، فتكون أخص من المدعى. و دعوى عدم الفرق بين موردها و بين غيره لا مجال لها، بعد احتمال أن يكون الجواز فيه لاحتياجه إلى الجارية، كما في الإنفاق على نفسه من مال الولد.

و أما الطائفة الثانية، فلأنه لادلالة فيها على جواز تصرف الوصي في مال كان للصغير حال حياة الأب كإرثه من الأم، و إنما تدل على جواز تصرفه في مال يكون للصغير بعد وفاة أبيه من جهة إرثه منه، و هذا غير مجد في المقام، لأن مرجعه في الحقيقة إلى تصرف الموصي في ماله بالتسبيب، كما يستفاد ذلك من بعض أخبار الوصية.

و أما الطائفة الثالثة، فلأنه ليس فيها من الأب و الجد اسم و رسم، فتأمل.

و أما الطائفة الرابعة، فهي على صنفين:

أحدهما: ما يدل على حلية مال الولد للوالد، و ذلك مثل رواية ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «سأله عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه. قال: يأكل منه بغير سرف. و قال في كتاب علي عليه السلام: إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء» الخبر. و رواية ابن سنان قال: «سأله - يعني: الصادق عليه السلام - ما ذا يحل للوالد من مال ولده؟ قال: أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من مال ولده شيئاً». و غيرهما من الروايات.

و ثانيهما: ما يدل على أن مال الولد للوالد، إما فقط، كرواية يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجب الرجل من مال ابنه و هو صغير؟ قال: نعم. قلت: يجب حجة الإسلام و ينفق منه؟ قال: نعم بالمعروف. ثم قال: نعم، يجب منه و ينفق منه، إن مال الولد للوالد» الخبر. و أما مع الولد، كما في النبوي المعروف في رجل استعدى أباه: «أنت و مالك لأبيك» الذي حكاه الإمام عليه السلام في رواية الحسين بن أبي العلاء. و قد وقع ذلك في ضمن جملة من الأخبار المروية عن أئمتنا عليهم السلام. و قد نقلها في حجج الحقائق.

أما الصنف الأول، فالظاهر منها بعد تقييد مطلقاتها بمقيداتها أنها مسوقة لبيان أن نفقة الوالد على الولد، و أن الوالد يحل له من قبل الشارع أن يأخذ من مال ولده مقدار نفقته، كما

هو صريح رواية ابن سنان، فيكون أجنبياً عن إثبات الولاية و السلطنة للوالد على التصرف في مال الطفل لغير ما يحتاج إليه و لو كان مصلحة له فضلاً عن عدمها.

و أما الصنف الثاني، فهو و إن كان قد يترأى منه الدلالة على المطلب في بادي النظر، إلا أنه بعد الدقة يعلم أنه أجنبي عنه، لأن دلالته عليه مبنية على كون اللام في «لأبيك» مستعملة في الملك، إما لإرادته، فيلزمه بواسطة قاعدة السلطنة سلطنة لما بعد اللام على ما قبلها في أمثال ذلك. و إما لإرادة لازمه، و هو السلطنة و الولاية بطور الكناية. و على التقديرين تدلّ على المطلوب، غاية الأمر أنه على الأول يحرز الصغرى لكبرى شرعية مسلمة، و هي سلطنة الناس على أموالهم. و على الثاني يدلّ على كبرى مستقلة، و هي سلطنة الأب و الجدّ على أموال الأولاد بما هي أموالهم. فالدليل على السلطنة فيما نحن فيه على الأول حديث السلطنة، و أما الأخبار المذكورة فهي منقحة لموضوعه. و على الثاني نفس هذه الأخبار المذكورة.

و لاسبيل إلى ذاك المبني. أما بالنحو الأول فلو جوه:

الأول: منافاته للمقصود من إثبات جواز تصرفهما في مال اليتيم بما هو مال الغير، لا بما هو مالهما على ما هو قضية اللام.

و الثاني: منافاته لحرمة أكلهما بأزيد من قدر الحاجة، كما هو صريح جملة من أخبار الطائفة الأولى.

و الثالث: أنه مستلزم لعدم جواز تصرف الولد في مال نفسه، لكونه حينئذ من التصرف في مال الغير بدون إذن صاحبه، و هو حرام بالأدلة الأربعة.

و الرابع: منافاته لمقتضى إضافة المال إلى الولد التي هي بمعنى اللام، لاستحالة اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد. إلا أن يقال: إنه مثل اجتماع ملك العبد و السيد على مال العبد بناءً على أنه يملك، كما هو الأقوى و فيه نظر، فتأمل.

و الخامس: اقتضاء المعنى المذكور رقية الولد للوالد، و هو خلاف الضرورة.

و السادس: أن من هذه الأخبار المتضمنة للنبوي ما قد ورد مورد كبر الولد و رشده، و لا ولاية لهما عليه إجماعاً، و تخصيص المورد غير جائز جزمياً. و ذلك كرواية ابن أبي العلاء المذكورة في المتن، حيث إن مخاصمة الولد مع الوالد لا يكون إلا مع الكبر و الرشده.

و رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سأله عن رجل أتاه رجلان يخطبان، فهوى جدّ البنت أن يزوّج رجلاً، و هوى أبوها الآخر، أيهما أحقّ أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجدّ أحقّ بالجارية، لأنها و أباهما للجدّ».

و رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي علي أبيه فقال: أصلح الله الأمير إنّ أبي زوّج ابنتي بغير إذني. فقال جلسائه: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل. قال عليه السلام: ثمّ أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلمّا سألتني أقبلت عليّ الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ رجلاً جاء يستعديه عليّ أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى. فقلت لهم: كيف يكون هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم و ترك قولي». حيث إنّ الولد في هذه الرواية و السابقة أبو البنت.

و أمّا بالنحو الثاني، فلبعض ما مرّ في النحو الأوّل، سيّما الأخير. فلا بدّ إمّا من طرح تلك الأخبار بالمرّة، و هو من جهة كثرتها بل قواثرها غير جائز، أو تخصيصها بالولد الصغير، و هو ممّا يأبى عنه سياقها مضافاً إلى إباء مورد بعضها كما لا يخفى. فتعيّن حملها على معنى يجري في الولد الكبير الرشيد، و يوافق مع وجوب الإعطاء على الولد مقدار حاجة الوالد، بأن يجعل اللام للتعليل و التسيب، فيكون المعنى: أنت و مالك من أجل أبيك، بمعنى: أنّ وجودك و وجود مالك ناشٍ من وجود أبيك و مسبّب عنه. و لا إشكال أنّه بناءً على هذا المعنى لا ربط لها بمسألة الولاية، كما يعلم من ملاحظة نظائره، كقولك لشخص أعطاك مالاً كثيراً و أغناك: كلّ مالي و بيدي من الأموال لك، أي: لأجل إحسانك و من بركاتك، فإنّ غاية ما يقتضيه هذا الكلام و يتفاهم منه عرفاً هو أولويّة الجدّ من الأب و تقدّمه عليه فيما ثبت من الخارج جواز تصدّيه لكلّ منهما، و قبح معارضته له ممّا لو صدر ذلك من غير أبيه لما قبحت. و هذا القبح إمّا بنحو يبلغ حدّ الإلزام كما في مقدار النفقة من مال الولد، و إمّا بنحو دون ذلك كما في الزائد على هذا المقدار المذكور، فيختلف مقتضاه باختلاف الموارد. فتارة يقتضي الأولويّة، و أخرى يقتضي مراعاة الولد للوالد بطور الإلزام كما في مقدار نفقته، و كذلك مرحلة الإطاعة لأوامره و نواهيه، و ثالثة يقتضي ذلك لا بطور الإلزام، كما في إعطاء الزائد عن مقدار نفقته. و لا يخفى أنّه على هذا المعنى يرتفع جميع الإشكالات حتّى الأخير، إذ لا فرق في صدق هذا المعنى

بين الصغير والكبير. و بذلك يحصل أيضاً التوافق بين الأخبار.

و يؤيد ما ذكرناه - بل يدل عليه - ما رواه في الوسائل في آخر كتاب القضاء عن الكليني عليه السلام بسنده عن الحكم بن عتيبة قال: «تصدق أبي عليّ بدار فقبضتها، ثم ولد له بعد ذلك أولاد، فأراد أن يأخذها مني و يتصدق بها عليهم، فسألت أبا عبد الله عليه السلام: عن ذلك و أخرته بالقصة فقال: عليه السلام لا تعطها إياه. قلت: فإنه يخاصمني. قال: فخاصمه، و لا ترفع صوتك على صوته». و ما رواه الصدوق بسنده عن الحكم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّ والدي تصدّق عليّ بدار ثم بدا له أن يرجع فيها، إلى أن قال: فقال: بش ما صنع والدك، فإن أنت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك، و إن رفع صوته فاحفض أنت صوتك». و موضع الاستشهاد ذيل الروایتين. و الوجه واضح على المتأمل، فتأمل.

فإن قيل: إنّ المعنى المذكور لأجل معلوميته بين الناس يكون التعرّض له من توضيح الواضح، و هو - مع قبحه في حدّ نفسه - لا يناسبه هذا المقدار من الاهتمام و التكرار. و هذا بخلاف ما لو كان اللام للملك أو الاختصاص، و كان الكلام مسوقاً لبيان الحكم الموضوعي، و إثبات الولاية و السلطنة بأحد التقريبين المذكورين.

قلت: نعم، لكنّه يرد فيما إذا وقع التكلّم به ابتداءً، و ليس كذلك في مورد من الموارد، و إنّما وقع التكلّم به إمّا إشارة إلى حكمة الحكم الواقعي، كأولوية الجدة من الأب في مقام اختلافهما في تزويج البنت الصغيرة، الثابت بمجملّة من الأخبار الصريحة - مثل رواية عبيد بن زرارة و عليّ بن جعفر - سلطنة كلّ واحد منهما عليها فيه، و إمّا توطئة للإصلاح بين الولد و الوالد، كما في النبويّ المعروف. و حينئذ لا وجه لإشكال لزوم اللغوّة أصلاً، لأنّ الأمر الواقعي الواضح المرتكز في الأذهان يصحّ ذكره حكمة للحكم، تقريباً إلى ذهن المخاطب، أو مقدّمة لرفع النزاع و التخاصم، و هما من أعظم الفوائد.

فإن قيل: لا يصحّ إرادة المعنى المذكور في رواية عبيدة، لاشتمالها على ما ينافي إرادته، و هو استشهاد عليه السلام على الحكم بنفوذ نكاح الجدة و بهذا النبويّ، حيث إنّ الاستشهاد بشيء لا يصحّ في مقام إلّا مع انطباق المستشهد به على المستشهد له و كونه من أفرادها، و لا انطباق في مورد الخبر إلّا بناء على دلالة على السلطنة و نفوذ التصرف.

قلت: اعلم أنّ حكم العامّة ببطلان نكاح الجدة في مفروض الرواية يمكن أن يكون لأحد

أمرين، الأول: توهم عدم السلطنة للجدّ مع وجود الأب أو كراهته لفعل الجدّ. و الثاني: توهم مساواتهما في السلطنة، و عدم أقوائيّة سلطنة الجدّ بالقياس إلى سلطنة الأب بعد الفراغ عن ثبوتهما لكلّ منهما. فحينئذ نقول: إن كان مستند حكمهم بالبطلان هو الأول فالأمر كما ذكر في السؤال، إذ بناءً عليه لابدّ و أن يكون مستند حكم الإمام عليه السلام بالنفوذ ثبوت سلطنة للجدّ، و كونها أقوى من سلطنة الأب، و مع ذلك لا يصحّ الاستشهاد بالنبويّ إلّا إذا دلّ على سلطنة الجدّ و قوّتها، و هو ممنوع، لأنّ العامّة أيضاً كالخاصّة قائلون بثبوت السلطنة للجدّ، فلا بدّ أن يكون مستند حكمهم بالبطلان هو الثاني، و عليه لإشكال في صحّة الاستشهاد بالنبويّ بنسأ على المعنى الذي ذكرناه، ضرورة دلّالته على أولويّة الجدّ و تقدّمه على الأب.

فتلخص ممّا ذكرنا كلّهُ أنّ الدليل في المسألة منحصر بالإجماع. و لو نوقش فيه باحتمال استناد جلّ الجمعين - لولا كلّهم - إلى الأدلّة المتقدّمة، تبقى المسألة خالية عن الدليل، فحينئذ يكون الأب و الجدّ و غيرهما على حدّ سواء. فالأولى في إثبات الولاية لهما مقدّمًا على الغير التمسك بالسيرة العرفيّة المستمرة على تصرّفهما في مال طفلهما بالمعاملة، مع عدم الردع عنها و لو بالأصل، فيرفع اليد بها عن الأصل و الأدلّة الدالّة على عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه، فتدبر جيّدًا.

مركز تحقيق مكتبة نور علوم إسلامي

ثمّ إنّه لا يخفى عليك أنّه لو سلّمنا دلالة الأخبار المتقدّمة على ثبوت الولاية لهما على الطفل، فلا ينبغي الإشكال في اختصاص مدلولهما من حيث متعلّق الولاية بالمال، فلا دلالة لهما في طلاق زوجته الدائمة و بذل المدة في زوجته المنقطعة، للأصل، مضافاً في الأول إلى أخبار خاصّة المذكورة في كتاب الطلاق. فما في نكاح الجواهر من جواز بذل المدة عن الصغير للأب و الجدّ ليس في محله، لا بتناؤه على عموم الولاية لهما عليه في ذلك، و هو متنفّ. نعم، لهما الولاية في الطلاق عن الطفل فيما إذا بلغ مجنوناً، لإطلاق جملة من الأخبار الدالّة على جواز طلاق الوليّ عن المجنون، الشامل لصورة اتصال الجنون بالصغر، الحاكم على استصحاب عدم الولاية الثابت في حال الصغر. و الظاهر إلحاق بذل المدة في المنقطعة بالطلاق، فيجوز لهما ذلك في الصورة المذكورة على إشكال.

هذا، مع فقد الحاكم. و أمّا معه فهل الولاية فيه له، فلا ولاية لهما إلّا مع فقدّه، أو لهما، فلا ولاية له إلّا مع فقدهما، أو لكلّ واحد منهما و من الحاكم؟ وجوه. و الأحوط في صورة

الأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة و فحوى سلطتهما على بضع البنت في باب النكاح. و المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل (٢٧٠٨)،

وجود أحدهما مع الحاكم إيقاع كل منهما الطلاق بإذن الآخر. و تفصيل الكلام موكول إلى باب الطلاق.

٢٧٠٨. استدلال المشهور بأمور:

الأول: الأصل كما في المتن. و فيه: أنه إن أريد به أصالة عدم اعتبار العدالة بمعنى الاستصحاب، ففيه: أنه ليس له حالة سابقة يقينية، فتأمل. و إن أريد به ما في بعض الحواشي من أن أصالة عدم الدليل دليل العدم فيما يعم به البلوى كما نحن فيه، ففيه: أنه لا دليل على حجية ذلك مطلقاً ما لم يرجع إلى أصل معتبر، لما قرّر في محله.

الثاني: الإطلاقات. و فيه: أنه إن أراد بها إطلاق «أنت و مالك لأبيك» و نحوه من الأخبار المتقدمة، ففيه: أن إطلاقه من حيث العدالة و إن كان لا إشكال فيه، بل يمكن أن يقال: إن مورد رواية الحسين بن أبي العلاء صورة فسق الأب، حيث إن الولد نسب إلى أبيه الظلم في قوله: «هذا أبي ظلمي ميراثي» و جواب الأب «أنه أتفق عليه و على نفسه» بعد ملاحظة قوله ﷺ: «أو كان رسول الله ﷺ يحبس الوالد للولد» ظاهر في تقرير هذه النسبة، إذ لو كان نظره في دعوى ذلك إلى إنكار الظلم، بأن أراد الإنفاق الجائر شرعاً، بأن كان محتاجاً إلى الإنفاق من مال الولد، و أخذ منه بمقدار النفقة يوماً فيوماً حتى أفنى ماله، لم يكن له بحال لتوهم حبسه حتى يدفع بقوله ﷺ: «أو كان...»، بل لا بدّ من حلفه، و كان المناسب أن يقال: أو كان رسول الله ﷺ يحلف الوالد للولد. و لا ينافي ذلك قوله ﷺ: «و لم يكن عند الرجل شيء» حيث إن المراد منه عدمه عند المخاصمة لا عند الإنفاق، فتأمل. هذا بخلاف ما لو كان تقريراً لنسبة الظلم المستلزم لكون المراد من الإنفاق هو على وجه الإسراف، و مرجعه إلى الإقرار بالاشتغال، و مقتضاه استنفاذ مال الولد و لو بحبس أبيه. و بالجملة، لا ريب في إطلاق ما ذكر من النبوي، إلا أن الاستدلال بإطلاقه فرع دلالة على أصل ثبوت الولاية، و قد مرّ أنه غير مربوط به، فراجع.

و إن أراد بها إطلاق «أو فؤوا بالعقود» و «أحلّ الله البيع» كما احتمله في بعض الحواشي. ففيه ما لا يخفى، لأن المراد من العقود و البيع - على ما عرفت في الفضولي - إمّا عقود المالك و

من يقوم مقامه و يبعه، أو عقود كلّ عاقد و بيع كلّ بايع، لكن مقيداً برضا المالك و من يقوم مقامه، بملاحظة أدلة اعتبار الطيب. و على التقديرين، لا يجوز الرجوع إلى إطلاقهما في رفع الشكّ في اعتبار العدالة في ولاية الأب و الجدّ على مال الصغير، إذ الشكّ في ذلك يوجب الشكّ في أنّ عقدهما على مال الصغير مع فسقهما عقد من يقوم مقام المالك في السلطنة على العقد، أو عقد رضي به المالك أو من يقوم مقامه أم لا، و مرجع الاستدلال بالإطلاق المذكور حيثنّذ إلى التمسك بالكبرى مع الشكّ في الصغيرى، و هو غير جائز، فتدبّر.

الثالث: فحوى الإجماع المحكيّ عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج. قال في التذكرة: «الفسق لا يسلب ولاية النكاح عند علمائنا أجمع، فللفاسق أن يزوّج ابنته الصالحة البالغة بإذنها، و الصغيرة و المجنونة مطلقاً» انتهى.

و فيه: منع الفحوى بما عرفته سابقاً. و به يظهر الجواب عن التمسك بفحوى الإطلاقات الواردة في ولايتهما على النكاح. هذا، مع أنّ ظاهر قوله: «الفسق لا يسلب...» أنّ فرض كلام العلامة صورة عروض الفسق على الولي، و قضية الاستصحاب فيها ما ذكره رحمته، و لا ربط لها بما نحن فيه من صورة فسقه من أول الأمر.

الرابع: ما عن المناهل من فحوى ما دلّ على عدم اشتراط العدالة في الوكيل. و فيه: منع واضح، لأنّ الموكل حيث أنّه بالغ رشيد يجوز له إتلاف ماله بنحو الهبة، و توكيل الفاسق لا يزيد على ذلك قطعاً. و هذا بخلاف الولي، فإنّه لم يجوز عليه الشرع إتلاف مال المولّى عليه، فكذا ما هو في معرض الإتلاف، أعني: ولاية الفاسق.

و الخامس: ما عنه أيضاً من لزوم الحرج غالباً لو اعتبرت العدالة فيهما، و هو منفيّ بدليل نفي الحرج. و فيه: منع لزومه مع وجود الحاكم و عدول المؤمنين.

السادس: ما عنه أيضاً من أنّ العدالة لو كانت شرطاً لاشتھر رواية و تواتر، لتوفّر الدواعي إلى ذلك، و التالي باطل، فكذا المقدم. و فيه نظر واضح.

السابع: ما عنه أيضاً من أنّ الأصل بقاء الولاية لهما إذا كانا عادلين ثمّ فسقا، مع عدم القول بالفصل بين الصور. و فيه ما لا يخفى.

الثامن: ما عن جامع المقاصد من أنّ ولايتهما ثابتة بأصل الشرع، و لم يشترط الشرع فيها العدالة. و فيه: ما مرّ من عدم عموم أو إطلاق يدلّ على عدم الاشتراط ببال الأصل

و الإطلاقات، و فحوى الإجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج خلافاً للمحكي عن الوسيلة و الإيضاح ٢٨، فاعتبرها (٢٧٠٩)

المقتضي للاشتراط، فمرجع إلى الأصل، و مقتضاه عدم الولاية للفاسق منهما.
و مع ذلك كله، فالحق عدم اعتبار العدالة. و الدليل عليه دعوى السيرة القطعية المستمرة من زمن النبي ﷺ إلى زماننا هذا على عدم التفتيش عن سلوك آباء الأطفال و أجدادهم معهم في أموالهم، و منعهم عن التصرف في مالهم، و جعلهم بمنزلة الأجنبي عنهم، حتى يثبت عدالتهم، بل لم يعهد إلى الآن عزل الأب عن مال طفله لفسقه، فتأمل جيداً.
٢٧٠٩. استدل لذلك بأمور:

الأول: الأصل، بل الأصول، إذ قضيتها اعتبارها اقتصاراً على القدر المتيقن في مخالفة الأصل، و هو صورة العدالة.

الثاني: ما ذكره في الإيضاح من أنه يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته و إخباراته عن غيره. و فيه: أن غاية ما يقتضيه ذلك هو اعتبار الأمانة مقابل الخيانة، لا العدالة مقابل الفسق، و لا ريب في اعتبارها، و إلا يلزم تلف أموال الصغار و الأيتام. و لا يندفع هذا المحذور بما ذكره المصنف في جميع الموارد، لأن الحاكم - مضافاً إلى أنه لا يجب عليه نصب المسيطر على الآباء و الأجداد و استعلام أحوالهم، لو لم نقل بحرمته، لأجل كونه من التحسّس المنهي عنه، فتأمل - كيف يطّلع على أحوالهم و خفايا أمورهم في جميع الأصقاع و القرى سيّما البعيدة؟ و لو سلّم فلا يسلم اطلاعهم على خيانتهم إلاّ بعد الوقوع، فقد يتفق عدم المال لهم و عدم قدرتهم على الكسب و لو لكبر السن، و مع ذلك يأكلون أموال اليتامى جميعاً، إذ لارادع لهم من أكل مال الغير و الظلم عليه، سيّما إذا لم يقدر على دفعه عن نفسه، ففي هذه الصورة و إن اطّلع الحاكم على أمر الولي و خيانتته لكن بعد تلف المال على نحو لا يمكن تداركه، و هذا بخلاف ما لو كان أميناً.

الثالث: آية النهي عن الركون إلى الظالم، بتقريب أن الله تعالى إذا لم يرض بركون العباد إلى الظالم كما هو قضية النهي عنه، فهو أولى بعدم الركون إليه، و جعل الولاية للفاسق ركون إليه. و قد يضعف: بأن المتبادر من الظالم من ظلم على غيره، فلا يعمّ من ظلم نفسه بالمعصية. و فيه: منع التبادر، فيعمّ من عصي ربه و ظلم نفسه، كما في قوله تعالى:

﴿لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾ فتأمل. فالأولى في التضعيف أن يقال: بأن جعل الولاية للفاسق ليس ركوناً إلى الظالم و ميلاً إليه قلباً لامطابقة و لا التزاماً، إذ لاملزمة بين الركون - الذي هو مرتبة ضعيفة من الحب - و بين جعل الولاية، بمعنى أن يكون جعلها ناشئاً من الحب و الميل. ألا ترى أنه تعالى مع بغضه للكافر جعل له الولاية و السلطنة على ماله، بل أعطى أعدائه أموالاً كثيرة. و لعلّه لما ذكرنا تنظر المصنّف في دلالة الآية.

ثم إنه يمكن أن يستدلّ على اعتبار العدالة بآية النبأ - الدالة على عدم استيمان الفاسق - بوجوه ثلاثة ذكرها المصنّف في الاستدلال بها على اعتبار العدالة في المتنّ للقيط، على ما ذكره بعض مقرّري بحثه في اللقطة. قال:

الأوّل: إنه إذا وجب الثبّت في خير الفاسق - بمعنى عدم جواز الاعتماد على احتمال صدقه - وجب عدم الاعتماد على فعله، بمعنى عدم ترتيب آثار وجود الفعل على الفعل المحتمل صدوره منه، إذ لم يعلم حينئذٍ بوقوعه منه لا من جهة التفصيل و لا من جهة الإجمال الناشئة عن ملكة العدالة. و إلى هذا الوجه يشير ما عن العلامة عليه السلام من الاستدلال على اشتراط العدالة في الوصي بالآية.

الثاني: ما يظهر من التعليل بإصابة القوم بجهالة، إذ المراد بها مطلق الوقوع في مخالفة الواقع من باب الكناية، و إلّا فلا ينطبق على نبيّ الفاسق في حقّ الله تعالى، إذ ليس في متابعة قول الفاسق بوجوب الصلاة إصابة قوم بجهالة. و لا ريب في أن الاعتماد على فعل الفاسق يخوف مخالفة الواقع كثيراً.

الثالث: ما اشتملت عليه أيضاً من تفرّيع الوقوع في الندم على ترك الثبّت في نبئه، لأنّ ندامة من يعتمد في الحقوق و الأفعال الواجبة على الفاسق التي لا يعلم بصدورها منه أكثر من ندامة من يتبعه و يعتمد عليه في الأقوال.

و إلى كلّ ذلك يشير الفاضل المذكور بأن الحضانة استيمان، فلا تليق بالفاسق. يعني: أن استيمان الفاسق في الأفعال الواجبة و الأمور المحترمة في الشرع و توكيلها و تفويضها إليه غير جائز، لعدم الاطمئنان و الوثوق بتحققها في الخارج. و هذا أولى من التعليل بأن الحضانة ولاية فلا تليق بالفاسق، لأنّ الظاهر أن اعتبار العدالة في المقام و أمثاله من الاستيوانات ليس لأجل مطلوبيّتها ذاتاً، و كونها صفة خاصّة قائمة بالعادل، بل لأجل كشفها عن الواقع، و كونها

موجبة لطمأنينة الخاطر بأقواله و أفعاله.

و توضيح ذلك: أن لاعتبار العدالة مقامين. أحدهما: اعتبارها من حيث كونها موضوعاً لحكم من الأحكام الشرعية، و لمناسبة ذلك الحكم لها. و الثاني: اعتبارها لأجل كونها تبنياً إجمالياً و علماً شرعياً بأمانة العادل، و عدم خيانتة في أخباره و أفعاله التي فوضها الغير إليه.

و من قبيل الأوّل اعتبار العدالة في شهود الطلاق، فإنّه ليس لأجل اعتماد الغير على فعلهم أو قولهم، إذ الفعل - و هو الطلاق - فعل المطلق، بل لمطلوبيّتها في نفسها، إمّا في الواقع أو في نظر المطلق. و الثمرة بينهما تظهر فيما لو كان الشاهدان عدلين في نظر المطلّق لا في نفس الأمر، فيجوز لهما تزويج المطلّقة في الثاني دون الأوّل. و كذا اعتبارها في القاضي و المفتي و إمام الجماعة على أظهر الوجهين، كما يرشد إليه ما ورد في الأخير: «أنّ إمامك شفيعك، فلا تجعل شفيعك فاسقاً و لاسفيهاً». و الوجه الآخر هو كون اعتبارها فيهم لأجل حصول الاطمئنان بعدم الجور في القضاء، و عدم الكذب في الفتوى، و عدم الإخلال بشروط الصلاة و أجزائها. و من هذا الباب أيضاً اعتبار العصمة في الإمام، إذ الإمامة منصب جليل فلا يليق بغير المعصوم. و لو جعل اعتبارها لأجل الاعتماد على ما يخرج عن الله تعالى من الأحكام دخل في القسم الثاني.

و من قبيل الثاني اعتبارها في الأمانة الشرعية أو المالكية، كالوصي، و وكيل الوكيل، و قيم الأطفال من قبل الحاكم، و الأخير في الأعمال الواجبة كالخجّ و الصم و الصلاة، و الأمين على محافظة الرهن، و غير ذلك من موارد استيمان الشخص على إتيان فعل واجب أو حفظ مال أو نفس أو غير ذلك، فإنّ اعتبار العدالة في هذه المواضع إنّما هو لأجل ما يتناه، من أنّه لولاها لما يحصل الاطمئنان بحصول الفعل المطلوب.

و هذا - أعني: اعتبار العدالة في أمثال المقام من موارد الاستيمان الخالقي أو الخلقسي - باب معروف مطّرد بين الأصحاب، حتّى أنّه لأجل مراعاته استشكل العلامة في القواعد في ولاية الأولياء الإجمارية مع فسقهم، بعد أن صرح باعتبارها في الوصي، مع أنّه ورد مثل قوله: «أنت و مالك لأبيك». بل ذكر المحقّق الثاني في شرحه منشأ الإشكال، ثمّ قال: «الأقوى أنّ الحاكم إن علم فسقهم عزّهم، و إن جهل الحال اجتهد. و هو خيرة الحلّي أيضاً. و لعلّ المشهور القائلين بعدم اعتبارها فيهم ربّما يظهر منهم أيضاً المفروغية عن اعتبارها، إلّا أن

فيهما، مستنداً في الأخير: بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته* و إخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه، انتهى. و لعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم التي أشار إليها في جامع المقاصد، و في دلالة الآية نظر.

و أضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة؛ إذ المحذور ينسحق كما في جامع المقاصد: بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال** حال الطفل*** عزله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه، و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله^{٢٧١}، انتهى.

و هل يشترط في تصرفه المصلحة أو يكفي عدم المفسدة أم لا يعتبر شيء؟ وجوه (٢٧١٠)، يشهد للأخير:

يقوم مقامها ما يفيد الاطمئنان بعدم الخيانة، حيث يعللون عدم الاعتبار بأن شفقة الأب مانعة عن الخيانة» انتهى موضع الحاجة. نقلناه بطوله لاشتماله على فوائد. و لعلها مراد صاحب الإيضاح من نص القرآن. لكن يرد عليه أنه أخص من المدعى، حيث إنها تدل على صلاحيته للاستيمان بعد التبين، و المدعى عدم الصلاحية مطلقاً. فقد ظهر من جميع ما ذكرنا أن دليل اعتبار العدالة هو الأصل فقط.

٢٧١٠. أقواها أولها، لوجوه:

الأول: أصالة عدم تسلط أحد على مال أحد إلا مع اليقين بخلافه، و هو صورة وجود المصلحة، إذ ليس في المقام إطلاق يدل على عدم اعتبارها.

الثاني: قوله: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾. وجه الدلالة: أن «الأحسن» إما أريد منه التفضيل، أو المجرد عنه. و على الأول؛ لا ريب في الدلالة، بل قضيتها لزوم مراعاة الأصلح. و على الثاني فالظاهر أن المراد من الحسن ما فيه المصلحة، لا ما لامفسدة. ثم إن الآية بإطلاقها يشمل الجد، لصدق اليتيم على من مات أبوه و بقي جده، و

** في بعض النسخ: اختلاف.

* في بعض النسخ زيادة: عن غيره.

*** في بعض النسخ زيادة: أبي الطفل

إطلاق ما دلّ (٢٧١١) على أن مال الولد للوالد كما في رواية سعد بن يسار، وآله و ماله لأبيه كما في النبوي المشهور و صحيحة ابن مسلم: "أن الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء" ٤٠، و ما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا (صلوات الله عليه): من أن علة تحليل مال الولد لوالده: أن الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثًا وَ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ ٤١، و يؤيده أخبار جواز تقويم (٢٧١٢) جارية الابن على نفسه.

لكن الظاهر منها تقييدها (٢٧١٣) بصورة حاجة الأب،

يتم في الأب بعدم القول بالفصل. و أما ما أورد المصنف على دلالة الآية بقوله بعد نصف صفحة: «و أما الآية الشريفة فلو سلم دلالتها...» فيأتي الكلام فيه هناك، فانتظر.

الثالث: أن الظاهر من أدلة ولاية عدول المؤمنين - كما تأتي - اعتبار المصلحة في ولايتهم، و مناط الاعتبار هنا - و هو قصور الصغير عن التميز بين صلاحه و فساد - موجود في المقام، مع عدم دليل يدل على عدم اعتبارها في المقام.

و أما الوجه الثاني، و هو كفاية عدم المفسدة، فدليله أمران. أحدهما: الأصل، تمسك به فاضل المستند. و الثاني: الإطلاقات، تمسك به المصنف في قوله: «و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة - إلى قوله - فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة». و قد مرّ فساد الدليلين في بيان فساد التمسك بهما في عدم اعتبار العدالة في ولايتهما، فراجع. و أما الوجه الأخير، و هو عدم اعتبار شيء، فمع أنه لا دليل عليه - كما ستعرف فيما نعلقه على ما استدلل به المصنف عليه - لا قائل به أيضاً، كما في بعض الحواشي.

٢٧١١. و الجواب عن هذه الأخبار، أما عن الأولين فيما تقدّم في الاستناد إليهما في عدم اعتبار العدالة، و أنّهما أجنبيان عن أصل إثبات الولاية فضلاً عن خصوصيتهما. و أما عن الآخرين فبأن الظاهر أنّهما سيقا لبيان أخذ النفقة، كما يعلم ذلك بملاحظة بعض الأخبار، فلا ربط لهما بمقام التصرف في مال الطفل بالبيع له، فضلاً عن إطلاقهما لصورة البيع مع المفسدة فيه.

٢٧١٢. قد مرّ عند الكلام في وجود الدليل الشرعي على ولاية الأب و الجدّ على مال الطفل و عدمه المناقشة في دلالتها على ثبوت الولاية فيه في غير موردها، باحتمال أن يكون نفوذ الشراء فيه لأجل احتياج الأب إلى الجارية.

٢٧١٣. هذا جواب عن الاستدلال بالأخبار المذكور للوجه الأخير. يعني: لكن الظاهر

كما يشهد له قوله ﷺ في رواية الحسين بن أبي العلاء، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، قال: فقلت له: فقول رسول الله ﷺ للرجل الذي أتاه فقدّم أباه، فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه و على نفسه، فقال النبي ﷺ: أنت و مالك لأبيك. و لم يكن عند الرجل شيء، أفكان رسول الله ﷺ يحبس الأب لابن؟^{٢٧١} و نحوها صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: "قال: قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت و مالك لأبيك، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: لا يحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه مما لا بد منه؛ فإن الله لا يحب الفساد"^{٢٧٢}. فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، وآله لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل.

هذا كلّه مضافاً إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^{٢٧٣} فإن إطلاقه يشمل الجد (٢٧١٤) و يتم في الأب بعدم الفصل، و مضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل في مفتاح الكرامة^{٢٧١٥} استظهر الإجماع

أنّها ليست على إطلاقها، بل مقيدة بصورة حاجة الأب، و الدليل على التقييد بما رواية الحسين و صحيحة أبي حمزة، لدالتهما على عدم جواز الأخذ من مال الولد أزيد مما يحتاج إليه من مقدار النفقة.

و لا يخفى أنّ هذا الجواب لا يفي بمرامه ﷺ من خروج الفساد في مال الطفل بمثل البيع بأقلّ من ثمن المثل عن إطلاقها، إذ غاية ما يقتضيه الجواب المذكور - مثل رواية الحسين و أبي حمزة - خروج ما كان الفساد الوارد على مال الطفل من جهة أكله بأزيد من قوته عن إطلاقها، لا خروج الصورة الأولى، مع أنّه النافع في الجواب. فالتحقيق في الجواب ما ذكرنا من منع إطلاقها من الأوّل لما عدا أخذ النفقة، إلّا أن يكون نظره إلى دعوى الأولوية.

٢٧١٤. فيدلّ على عدم جواز القرب إلى مال اليتيم مع الفساد، سواء كان «الحسن»

في الآية بمعناه أو بمعنى عدم المفسدة.

٢٧١٥. هذا شروع في الاستدلال على الوجه الأوّل، و قد مرّ أنّه الأقوى.

- تبعاً لشيخه في شرح القواعد - على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة و ليس ببيع؛ فقد صرح به في محكي المبسوط حيث قال: و من يلي أمر الصغير و المجنون خمسة: الأب و الجد و وصي الأب و الجد و الحاكم و من يأمره، ثم قال: و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير؛ لأنهم إنما نصبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لاحظ فيه كان باطلاً؛ لأنه خلاف ما نصب له^{٤٦}، انتهى. وقال الحلبي في السرائر: لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب^{٤٧}، انتهى. وقد صرح بذلك أيضاً المحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم بل في شرح الروضة للفاضل الهندي: أن المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة (٢٧١٦) من غير استثناء. و استظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة في باب الحجر، نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين، و قد حكي عن الشهيد في حواشي القواعد: أن قطب الدين رحمته نقل عن العلامة: أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل، لم لا ينزل منزلة الاتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إتلافه، قال: و توقف (٢٧١٧) زاعماً أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب.

هذا، و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم؛ لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد و ماله. و أما الآية الشريفة، فلو سلم دلالتها فهي مخصصة (٢٧١٨) بما دلّ على ولاية الجد و سلطنته

.....

٢٧١٦. الجار متعلق بـ «الحكم» باعتبار المصلحة في جواز التصرف في مال اليتيم للأب و الجد، و لم يستثنوها.

٢٧١٧. يعني: قال قطب الدين: «و توقف العلامة في جواز بيع الولي بدون المصلحة، بزعم أن القول بالجواز مخالفة للأصحاب القائلين بعدم جوازه، و هو لا يقدر عليها».

٢٧١٨. قال في بعض الحواشي: «الوجه في منع دلالة آية: ﴿لَا تَقْرَبُوا...﴾ على اعتبار المصلحة: أن لفظة «أحسن» فيها ليست مسوقة لبيان إفادة معنى التفضيل كما يساعد عليه العرف، فهو بمعنى الحسن الذي هو عبارة عما لا حرج فيه، و هذا المعنى يتم مع عدم المفسدة، و

الظاهرة في أن له (٢٧١٩) أن يتصرف في مال طفله* بما ليس فيه مفسدة له؛ فإن ما دلّ على ولاية الجد في النكاح معللاً (٢٧٢٠) بأن البنت و أباهما للجد، و قوله ﷺ: "أنت و مالك لأبيك"، خصوصاً مع استشهاد الإمام ﷺ به في مضي نكاح الجد بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكر ذلك و حكم بطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الامراء - و غير ذلك - يدلّ على ذلك. مع أنه لو سلمنا عدم التخصيص، وجب الاقتصار عليه في حكم الجد دون الأب.

و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة؛ فقد حكي عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر. ثم لاخلاف ظاهراً كما ادّعى^{٤٨} - في أن الجد

لايستلزم وجود المصلحة» انتهى. و فيه: أنه خروج عن ظاهر اللفظ هيئة و مادة من دون قيام قرينة عليه. و في مساعدة العرف عليه منع، فتأمل.

و أمّا دعوى تخصيصها بما دلّ على ولاية الأب و الجد...، ففيه ما مرّ مراراً من أن مثل قوله ﷺ: «أنت و مالك لأبيك» - الذي هو مراده ﷺ مما دلّ على ولاية الجد - لادلالة له على ولايته في الأموال. و مرّ أيضاً عدم دليل آخر له إلا الإجماع، بل مرّ الإشكال فيه أيضاً. و مرّ أيضاً عدم الملازمة بين ثبوت الولاية للجد في التزويج و بين ثبوتها له في المال.

٢٧١٩. الظاهر أنها صفة للموصول في قوله «بما دلّ». و التأييد - على تقدير صحة النسخة - باعتبار المعنى، فإن المراد منها الأدلة و الإطلاقات الدالة على ثبوت الولاية و السلطنة، و ليست صفة للسلطنة، إذ ليس في الأدلة لفظ السلطنة و ما يرادفها حتى يكون له ظهور فيما ذكر.

ثم إن المراد من ظهور الأدلة في أن له - أي: للجد - أن يتصرف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة، هو بملاحظة ما تقدّم منه ﷺ من تقييدها بما دلّ على عدم جواز الفساد و الإسراف، و إلا فهي عامة لصورة وجود المفسدة أيضاً.

٢٧٢٠. هذا علة للظهور في أن له التصرف... و فيه: أن التعليل بأن البنت و أباهما للجد و بقوله ﷺ: «أنت و مالك لأبيك» إنما يجدي لو كان اللام فيه للملك أو الاختصاص،

و إن علا يشارك الأب في الحكم (٢٧٢١)،

و قد عرفت الإشكال فيه من وجوه ستة، و قلنا إن اللام فيه للتعليل، و إن استشهاده به لا يأتي عن ذلك بل يلائمه، فراجع و تدبر.

٢٧٢١. في محكي كشف الظلام قال بعد نقل القول بالتسوية بين الأب و آباءه: «إنه إن تم إجماع فيها، و إلا فللمناقشة فيه مجال» انتهى. و مقتضى الأصل اختصاص المراد من الجدّ بأب الأب، و لا دليل على تعميمه للجدّ العالي إلا الإجماع، لما مرّ من المناقشة في دلالة مثل قوله ﷺ: «أنت و مالك لأبيك» على الولاية في الأموال و يمكن الخدشة في الإجماع، باحتمال الاستناد إلى مثل ما ذكر من الأخبار الذي عرفت المناقشة فيه.

و بالجملة، لا دليل على ثبوت الولاية للجدّ في الأموال أصلاً إلا ما ذكرنا من السيرة، و هي مختصة - على الظاهر - بأب الأب فقط. و من هنا يظهر أن ولايته موقوفة على فقد الأب، فلا يشاركه في الحكم مع وجوده، لعدم السيرة عليها إلا في هذه الصورة. و ما ذكرناه من التوقف لعله الظاهر من العلامة ﷺ في وصايا التذكرة، قال: «ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجدّ، و ولاية الجدّ مقدّمة على ولاية الوصي للأب، و الوصي للأب أولى من الحاكم» انتهى، إذ مقتضى السياق أن تقدّم ولاية الأب على ولاية الجدّ مثل تقدّم ولاية الجدّ على ولاية الوصي تقدّم رتبتي، و معناه: أنه لا وجود للمرتب في مرتبة المرتب عليه. و حمل التقدّم فيه بالخصوص على التقدّم في مقام التعارض، الكاشف عن ثبوت الولاية له مع وجود الأب، بخلاف السياق.

و نحن في فسحة من التكلّم في أن كلّ واحد من الأب و الجدّ وليّ مستقلّ، أو هما معاً وليّ واحد، لا ينفذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر. و كذا عن التكلّم في حكم التعارض بين عقديهما، و تعيين أحد الوجوه المحتملة فيه، من تقديم عقد الجدّ أو الأب، و الرجوع إلى القرعة، و بطلانها معاً. و كذا عن التكلّم في أن الجدّ إذا تعدّد هل لكلّ واحد من الأجداد ولاية، أو مختصة بالجدّ القريب مطلقاً؟ و ذلك لتوقف هذه الفروع كلّها من حيث الموضوع على اختيار ثبوت الولاية للجدّ مع وجود الأب، و لا نقول به. و على القول به الأقوى في الفرع الأوّل هو الاستقلال، و في الثاني تقديم عقد الجدّ، و في الثالث ثبوت الولاية لكلّ جدّ مطلقاً و لو مع وجود الأب.

ثم إن الأقوى اختصاص الحكم بالأب و الجدّ النسيين. أمّا بناءً على المختار من عدم

و يدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله - الذي منه مال ابنه - لأبيه، و ما دلّ على أنّ الولد و والده لجدّه.

و لو فقد الأب و بقي الجدّ، فهل أبوه أو جدّه يقوم مقامه في المشاركة أو يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد و والده لجدّه، و هو المحكيّ عن ظاهر جماعة، و من أنّ مقتضى قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^{١٩} كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي* ولاية البعيد خرج** منه الجدّ مع الأب و بقي الباقي. و ليس المراد من لفظ "الأولى" التفضيل مع الاشتراك في المبدأ بل هو نظير قولك: "هو أحقّ بالأمر*** من فلان" و نحوه، و هذا محكيّ عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية، و للمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقلّ بالتصرف في ماله: الحاكم، و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، و قد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه، امتثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعيناً بالله: للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة:

تامة دلالة الأخبار على ثبوت الولاية لهما في المال للأصل، و أمّا بناءً على تماميتها - كما عليه المصنّف - فلخروج الرضاعين عنها حقيقة، لكونهما مجازاً فيهما، و انصرافاً على فرض الحقيقة فيهما أيضاً. و منه يظهر حكم الأب و الجدّ من الزنا.

ثمّ إنّ ما ذكرنا في ولاية الأب و الجدّ من النقض و الإبرام إنّما هو فيما إذا كان الطفل حرّاً. و أمّا إذا كان عبداً، فهل الولاية في ماله على القول بملكه مطلقاً - كما هو أقوى القولين في المسألة - أو في خصوص فاضل الضريبة و أرض الجناية - كما هو القول الآخر - للمولى، أو الأب و الجدّ مثل الحرّ، أو الحاكم؟ وجوده، من الأصل و إطلاق أدلة ولاية المولى، و من إطلاق أدلة ولاية الأب و الجدّ، و من تعارض إطلاقها مع إطلاق أدلة ولاية المولى بالعموم من وجه، فيرجع بعد التساقط إلى أدلة ولاية الحاكم. و الأقوى هو الأوّل، إذ قد مرّ أنّه ليس لنا دليل في ولاية الأب و الجدّ في مال الصغير حتّى يؤخذ بإطلاقه و يقال بالوجه الثاني، أو يلقي التعارض بينه و بين إطلاق أدلة ولاية المولى كي يقال بالوجه الثالث، و لو سلّم فإطلاق ولاية

أحدها، الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله، ومورده المسائل الفرعية، الموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم فرعي عليها، ولا إشكال ولا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقهاء، إلا أن لا يرى جواز التقليد للعامي. وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد والتقليد. الثاني: الحكومة، فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها في الجملة (٢٧٢٢). وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوى ونصاً، وتفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم والمحكوم به والمحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء. الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس، وهو المقصود بالتفصيل هنا.

فنقول، الولاية تصور على وجهين، الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، و مرجع هذا إلى كون نظره سبباً (٢٧٢٣) في جواز تصرفه. الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف وكون تصرف الغير منوطاً بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف، و مرجع هذا إلى كون نظره شرطاً (٢٧٢٤) في جواز تصرف غيره، و بين موارد الوجهين عموم من وجه (٢٧٢٥).

ثم إذنه المعتبر في تصرف الغير إما أن يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم

مركز تحقيق مكتبة ميرزا حسين

المولى حاكم عليه، فتأمل.

٢٧٢٢. كما في الحجر للفلس ونحوه و رؤية الهلال.

٢٧٢٣. يعني: كون إرادته علة تامّة لجواز التصرف.

٢٧٢٤. يعني: أن نظر الغير وإرادته مقتضى لجواز تصرفه، و نظر الفقيه وإرادته شرط

لجوازه.

٢٧٢٥. كان الأولى إسقاط كلمة «موارد» كما لا يخفى. و كيف كان، فمادة

الاجتماع كما في التصرف في مجهول المالك و التصديق و التصرف في أموال القاصرين، فإن الحاكم يستقل فيه، و غيره يحتاج إلى إذنه على إشكال فيه عندنا. و مادة وجود الأول دون الثاني، بأن يكون للحاكم استقلال في التصرف من دون اشتراط إذنه في تصرف الغير، بل له الاستقلال أيضاً، كما في الزكاة على ما قيل من استقلال التصرف فيه للحاكم. و مادة وجود الثاني دون الأول، و هو مورد اعتبار إذن الحاكم في تصرف الغير مع عدم استقلال الحاكم

و إما أن يكون على وجه التفويض والتولية كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم (٢٧٢٦). و إما أن يكون على وجه الرضا كماذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لاولي له.

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشئ من الوجوه المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل (٢٧٢٧) في خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى: ﴿النبي أولى بالمؤمنين﴾ (٢٧٢٨) من أنفسهم^{٥٠}، ﴿و ما كان لمؤمن و لمؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾^{٥١}.

فيه، كما في التقاص، فإنه يحتاج إلى إذن الحاكم على قول لانترضييه، و لايجوز للحاكم الاستقلال فيه.

٢٧٢٦. و القيم على الصغار من قبله.

٢٧٢٧. مقتضى مقابلة هذا لقوله فيما بعد: «و أما بالمعنى الثاني...» أن يقول: خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي و الأئمة عليهم السلام بكلا المعنيين، أما بالمعنى الأول فبالأدلة الأربعة، إلى أن يقول: و أما بالمعنى الثاني فبأخبار خاصة دالة على وجوب الرجوع....

٢٧٢٨. وجه الدلالة: أما في الآية الأولى فهو أن مقتضاها أن ما كان للأنفس فهو للنبي صلى الله عليه وآله بنحو الأولوية، و من جملة ما كان لها نفوذ التصرفات في أموالهم، فيكون للنبي بالأولوية. و إن شئت قلت: إن معنى الآية أن ميل النبي صلى الله عليه وآله مقدم على ميل المؤمنين عند الاختلاف، مثلاً: لو أراد أحدهم بيع ماله من زيد و أراد صلى الله عليه وآله بيعه من عمرو، و باعاً معاً، نفذ بيعه صلى الله عليه وآله لايبيع صاحب المال، و لانعني من الولاية إلا هذا. و توهم عدم عموم متعلق الأولوية لمثل التصرف في الأموال، لأنه غير مذكور في الآية، فلعله شيء غير مربوط به، مدفوع بورودها مورد الامتنان على النبي صلى الله عليه وآله المقتضي لإرادة العموم.

و أما في الآية الثانية، فهو أن المراد منه نفي الخيار عمن من شأنه الاختيار في أمر قضى الله و رسوله و أنهياه إلى منتهاه، فيعم بإطلاقه التصرفات المالية بالمعاملة و غيرها، و لايب أن نفي الخيار عنه في الصورة المذكورة يلزم ثبوت الولاية لله و رسوله، و هو المطلوب، فتأمل. و يتم المطلب في الأئمة عليهم السلام بعدم الفصل بينهم و بين الرسول صلى الله عليه وآله.

﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ (٢٧٢٩) يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ ٥٢، و ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ ٥٣، و ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ...﴾ ٥٤ الآية، إلى غير ذلك. وقال النبي ﷺ كما في رواية أيوب بن عطية: "أنا أولى بكل مؤمن من نفسه" ٥٥، و قال في يوم غدیر خم: "أست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه". و الأخبار في الفراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك منها مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة أبي خديجة و التوقيع الآتي، حيث علل فيها حكومة الفقيه وتسلمته على الناس: بآتي قد جعلته كذلك و آله حجتي عليكم. و أما الإجماع فغير خفي.

و أما العقل القطعي، فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أقم أولياء النعم، و الغير المستقلّ حكمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة، كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى؛ لأن الحق هنا أعظم بمراتب، فتأمل. و المقصود من جميع ذلك: دفع ما يتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية، و أنه لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطنته على الأموال و الأنفس. و بالجملة، فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التبع والتأمل:

٢٧٢٩. في الاستدلال بها و بسائر الآيات و الأخبار الدالة على وجوب الإطاعة و حرمة المخالفة للرسول و الأئمة عليهم السلام على المدعى نظر، إذ لا وجه له إلا دعوى الملازمة بينهما و بين الولاية، و هي ممنوعة. ألا ترى أن طاعة الأم واجبة على الولد، و مع ذلك لا ولاية لها عليه و كذلك يجب على الولد الكبير إطاعة الوالد، و لم يلتزم أحد بولايته عليه. و من هنا علم النظر في الاستدلال بحكم العقل، إذ غاية ما يدلّ عليه العقل بكلا قسميه إنما هو وجوب الإطاعة، و قد مرّ أنه لا ملازمة بينه و بين الولاية.

و بالجملة، هنا أمران، أحدهما: وجوب إطاعتهم عليهم السلام، و الآخر: جواز تصرفهم عليهم السلام في أموال الغير وضعاً و تكليفاً، و البحث في الثاني، و مفاد الأدلة المذكورة هو الأوّل، و لا ملازمة بين الأمرين. و لعلّه لما ذكرنا أمر بالتأمل في ذيل تقرير حكم العقل الغير المستقلّ. نعم، يصحّ الاستدلال بها على وجوب إطاعتهم عليهم السلام حتى في الأوامر العرفية، و أنه غير مختص بالأوامر الشرعية كما زعمه بعض المحشّين، فتدبر.

أَنَّ للإمام عليه السلام سلطة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، و أَنَّ تصرفهم نافذ على الرعية ماضٍ مطلقاً. هذا كله في ولايتهم بالمعنى الأول.

و أما بالمعنى الثاني - أعني اشتراط تصرف الغير بإذنتهم - فهو وإن كان مخالفاً للأصل إلا أنه قد وردت أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم، و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معين من الرعية، كالحدود و التعزيرات و التصرف في أموال القاصرين و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك، و يكفي في ذلك ما دلّ على أنهم أولوا الأمر و ولايته (٢٧٣٠)؛ فإن الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص. وكذا ما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع (٢٧٣١) الحادثة إلى رواية الحديث معللاً بـ "أَنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ و أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ"؛ فإنه دلّ على أَنَّ الإمام هو المرجع الأصلي. و ما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علق (٢٧٣٢)

٢٧٣٠. يمكن المناقشة في الاستدلال بذلك بقوة احتمال كون المراد من «الأمر» في «أولي الأمر» و «ولاة الأمر» أمر الخلافة و السلطة، فبدل على لزوم مراجعتهم عليهم السلام في شئون السلطة، من أخذ الخراج من الأراضي الخراجية و جمع العسكر و حفظ الثغور و تجهيز الجيوش، و غير ذلك مما يقوم به أمر السلطة، و هذا أخصّ مما ادّعاه المصنّف رحمته بكثير، إذ جملة من الأمور العامة - كالتصرف في أموال القصر، و التصدي للأوقاف العامة التي ليس لها متولّ منصوب من قبل الواقف، و نصب القيم لليتيم، و غير ذلك من الأمور الحسبية - ليست مما يقوم به أمر السلطة.

٢٧٣١. يشكل الاستدلال به بما يأتي من كون اللام في الحوادث للعهد، إشارة إلى ما وقع في السؤال المجهول الحال من حيث العموم بذاك المقدار الذي ادّعاه المصنّف رحمته و عدمه، و معه لادلالة على المدعى، لاحتمال كون المراد منها الحوادث الخاصة.

٢٧٣٢. يمكن الخدشة في دلالة ذلك على المدعى، بأن في ذيله قوله عليه السلام: «فيقاتلون به عدوهم، و يقتسمون به فيئهم، و يقيمون به جمعهم و جماعتهم، و يمنع ظالمهم عن مظلومهم»

حاجة الناس إلى الإمام عليه السلام حيث قال - بعد ذكر جملة من العلل - : "و منها : أنا لانجد فرقة من الفرق، و لاملّة من الملل عاشوا و بقوا إلّا بقيم و رئيس؛ لما لا بدّ لهم منه في أمر الدين و الدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنّه لا بدّ لهم منه و لا قوام لهم إلّا به"^{٥٦}. هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات و أنّها لإمام المسلمين، و في الصلاة على الجنائز من: أنّ سلطان الله أحقّ بها من كلّ أحد، و غير ذلك مما يعثر عليه المتبع.

وكيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامّة بدون إذنه و رضاهم، لكن لاعموم يقتضي أصالة توقّف كلّ تصرف على الإذن. نعم، الأمور التي يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولي الأمر و ولاته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة، و المرجع في غير ذلك من موارد الشكّ إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع و إلّا فإلى الأصول العمليّة، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاصّ مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول؛ لأنها لا تنفع مع التمكن* من الرجوع إلى الحجّة و إنّما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض.

و بالجملة فلا يهمنّا التعرّض لذلك، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين، فنقول: أمّا الولاية على الوجه الأوّل أعني استقلاله في التصرف، فلم يثبت بعموم عدا ما ربّما يتخيّل من أخبار واردة في شأن العلماء مثل:

.....
 فيمكن أن يراد من الدنيا في قوله: «في أمر الدين و الدنيا» هذا المقدار، فتأمل. فاللازم هو المشي على طبق الأصل للمقتضي لعدم وجوب الرجوع إليه عليه السلام، و الاقتصار في الخروج عنه على ما قام الدليل الخاصّ فيه على وجوب الرجوع إليه و الاستيذان منه، كالحدود و التعزيرات و الحكومات، لما ورد من أنّها لإمام المسلمين، و الصلاة على الجنائز، لما ورد من أنّ سلطان الله أحقّ بها. هذا، و لكن لا يجوز الرجوع إلى الأصل هنا، لفرض التمكن من إزالة الشكّ بالرجوع إليه، لفرض حضوره، فاللازم هو الاحتياط بالرجوع إليه عليه السلام.

"أن العلماء ورثة الأنبياء (٢٧٣٣)، و أن الأنبياء لم يورثوا ديناراً و لادرهما

٢٧٣٣. رواه الصدوق في أماليه. و رواه في أول المعالم بأسانيد عديدة متصلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به طريقاً إلى الجنة، و أن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، و أنه ليستغفر لطالب العلم من في السماوات و من في الأرض حتى الحوت في البحر، و فضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليلة البدر، و أن العلماء ورثة الأنبياء، و أن الأنبياء لم يورثوا ديناراً و لادرهما، و لكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر».

و فيه: بعد تسليم عدم إرادة الأئمة من العلماء - كما يدل عليها قول الصادق عليه السلام في رواية يونس: «الناس على ثلاثة: عالم، و متعلم، و غثاء، فنحن العلماء، و شيعتنا المتعلمون، و سائر الناس غثاء» بل قضيتها أن أحداً من الرعية ليس بعالم بالمعنى المراد منه في أمثال هذه الرواية - أن ذيله قرينة على أن المراد من متعلق الإرث هو الأحاديث و الأحكام الشرعية، فلا يعم الولاية. إلا أن يقال: نعم، و لكن مناط الولاية في الأنبياء علمهم بالأحكام، و هو متحقق في العلماء. و فيه: بعد تسليم ذلك أنه لا يجدي إلا بعد دعوى القطع بعدم دخالة التفاوت في مقدار العلم و كميته، و أتى له بذلك؟

ثم إن المراد بقوله عليه السلام: «و إن الأنبياء لم يورثوا...» أن الأنبياء ليس بنائهم على جمع المال حتى يبقى بعدهم، ويرثه الورثة عنهم كما في سائر آحاد الناس، بل بنائهم على نشر العلم و الأحاديث و ترويج الأحكام، كي ينتفع به الناس مثل ما ينتفع الوارث من مال مورثه، فلا نظر فيه إلا أنه لو اتفق منهم ترك المال و بقي منهم الدينار و الدرهم بما ذا يعمل فيه، يرثه ورثته مثل سائر الناس أم لا؟ فلا يرتبط مضمون هذا الحديث بمضمون الحديث المجعول لأجل غضب فذك و أخذه من يد فاطمة عليها السلام: «نحن معاشر الأنبياء لانورث، ما تركناه صدقة» حتى يكون شاهداً عليه كما قد يتوهم. و يشهد للمعنى الذي ذكرناه ما أرسله الكراجكي عن أمير المؤمنين عليه السلام: «العلم أفضل من المال بسبعة، الأول: أنه ميراث الأنبياء، و المال ميراث الفراعنة» الحديث، حيث إن ميراث الفراعنة قد يختص بالمال، ضرورة إمكان تورثهم العلم أيضاً، فالمراد منه تورث المال من حيث البناء و الغلبة، فيعلم بالمقابلة أن المراد من تورث الأنبياء العلم إنما هو بحسب البناء و الغلبة.

ولكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشئ منها أخذ بحظّ وافر" و "أنّ العلماء أمناء الرسل (٢٧٣٤)" و قوله ﷺ: " مجاري الأمور (٢٧٣٥)

٢٧٣٤. نظره في ذلك إلى ما رواه السكوني عن أبي عبد الله ﷺ، قال «قال: رسول الله ﷺ: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا. قيل: يا رسول الله و ما دخولهم في الدنيا؟ قال: أتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم». تقريب الاستدلال بذلك: أنّ الأمين من فوض عليه حفظ ما كان للمؤمن، و قضية حذف المتعلق عمومها للولاية، و معنى حفظ العالم للولاية إعمالها، كما أنّ إفسادها ترك العمل بها، و لانعني من ولاية العلماء إلا هذا المعنى.

و فيه: ما مرّ في الجواب عن الرواية الأولى، إذ قوله: «فاحذروهم على دينكم» يصلح قرينة على كون المراد من متعلق الأمانة هو خصوص الدين و الأحكام الشرعية، فلا يعمّ الولاية. ٢٧٣٥. هذا بعض ما رواه مرسلًا في تحف العقول عن سيّد الشهداء عليه آلاف التحية و الثناء و لا بأس بنقل الخبر مع طوله، لتوقف الخدشة في دلالة على الاطلاع على بعض فقراته. قال في الكتاب المزبور: «و روي عن الإمام التقي السبط الشهيد أبي عبد الله الحسين بن علي ﷺ في طوال هذه المعاني من كلامه ﷺ في الأمر بالمعروف - و يروي عن أمير المؤمنين ﷺ - : اعتبروا أيها الناس بما وعظ الله به أوليائه من سوء ثنائه على الأحزاب، إذ يقول: ﴿لَوْ لَا يَنْهَاهُمْ رَبَّنَا يُؤْنِ وَ الْأَخْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمُ﴾ و قال: ﴿لَعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ إلى قوله: ﴿لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾ و إنّما عاب الله ذلك عليهم لأنهم كانوا يرون من الظلمة الذين بين أظهرهم المنكر و الفساد، فلا ينهاهم عن ذلك رغبة فيما كانوا ينالون منهم، و رهبة مما يحذرون، و الله يقول: ﴿فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَ اخْشَوْا اللَّهَ﴾ و قال: ﴿الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ فبدأ الله بالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فريضة منه، لعلهم بأنّها إذا أدت و أقيمت استقامت الفرائض كلّها هيّنها و صعبها، و ذلك أنّ الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر دعاء إلى الإسلام، مع ردّ المظالم، و مخالفة الظالم، و قسمة الفيء و الغنائم، و أخذ الصدقات من مواضعها، و وضعها في حقّها.

ثمّ أنتم آيتها العصابة عصابة بالعلم مشهورة، و بالخير مذكورة، و بالنصيحة معروفة، و بالله في أنفس الناس مهابة، يهابكم الشريف، و يكرمكم الضعيف، و يؤثركم من لافضل

لكم عليه، و لا يدلّكم عنده. تشفعون في الحوائج إذا أمتنعت من طلبها. و تمشون في الطريق
بهية الملوك و كرامة الأكابر. أليس كلّ ذلك إنّما نلتموه بما يرجى عندكم من القيام بحقّ الله،
و إن كنتم عن أكثر حقه تقصّرون؟ فاستخففتكم بحقّ الأئمة. فأما حقّ الضعفاء فضيّعتم. و أما
حقّكم بزعمكم فطلبتهم. فلا مالاً بذلتموه، و لانفساً خاطرتم بها للذي خلقها، و لاعشيرة
عاديتموها في ذات الله.

أنتم تتمنون على الله جنته، و مجاورة رسله، و أماناً من عذابه. لقد خشيت عليكم أيها
المتعنون على الله تعالى أن تحلّ بكم نعمة من نعماته، لأنكم بلغت من كرامة الله منزلة فضلتكم
بها، و من يعرف بالله لا تكرمون، و أنتم في عباد الله تكرمون. و قد ترون عهود الله منقوضة
فلا تفزعون، و أنتم لبعض ذمم آبائكم تفزعون. و ذمّة رسول الله ﷺ محفورة. و العمى و
البكم و الزمنى في المدائن مهملة لا ترحمون، و لا في منزلتكم تعملون، و لا من عمل فيها
تعينون، و بالادّهان و بالمصانعة عند الظلمة تأمنون، كلّ ذلك ممّا أمركم به من النهي و التناهي
و أنتم عنه غافلون.

و أنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء، و لو كنتم تشعرون، ذلك
بأن مجاري الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمانة على حلاله و حرامه. فأنتم
المسلوبون تلك المنزلة، و ما سلبتم ذلك إلاّ بتفرّقكم عن الحقّ، و اختلافكم في السنّة بعد اليّنة
الواضحة. و لو صيرتم على الأذى، و تحمّلتكم المؤنة في ذات الله، كانت أمور الله عليكم تردّ، و
عنكم تصدر، و إليكم ترجع. و لكنكم مكّنتم الظلمة من منزلتكم، و استسلمتم أمور الله في
أيديهم، يعملون بالشبهات، و يسيرون في الشهوات، سلّطهم على ذلك فراركم من الموت و
إعجابكم بالحياة التي هي مفارقتكم. فأسلمتم الضعفاء في أيديهم، فمن بين مستعبد مقهور، و
بين مستضعف على معيشته مغلوب. يتقلّبون في الملك بآرائهم، و يستشعرون الخزي بأهوائهم،
اقتداءً بالأشرار، و جرأة على الجبار. في كلّ بلد منهم على منبره خطيب مسقع*. فالأرض لهم
شاغرة**، و أيديهم فيها مبسوطة، و الناس لهم خول، لا يدفعون يد لأمس. فمن بين جبار
عنيد، و ذي سطوة على الضعفة شديد، مطاع لا يعرف المبدئ المعيد. فيا عجباً و مالي

* خطيب مسقع، أي: بليغ. ** من: شعر الأرض، أي: لم يبق فيها من يحميها و يضبطها.

لأعجب ١٩ و الأرض من غاش غشوم، و متصدق ظلوم، و عامل على المؤمنين غير رحيم. فالله الحاكم فيما فيه تنازعنا، و القاضي بحكمه فيما شجر بيننا.

اللهم إني أعلم أنك تعلم أنه لم يكن ما كان منا تنافساً في سلطان، و لا التماساً من فضول الحطام، و لكن لنري المعالم من دينك، و نظهر الإصلاح في بلادك، و يأمن المظلومون من عبادك، و يعمل بفرائضك و سننك و أحكامك، فإن لم تنصرونا و تنصفونا قوي الظلمة عليكم، و عملوا في إطفاء نور نبيكم، و حسبنا الله و عليه توكلنا و إليه أتينا و إليه المصير» انتهى ما في التحف. و نقل في الوافي مقداراً من هذا الخبر عن ابن شعبة في كتاب الأمر بالمعروف.

أقول يمكن الإشكال في الاستدلال بذلك - بعد الإغماض عن احتمال كون عطف الأحكام على الأمور، الغير البعيد في نفسه، المؤيد بسلامته عن تخصيص الأكثر - بأن المراد من العلماء هنا الأئمة عليهم السلام، كما فيما ورد عنهم عليهم السلام: «نحن العلماء، و شيعتنا المتعلمون، و سائر الناس غثاء» و ذلك لأن الظاهر أن «بجاري» جمع مجرى اسم مكان لامصدر ميمي، يعني: محال جريان الأمور و الأحكام، و المراد منها المصالح و المفاسد و المدارك الناشئة و الجارية منها الأحكام جريان الماء من المنبع، و من المعلوم أنها أيدهم عليهم السلام، بمعنى: «أنها لا يعرفها غيرهم أصلاً. نعم، لو كانت العبارة: أن الأمور بيد العلماء أو بجاري الأمور بيد العلماء، لكان ظاهراً في العموم، و ليست كذلك. و بالجملة، فرق بين العبارة المذكورة و بين ما في الخبر من قوله: «بجاري الأمور بيد العلماء» كما نقله في المتن، أو: «على أيدي العلماء» كما في التحف.

هذا مع قطع النظر عن سائر الفقرات. و أما مع النظر إليها فينبغي الجزم بما ذكرنا، إذ منها ما هو صريح في اختصاص العلماء بمن غصب حقه، لتفرق الناس عن الحق، و اختلافهم في السنة بعد تمام الحجة و وضوح اليقينة، و من المعلوم اختصاصه بالأئمة. و ذلك مثل قوله: «أنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء». و قوله: «فالله الحاكم فيما فيه تنازعنا...»، لأن تنازعهم كان في المنزلة المغلوبة للعلماء، فلا بد أن يكون المراد منها الخلاف، لأنّها المتنازع فيها بينهم و بين أعدائهم، فيكون المراد من العلماء أنفسهم. و قوله: «اللهم إني أعلم أنك...»، و غير ذلك مما لا يخفى على المتدبر في الخبر.

بيد العلماء بالله، الامناء على حلاله و حرامه^{٥٧}. و قوله ﷺ: «علماء امتي كانبيا بني اسرائيل» (٢٧٣٦). و في المرسلة المروية في الفقه الرضوي: «إن منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني اسرائيل»^{٥٨}. و قوله ﷺ في نهج البلاغة: «أولى الناس بالأنبياء: أعلمهم بما جاؤوا به» (٢٧٣٧) «إن أولى الناس إبراهيم للذين اتبعوه» الآية^{٥٩}. و قوله ﷺ ثلاثاً: «اللهم ارحم خلفائي» (٢٧٣٨).

٢٧٣٦. فيه: إن عموم وجه الشبه لمثل الولاية غير معلوم، بل الظاهر أن المراد منه خصوص الفضيلة و الكرامة عنده تعالى، كما يؤيده بل يدل عليه قوله عليه السلام: «علماء امتي أفضل من أنبياء بني اسرائيل». و قد عثرت عليه في مسألة تقليد الميت من تقريرات درس العلامة الأنصاري، و ما رأيته في كتاب آخر من كتب الأخبار و الاستدلال. و هو التأييد أو الدلالة: أنهما في مساق واحد، و معلوم أن الفضيلة لا تلازم الولاية. و من هنا ظهر الحال في المروي في الرضوي و في جميع ما دل على الفضل أو الأفضلية، مثل: «فضل العالم على العابد كفضلي على سائر الناس» أو «كفضل القمر على سائر الكواكب» أو غير ذلك من التعبيرات.

٢٧٣٧. و فيه: أن الاستدلال بذلك موقوف على كون الكبرى لذلك: أن كل من كان كذلك فله كل ما كان للأنبياء، و هو ممنوع، إذ غاية ما يستفاد منه أن كل من كان كذلك فهو أفضل من غيره، فيكون من جملة ما دل على فضيلة العالم، و قد مر الكلام فيه. هذا، مع أن الظاهر من الأعلمية الأعلمية المطلقة و بالقياس إلى جميع من عداه و لو في خصوص عصره، لا الأعلمية في الجملة و لو بالنسبة إلى شخص واحد، فيختص بأوصيائهم، إذ ليس في العلماء من يكون أعلم من جميع أهل زمانه، ضرورة وجود الإمام في كل عصر، فيكون المراد من أولوية الأعلم بالأنبياء أولويته بالخلافة منهم.

هذا بناء على كون النسخة «أعلمهم». و أما بناء على كونها «أعملهم» بتقديم الميم على اللام، كما في مجموعة ورام على ما هو بيالي، و حكاه في البحار، حيث إنه عليه السلام بعد نقل الحديث كما في المتن قال: «بيان: و في بعض النسخ «أعملهم» و هو أظهر» انتهى، فهو أجنبي عن محل الكلام بالمرّة. و لعل نظره في وجه الأظهرية إلى الاستشهاد بالآية، حيث إن الظاهر من التبعية فيها هو التبعية في العمل بالجائحة و الجارحة.

٢٧٣٨. رواه في قضاء الوسائل عن الصدوق بإسناده عن أبان بن عثمان: «أن

قيل: و مَنْ خلفاؤك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، و يروون حديثي و سنتي". و قوله ﷺ في مقبولة ابن حنظلة: "قد جعلته عليكم حاكما" و في مشهورة أبي خديجة: "جعلته عليكم قاضياً (٢٧٣٩)" ٦٠. و قوله ﷺ: "هم حجتي عليكم

أبا عبد الله ﷺ قال له: إن أبا ن بن تغلب روى عني رواية كثيرة، فما رواه عني فاروه عني». قال: «و قال أمير المؤمنين ﷺ: قال: قال رسول الله ﷺ: اللهم ارحم...» إلى آخر، ما ذكره. و في الاستدلال به أيضا نظر، لأنه و إن كان لا يحتمل فيه اختصاص المراد من الخلفاء بالأئمة ﷺ، كما يحتمل ذلك في العلماء و الفقهاء في الأخبار المتقدمة، لاستلزامه خروج المورد، لأنه ﷺ قد ذكر هذا الكلام للاستشهاد على أن أبا ن بن تغلب من خلفائه، إلا أنه موقوف على ثبوت الإطلاق من حيث متعلق الخلافة، و هو ممنوع، إذ تمام النظر فيه إلى بيان أن الخلفاء هم الرواة، و لا نظر فيه إلى بيان ما فيه الخلافة، فيؤخذ بالقدر المتيقن، و هو تبليغ الأحكام. و يشهد له صدر الرواية كما لا يخفى.

٢٧٣٩. ذكرهما في الوسائل في كتاب القضاء، في باب وجوب الرجوع في القضاء و الفتوى إلى رواية الحديث. و يتجه الخدشة في الاستدلال بهما على ولاية الفقيه، بأن المتيقن من أمثالهما - بعد ملاحظة صدرها - نصب ﷺ الفقيه لخصوص القضاء و قطع التخاصم.

اللهم أن يدعى أن جميع أنحاء الولايات داخلية في مفهوم الحاكم و القاضي، فأعطاء منصب القضاة للفقيه في مورد فصل الخصومات يوجب إعطاء جميع أنحاء الولاية له.

إلا أنه مشكل جداً، سيما في لفظ القاضي، لأنه - على ما حققناه في جامع الدلالات في القضاء و الشهادات - ليس كما يظهر من القوم من كونه من المشترك اللفظي، بل هو موضوع لمعنى جامع لشتات جميع ما قيل بوضعه له من المعاني، و هو إنهاء الأمر و إيصاله إلى غايته، و أن إطلاقه على من له ولاية فصل الخصومة إنما هو بلحاظ إنجاء الخصومة و ختمه، و أن تعريفه في كلمات جماعة بالولاية الشرعية على الحكم و على المصالح العامة مما لا داعي إليه، بل ينافية قولهم بوجوب القضاء كفاية أو عيناً على اختلاف الحالات، لأن الولاية ليست من قبيل الأفعال، فلا تتصف بالوجوب و غيره من الأحكام. و كذلك الكلام في لفظ الحاكم، فإنه من الحكم، و هو - كما بيناه في كتابنا المذكور - عبارة عن إخراج متعلقه عن التردد و الاحتمال. و من الواضح أن هذين المفهومين لم يؤخذ فيهما نحو من أنحاء الولاية فضلاً عن

جميعها، فتدبر جيداً.

أو يدعى أن الولاية وإن لم تدخل في مفهومها، إلا أن بعض الولايات - كولاية الحاكم في غير مورد التخاصم، كما في الهلال والولاية على القصر والأوقاف - من شئون القاضي ومن له الحكم في الخصومات. و يكشف عن ذلك ثبوت هذه الولايات لقضاة الجور بزعمهم الفاسد و تصديهم به، و أنها من شئون القضاة عندهم، كما لعله يفصح عن ذلك خبر محمد بن إسماعيل - الآتي ذكره في المتن في ذيل البحث عن ولاية عدول المؤمنين - : «قد مات رجل من أصحابنا و لم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصير عبد الحميد القيم بماله...» الخبر، حيث إنه يدل على أن نصب القيم على مال اليتيم شغل القاضي، فإذا نصب الإمام الفقيه قاضياً ثبت له جميع شئون القضاة التي منها ما ذكر. و كون مورد أدلة النصب هو التنازع لا ينافي ذلك، إذ مجرد ذلك لا يوجب رفع اليد عن ظهور جعله قاضياً في ذلك.

و يؤيده أن الإمام عليه السلام في مقام ردع الشيعة عن التحاكم إليهم، و جعل راوي أحاديثهم و العارف بأحكامهم قاضياً في مقابلتهم، و قضية المقابلة أن يكون مثل القاضي المنصوب من قبل سلطان الجور في جميع ماله من الشئون و الوظائف، مع أن الحكمة في النصب إنما هو رفع احتياج الشيعة إلى قضاة الجور، و لا يحصل ذلك إلا بما ذكر.

و الحاصل: أن كل ما كان من شئون قضاة الجور فهو ثابت للفقيه في زمان الغيبة. و الظاهر أن الولايات الثلاث المذكورة وظيفة قاضي الجور كما هو المشاهد في عصرنا، فتكون للفقيه أيضاً. و أمّا سائر الولايات و المناصب فالمرجع في تعيين أنها من وظائف قضائهم حتى يكون لقضائنا أيضاً أم لا، هو الرجوع إليهم و تتبع السير و التواريخ.

و يمكن الخدشة في هذه الدعوى، بأنها و إن كانت من شئون القاضي عند العامة بلا كلام فيه، إلا أن الكلام في وجه ذلك، فإن كان من جهة دخولها في مفهومه، ففيه: أن مرجعه إلى الدعوى الأولى، و قد مر الكلام فيه. و إن كان من جهة كونها من لوازم مفهوم القضاء و إنهاء أمر الخصومة عقلاً أو عادة، ففيه: منع واضح، للقطع بعدم الملازمة بينهما كذلك. و إن كان من جهة جعل الجاعل و إعطائه هذه الولايات لمن جعل له ولاية القضاء، ففيه: أنه أمر ممكن إلا أنه لا بد في الحكم بوقوعه في الشرع من دليل يدل عليه، و هو منتف، ضرورة أن دليل نصب القاضي لا يدل إلا على إعطاء منصب القضاء، و قد مر أنه لا ملازمة بينه و بين سائر

و أنا حجة الله". إلى غير ذلك مما يظفر به المتبع. لكن الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها، يقتضي الجزم بأنها في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية، لا كونهم كالنبي و الأئمة صلوات الله عليهم في كونهم أولى بالناس في أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحة أدائهما بدفعهما إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبة و أفتى بذلك الفقيه، وجب اتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محل الكلام. هذا، مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، وجب حملها على إرادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته ﷺ، من حيث كونه رسولاً مبلغاً و إلاً لزم تخصيص أكثر أفراد العام؛ لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته. و بالجملة، إقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام ﷺ إلا ما خرج بالدليل دونه خرب القتاد

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني - أعني توقف تصرف الغير على إذنه، فيما كان متوقفاً على إذن الإمام ﷺ - و حيث إن موارد التوقف على إذن الإمام ﷺ غير مضبوطة، فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها (٢٧٤٠)، فنقول: كل معروف علم من

المناصب و الولايات كي يدل عليه بالالتزام. و بمجرد ثبوت شئون آخر لمن له القضاة بواسطة جعل سلاطينهم لا يوجب ثبوتها لقاضي الإمام ﷺ بواسطة جعله. و المقابلة بين الأمرين إنما تقتضي المساواة بينهما فيما كانت المقابلة فيه لا مطلقاً، و هو في المقام في أحد المتقابلين - أعني: قاضي الجور - جهة القضاة خاصة، لا هي بتمام شئونها، و لأقل من الشك، و هو كاف. و من هنا ظهر الحال في مسألة الحكمة، فإنها رفع الاحتياج إليهم في جهة القضاء فقط، لعدم احتياجهم إليهم في سائر الجهات مثل الولايات الثلاث المتقدم ذكرها، لثبوتها لكل واحد من عدول المؤمنين.

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا هنا و في الحواشي المتقدمة: أنه لا دليل على ولاية الفقيه على الوجه الأول في شيء إلا القضاء، فتدبر. ٢٧٤٠. يعني: لولايته على الوجه الثاني.

الشارع إرادة وجوده في الخارج، إن علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالإفتاء والقضاء، أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيء من ذلك. وإن لم يعلم ذلك واحتمل (٢٧٤١)

٢٧٤١. سياق هذا الكلام يقتضي التعرض لصورة العلم باشتراط نظر الإمام عليه السلام في وجود ما علم بإرادة وجوده، بأن يقول: كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده مطلقاً غير مشروط بنظر الإمام عليه السلام، أو مشروطاً بنظره عليه السلام في وجوده، أو وجوبه، فلا إشكال في شيء من ذلك. فكل مكلف بذاك التكليف - سواء كان شخصاً خاصاً أو صنفاً خاصاً - أو كل من يقدر عليه يجب عليه إقامة ذاك المعروف في الصورة الأولى من دون لزوم الرجوع إلى الإمام عليه السلام وفي الثانية بالرجوع إليه عليه السلام. ولا يجب عليه ذلك في الصورة الثالثة إلا بعد حصول شرطه، وهو نظر الفقيه.

و إن لم يعلم ذلك، واحتمل اعتبار نظر الفقيه، إما في صحته وجوده، وإما في وجوبه. فإن كان هناك إطلاق أو عموم يزيل الشك فهو المرجع، وإلا ففي كل واحد منهما صورتان، لأن ذاك المعروف إما أن يكون من الأمور الوضعية مثل البيع والشراء، وإما أن يكون من غيرها كالصلاة على الميت. فمع الشك في اعتبار نظره في الصحة والوجود يجب الرجوع إليه في الصورة الأولى، لأصالة عدم ترتب الأثر بدونه بعد العلم بوجوبه مطلقاً، دون الصورة الثانية، لأصالة البرائة عن المشكوك في الشك في الأجزاء والشرائط على التحقيق، ومنه المقام. ومع الشك في اعتباره في الوجوب، فلاريب في عدم الوجوب، لأصالة البرائة. وإن أراد إقامته ففي الصورة الأولى يجوز له ذلك تكليفاً، وإن احتمل حرمة كذلك، لأصالة الإباحة. ويجب الرجوع إليه وضعاً، لما مر من أصالة عدم ترتب الأثر. وإما في الصورة الثانية فإن كان من قبيل العبادة المحتاجة إلى القربة، فإن أتاه بعنوان الرجاء يجوز للأصل، وإلا يحرم لأجل التشريع. وإن كان من غيرها فيحوز للأصل.

و كيف كان، فقد ظهر أن ما ذكره من وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام فيما إذا شك في اعتبار إذنه في وجود المعروف ليس على إطلاقه، بل مراده خصوص ما إذا كان المعروف من الأمور الوضعية وأراد القيام به، إذ قد عرفت أن قضية أصالة الإباحة والبرائة عدم وجوب الرجوع إليه لو كان من غير الوضعيات. وعلى أي حال؛ فالضابط فيما يجب على الغير فيه

في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه (٢٧٤٢) وجب الرجوع فيه إليه.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه*؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص، تولاه مباشرة أو استنابة إن كان ممن يرى الاستنابة فيه وإلا عطّله؛ فإن كونه معروفاً لا ينافي إناطته بنظر الإمام عليه السلام والحرمان عنه عند فقد كساير البركات التي حرّمناها بفقده عليه السلام.

و مرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده من موجد خاص (٢٧٤٣).

الرجوع إلى الإمام عليه السلام: هو كلّ معروف يريد الشارع وجوده في الخارج، مع العلم بكون نظره عليه السلام شرطاً في وجوده و ترتّب الأثر عليه، أو الشك فيه.

و لا يخفى أن مجرد هذا لا يكفي في وجوب الرجوع فيه إلى الفقيه في زمان الغيبة، بل لابدّ فيه من ضميّة، و هو إحراز أن إذن الإمام - الذي هو شرط فيه علماً أو احتمالاً - أعمّ من إذنه عليه السلام و إذن نائبه الخاص أو العام أعني: الفقيه، إذ مع احتمال كون المراد إذنه عليه السلام أو إذن نائبه الخاص يعلم - و لو بالأصل - بعدم التمكن من إيجاده صحيحاً في زمن الغيبة، حتّى يقع الكلام في اشتراطه بإذن الفقيه. و إلى هذه الضميّة أشار بقوله: «ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه...». و الأولى أن يقول: ثم إن علم الفقيه و استتبط من الأدلة عدم إناطته بنظر الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص و كفاية نظر نائبه العام أيضاً وجب فيه الرجوع إلى الفقيه، و إلا بل احتمال شرطية خصوص إذنه عليه السلام أو نائبه الخاص فيعطّل ذاك المعروف، لعدم التمكن من إيجاده على الوجه الصحيح، لعدم التمكن من تحصيل شرطه، فيسقط وجوبه لو كان واجباً مع التمكن منه. وجه الأولوية: أن البحث في بيان الضابط فيما يجب على الغير الرجوع فيه إلى الفقيه، لا فيما يتولاه الفقيه وجوباً أو جوازاً، مباشرة أو استنابة، لأنّ الكلام في ولاية الفقيه بالمعنى الثاني، و تولّي نفس الفقيه من الولاية بالمعنى الأوّل، و إن كان هذا أيضاً راجعاً إلى اجتهاده من الأدلة.

٢٧٤٢. الصواب أن يقول: بنظر الإمام عليه السلام.

٢٧٤٣. الصواب أن يقول بدل هذا: أو بنحو خاص، إذ المفروض في السابق احتمال

أما وجوب الرجوع (٢٧٤٤) إلى الفقيه في الأمور المذكورة (٢٧٤٥)، فيدلّ عليه - مضافاً إلى ما استفاد من جعله حاكماً، كما في مقبولة ابن حنظلة (٢٧٤٦) الظاهرة في كونه كساير الحكام المنصوبة في زمان النبي ﷺ و الصحابة في إلزام الناس (٢٧٤٧) بإرجاع الأمور المذكورة إليه و الانتهاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب الرجوع في الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه، و إلى ما تقدّم من قوله ﷺ: "مجارى

اعتبار نظر الفقيه في وجوده، و من البديهي أن مقابله احتمال عدم اعتباره فيه، و لازمه كون المطلوب وجوده مطلقاً. فحينئذ يكون مرجع ذاك الشكّ المفروض في السابق إلى الشكّ في أن المطلوب وجوده من المكلف به مطلقاً غير مشروط بنظره، أو بنحو خاص لا يكون مطلوباً و مشروعاً بغير ذاك النحو، و هو كونه بنظره، لا ما ذكره ﷺ، فإن مقتضاه أن يكون المحتمل في السابق كون المطلوب منه خصوص الإمام ﷺ، بحيث يكون الشكّ في نحو المكلف هل هو خصوص الإمام ﷺ، أو كلّ أحد على البدل؟

٢٧٤٤. لما ذكر بقوله: «ثم إن علم...» أنه لا بدّ فيما يجب فيه الرجوع إلى الفقيه عدم كونه منوطاً بنظر الإمام ﷺ أو نائبه الخاص، و كفاية نظر نائبه العام أيضاً، تعرّض بهذا الكلام إلى بيان ما قام الدليل على عدم إناطته بنظر خصوص الإمام ﷺ أو نائبه الخاص مما يجب فيه الرجوع إليه ﷺ، و يبيّن أن الأمور المذكورة - أعني: ما يرجع فيه كلّ قوم إلى رئيسهم - من هذا القبيل، إذ دلّ التوقيع - مضافاً إلى المقبولة، و قوله: «مجارى الأمور...» - على وجوب الرجوع فيها إلى الفقيه، فيدلّ بالملازمة على عدم اعتبار خصوص *الإمام ﷺ أو نائبه الخاص، و أن المعتبر أعمّ منه و من إذن الفقيه.

٢٧٤٥. يعني: الأمور التي يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم.

٢٧٤٦. قد عرفت في السابق عدم دلالتها على أزيد من إعطاء منصب القضاة للفقيه، مع عدم دليل شرعيّ على كون ولاية أخرى من شئون القضاة و لوازمها، فراجع.

٢٧٤٧. الجارّ متعلّق بالشبيه المدلول عليه بالكاف في قوله: «كساير الحكام...». و هو من إضافة المصدر إلى المفعول، يعني: إلزام الشارع الناس... :

الأمر بيد العلماء بالله الامناء على حاله و حرامه" - : التوقيع المروي (٢٧٤٨) في إكمال الدين وكتاب الغيبة و احتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب السقي ذكر آتي سألت العمري رحمته أن يوصل لي إلى صاحب رحمته كتاباً فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فورد الجواب* بخطه عليه آلاف الصلاة و السلام في أجوبتها، و فيها: "و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا؛ فإنهم حجّتي عليكم و أنا حجة الله". فإن المراد بـ "الحوادث" ظاهراً: مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النظر في أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه.

و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّة، فبعد من وجوه: منها: أن الظاهر (٢٧٤٩) وكول نفس الحادثة إليه لياشر أمرها مباشرة أو استنابة، لا الرجوع في حكمها إليه. و منها: التعليل بكوفهم "حجّتي عليكم و أنا حجة الله"؛

٢٧٤٨. بالرفع على الفاعليّة لـ «يدلّ». و كيف كان، فقد مرّ الإشكال في دلالة على المطلب، بأنّه من المحتمل قوياً أن يكون اللّام في الحوادث للعهد على الحوادث التي سأل إسحاق عن حكمها، فإفادته للعموم تتبّع إرادة العموم منه في السؤال، و هي غير معلومة، إذ ليست عبارة السؤال بأيدينا، فلعلّها مختصة ببعض الحوادث، بأن كان السؤال عن حوادث مخصوصة قد تعرّض لها في السؤال.

و بالجملة، يحتمل أن يكون المراد هو الأمر بتعلّم الأحكام من الفقيه، كما يؤيّده - بل يدلّ عليه - أنّه المنساق إلى الأذهان من عنوان الحديث برواة الحديث و ختمه بأنهم حجّتي عليكم و أنا حجة الله تعالى، إذ الظاهر من ذلك أن قيامهم مقامه عليه السلام و روعي له الفداء إنّما هو في الحجّية، و توسّطهم بينه عليه السلام و بين من انقطع عن درك فيض حضوره عليه السلام، كما أنّه عليه السلام واسطة بينهم و بين الله تعالى، و من الظاهر أن توسّطه عليه السلام بين الله و بينهم إنّما هو في بيان الأحكام و نشر الحلال و الحرام، فليكن توسّطهم بينه عليه السلام و بين الناس أيضاً في ذلك.

٢٧٤٩. فيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان التعبير بقوله «فارجعوها» من باب الإفعال، لا بما في المتن من المجرد، فإنّ الظاهر منه الرجوع في حكمها كما لا يخفى، فتأمّل.

فإنه إنما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأي و النظر، فكان هذا منصب ولاية الإمام عليه السلام من قبل نفسه، لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام عليه السلام و إلا كان المناسب أن يقول: "إنهم حجج الله عليكم" كما وصفهم في مقام آخر بـ "أنهم أمناء الله على الحلال و الحرام". و منها: أن وجوب الرجوع (٢٧٥٠) في المسائل الشرعية إلى العلماء - الذي هو من بدعيّات الإسلام من السلف إلى الخلف - كما لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى رأي أحد و نظره؛ فإنه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكله في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزمان. و الحاصل: أن الظاهر أن لفظ "الحوادث" ليس مختصاً بما اشبه حكمه و لا بالمنازعات.

ثم إن النسبة (٢٧٥١) بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد مثل قوله عليه السلام: "كل معروف صدقة" و قوله عليه السلام: "عون الضعيف من أفضل الصدقة" و أمثال ذلك و إن كانت عموماً من وجهه (٢٧٥٢) إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها (٢٧٥٣)



٢٧٥٠. فيه: إن إسحاق بن يعقوب لم يذكر في كتب الرجال بوثاقة و لافقه و لاجلاله، فلا بعد في إخفاء ما ذكر عليه، كما خفي عليه حرمة الفقاع إلى زمان الغيبة، و كذلك خفي عليه قتل سيد الشهداء عليه السلام، و أن بني أمية لعنهم الله قد قتلوه حقيقة لا أنه شبه عليهم، حيث أنه سأل عن الحجة عليه السلام عن ذلك كما يعلم من جوابه عليه السلام في التوقيع.

٢٧٥١. الغرض من هذا دفع توهم أن مقتضى الأدلة المذكورة و إن كان وجوب الرجوع إلى الفقيه فيما ذكر، إلا أنها معارضة بالعمومات الظاهرة....

٢٧٥٢. لأن التوقيع خاص من جهة اعتبار الحدوث في موضوعه، و عام من جهة عدم اعتبار المعروفة فيه، و العمومات الأخر بالعكس.

٢٧٥٣. الوجه في ذلك بناء على دلالة على ولاية الفقيه - بمعنى ثبوت حق له في مورد الولاية مانع عن تصرف الغير إلا بإذنه - لأن ثبوتها له بهذا المعنى للحاكم يقتضي خروج تصرف غيره فيه عن اسم الإحسان و الإعانة أو عن رجحانه الثابت فيه، إذ الإحسان و العون

إنما يحسنان عقلاً و نقلاً فيما إذا لم يراحمهما حقّ ذي حقّ، بأن ينافيا سلطنة شخص آخر، و إلا فلا شبهة في قبضتهما و إن لم نقل بخروجهما عن اسمهما حينئذٍ، و من هنا لا يجوز المداخلة و التصرف في أمور الكبير و ولده الصغير، لمنافاته سلطنة الشخص على النفس في الأول، و على ولده الصغير في الثاني.

و الحاصل: أنّ عون الضعيف صدقة - و نحوها من أدلة حسن الإحسان و الإعانة على البرّ و التقوى - مقيد عقلاً و نقلاً بعدم مزاحمة حقّ الغير، فبالثوقيع و نحوه يثبت حقّ للحاكم في مورد الولاية، فيرتفع به قيد الموضوع في أدلة حسن العون - و هو عدم مزاحمة حقّ الغير - و ينقلب إلى نقيضه، و هو مزاحمة حقّ الحاكم.

هذا، و لكن يتجه على ذلك أنّه و إن كان حاكماً عليها، إلا أنّه و نحوه محكوم بدليل نفي السبيل على المحسنين، نحو حكومته على أدلة سائر الأحكام المترتبة على الموضوعات العرفية. فيقال: إنّ من يريد التصرف في مال اليتيم بالحفظ و إصلاح أموره مثلاً فهو مريد للإحسان، و منع الحاكم له و إرجاع الأمر إلى نفسه سبيل عليه، فيبقى* بدليل نفي السبيل على المحسن. كما يقال: إنّ وضع اليد على عتبة الغير الواقع في المهلكة لإنجائه عنها لو ضمنه بعد التلف في يده كان عليه السبيل المنفي. مع أنّ النسبة بينه و بين حديث «على اليد» عموم من وجه، فكما يرفع اليد به عن عموم حديث اليد في مورد إثبات اليد بقصد الإحسان، فكذا يرفع اليد به عن عموم أو إطلاق أدلة الولاية في مورد قصد الإحسان، و يحكم بعدم ثبوت الولاية فيه للفقهاء بالمعنى المذكور.

و لا ينتقض ما ذكرنا بعدم جواز المداخلة في أمور العاقل، و التصرف في شأنه، و التصرف في أمواله بقصد الإصلاح و إيصال النفع، مع كونه إحساناً. وجه عدم الانتقاض: ما ذكرنا من منع كونه إحساناً أو كونه راجحاً مع مزاحمة حقّ ذي الحقّ كما في موارد السنقض، للإجماع و الضرورة على اختيار الناس في أمورهم و أحقيتهم بها من غيرهم، فمع أهليّتهم للتصرف يكون تصرف الأجنبي فيها و لو بقصد الإحسان هتكاً لحرمتهم و تضييعاً لحقّهم، فلا يعدّ إحساناً، بل يكون ظلماً. و أمّا مع عدم الأهلية للتصرف فتصرف الغير فيها إحسان محض، لا يشوبه شيء من الجهات المقبحة، إلا توهم كونه تضييعاً لحقّ الحاكم، و هو مبني على

وكونها بمنزلة المفسر الدالّ على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامّة التي يفهم عرفاً دخولها تحت "الحوادث الواقعة" وتحت عنوان "الأمر" في قوله: «أولي الأمر». و على تسليم التنزّل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأي ولي الأمر*. هذا، لكنّ المسألة لا تخلو عن إشكال وإن كان الحكم به مشهورياً.

و على أيّ تقدير، فقد ظهر ممّا ذكرنا (٢٧٥٤):

ثبوت الولاية له بالمعنى المذكور، ولا شيء يشتهى إلّا أدلة الولاية، وهي محكومة بآية نفى السبيل على المحسن، فلا ولاية له بذاك المعنى، فيجوز لكلّ أحد التصديّ للأمر الحسبيّة بدون اشتراطه بإذن الفقيه، بل مع منعه أيضاً، إلّا أن يقال بوجوب متابعة نظر الفقيه في المصالح الشرعيّة المتقدّمة في نفسه المتعلّقة بالأمر السياسيّة مثل الإمام عليه السلام، نظير مذهب العامّة من وجوب اتباع نظر المجتهد المستند إلى المصالح المرسلّة. و من هنا أمكن القول بحرمة ردّ الحكم فيما يأمر به، وإن كان متعلّقاً بغير أمر الصغير و المجنون، فيما إذا وجد فيما يؤمر به غرض شرعيّ، و لكنّه أمر يحتاج إلى دليل، دون إثباته خرط الفتاد.

و قد يورد على ما ذكرنا من حكومة دليل نفى السبيل بأنّه من العمومات الموهونة، لكثرة ورود التخصيص عليها، فلا يجوز التمسك بها. وفيه: منع الصغرى، فتأمل.

٢٧٥٤. نظره في الموصول إلى ما ذكره في تقريب دلالة المقبولة من قوله: «الظاهر في كونه كسائر الحكم» حيث إنّ الظاهر منه أنّ مورد دلالاته على وجوب الرجوع إلى الفقيه هو الأمور العامّة المطلوبة للسلطان الناصب له حاكماً، و هو الشارع. و من قوله في تقريب دلالة التوقيع: «فإنّ المراد بالحوادث مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس فإنّ المراد منها الأمور المطلوبة للرئيس، و ذلك من جهة أنّه عليه السلام قال في الصفحة السابقة في ذيل قوله: «و أمّا بالمعنى الثاني»: «إلّا أنّه ورد أخبار خاصّة بوجوب الرجوع إليهم، و عدم جواز الاستقلال بغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع، الغير المأخوذة على شخص معيّن من الرعيّة» و جعل التوقيع الدالّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواية

أنّ ما دلّ عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقهاء في الأمور التي يكون مشروعيتها إيجادها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. وأمّا ما يشكّ في مشروعيتها كالحُدود لغير الإمام، وتزويج الصغيرة لغير الأب والجدّ وولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه وفسخ العقد الخياري عنه، وغير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقهاء، بل لا بدّ للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر. نعم، الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به، مثل آية «أُولَئِكَ بِأَلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ». وقد تقدّم: أنّ إثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس - ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل - دونه خرق الفتاد.

و بالجملة، فهنا مقامان: أحدهما، وجوب إكمال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره و رأيه، كتجهيز الميت الذي لا وليّ له، فإنّه يجب أن يقع خصوصياته من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شيء من تركته للكفن و تعيين المدفن عن رأي الفقيه. الثاني: مشروعيتها تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض. والثابت بالتوقيع وشبهه هو الأوّل دون الثاني، وإن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعية و عدمها أيضاً من وظيفته، إلّا أنّ المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية. نعم، لو ثبتت أدلة النيابة عموماً تمّ ما ذكر. ثمّ إنّّه قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب رواية "أنّ السلطان وليّ من لا وليّ له" و هذا أيضاً - بعد الانحياز سنداً أو مضموناً (٢٧٥٥) -

الحديث من أدلة ذلك، فيدلّ على أنّ المراد من الأمور هنا هو الأمور المطلوبة للرئيس، و هو هنا الشارع، و المطلوبة لاتنفك عن المشروعية، و هذا بخلاف المعروفيّة - أي: الحسن و الإحسان - فهي أعمّ من وجه من المشروعية. فتوهّم أنّه لم يظهر ذلك ممّا ذكره في السابق ناشٍ من عدم التأمل في مزايا كلامه عليه السلام. كما أنّ توهّم أنّ اعترافه بكون النسبة بين التوقيع و بين مثل «كلّ معروف صدقة» عموماً من وجه ظاهر في عدم اعتبار المشروعية فيما للفقهاء ولاية فيه، و إلّا لما كانت النسبة عموماً من وجه، ناشٍ من عدم الفرق بين المعروف و المشروع، فتأمل جيّداً.

٢٧٥٥. منشأ التردد هو الشكّ في أنّ المتداول في الألسنة متن الرواية و نقلت باللفظ،

أو مضمونها و نقلت بالمعنى.

يحتاج إلى أدلة عموم النيابة (٢٧٥٦)، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه، وأنه لا يخلو عن وهن في دلالة مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام، ويظهر ذلك من المحقق الثاني أيضاً - في رسالته الموسومة بـ "قاطع اللجاج" في مسألة جواز أخذ الفقيه أجرة أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر - الشك في عموم النيابة، وهو في محله.

ثم إن قوله: "من لا ولي له" في الرسالة المذكورة ليس مطلق من لا ولي له (٢٧٥٧)، بل المراد عدم الملكة، يعني: أنه ولي من شأنه أن يكون له ولي بحسب شخصه (٢٧٥٨) أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذي مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ والغائب والممتنع والمريض والمغمى عليه والميت الذي لا ولي له وقاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالفتح عترة، والموقوف عليهم في الأوقاف العامة، ونحو ذلك. لكن يستفاد منه (٢٧٥٩)



٢٧٥٦. لأن الظاهر من السلطان هو الإمام عليه السلام دون الفقيه، بدعوى أن اللام فيه عوض عن المضاف إليه، وهو الله تعالى، فيختص به عليه السلام، فيحتاج إسراء الحكم إلى الفقيه إلى عموم النيابة، لا مطلق من تسلط على الناس ولو بخصوص الحق كي يعم الفقيه بنفسه لو كان له تسلط عليهم، فتدبر.

٢٧٥٧. ولولم يكن من شأنه أن يكون له ولي حتى يشمل العاقل البالغ.

٢٧٥٨. ليس لنا مورد يكون الولاية فيه على شخص الإنسان بحيث لا يتعدى عنه إلى غيره. ثم إن قوله: «وقاطبة المسلمين...» مثال للجنس. والظاهر أن الصغير الذي مات أبوه مثال للصنف. والباقي أمثلة للنوع، فتأمل.

٢٧٥٩. وجه الاستفادة: إضافة «الولي» إلى الموصول بلحاظ أن الإضافة هنا بمعنى اللام، وهي للانتفاع. ولكن فيه نظر، لعدم ثبوت كونها للانتفاع فيما لم تستعمل في قبال «على» كما يشهد به كثرة استعمالها في موارد الضرر.

وكيف كان، فالمقصود من ذلك بيان أن مفاد هذه القضية أوسع من مفاد التوقيع. كما

ما لم يمكن استفاد من التوقيع المذكور، و هو الإذن في فعل كل مصلحة لهم، فثبت به مشروعية ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين. نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر "الولي" يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أن المراد بـ "من لا ولي له" من شأنه أن يكون له ولي، يراد به كونه ممن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه لا بمعنى أنه ينبغي أن يكون عليه ولي، له عليه ولاية الإجماع بحيث يكون تصرفه ماضياً عليه. والحاصل: أن الولي المنفي هو الولي للشخص لا عليه، فيكون المراد بالولي المثبت ذلك أيضاً، فمحصله: إن الله جعل الولي الذي يحتاج إليه الشخص و ينبغي أن يكون له هو السلطان (٢٧٦٠)، فافهم.

.....
أن المقصود من قوله: «نعم ليس له...» بيان أن التوقيع أوسع منها. فتكون النسبة بينهما عموماً من وجه، مادة الاجتماع كون الحادثة مشروعة و مصلحة للمولى عليه، و مادة افتراق هذه عن التوقيع كون الحادثة مصلحة له مع الشك في مشروعيتها مع قطع النظر عن هذه القضية، و مادة افتراق التوقيع كون الحادثة غير مصلحة مع مشروعيتها.

٢٧٦٠. مفعول ثانٍ لـ «جعل» مركزية كتيبة علوم إسلامي

المصادر:

- (١) الإيضاح ج ١: ص ٤١٨.
- (٢) جامع المقاصد ج ٤: ص ٧١.
- (٣) إيضاح الفوائد ج ٢: ص ٣٥٤.
- (٤) جامع المقاصد ج ٨: ص ٢٨٢.
- (٥) التذكرة ج ٢: ص ٣٧٧.
- (٦) الدرر ج ٣: ص ١٩٣.
- (٧) جامع المقاصد ج ٤: ص ٧٧.
- (٨) التذكرة ج ١: ص ٤٦٣.
- (٩) الشرايع ج ٤: ص ٧٨؛ القواعد ج ٢: ص ٢٠٥.
- (١٠) الرياض ج ٢: ص ٣٠٤.
- (١١) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ١٩٩.
- (١٢) السرائر ج ٢: ص ٤٩٣.
- (١٣) الوسائل ج ١٤: ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد والإماء، الحديث ٥.
- (١٤) الوسائل ج ١٢: ص ٢٥٣، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.
- (١٥) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٣٨، المسالك ج ٣: ص ١٦٠.
- (١٦) الرياض ج ٢: ص ٣٠٧.
- (١٧) الجواهر ج ٣٧: ص ١٨٣.
- (١٨) الرياض ج ٢: ص ٣٠٧.
- (١٩) الوسيلة: ص ٢٨١.
- (٢٠) الجواهر ج ٣٧: ص ٣٤.
- (٢١) الخلاف ج ٣: ص ١٤٤، كتاب البيوع، المسألة ٢٣٢.
- (٢٢) التذكرة ج ١: ص ٥٦٦.
- (٢٣) السرائر ج ٢: ص ٢٧٦.
- (٢٤) اللمعة الدمشقية: ص ١١٠.
- (٢٥) المسالك ج ٣: ص ١٦٢، الروضة ج ٣: ص ٢٣٩.
- (٢٦) جامع المقاصد ج ٥: ص ٥٦.
- (٢٧) الإيضاح ج ١: ص ٤٢١.
- (٢٨) اللمعة الدمشقية: ص ١٩٧؛ الروضة البهية ج ٥: ص ٣٦٧.
- (٢٩) البقرة (٢): ص ٢٣٧.
- (٣٠) الشرايع ج ٢: ص ١٢٢؛ القواعد ج ١: ص ١٨٦.
- (٣١) المناهل: ص ٣٥٨.
- (٣٢) المسالك ج ٤: ص ٢٧٢.
- (٣٣) إيضاح الفوائد ج ٢: ص ٤٦٨.
- (٣٤) الفقيه ج ٣: ص ١٨٩، الحديث ٣٧١٤.
- (٣٥) الغنية: ص ٢٠٩.
- (٣٦) التذكرة ج ١: ص ٥٦٥.
- (٣٧) جامع المقاصد ج ٤: ص ٨٢-٨٣.
- (٣٨) إيضاح الفوائد ج ٢: ص ٦٢٨.
- (٣٩) جامع المقاصد ج ١١: ص ٢٧٦.
- (٤٠) الوسائل ج ١٢: ص ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.
- (٤١) سورة الشورى (٤٢): ص ٤٩.
- (٤٢) الوسائل ج ١٢: ص ١٩٦-١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.
- (٤٣) سورة البقرة (٢): ص ٢٠٥.

مسألة: في ولاية عدول المؤمنين، اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه - وهو ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع - إذا كان الفقيه متعذر الوصول، فالظاهر جواز توليه لآحاد المؤمنين؛ لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر، وكونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً يخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط؛ لكونه من المعروف الذي امر بإقامته في الشريعة. نعم، لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام، صح الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية كبعض مراتب النهي عن المنكر؛ حيث إن إطلاقاته لاتعم ما إذا بلغ حد الجرح. قال الشهيد^(ع) في قواعده: يجوز (٢٧٦١) للآحاد مع تعذر الحكام تولية آحاد التصرفات الحكمية على الأصح كدفع ضرورة اليتيم، لعموم ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾، وقوله^(ع): "والله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه"، وقوله^(ع): "كل معروف صدقة".

و هل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها وكذا بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوي؟ فيه وجهان؛ وجه الجواز ما ذكرنا (٢٧٦٢)، ولأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، وهي مطلوبة لله تعالى.

وقال بعض متأخري العامة: لاشك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها ويصرفونها إلى غير مستحقها. فإن توقع إمام بصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه، وإن يش من ذلك - كما في هذا الزمان - تعين صرفه على الفور في مصارفه؛ لما في إبقائه من التفرير وحرمان مستحقه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال مفسوبة، حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدق بها عنهم، وعند العامة تصرف في المصارف العامة^١. انتهى. والظاهر أن قوله: "فإن توقع..." من كلام الشهيد^(ع).

٢٧٦١. ذكره في القاعدة الخامسة والثمانين بعد المائة. و«الحكمية» في عبارته بكسر

الحاء، أي: المشتملة على الحكمة والمصلحة:

٢٧٦٢. يعني به عموم قوله^(ع): «كل معروف صدقة» وكذا ما قبله.

و لقد أجاد فيما أفاد إلا أنه ﷺ لم يبين وجه عدم الجواز، و لعل وجهه: أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما في قطع الدعاوي و إقامة الحدود و كما في التجارة بمال الصغير الذي له أب و جد؛ فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص.

نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً - كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه - صحح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديده لكل أحد إلا أنه خرج ما لو تمكن من الحاكم، حيث دلت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه و هذا كتجهيز الميت، و إلا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض (٢٧٦٣) في تقييد ما دل على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه، و لهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحة، و لا يفهم من أدلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه؛ لأن المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلة المعروف، و بالجملة، تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نص عقلي أو عموم شرعي أو خصوص في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين و هو مقتضى الأصل (٢٧٦٤)،

٢٧٦٣. يمكن المناقشة فيه بأنه مبني على كون المراد من المعروف ما يذكره بعد ذلك من التصرف المأذون فيه من الشارع من غير جهة تلك الأدلة، و هو ممكن المنع، بل المراد منه ما كان معروفاً بمعنى الحسن عرفاً، قبال المنكر و القبيح كذلك، لا بمعنى صرف ذي الصلاح، و هو متحقق في المقام، فيكون من جملة ما يندرج تحت تلك الأدلة الدالة على الإذن في التصرف لكل أحد، فتنهض للتقييد. و من هذا يظهر فساد الاستشهاد ببيع الفضولي مع وجود المالك العاقل الرشيد و قيام المقام عليه، لأنه معروف بمعنى ذي الصلاح، و أما بمعنى الحسن فغير معروف، بل منكر و قبيح عند أهل العرف. و لعله إلى هذا أمر بالفهم في آخر العبارة.

٢٧٦٤. لكنه محكوم بإطلاق مثل «كل معروف صدقة» بناءً على ما مر من كون المعروف بمعنى الحسن عرفاً.

و يمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً، ففي صحيحة محمد (٢٧٦٥) بن إسماعيل: "رجل مات من أصحابنا بغير وصية، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصير عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية،

٢٧٦٥. يمكن المناقشة في دلالة. أمّا صحيحة محمد فلأن الظاهر منها هو إمضاء الإمام عليه السلام نصب القاضي فيما لو كان القيم مثل محمد بن إسماعيل و مثل عبد الحميد* فيما كان لهما من الوصف، الذي بناء المصنف عليه السلام على أنه العدالة، و أن القيم المنصوب إذا كان مثلهما في العدالة فنصب القاضي له على القيمومة ماضٍ نافذ، و لو لتسهيل الأمر على الشيعة، كما في تصرفات السلطان الجائر في الأراضي الخراجية، فلا يضعف قلبه من جهة أن قيامه فيها إنما كان بأمر القاضي. فيدلّ على ولاية العادل لو كان المراد من الماثلة هو الماثلة في العدالة، فيما إذا كان منصوباً من قبل القاضي لا بدون نصبه، و المدعى هو الثاني، فتأمل.

و أمّا صحيحة إسماعيل فلأن الظاهر من قول السائل: «فإن تولاه قاضٍ...»، و قوله في الجواب: «إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع» أي: مع قاضٍ تراضوا به، أن المتولّي للبيع و المتصدّي له من قبل الصغار هو القاضي الذي تراضوا به. و مع ذلك لا تدلّ على اعتبار العدالة في المتصدّي من قبلهم، إلّا إذا كان العدل بمعنى العادل، و يكون المراد من قيامه فيه تولّيه و تصديّه له. و لا مجال لذلك، إذ مع فرض تولّي القاضي للبيع لا يخلو الحال عن أن يكون من جهة اعتبار تعدّد المتولّي، أو من جهة بيان اعتبار العدالة في القاضي الذي تولّاه. و كلاهما باطل. أمّا الأوّل فواضح. و أمّا الثاني فكذلك، إذ بناءً عليه ينبغي أن يقول: وكان عادلاً. فلا محيص عن كون المراد منه معناه المصدري، و هو القسط مقابل الظلم و الجور، و من القيام الوجود و التحقق. و لعله يؤيد هذا قوله: «في ذلك» إذ المناسب للأوّل أن يقول: بذلك بالباء. فلم يبق إلّا الأصل، و هو كما مرّ محكوم بإطلاق «كلّ معروف صدقة» بالتقريب الذي عرفته. نعم، يجب تقييده بالأمانة و مراعاة صلاح اليتيم لأجل موثقة زرعة، لأنّ القدر المتيقن من الثقة هو الأمين و غير الخائن.

* في هامش الطبعة الحجرية: «المراد منه عبد الحميد بن سالم، على ما صرح المحقق القمي في كتاب الحجر و التفليس من أحوبة مسائل».

وكان قيامه فيها* بأمر القاضي؛ لألتهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد ويخلف جوارى، فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهن - أو قال: يقوم بذلك رجل منّا - فيضعف قلبه؛ لألتهن فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيم** مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس^٢. بناءً على أن المراد من المماثلة: إما المماثلة في التشيع (٢٧٦٦) أو في الوثاقة و ملاحظة مصلحة اليتيم و إن لم يكن شيعياً، أو في الفقاهة - بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين - أو في العدالة. و الاحتمال الثالث مناف (٢٧٦٧) لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعذره. و هذا بخلاف الاحتمالات الأخرى؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف و إن تعذر غيرهم، فتعين أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخص منها و هو العدل.

لكنّ الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة، ففي صحيحة عليّ بن رئاب (٢٧٦٨):

..... ٢٧٦٦. هنا احتمال آخر غير ما ذكره، و هو المماثلة في الخيرية، أي: المعرفة بقيمة المتاع.

٢٧٦٧. في العبارة ركائز و المراد واضح، و هو أن الاحتمال الثالث يوجب الالتزام بتخصيص المفهوم بصورة التمكن من الفقيه، بخلاف باقي الاحتمالات، لصحة إبقائه على عمومته بناءً عليها، فعند دوران الأمر بين الحمل على ما لا بدّ معه من التخصيص، و الحمل على ما لا يكون كذلك، يتعين الثاني. هذا، و لا يخفى أنّه لا فرق في لزوم التخصيص بينه و بين غيره من الاحتمالات، بناءً على الفرض من كونه تصرفاً مطلوباً للشارع في جميع الأحوال، بحيث لو فرض تعذر من له الولاية قطعاً لو كان لوجب على غيره التصدي له كما في تجهيز الميت و غسله. و مجرد كون الخارج عليها أقلّ منه بناءً عليه لا يصحّح ما ذكره من التفرقة.

٢٧٦٨. لم أفهم وجه ظهورها في اعتبار العدالة، إذ غاية مدلولها جواز البيع و الشراء لو كان المتولّي له القيم بأمر الصغار و الوليّ عليهم، و أمّا أنّه العادل أو الأمين فلا دلالة لها عليه بوجه. فلا تعارض بينها و بين رواية محمد المتقدمة - بناءً على إرادة المماثلة في العدالة -

"رجل مات و بيني و بينه قرابة و ترك أولاداً صغاراً و ممالك - غلماناً و جوارى - و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟ قال فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم، باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله* القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم". و موثقة زرعة عن سماعة: "في رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية، و له خدم و ممالك و عقد** كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس؛ بناءً على أن المراد (٢٧٦٩) من يوثق به و يطمئن بفعله عرفاً و إن لم يكن فيه ملكة العدالة. لكن في صحيحة إسماعيل (٢٧٧٠) بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة: "قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار، أيحل شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولاه قاضي قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة (٢٧٧١)، أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع و قام عدل في ذلك".

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

هذا، و الذي ينبغي أن يقال: إنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلي أو نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف أو يكون هناك دليل

و رواية إسماعيل الآتية على فرض دلالتها على اعتبار العدالة. فالأولى في الخدشة على الاستدلال على اعتبار العدالة في ولاية المؤمن بنفسه و بدون النصب - كما هو المدعى - هو ما ذكرنا. ٢٧٦٩. يعني: بناءً على أن المراد من الثقة في الموثقة من يوثق به أي: الأمين، لا من له ملكة العدالة، و إلا فتدل على خلاف المقصود.

٢٧٧٠. قد عرفت المناقشة في دلالتها على اشتراط عنوان العدالة.

٢٧٧١. يعني: الخليفة الحق.

* في بعض النسخ: فيما صنع.

** في بعض النسخ: عقراء.

خاصّ يدلّ عليه، فما ورد فيه نصّ خاصّ على الولاية اتّبع ذلك النصّ عموماً أو خصوصاً فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

و أمّا ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة إلى نفسه، و أنّه هل يكون مأذوناً من الشرع في المباشرة أم لا؟ و قد يكون بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء منه مثلاً. أمّا الأوّل: فالظاهر جوازه، و أنّ العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة؛ لعموم أدلّة فعل ذلك المعروف (٢٧٧٢)، و لو مثل قوله ﷺ: «عون* الضعيف من أفضل الصدقة» و عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة (٢٧٧٣) قد عرفت أنّها محمولة على صحيحة عليّ بن رثاب المتقدمة، بل و

٢٧٧٢. هذا منافٍ لما ذكره في السابق من أنّ المراد من المعروف هو التصرف المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس هذه الأدلّة، إذ بناءً عليه يكون التمسك به مع الشكّ في جوازه شرعاً - من غير جهة هذه الأدلّة - من التمسك بالعامّ في الشبهة الموضوعيّة. هذا، و التحقيق ما ذكرنا هنا من جواز التمسك به، لما عرفت من أنّ المراد من المعروف هو الحسن العرفي، قبال القبيح العرفي، لا بمعنى الحسن و الجائز الشرعي، و لا بمعنى ذي الصلاح و الفائدة حتّى يناقش بمسألة بيع الفضولي.

وكيف كان، فالمراد من قوله: «و لو مثل قوله: «عون الضعيف صدقة» هو المثال، فيعمّ قوله ﷺ: «كلّ معروف صدقة» بل الذي يدلّ على المطلب من التصرف بالاستقلال قبال الشركة مع المالك هو هذا خاصّة، لأنّ قوله «عون الضعيف» بملاحظة مادّة العون لا يدلّ على أزيد من جواز التصرف فيما إذا كان من ينبغي له التصرف مريداً للتصرف، و لكن لا يقدر عليه بانفراده، لضعفه عنه، فلا يعمّ المقام.

٢٧٧٣. لم يتعرّض في هذا المقام لصحيحة إسماعيل، لأنّ مفادها - على تقدير دلالتها على اعتبار العدالة في المتصدّي - إنّما هو اعتبارها فيه في جواز الشراء منه و صحّة فعل المشتري، لا في صحّة فعل البائع، و هو المقام الثاني، و لذا تعرّض لها في ذاك المقام.

موثقة زرعة (٢٧٧٤) و غير ذلك (٢٧٧٥) فما سيأتي.

و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما إذا صلى فاسق على ميت لاولي له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك في صحته، و لو شك في حدوث الفعل منه و أخبر به، ففي قبوله إشكال (٢٧٧٦).

و أما الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة (٢٧٧٧) فيه، فلا يجوز الشراء منه و إن ادعى كون البيع مصلحة بل يجب أخذ المال من يده (٢٧٧٨). و يدل عليه - بعد صحيحة

٢٧٧٤. يعني: بناءً على كون المراد من الثقة فيها من يوثق به، كما صرح به فيما سبق.

٢٧٧٥. يعني به رواية الكاهلي الآتي ذكرها بعد صفحة و نصف تقريباً.

٢٧٧٦. أقربه العدم، لآية النبأ الحاكمة على أصالة الصحة في قول الفاسق و أخباره، لو سلم عدم انصراف الأمر المأخوذ في موضوع أدلتها عنه، و إلا - كما هو الظاهر - و لأقل من الشك، فلا مقتضى للقبول.

٢٧٧٧. بل الأمانة، لموثقة زرعة، فإنها القدر المتيقن من معنى الثقة مع عدم دليل على اعتبار العدالة كما ستعرف.

٢٧٧٨. الوجه في ذلك: أن الواجب على الناس كفاية حفظ مال اليتيم عن معرض التلف، و من جملة معارض التلف و الهلاك كونه بيد الفاسق، و لا يعقل أن يكون المأمور بالحفظ عن خصوص هذه المعرضة للهلاك نفس الفاسق الذي بيده المال، فلا بد أن يكون غيره، فيجب على الغير أخذه منه، فإن كان فاسقاً فالكلام فيه كما في الفاسق المأخوذ منه، و هكذا، فلا بد أن يكون عادلاً. و بالجملة، حفظ مال اليتيم عن معرض التلف واجب على الناس كفاية، لا يسقط إلا بكون المال بيد من هو مأمون عن الإتلاف و التضییع، و هو غير الفاسق نوعاً، إذ ربّ فاسق هو مأمون على ذلك غايته.

إن قلت: قضية ما ذكرت اختصاص الوجوب بالعدل، و هو منافٍ لوجوبه كفاية على كل مكلف، و منه الفاسق.

قلت: الوجوب المختص به هو وجوب حفظه عن خصوص المعرضة للتلف من جهة كونه بيد الفاسق، و الوجوب الكفائي المشترك فيه العادل و الفاسق هو وجوب حفظه عن سائر فاختلف المورد، و ارتفع المنافاة، فاغتنم هذا ينفعك في غير مقام.

إسماعيل (٢٧٧٩) بن سعد المتقدمة، بل و موثقة زرعة، بناءً على إرادة العدالة من الوثيقة - :
 أن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها (٢٧٨٠) بمجرد تصرف الفاسق؛ فإن
 وجوب إصلاح مال اليتيم (٢٧٨١) و مراعاة غبطته، لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف
 الفاسق. و لا يجدي هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما في مثال الصلاة المتقدمة؛ لأن
 الواجب هناك هي صلاة صحيحة، و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، و إذا شك
 في صحتها أحرزت بأصالة الصحة. و أما الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرف
 الصحيح و إنما حمل على موضوع هو "إصلاح المال (٢٧٨٢) و مراعاة الحال"

.....

٢٧٧٩. قد عرفت المناقشة في دلالتها على اعتبار العدالة. و لو سلمت فيعارضها
 صحيحة ابن رثاب المتقدمة في خصوص مورد الشراء، بناءً على دلالتها على كفاية الأمانة كما
 بنى عليه المصنف، حيث إنها تدلّ على جواز الشراء من غير العدل، و صحيحة إسماعيل تدلّ
 على عدمه. و لكن التحقيق كما مرّ عدم دلالتها على عدم اعتبار العدالة، فلا تعارض صحيحة
 إسماعيل على تقدير دلالتها على اعتبارها، إلا أن الشأن في ذلك.

٢٧٨٠. الصواب «عنه» بدل «عنها» لأن الضمير راجع إلى العموم دون العلة.

٢٧٨١. غاية ما تدلّ عليه الأدلة حرمة إفساد ماله، لأن عمدة الدليل على هذا هو
 الآية، و مفادها حرمة القرب بوجه لا يكون أحسن، لا وجوب القرب بوجه أحسن، إلا أن يراد
 من الوجوب الوجوب المشروط بالقرب، بضميمة أن يكون الأحسن في الآية بمعنى التفضيل، أو
 بمعنى الحسن، بمعنى ما فيه الإصلاح، لكن قد مرّ أنه عند المصنف عليه السلام بمعنى الحسن بمعنى لا مفسدة
 فيه، و عليه لا يكون دليلاً على وجوب الإصلاح.

٢٧٨٢. بل هو عدم إفساد المال، و لكنّه مثل إصلاح المال لا بدّ في إحرازه من أصالة
 الصحة التي كان الكلام في جريانها، إذ لا مجال لاستصحاب عدم الفساد فيه، لعدم الحالة السابقة
 له، إذ الظاهر أن المعتبر بناءً عليه هو عدم الفساد بطور مفاد ليس الناقصة. و التحقيق: أن
 الموضوع في الآية هو القرب، و أن الحسن - بمعنى الإصلاح أو عدم الإفساد - من قيوده و
 شروطه المأخوذة في جوازه تكليفاً و وضعاً، فيكون حاله كحال الصلاة في جريان أصالة
 الصحة. و يدلّ على ذلك أنه لو كان الأمر كما ذكره عليه السلام لزم عدم جواز الشراء من العادل و
 الفقيه، بل من الأب و الجدّ أيضاً، فيما إذا شكّ في الإصلاح و عدمه، و لا يمكن الالتزام

و الشكّ في أصل تحقّق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشكّ فيها. وإن شئت قلت: إنّ شراء مال اليتيم لابدّ أن يكون مصلحة له، ولا يحرز* ذلك بأصالة صحّة البيع من البائع، كما لو شكّ المشتري في بلوغ البائع، فتأمّل (٢٧٨٣). نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق (٢٧٨٤)؛ لأنّ مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو المثل، وأصالة صحّة المعاملة من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبّر.

ثمّ إنّ حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع نحوه. ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقد.

به، و لا فرق بينه وبين المقام.

٢٧٨٣. لعلّه إشارة إلى أنّ الشكّ في جواز الشراء وعدمه ناشٍ من الشكّ في ولاية الفاسق على البيع وإذن الشارع له فيه، من جهة الشكّ في أنّه إصلاح أم لا، ومعنى أصالة الصحّة في بيعه ترتيب آثار الولاية، و كونه عن إذن الشارع، ومنها جواز الشراء منه. وأمّا الشكّ في بلوغ البائع فلا تجري فيه أصالة الصحّة، إذ القدر المتيقّن من أدلّتها كون موردها فعل البالغ، وهو غير محرز فيه، بخلاف ما نحن فيه، فلا يصحّ قياسه به.

٢٧٨٤. عطف على الفسخ. يعني: لا يلزم عليه فسخ المعاملة وأخذ المثل من المشتري لو كان فاسقاً، ولا أخذ الثمن من الفاسق، لعدم علمه بفساد البيع حتّى يكون ماله المثل، فيلزم أخذه من المشتري لو فرض فسخه، ولا بصحّته حتّى يكون ماله المثل، فيلزم أخذه من البائع الفاسق. ومن البيان يعلم أنّ الأولى ترك التعبير بالفسخ، وتبديله بأخذ المثل من المشتري، إذ لا مورد للفسخ إلّا مع صحّة المعاملة، ومعه لا مجال للفسخ، بل يتعيّن أخذ المثل، إلّا أن يريد منه معاملة الفسخ. ويعلم أيضاً أنّ المشتري في مفروض كلامه فاسق مثل البائع، إذ مع العدالة

و أما لو أراد بيعه من شخص و عرّضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و إن كان في يد الأول، و بالجملة، فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لاي زيد عن حكم الأب و الجدة من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

و أما أحكام الشرع، فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلي على الميت الذي لا ولي له أو من يلي أمواله أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا؟ الذي ينبغي أن يقال: إنه إن استندنا في ولاية الفقيه (٢٧٨٥) إلى مثل التوقيع المتقدم، جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأن المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الأحكام هم العوام، فالنهي عن المزاحمة (٢٧٨٦) يختص بهم، و أما الأحكام فكلّ منهم حجة من الإمام (عليه السلام) (٢٧٨٧)، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر،

.....

لاوجه للزوم أخذ المثلث منه مع فساد المعاملة، لولايته على مال يتيم أيضاً.

٢٧٨٥. يعني: لو كان المدرك في ولاية الفقيه في الأمور العامة منحصرًا بالتوقيع الذي مفاده إرجاع القضية إلى الفقهاء فيجوز المزاحمة، و أما لو كان المدرك له - مضافاً إلى ذلك - هو الأدلة التي مفادها كون الفقيه نائباً عن الإمام (عليه السلام) و في منزلته فلا تجوز. و المختار عند المصنّف (رحمته الله) - كما يظهر من ملاحظة قوله فيما بعد: «فقد ظهر مما ذكرنا...»، و من قوله: «وكيف كان فقد تبين...» - هو الثاني.

و يمكن الخدشة في جواز المزاحمة على الشق الأول، بأنه يتم فيما لو كان له إطلاق في مرجعية الفقيه بالنسبة إلى حالتي تصدي الآخر و عدمه. و فيه نظر، لإمكان أن يقال: إن الكلام فيه مسوق لبيان مرجعيتهم في قبالة العوام و بالإضافة إلى نفي الولاية عن العوام، و أما من غير تلك الجهة ففيه إهمال، فيرجع إلى الأصل المقتضي لعدم جواز المزاحمة، للشك في ولايته بالفعل مع تصدي مثله. و كذلك يمكن الخدشة في عدم جواز المزاحمة على الشق الثاني بما ستعرف.

٢٧٨٦. يعني: النهي عن المزاحمة للفقيه المستفاد من الأمر بالإرجاع يختص بالعوام، لاختصاص الأمر بالإرجاع بهم.

٢٧٨٧. يعني: أن كلّ واحد منهم قد جعله الإمام (عليه السلام) حجةً و ولياً على الأمر و مرجعاً فيه. و قد عرفت الإشكال في ثبوت ذلك له على الإطلاق حتى في حال تصدي الآخر أيضاً، و

فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب و الجدّ في أنّ النافذ هو تصرف السابق، و لا عبرة بدخول الآخر في مقدّمات ذلك و بنائه على ما يغير تصرف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّي المرافعة قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم. و أمّا لو استندنا في ذلك إلى عمومات النيابة، و أنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، و نظره كنظره الذي لا يجوز التعدّي عنه - لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس (٢٧٨٨) و الأموال حتّى يقال: إنّ قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه؛ المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّة منه ﷺ على الناس - فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرف؛ لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه و بنائه على تصرف آخر مزاحمة له،



.....
أنّ المرجع معه هو الأصل المقتضي لعدم جواز المزاحمة.

٢٧٨٨. هذا تعرّض لبيان المراد ممّا فيه النيابة في قوله: «عمومات النيابة» و أنّه ليس الولاية على الوجه الأوّل - أعني: الولاية على الأنفس و الأموال - كي يشكل بما ذكره في المتن من عدم عموم يدلّ على ثبوت ذلك للفقيه، بل الولاية بالمعنى الثاني في خصوص الأمور العامّة التي يجب على المؤمنين أن يرجعوها إلى رئيسهم، كساير الناس الذين يرجع كلّ قوم منهم فيها إلى رئيسهم، المستفاد ذلك - أي: وجوب إرجاع مثل هذه الأمور إليه ﷺ - من قوله في تعليل وجوب إرجاعها إلى الفقهاء: «فإنّهم حجّتي عليكم» لأنّه يدلّ على وجوب الإرجاع إليه ﷺ ابتداءً. فالمراد من عمومات النيابة ما يدلّ على ثبوت الولاية للفقيه في خصوص هذه الأمور بعنوان أنّه نائب الإمام ﷺ، و ذلك مثل المقبولة، فإنّ الظاهر منها في نظر المصنّف - على ما ذكره سابقاً - أنّ العلماء نوابه ﷺ كالحكّام المتعارفة بالنسبة إلى السلطان.

و الحاصل: أنّ نظره في عمومات النيابة ليس إلى التوقيع كما قد يتوهم، كي يستشكل عليه بلزوم التناقض بين الشرطيتين، حتّى يجاب عنه بجعل المراد منه في الأولى إلى صدر التوقيع مجرداً عن لحاظ التعليل، و في الثانية إليه بلحاظه.

فهو كمزاحمة الإمام عليه السلام (٢٧٨٩)، فادلة النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام عليه السلام. فقد ظهر مما ذكرنا: الفرق بين الحكام، وبين الأب و الجد؛ لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة (٢٧٩٠) وبين كون كل واحد منهم نائباً.

و ربما يتوهم: كونهم حينئذ كالوكلاء المتعديين، في أن بناء واحد منهم على ** أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول. و يندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرف لا في مقدماته، فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرف مغاير وإن بنى عليه الأول و دخل فيه، أما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم في الأمر كدخوله، و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل، و التعدي عما بنى هو عليه مباشرة أو استنباطاً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لانقيصة. و الوهم إنما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعديين المتعلقة بنفس ذي المقدمة، فتأمل (٢٧٩١).



٢٧٨٩. نعم، لكن من الإمام، و لادليل على عدم جوازها منه مع فرض التعدد، و إنما لا تجوز من الرعية. فحال كل من العلماء بناءً على عمومات النيابة كحال الأب و الجد، فافهم.

٢٧٩٠. هذا من قبيل اللف و النشر المشوش، الأول للثاني، و الثاني للأول، لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة من قبل الإمام عليه السلام في وجوب إرجاع العبر الحادثة إليه، فيكون حالهم كحال الأب و الجد في جواز التصدي لما بنى الآخر على التصدي له و دخل في مقدماته، و بين كون كل منهم نائباً عنه في أن فعله فعل الإمام عليه السلام و تصديده تصديده، فلا يكونون مثل الأب و الجد، بل يكون حال كل واحد منهم مع الآخر كحاله مع الإمام عليه السلام في عدم جواز مزاحمته. هذا، و قد عرفت أن حاله مع الآخر على الثاني أيضاً كحال إمام مع إمام آخر، فيكون كل مع الآخر كما في الأب و الجد.

٢٧٩١. لعله إشارة إلى أن أدلة نيابة الفقيه أيضاً لا تدل على أزيد من النيابة في نفس ذي المقدمة، فيكون حال الحكام كحال الوكلاء و المتعديين في التوكيلان المتعارفة.

هذا كله مضافاً إلى لزوم اختلال (٢٧٩٢) نظام المصالح المنوطة إلى الحكام سيما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعي الحكومة.

وكيف كان، فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كل إلزام قولي أو فعلي يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره؛ لأن نظره كنظر الإمام. وأما جواز تصدي مجتهد لمرافعة تصدّاهما مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلأن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم (٢٧٩٣).

ثم إنه هل يشترط في ولاية غير الأب و الجدّ ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أن فيه وجهين، ولكن ظاهر كثير من كلماتهم: أنه لا يصح إلا مع المصلحة**، بل في مفتاح الكرامة: أنه إجماعي^٥، وأن الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين، وعن شيخه في شرح القواعد: أنه ظاهر الأصحاب، وقد عرفت تصريح الشيخ والحلي بذلك حتى في الأب و الجدّ. ويدلّ عليه - بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد - عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، و حيث إن توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام، فنقول: إن "القرب" في الآية يحتمل معاني أربعة: الأول: مطلق التقليل*** و التحريك حتى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد. الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه و مجتنباً، فالمعنى: تجنبوا عنه، و لا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع****.

٢٧٩٢. فيه منع، يشهد له عدم لزومه من ولاية المؤمنين عند تعذر الحاكم مع جواز مزاحمة كل منهم للآخر.

٢٧٩٣. و هو منتف مع عدوله إلى حاكم آخر.

* في بعض النسخ: عدم جواز. ** في بعض النسخ: المصلحة. *** في بعض النسخ: التقليل.

**** في بعض النسخ: بعد الارتكاب.

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفاً - كالاقتراض و البيع و الإجارة و ما أشبه ذلك - فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلّا بتنقيح المناط.

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلّق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل و الترك، و المعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلّا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور لأنّ إبقائه قرب له بما ليس أحسن. و أمّا لفظ "الأحسن" في الآية، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل أن يراد به الحسن (٢٧٩٤). و على الأوّل، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه - كما يظهر من بعض - و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرفات. و على الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة، و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه، على ما قيل: من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله. ثمّ إنّ الظاهر من احتمالات "القرب" هو الثالث (٢٧٩٥)، و من احتمالات "الأحسن" هو الاحتمال الثاني، أعني التفضيل المطلق.

و حيثنّذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشرة دراهم، ثمّ* فرضنا أنّه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الوليّ جعلها ديناراً،

منزلة تحقيق كميّة علوم

٢٧٩٤. قال المحقّق الشارح الرضويّ: «و اعلم أنّه يجوز استعمال «أفعل» عارياً عن اللام و الإضافة و «من» مجرّداً عن معنى التفضيل، مؤوَّلاً باسم الفاعل و الصفة المشبّهة، قياساً عند المبرّد، و سماعاً عند غيره. و هو الأصحّ. قال:

قَبَحْتُم يَا آلَ زَيْدٍ نَظَرًا أُمّ قَوْمٍ أَصْغَرًا وَ أَكْبَرًا

أي: صغيراً و كبيراً. و قال الآخر: ملوك عظام على ملوك أعظام، أي: عظام». إلى أن قال: «و ما كان بهذا المعنى قبلزومه صيغة أفعل أكثر من المطابقة، إجراءً له بحرى الأغلب الذي هو الأصل، أي: أفعل التفضيل مع «من»». انتهى موضع الحاجة.

٢٧٩٥. يعني به الظهور في نظر العرف، كما صرّح به بعد ذلك. و أمّا الوجه في ظهور الاحتمال الثاني من احتمالات الأحسن فلعلّ نظره فيه إلى ما قيل: إنّ حذف المتعلّق يفيد العموم.

فلا يجوز؛ لأنّ هذا التصرف ليس أصلح من تركه، وإن كان يجوز لنا من أوّل الأمر بيع المال بالدينار؛ لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلّق المصلحة بجعل المال نقداً. أمّا لو جعلنا "الحسن" بمعنى ما لا مفسدة فيه، فيجوز. وكذا لو جعلنا "القرب" بالمعنى الرابع؛ لأنّا إذا فرضنا أنّ القرب يعمّ إبقاء مال اليتيم على حاله - كما هو الاحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن (٢٧٩٦) هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنّه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً - لأنّ القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد الفردين فيه لامزية لأحدهما على الآخر فيخير - فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كلّ من إبقاء الدراهم على حالها وجعلها ديناراً قريباً، و القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد الفردين لامزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

و الحاصل: أنّه كلّما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء - لكون القدر المشترك بينهما أحسن، و عدم مزية لأحد الفردين - تحقّق التخيير لأجل ذلك استدامة، فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف. لكنّ الإنصاف: أنّ المعنى الرابع لـ "القرب" مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، و إن كان الذي يقتضيه التدبّر (٢٧٩٧)

٢٧٩٦. الصواب تعليقه بتزاحم حرمة الإبقاء مع حرمة التبديل في مرحلة الامتثال، لعدم القدرة على امتثالهما معاً، مع عدم رجحان أحدهما على الآخر. و ذلك لأنّ التخيير في إحدى المعاملتين لا معنى لاستدامته في المعاملة الأخرى بعدها، مع انتفاء ملاكته، و هو كون الأحسن هو القدر المشترك فيها. و إلّا فلو كان المناط ما ذكره الله لما كان فرق في التخيير في المعاملة الثانية بين هذا الاحتمال و الاحتمال الثالث، لاشتراكهما في التخيير في ابتداء الأمر بين جعله دراهم و دنانير، فلا وجه لتخصيصه بالاحتمال الرابع حيث.

٢٩٩٧. يعني: و لازم ذلك هو المعنى الرابع، و لكن بمجرد ذلك ما لم يقدّم عليه دليل - لكونه اعتبارياً ظنياً - لا يوجب رفع اليد عن الظهور العرفي المقتضي لإرادة المعنى الثالث. و عليه لا يجوز تبديل الدراهم بالدنانير في الفرض المذكور، بناءً على كون الأحسن للتفضيل المطلق. إلّا أنّ الشأن في المبني، إذ الظاهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو

في غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره.

نعم، ربّما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع، ففي حسنة الكاهلي: "قيل لأبي عبد الله عليه السلام: إنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم، و يخدمنا خادهمهم، و ربّما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا" ^٦ الحديث، بناءً على أنّ المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين: من أنّ الصدر دالّ على إناطة الجواز بالنفع، و الذيل دالّ على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لاضرر.

و هذا منه مبنيّ على أنّ المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل* إليهم من ماله، كأن يشرب ماء فيعطى فلساً يازانه، و هكذا... و أنت خير بآله لا ظهور للرواية حتّى يحصل التنافي (٢٧٩٨).

الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع، فيدلّ على أنّ المراد من بين الاحتمالات في الأحسن هو الاحتمال الرابع، أعني: ما لا مفسدة فيه، فيجوز التبديل المزبور في الفرض على الاحتمال الثالث في معنى القرب أيضاً. فظهر من هذا البيان أنّ قوله: «نعم ربّما يظهر من بعض الروايات» راجع إلى قوله: «و من احتمالات الأحسن هو الثاني» و إشارة إلى ما يوجب حمله على الاحتمال الرابع، و هو كونه بمعنى ما لا مفسدة فيه.

٢٧٩٨. يعني: ظهور الشرطيّة الأولى في اعتبار النفع الزائد لاعداء الضرر. و الوجه في منع الظهور فيه: عدم ظهور المنفعة في أزيد من عدم الضرر. و فيه نظر، إلاّ أن يكون نظره في منع ظهور الرواية في ذلك إلى أنّ الظاهر منها أنّ الإمام عليه السلام في مقام بيان حكم تمام شقوق

و في رواية ابن المغيرة: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة، فربما اهدي لها الشيء فأكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يا رب هذا بهذا؟ قال: لا بأس". فإن ترك الاستفصال عن مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة، إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدى إليها و إعطاء العوض بعد ذلك أصح إذ الظاهر من "الطعام المهدى إليها" هو المطبوخ و شبهه.

و هل يجب مراعاة الأصلح (٢٧٩٩) أم لا؟ وجهان. قال الشهيد عليه السلام في القواعد (٢٨٠٠): هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه أو يكفي نفى

الدخول عليهم، و هي ثلاثة، فلا بد أن يكون صورة خلوه عن النفع و الضرر مندرجة في إحدى الشرطيتين. و يمكن دعوى أن اندراجها في الأولى أولى منه في الثانية، لأن التصرف في النفع بإرادة عدم الضرر أهون من التصرف في الضرر بإرادة عدم النفع. و يمكن أن يكون نظره إلى أن التنافي مبني على ظهور الشرطية في عموم المفهوم المبني على الإطلاق، و هو مبني على عدم قيام قرينة على خلافه كما هنا، بدعوى أن كل قضية شرطية إذا وقع التصريح ببعض أفراد مفهومها بطور الجملة الشرطية يكون هذا قرينة على أن المراد من مفهوم الأولى ليس إلا هذا الفرد، و أن الفرد الآخر مندرج في مفهوم الشرطية الثاني. و على هذا يترتب وجوب التعدد في غسل البول في الكرّ الراكد كغير الكرّ، لاندراجه في مفهوم قوله: «فإن غسله في ماء جارٍ فمرة» بعد قوله: «اغسله في المكن * مرتين» فتأمل.

و كيف كان، فهذه الرواية قرينة على التصرف في ظهور الأحسن في معنى التفضيل، و حمله على معنى الحسن في الجملة، إمّا بمعنى ما فيه الصلاح، أو بمعنى ما لا فساد فيه. و الظاهر هو الأول، إذ الظاهر من مثل المقام - مما صرح فيه ببعض أفراد مفهوم الشرطية الأولى بالجملة الشرطية - عدم المفهوم للثانية، و أن المدار على الأولى منطوقاً و مفهوماً. و الظاهر من النفع المصلحة لا صرف عدم الضرر، فتأمل و افهم.

٢٧٩٩. يعني: بناءً على عدم كفاية عدم المفسدة و لزوم مراعاة المصلحة هل يجب....

٢٨٠٠. قاله في القاعدة مائة و الأربعين. و مورد الاستشهاد من كلامه على كون

٢٢٤.....المكاسب، ج ٣، البيع

المفسدة؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها (٢٨٠١)، و لأصالة بقاء الملك (٢٨٠٢) على حاله، و لأن النقل و الانتقال (٢٨٠٣) لابدّ لهما من غاية و العدميات لا تكاد (٢٨٠٤) تقع غاية. و على هذا، هل يتحرّى (٢٨٠٥) الأصلح (٢٨٠٦) أم يكفي بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان، نعم (٢٨٠٧) لمثل ما قلناه، لا؛

.....
المسألة ذات وجهين.

٢٨٠١. فيه ما ذكره المحقق القمي رحمه الله أنه أول الدعوى، و أنه محل النزاع، كما هو قضية العنوان و قضية التعبير بقوله: «يحتمل الأول». و إنما المسلم كونه منصوباً لدفع المفسدة و حفظ ماله عن التلف.

٢٨٠٢. يكفي في الخروج عنها رواية الكاهلي الدالة على كفاية عدم المفسدة بالتقريب الذي عرفته.

٢٨٠٣. فيه ما يأتي ذكره في كلام المحقق القمي رحمه الله.

٢٨٠٤. يعني: و من جملتها عدم المفسدة. و فيه: أن عدم المفسدة لا يجعله أحد غاية للبيع حتى يقال بعدم صلاحية العدمي لأن يكون غاية له، و إنما الغاية شيء آخر. و المدعى أن البيع لأجل غاية من الغايات مع عدم ترتب مفسدة عليه لا بأس به.

٢٨٠٥. هذا التفرع يشهد بأن مراده من المصلحة المصلحة الزائدة على ما ذكرنا من رفع الاحتياج، فلو فرض احتياجه إلى بيع ماله لأجل إنفاقه، و أمكن ذلك بأن يبيع غنمه بالدراهم و يشتري بها الخبز، و بأن يشتري بالدراهم الخنطة و يطحن و يخبز، و كان الثاني أصلح له، فعلى ما ذكر يكفي الأول، و على ما ذكره يلزم الثاني، و قد عرفت منع الدليل على لزوم الثاني، و لأنه مما لا يتناهى في بعض الأوقات.

٢٨٠٦. يعني: و على تقدير وجوب ملاحظة المصلحة هل يجب تحرّي الأصلح و ملاحظته أم يكفي مطلق المصلحة؟

٢٨٠٧. هذا أحد الوجهين. و قوله: «لا» بيان للوجه الآخر. و قوله: «لمثل» علة للوجه الأول. و قوله: «لأن...» علة للوجه الثاني. فكأنه قال: فيه وجهان، أحدهما: نعم، يعني: يجب تحرّي الأصلح لمثل ما قلنا في وجوب ملاحظة أصل الصلاح من أصالة بقاء الملك

لأن ذلك لا يتناهى. و على كل تقدير (٢٨٠٨): لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة، لم يجز العدول عن الأصلح، و يترتب على ذلك (٢٨٠٩): أخذ (٢٨١٠)

على حاله. و ثانيهما: لا يعني: لا يجب، بل يكفي بمطلق المصلحة، لأن الأصلح لا يتناهى.

٢٨٠٨. فيه: ما مرّ من المنع و عدم الدليل، و لادلالة في الآية عليه.

٢٨٠٩. قوله: «و يترتب عليه». نعم، و لكن ذلك لعدم احتياجه إليه، و عدم ثبوت

الإذن في هذا التصرف انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع مقامه.

٢٨١٠. يعني: و يترتب على النزاع في لزوم مراعاة المصلحة و كفاية عدم المفسدة

جواز أخذ الولي... على الثاني، و عدم جوازه على الأول.

و للمحقق القمي رحمته الله مناقشات أوردها على كلام الشهيد المذكور في المسنن، فأحييت نقلها. قال في أول صفحة من كتاب الحجر و التفليس من أجوبة مسائله بعد نقل عبارة الشهيد رحمته الله ما لفظه: «أقول: أراد بقوله بنفي المفسدة عدمها لانفائها، و إلّا فهو أيضاً مصلحة جزماً.

و قوله رحمته الله: «لأنه منصوب لها» فيه: أنه أول المسألة. و لو سلم ذلك فلا مجال للنزاع. و لا معنى للاحتمال، بل المسلم أنه نصب لأجل حفظ المال لا لتحصيل المنفعة. و لما كان المولى عليه لا يتمكّن من صرف المال فيما يحتاج إليه غالباً إلّا على سبيل الإتلاف و الإفساد، فنصب الولي إنّما هو لحفظ المال و صرفه لهم على وجهه و على قدر الاحتياج.

قوله رحمته الله: «ولأصالة بقاء الملك على حاله» فيه أنه يخرج عنه بدليل العمومات. نعم، لادلالة في العمومات على ما لو باع بدون حاجة المولى عليه أيضاً، لأنه تصرف لم يؤذن فيه، فإنّ ما علم جواز التصرف فيه هو ما لو كان لاحتياج المولى عليه، أو لتحصيل نفع له. أمّا الأول فلوجوبه على الولي، لكونه منصوباً لذلك. و أمّا الثاني فلكونه إحساناً، و إن لم يثبت وجوبه من دليل. قوله: «و لأن النقل و الانتقال...» الظاهر أن مراده من العدمي هو نفس المفسدة، بمعنى عدمها كما ذكرنا سابقاً، إذ هو الذي لا يكاد يقع غاية، لارتفاع الفساد، فإنّه غاية عظيمة. و فيه: أنه إن أراد أنه يلزم اللغو حينئذ، لأنه فعل بدون حكمة و مصلحة، و هو قبيح، و القبيح منهى عنه، ففيه: بعد تسليم القبح أن عدم الحكمة ممنوع، إذ قد يكون فيه حكمة لغير المولى عليه، و إن لم يثبت له فيه حكمة. و إن أراد أنه لا بد أن يكون له غاية يعود نفعها إلى

الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لامصلحة و لامفسدة، و تزويج المجنون حيث لامفسدة؛ و غير ذلك^٧، انتهى. الظاهر أن فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده وكان الاتجار به أصلح منه، لم يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية، بأن يراد: لا تختاروا في مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره، و قد عرفت الإشكال في استفادة هذا المعنى بل الظاهر التصرفات الوجودية، فهي المنهي عن جميعها إلا* ما كان أحسن من غيره و من الترك (٢٨١١)، فلا يشمل ما إذا كان** فعل أحسن من الترك (٢٨١٢).

نعم، ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة، و أما إذا كان في الترك مفسدة و دار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآية عدم جواز (٢٨١٣) العدول عنه، بل ربما يعد العدول في بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشترى في موضع بعشرة و في موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنه يعد بيعه في الأول إفساداً للمال، لو ارتكبه عاقل عد سفيهاً ليس فيه ملكة إصلاح المال و هذا هو الذي أراده الشهيد بقوله: و



المولى عليه، فحيث نقول: إن أراد غاية زائدة على رفع احتياجه في مصادفة المحتاج إليها فهو ممنوع كما بينا. و إن أراد ما هو أعم من ذلك بحيث يكتفى بما ذكر، ففيه: أنه مسلم كما بينا، لكنه يرجع إلى عدم الرخصة في التصرف إلا على هذا الوجه أو لتحصيل النفع الزائد، و نحن نسلم أنه لا بد أن يكون التصرف على أحد الوجهين لا غير.

٢٨١١. هذا بناءً على الاحتمال الثاني في معنى الأحسن. و قد ناقش فيه في السابق، و أن مقتضى ما يظهر من بعض الروايات الاحتمال الرابع. و عليه، يكون المنهي عنه جميع التصرفات إلا ما لامفسدة فيه.

٢٨١٢. أحسن منه دون الأمور الوجودية الأخر.

٢٨١٣. بناءً على الأخذ بظاهر الأحسن، أعني: الاحتمال الثاني. و أما بناءً على رفع اليد عنه، و حمله على الاحتمال الرابع، بقربة ما يظهر من بعض الروايات، فيحوز العدول إلا إذا كان العدول إفساداً.

في بيع العبد المسلم من الكافر ٢٢٧
لو ظهر في الحال.... نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهة كما لو كان يبيعه مصلحة وكان يبيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله (٢٨١٤) إليه و العلم بعدم الخسارة*؛ فإنه قد لا يعدّ ذلك سفاهة، لكن ظاهر الآية وجوبه.

مسألة: يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم - ثناً أو مثنياً - أن يكون مسلماً، فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا كما في التذكرة بل عن الغنية عليه الإجماع^٨ خلافاً للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا^٩ و سياتي عبارة الاسكافي (٢٨١٥) في المصحف. و استدلال للمشهور تارة: بأن الكافر يمنع من استدامته؛ لأنه لو ملكه قهراً يارث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح، و أخرى بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفي بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^{١٠}، و بالنبوي المرسل في كتب أصحابنا - المنجبر بعملهم و استدلالهم به** في موارد متعددة حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته - و هو قوله ﷺ: "الإسلام يعلو و لا يعلو عليه"، و من المعلوم: أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

لكن الإنصاف أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضد بالشهرة و اشتهار التمسك بالآية - حتى اسند في لمشتر العرفان إلى الفقهاء و في غيره إلى أصحابنا^{١١} - لم يكن ما ذكره من الأدلة خالياً عن الإشكال في الدلالة. أما حكاية قياس الابتداء على الاستدامة، فغاية توجيهه: أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثاً و بقاءً من غير مدخلية لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد؛ فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال. لكن يرد عليه: أن هذا إنما يقتضي كون عدم*** الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء، و من

.....
٢٨١٤. يعني: مع إعطاء الأجرة من مال المولى عليه على أن ينقله إلى بلد آخر. و ضمير «وجوبه» في آخر العبارة راجع إلى «بيعه في بلد آخر».

٢٨١٥. المشعرة من جهة تخصيص صغير الأطفال بالذكر بجواز رهن الكبير. و لكن فيه: أن مجرد جواز رهنه لا يدل على جواز بيعه، فتأمل.

* في بعض النسخ زيادة: أصلح. ** في بعض النسخ: عليه. *** في بعض النسخ: عدم كون.

المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه، و ليس معناه عدم إمضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلّ على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد.

و الحاصل: أن دلالة النهي عن الإدخال في الملك تابعة لدلالة النهي عن الإبقاء في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار النهي عنه و عدمه، و المقروض انتفاء الدلالة في المتبوع. و كما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنصّ الوارد في عبد كافر (٢٨١٦) أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: "إذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده" ١٢؛ بناءً على أن تخصيص البيع بالمسلمين (٢٨١٧) - في مقام البيان و الاحتراز - يدلّ على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد. توضيح الاندفاع: أن التخصيص بالمسلمين إنما هو من جهة أن الداعي على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر و النهي عن إبقائه

٢٨١٦. ذكره في الوسائل في آخر كتاب العتق.

٢٨١٧. في الرواية فقرتان للاستدلال بها على المطلب، إحداهما: قوله: «فبيعوه من المسلمين» بالتقريب الذي ذكره المصنّف من أن الداعي إلى التقييد بالمسلمين هو الاحتراز عن البيع من الكفار فلا يجوز فيفسد، لدلالة النهي على الفساد. و الأخرى: قوله: «و لا تقرّوه عنده» حيث إنّ المنع من الإبقاء عنده و في ملكه يدلّ على المنع عن الإدخال في ملكه. و إنما يندفع التمسك بها في المطلب بما ذكره في الإراد على قياس الابتداء بالاستدامة لو كان نظير التمسك بها إلى الجهة الثانية. و أمّا لو كان إلى الجهة الأولى فلا بدّ في دفعه بما ذكره بقوله: «و توضيح الاندفاع...»، من أن الداعي إلى التقييد اختصاص حصول الغرض بمورد القيسد، لا اختصاص جواز البيع به، و لا ربط له بما ذكره في السابق، فاللزام أن يقول: بناءً على أن النهي عن الإقرار عنده يدلّ على النهي عن البيع منه فيفسد.

و أمّا بناءً على كون الوجه هو أن تخصيص البيع من المسلمين في مقام الاحتراز عن البيع من الكفار، فيدلّ على النهي عن بيعه من الكفار فيفسد، فيرد عليه أن التخصيص بالمسلمين..... و لعلّ الأمر بالفهم في الذيل إشارة إلى أن وجوب إزالة الملك يكفي في فساد البيع من الكافر، لكونه سفهياً، فافهم.

في بيع العبد المسلم من الكافر ٢٢٩
 عنده (٢٨١٨)، وهي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص
 مورد الصحة به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به، فافهم. وأما الآية: فباب الخدشة
 فيها واسع، تارة: من جهة دلالتها في نفسها (٢٨١٩) و لو بقرينة سياقها (٢٨٢٠) الآبي عن
 التخصيص، فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص، أو بقرينة ما قبلها
 الدالة (٢٨٢١) على إرادة أن نفي الجعل في الآخرة. وأخرى من حيث تفسيرها في بعض
 الأخبار بنفي الحجّة للكفار على المؤمنين، وهو ما روي في العيون عن
 أبي الحسن (٢٨٢٢) ردّاً على من زعم أن المراد بها نفي تقدير الله سبحانه بمقتضى

٢٨١٨. المناسب تقدم هذه الجملة على قوله: «هي إزالة ملك الكافر». و لعلها مقدمة
 في أصل النسخة، و الاشتباه من التساخ. و من هنا علم الحال في قوله في آخر العبارة: «لكن
 ظاهر الآية وجوبه.»

٢٨١٩. يعني: مع قطع النظر عن ملاحظة الرواية الواردة في تفسيرها.
 ٢٨٢٠. يعني بالسياق ما يذكره بعد ذلك بقوله في الآية الشريفة المسوقة لبيان أن
 الجعل...». و وجه الإباء عن التخصيص: أن الإيمان تمام العلة في الحكم المذكور في الآية، و
 لا يمكن انفكاكه عنه.

٢٨٢١. يعني بما قبل الآية قوله تعالى: ﴿فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾. و حمل الآية
 على نفي الجعل في الآخرة قولاً ثانياً في تفسير الآية في مجمع البيان، و نسبة الرازي في تفسيره
 إلى علي (عليه السلام) و ابن عباس.

٢٨٢٢. متن الرواية على ما في الصافي في تفسير الآية في أواخر الجزء الخامس من
 سورة النساء هكذا: «قيل له - يعني: الرضا (عليه السلام) -: إن في سواد الكوفة قوماً يزعمون أن
 النبي (صلى الله عليه وآله) لم يقع عليه السهو. فقال (عليه السلام): كذبوا لعنهم الله إن الذي لايسهو هو الله الذي لاإله
 إلا هو. قيل: و فيهم قوم يزعمون أن الحسين بن علي (عليه السلام) لم يقتل، و أنه ألقى شبهه على
 حنظلة بن أسعد الشامي، و أنه رفع إلى السماء كما رفع عيسى بن مريم (عليه السلام)، و يحتجون بهذه
 الآية: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾. فقال: كذبوا عليهم غضب الله و
 لعنته، و كفروا بتكذيبهم النبي (صلى الله عليه وآله) في إخباره بأن الحسين (عليه السلام) سيقتل و الله لقد قتل الحسين بن

الأسباب العادية تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا (٢٨٢٣) - لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذمسكة - أن الحسين بن علي عليه السلام لم يقتل، بل شبه لهم و رفع كعيسى (على نبينا و آله و عليه السلام)، و تعميم (٢٨٢٤) الحجة على معنى يشمل الملكية، و تعميم السبيل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف. و ثالثة: من حيث تعارض عموم الآية (٢٨٢٥) مع عموم ما دل على صحة البيع،

.....

علي عليه السلام، و قتل من كان خيراً من الحسين عليه السلام أمير المؤمنين و الحسن بن علي عليه السلام، و ما منا إلا مقتول باغتيال من يغتالي، أعرف ذلك بعهد معهود إلي من رسول الله صلى الله عليه و آله، أخير به جبرئيل عن رب العالمين. فأما قوله عز و جل: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ و إنه يقول: لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة، و لقد أخبر الله تعالى عن كفار قتلوا النبيين بغير حق، و مع قتلهم إياهم لن يجعل الله لهم على أنبيائه سبيلاً من طريق الحجة». ثم إن حنظلة هذا من شهداء كربلاء. و في الإقبال فيما يزار به الشهداء يوم عاشوراء «الشيباني» بدل «الشامي».

٢٨٢٣. في العبارة اغتشاش من جهة الجمع بين الإنكار و بين عدم مقبوليته عليه السلام، فإنه يفيد خلاف المقصود. و كان حق التعبير بتبديل «أنكروا» بـ «زعموا»، أو تبديل «لم يقتل» بقوله: قتل. و لعله سهو من الناسخ.

٢٨٢٤. هذا إشارة إلى ما يمكن أن يقال به في رفع الخدشة الثانية في الآية من الوجهين، أحدهما: هذا، و الآخر: ما ذكره بقوله: «و تعميم السبيل...» - يعني: في الآية - و الفرق بينهما أن تفسير السبيل بالحجة على الأول يكون من تفسير الشيء بالمرادف و على الثاني من تفسير العام ببعض أفراده. و المراد من الحجة في قوله: «و تعميم الحجة» هو الذي فسّر بها السبيل في رواية العيون.

٢٨٢٥. قد يتوهم أن مقتضى هذه الخدشة هو الحكم بعدم الجواز للأصل، بعد سقوط أدلة الصحة لأجل التعارض، و هو خلاف مقصود المصنف. لكنه توهم فاسد نشأ من الغفلة كما* هو تمة للخدشة، و هو قوله: «و إباء سياق الآية...»، فإنه دفع وهم يتوهم في المقام، و

في بيع العبد المسلم من الكافر ٢٣١
و وجوب الوفاء بالعقود، و حلّ أكل المال بالتجارة، و تسلّط الناس على أموالهم (٢٨٢٦)،
و حكومة الآية عليها غير معلومة (٢٨٢٧)، و إباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب
الالتزام به في طرف الاستدامة، و في كثير من الفروع في الابتداء (٢٨٢٨) يقرب تفسير
السبيل بما لا يشمل الملكية، بأن يراد من السبيل السلطنة، فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقّق
السلطنة بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه. و هذا و إن اقتضى (٢٨٢٩) التقييد في

هو أن مجرد التعارض و عدم الحكومة لا يجدي في إسقاط الاستدلال بالآية على الفساد و الحكم
بالصحة كما هو المقصود من الخدشة، بل لابدّ من ترجيح أدلة الصحة و تقديمها على الآية أو
التساوي، و لا ترجيح لها عليها، بل الآية مقدّمة عليها، من جهة إباء سياقها عن التخصيص
اللازم من تقديم أدلة الصحة عليها. و لو تنزّلنا عن ذلك فلا أقلّ من التساوي الموجب للتساقط
و الرجوع إلى الأصل.

و حاصل الدفع: أن سياقها أب عن التخصيص، لكن مجرد تقديمها في مادّة التعارض
لا يجدي في الحفظ عن ورود التخصيص لو كان المراد من السبيل ما يعمّ الملكية، ضرورة لسزوم
الالتزام بالتخصيص في جملة من الموارد، و التحفظ عن ورودها عليها يقتضي أن يكون المراد من
السبيل ما لا يشمل الملكية أصلاً ابتداءً و استدامةً و عليه تبقى أدلة الصحة سليمة عن معارضة
الآية في محلّ البحث، فيصحّ و هو المقصود.

٢٨٢٦. قد مرّ منه مراراً أن قاعدة السلطنة لانظر لها إلى الشرائط التي منها إسلام
المشتري للعبد المسلم مثل عقله و بلوغه، فلا وجه لجعلها في عرض عمومات الصحة.

٢٨٢٧. مقتضى ما ذكره ميزاناً للحكومة في التعادل و الترجيح - من لغوية الحاكم
على تقدير عدم المحكوم بالمرّة - هو الحكومة هنا، إذ لو لم يكن هناك ما يقتضي ثبوت السبيل
لكان لغواً.

٢٨٢٨. منها الإرث، و بيعه على الكافر الذي ينعق عليه، و بيعه عليه بشرط العتق، و
ما لو قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك المسلم عني، حيث إنّ هذه الفروع صحيحة عندهم
ظاهراً مع أنّه يملك فيها الكافر للعبد المسلم ابتداءً.

٢٨٢٩. هذا دفع دخل، يعني: أن تفسير السبيل بتحقيق الملكية بدون السلطنة و إن
كان معه تسلم الآية عن ورود التخصيص عليها، إلّا أنّه يلزم منه ورود التقييد على إطلاق

إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم و عدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيراً في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أنّ الجعل شيء لم يكن و لن يكون، و أنّ نفي الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال. هذا، مضافاً إلى أنّ استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضي الصحة كما إذا كان الكافر مسبوقاً بالإسلام (٢٨٣٠) - بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام - أو كان العبد مسبوقاً بالكفر، فثبت في غيره بعدم الفصل، و لا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد (٢٨٣١)؛ لأنّ استصحاب الصحة مقدّم عليها، فتأمل (٢٨٣٢).

استقلال الناس في أموالهم، و مع كون المراد من السبيل ما يعمّ الملكية يكون الأمر بالعكس، فأَيّ مرجّح لأحدهما على الآخر؟

و حاصل الدفع: أنّ التقييد المذكور بملاحظة كثرة ورود التقييد عليه في موارد حجر المالك - لصغر، أو جنون، أو سفه، أو فلس، أو زمن، أو غير ذلك - أهون من تخصيص الآية. هذا، و الأولى في الدفع منع الدوران، إذ تقييد تلك الإطلاقات لا يحصى عنه على تقديري تفسير السبيل بما يعمّ الملكية و ما لا يعمّه، ضرورة إجباره على البيع و عدم اعتبار رضاه على كلّ حال، فالأمر دائر بين تخصيص الآية و عدمه.

٢٨٣٠. فنقول في تقريب الاستصحاب: هذا الكافر المسبوق بالإسلام كان قبل كفره يصحّ بيع العبد المسلم منه، فبعد كفره كما كان. و في تقريره في الفرض الثاني نقول: هذا العبد قبل إسلامه كان يصحّ بيعه من الكافر، فبعد إسلامه أيضاً كما كان.

٢٨٣١. يعني به ما كان إسلام العبد و كفر المشتري غير مسبوق بضده.

٢٨٣٢. يمكن أن يكون إشارة إلى المناقشة في جريان استصحاب الصحة في الفرضين بتبدّل الموضوع، حيث إنّ الكفر و الإسلام مأخوذان في الحكم بنحو العنوانية و الموضوعية. و يمكن أن يكون إشارة إلى منع تقدّمه على أصالة الفساد في مثل المقام بما كان مجرى كلّ منهما غير مجرى الآخر، و يكون التناهي بينهما بضميمة عدم القول بالفصل، و إنّما يتقدّم عليها فيما إذا جرى في مورد واحد. و هذا نظير ما ذكره في ذيل المسألة الثالثة من مسائل الأقلّ و الأكثر من التنبيه الأوّل بقوله: «لكنّ التفصيل بينهما - أي: الزيادة و النقيصة - غير موجود في الصلاة، إذ كلّ ما يطل الصلاة بالإخلال به سهواً تبطل بزيادته عمداً و سهواً، فأصالة

في بيع العبد المسلم من الكافر ٢٣٣

ثم إنَّ الظاهر أنَّه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصية. وأما تعليقك
المنافع، ففي الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة ومقرَّب النهاية بل ظاهر المحكي عن
الخلافاً، أو مع وقوع الإجارة على الذمة كما عن الحواشي وجامع المقاصد والمسالك^{١٣}،
أو مع كون المسلم الأجير حراً كما عن ظاهر الدروس، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر
القواعد^{١٤}؛ ومحكي الإيضاح، أقوال: أظهرها الثاني (٢٨٣٣)،

البرائة الحاكمة بعدم البأس بالزيادة معارضة - بضميمة عدم القول بالفصل - بأصالة الاشتغال
الحاكمة ببطلان العبادة بالنقص سهواً انتهى، حيث إنه بنى على المعارضة بين أصالة البرائة و
أصالة الاشتغال، مع أنَّه لا مجال للثاني مع الأوَّل في مورد واحد، فلا وجه للمعارضة إلا ما
ذكرنا من اختلاف المورد.

و يمكن أن يكون إشارة إلى المناقشة في عدم الفصل باحتمال اختصاصه بالحكم الواقعي،
و عدم عمومته للحكم الظاهري الذي يقتضيه الأصل.

و يمكن أن يكون إشارة إلى الدقة في وجه التقديم، و هو أنَّ أصالة الفساد عبارة عن
الحكم بعدم ترتب الأثر و عدم تأثير المعاملة، من جهة عدم العلم بما يقتضي الحكم بصحتها و
ترتب الأثر عليها، و استصحاب الصحة في معاملة أخرى ملازمة لمورد أصالة الفساد في الحكم
- بعد ملاحظة تلك الملازمة الثابتة بالإجماع - مقتضى للصحة في مورد أصالة الفساد.

و بالجملة، الشك في الفساد و الصحة في مورد أصالة الفساد مسبب عن الشك في
الصحة و الفساد في مورد استصحاب الصحة، غاية الأمر بضميمة عدم الفصل بين الموردين في
الحكم، لا بالأصالة و بالطبع، لا أنَّ الثاني مسبب عن الأوَّل، و لا كليهما مسبب عن أمر ثالث.
لا فرق في تقدّم الأصل في طرف السبب و حكومته على الأصل في المسبب بين كون
تسبب أحدهما عن الآخر بلا واسطة، أو بواسطة الإجماع على اتّحاد الحكم فيهما. و من هنا
يظهر أنَّ الوجه فيما نقلناه من الرسائل هو تقديم أصالة البرائة على أصالة الاشتغال، فافهم.

٢٨٣٣. هذا الذي لازمه عدم الجواز مع وقوع الإجارة على الشخص إنما هو بناءً
على مذاق المشهور، و إلا فالمصنّف رحمه الله - كما ستعرف - مايل إلى صحة تملك الكافر للعبد
المسلم. وكيف كان، يمكن الاستدلال على الجواز مطلقاً بما ورد من كون أمير المؤمنين أجيراً
لليهودي للاستقاء من البئر كلِّ دلو بتمرة، و حديث غزل سيّدة النساء فاطمة عليها السلام

فإنه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز.

و لافرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير كالتذكرة و حواشي الشهيد و جامع المقاصد بل ظاهر المحكي عن الخلاف نفي الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمة صحّ بلا خلاف، و إذا استأجره مدّة من الزمان شهراً أو سنةً لعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا، انتهى. و ادّعى في الإيضاح: أنّه لم ينقل من الأئمة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمة بالاستئجار، خلافاً للقواعد و ظاهر الإيضاح^{١٥}، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً. و ظاهر الدروس: التفصيل بين العبد و الحرّ، فيجوز في الثاني دون الأول، حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: و جوّزها الفاضل، و الظاهر أنّه أراد إجارة الحرّ المسلم^{١٦}، انتهى. و فيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل في التذكرة: جواز إجارة العبد المسلم مطلقاً و لو كانت على العين. نعم، يمكن توجيه الفرق بأن يد المستأجر على الملك الذي ملك منفعة بخلاف الحرّ؛ فإنه لا يثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجارة الحرّ تمليك الانتفاع لا المنفعة، فتأمل (٢٨٣٤).

و أمّا الارتقان عند الكافر، ففي جوازها مطلقاً كما عن ظاهر نهاية الأحكام، أو المنع كما في القواعد و الإيضاح، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر - كما إذا وضعه عند مسلم - كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح في كتاب الرهن^{١٧} و الدروس و جامع المقاصد و المسالك^{١٨}، أو التردّد كما عن التذكرة، وجوه: أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيلاً، بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه. و أمّا إعارته من كافر، فلا يبعد المنع وفقاً لعارية القواعد و جامع المقاصد و المسالك بل عن حواشي الشهيد^{عليه السلام}: أنّ الإعارة و الإيداع أقوى منعاً من الارتقان. و هو حسن في العارية؛ لأنها تسليط على الانتفاع، فيكون سبيلاً و علوّاً، و محلّ نظر في الوديعة،

الصوف لليهودي، بناءً على كون الإجارة فيهما على الشخص، فيدلّ على الجواز في صورة كونها في الذمة بطريق أولى، إلّا أن يمنع كونها فيهما إلّا على الذمة، فلا يدلّ على الجواز إلّا في هذه الصورة.

٢٨٣٤. قيل: إشارة إلى ضعف ما ذكره في توجيه الفرق، لأنّ تسلّط الكافر للانتفاع

لأنّ التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعة، مع زيادة في الرهن - التي قيل من أجلها بالمنع - و هي التسلط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه و تسلطه على إلزام المالك ببيعه، و قد صرح في التذكرة بالجواز في كليهما^{١٩}. و مما ذكرنا يظهر عدم صحة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته.

ثم إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته (٢٨٣٥) و لو انتحل الإسلام - كالنواصب و الغلاة و المرتد (٢٨٣٦) - غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية؛ و لذا استدلّ (٢٨٣٧) الحنفية* - على ما حكى عنهم - على حصول البيونة بارتداد الزوج. و هل يلحق بذلك أطفال الكفار؟ فيه إشكال (٢٨٣٨).

.....

عن المسلم أيضاً سبيل، و لذا لا يجوز إعاره العبد المسلم للكافر على ما سيأتي حكايته عن عارية المسالك و جامع المقاصد و الحواشي. و يمكن أن يكون إشارة إلى بطلان كون إجارة الحرّ تمليك الانتفاع، إذ لا يبقى حينئذٍ فرق بين الإجارة و العارية.

٢٨٣٥. لاشاهد على ذلك، بل الظاهر منه المنكر للتوحيد أو الرسالة. و لم يعلم أنّ المناط فيه هو النجاسة حتّى يتعدّى إلى كلّ من حكم بنجاسته. و لاحقية في فهم الحنفية، فلا وجه للاستشهاد باستدلالهم عليه.

٢٨٣٦. و لو إنكار ضروري الدين، بل هذا بالخصوص هو المراد منه، بقريئة سلب الوجود عنه في زمان نزول الآية.

٢٨٣٧. يعني: لكون الظاهر من الكافر كلّ من حكم بنجاسته استدلال الحنفية بآية نفي السبيل على حصول البيونة بارتداد الزوج مطلقاً و لو بإنكار الضروري مع انتفائه في زمان النزول، إذ لو كان المراد من الكافر من أنكر الربوبية أو النبوة لما صحّ الاستدلال بها عليه فيما إذا كان الارتداد بغير ذلك، أعني: إنكار الضروري.

٢٨٣٨. فرض المسألة ما لو كان الولي لطفل الكافر المتصدّي لشراء العبد المسلم لذلك الطفل المولّى عليه هو مسلماً، بأن كان وصياً له من قبل أبيه الكافر أو جدّه كذلك، إذ لو كان الولي كافراً فلا إشكال في الإلحاق في عدم الجواز، لأنّه تسليط للولي الكافر على المسلم، و

و يعم "المسلم" المخالف؛ لأنه مسلم فيعلو و لا يعلى عليه. و المؤمن في زمان نزول آية "نفي السبيل" لم يرد به إلا المقر بالشهادتين، و نفيه عن الأعراب الذين قالوا: "آمنّا" بقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾^{٢٠} إنما كان لعدم اعتقادهم بما أقرّوا، فالمراد بالإسلام هنا أن يسلم نفسه لله و رسوله في الظاهر لا الباطن، بل قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ دلّ على أنّ ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً في خارج القلب.

و الحاصل: أنّ الإسلام و الإيمان في زمان الآية كانا بمعنى واحد، و أمّا ما دلّ على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية، فهو لا يقاوم بظاهره، لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم من التناكح و التوارث و حقن الدماء و عصمة الأموال، و أنّ الإسلام ما عليه جمهور الناس. ففي رواية حمران بن أعين، سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: "الإيمان ما استقرّ في القلب، و أفضى به إلى الله تعالى و صدّقه العمل بالطاعة لله و التسليم لأمر الله، و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل، و هو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلّها، و به حققت الدماء و عليه جرت الموارث و جاز النكاح، و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و اضيفوا إلى الإيمان... إلى أن قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك؟ قال: لا، إنهما* يجريان في ذلك مجرى واحد ولكن للمؤمن فضل على المسلم في أعمالهما، و ما يتقرّبان به إلى الله تعالى"^{٢١}.

لاريب في عموم السبيل في الآية للسلطنة.

و وجه الإشكال في الفرض المذكور: هو الإشكال في عموم المراد من السبيل المنفي في الآية للملكية فيلحق به فلا يجوز، و عدمه فلا يلحق فيجوز. و يحتمل أن يكون الوجه فيه هو التردد في أنّ المراد من الكافر في الآية هو الكافر الحقيقي فالثاني، أو الأعمّ منه و من الحكمي - و لو بواسطة دليل آخر حاكم - فالأول. و من هذا الوجه الأخير يظهر الحال في عكس الفرض، بأن كان المبيع طفل العبد المسلم، و كان المشتري كافراً، فتأمل.

و من جميع ما ذكرنا ظهر: أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارية إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف؛ لأخبار دلت على ذلك، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة، لكن الأقوى عدم التحريم.

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع، منها: ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعقاد، بأن يكون ممن ينعقد على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: اعتق عبدك عني بكذا، فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة و تبعه جامع المقاصد^{٢٢} و المسالك، و الوجه في الأول واضح وفاقاً للمحكى عن الفقيه و النهاية^{٢٣} و السرائر - مدعياً عليه الإجماع - و المتأخرين كافة؛ فإن مجرد الملكية الغير المستقرة لا يعد سبيلاً، بل لم يعتبر الملكية إلا مقدمة للانعقاد خلافاً للمحكى عن المبسوط^{٢٤} و القاضي، فمنعاه؛ لأن الكافر لا يملك حتى ينعقد؛ لأن التملك بمجرد سبيل و السيادة علو إلا أن الإنصاف: أن السلطنة غير متحققة في الخارج و مجرد الإقدام على شرائه لينعقد، مئة من الكافر على المسلم، لكنها غير منفية. و أما الثاني، فيشكل بالعلم بفساد البيع (٢٨٣٩) على تقديري الصدق و الكذب، لثبوت الخلل: إما في المبيع لكونه حرّاً أو في المشتري لكونه كافراً، فلا يتصور صورة صحيحة لشراء من أقرّ بانهتاقه،

٢٨٣٩. يمكن أن يقال بأن إقرار الكافر بحرية المسلم لا يمنع من صحة الشراء، لأنه غير مسموع، أما بالقياس إلى البائع فلاكته إقرار في حق الغير، و أما بالقياس إلى المقرّ فلأن المعتر في سماع الإقرار كون المقرّ به للمقرّ لولا الإقرار، و هو منتفٍ في الفرض، حيث إنه قبل الشراء للغير. فهذا الإقرار لا يوجب خللاً في شرط صحة البيع، و هو الملكية بالقياس إلى كل واحد من المتعاقدين، فيصح البيع. و لما كان إقراره بذلك يتحقق شرط نفوذه لأجل الشراء، فينفذ بعده، و يترتب عليه زوال ملكه في مرحلة الظاهر أخذاً بإقراره، إذ الظاهر عدم اعتبار مقارنة هذا الشرط للإقرار، بل يكفي لحوقه به. و كفر المشتري لا يمنع عن الصحة هنا، لأن ملاك المنع فيه صدق السبيل على شرائه، و لا يصدق مع زوال الملكية بمجرد الشراء أخذاً بإقراره. و من هنا يعلم انتفاء العلم الإجمالي بفساد البيع.

إلا أن يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي (٢٨٤٠)، فتأمل. و أما الثالث، فالمحكي عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع؛ لما ذكر في الأول (٢٨٤١)، و منها: ما لو اشترط البائع عتقه، فإن الجواز هنا محكي عن الدروس^{٢٥} و الروضة، و فيه نظر؛ فإن ملكيته قبل الإعتاق سبيل و علو، بل التحقيق: أنه لافرق بين هذا و بين إجباره على بيعه (٢٨٤٢) في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

و الحاصل: أن "السبيل" فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشي الشهيد: مجرد الملك* و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرية. و الملك المستقر و لو بالقابلية كمشروط العتق، و يترتب عليه استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق. و المستقر فعلاً و يترتب عليه استثناء الجميع، و خير الأمور أوسطها.

ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختياراً، أما التملك القهري فيجوز ابتداء، كما لو ورثه الكافر من كافر اجبر على البيع فمات قبله، فإنه لا ينعق

٢٨٤٠. لعلّه ينظر في ذلك إلى خلاف صاحب الحقائق، حيث اعتبر في تفسير العلم الإجمالي تعلق العلم بالخطاب التفصيلي، و كون الإجمال في مورده، مثل العلم بنجاسة أحد الإناءين مثلاً، فإن المعلوم - و هو خطاب «اجتنب عن النجس» - في البين تفصيلي من حيث الحكم و المتعلق. و أما لو تعلق بالمرّد بين الخطابين، كالعلم بأن أحد الإناءين إما حمر أو غصب، فلا أثر له. و المقام من الثاني، لأن المعلوم فيه هو الخطاب المرّد بين «لا يجوز شراء الحرّ» و بين «لا يجوز شراء العبد المسلم». و هذا المسلك غير مرضي عند المصنّف^{٢٦}، و قد عقد لذلك تنبيهاً في الرسائل، و لذا أمر بالتأمل. و يمكن أن يكون إشارة إلى أن عدم التأثير في القسم الثاني لو سلّم إنّما هو فيما إذا لم يتولّد منه علم تفصيلي كما في المقام، حيث إن العلم بالبطلان هنا تفصيلي تولّد من العلم الإجمالي. وكيف كان، فلنا كلام في تأثير العلم الإجمالي قد بسطناه بعض البسط في شرحنا على الكفاية.

٢٨٤١. لأن الكافر لا يملك حتى ينعق....

٢٨٤٢. هذا صفة للكافر.

في بيع العبد المسلم من الكافر ٢٣٩

عليه (٢٨٤٣) و لا على الكافر الميت؛ لأصالة بقاء رقيته بعد تعارض دليل نفي السبيل (٢٨٤٤) و عموم أدلة الإرث. لكن لا يثبت بهذا الأصل تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام بل هو مقتضى الجمع (٢٨٤٥) بين الأدلة؛ ضرورة أنه إذا نفي إرث الكافر بآية نفي السبيل، كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام. و بهذا التقرير يندفع ما يقال: إن إرث الإمام عليه السلام منافٍ لعموم أدلة ترتيب طبقات الإرث. توضيح الاندفاع: أنه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقق نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإن الممنوع من الإرث كغير الوارث، فالعمدة في المسألة: ظهور الاتفاق المدعى صريحاً في جامع المقاصد.

ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق أو يفرق بين ما كان سببه اختيارياً و غيره (٢٨٤٦)؟ وجوه، خيرها: أوسطها ثم أخيرها.

ثم إنه لا إشكال و لا خلاف في أنه لا يقرّ المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه

٢٨٤٣. هذه العلة لا تنطبق على معلولها - و هو جواز التملك القهري الابتدائي - إلا أن يكون المراد من الجواز هو الجواز عند من يقول باعتبار الأصل المثبت، حتى يكون قوله «و لكن لا يثبت...» إيراداً عليه، فتدبرم تحقيق كفاية علوم عبد الله

٢٨٤٤. فرض التعارض بينه و بين أدلة الإرث لابد أن يكون مع الإغماض عن حكومة الأول على الثاني، كما أن قوله بعد ذلك: «ضرورة أنه إذا نفي إرث...» أن يكون بلحاظ حكومته عليه و لكن على مذاق المشهور، إذ قد مرّ منه عليه السلام في صدر المسألة دعوى عدم العلم بحكومة الآية على سائر العمومات. أو يكون نظره في الفقرة الأولى إلى لحاظ الآية من حيث هي، و في الفقرة الثانية إلى لحاظها بمعونة الشهرة على تقدّمها على غيرها.

٢٨٤٥. يعني: الانتقال إلى الإمام عليه السلام.

٢٨٤٦. بالإلحاق في الثاني و عدمه في الأول. و لعلّ المراد من التملك القهري الناشي من السبب الاختياري للمالك - على ما ذكره بعض الأعلام عليه السلام - هو ما كان نظير ملك الصياد للصيد الذي يقع في المصيد بغير اختيار من الصياد، و إن كان مسبباً عن الأمر الاختياري، و هو نصب المصيد. و أمّا الناشي من الأمر الغير الاختياري له، فهو كما لو باع الكافر عبده لمسلم مع الخيار للمشتري، فأسلم العبد ففسخ المشتري.

عليه (٢٨٤٧)؛ لقوله ﷺ في عبد كافر أسلم: "أذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا تقروه عنده". ومنه يعلم: أنه لو لم يبعه باعه الحاكم، ويحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقاً (٢٨٤٨)؛ لكون المالك (٢٨٤٩) غير قابل للسلطنة على هذا المال - غايبة الأمر أنه دل النص والفتوى على تملكه له - ولذا ذكر فيها: أنه يباع عليه (٢٨٥٠)، بل صرح فخر الدين رحمه الله في الإيضاح بزوال ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء الثمن منه. وهو مخالف لظاهر النص والفتوى، كما عرفت. وكيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه وفقاً للمحكمي عن الخواشي في خيار المجلس والشرط؛ لأنه إحداث ملك فينتفي؛ لعموم نفي السبيل؛ لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع (٢٨٥١). ويمكن أن يتني على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟ فإن قلنا بالأول، ثبت الخيار؛ لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل، وقد أمضاها

٢٨٤٧. مقتضى قوله بعد ذلك: «و منه - أي: من قوله «أذهبوا فبيعوه من المسلمين» - يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم» أن «عليه» متعلق بـ «يجب» لا بالبيع، حيث إن العبارة المذكورة صريحة في أن الباع في المرتبة الأولى هو نفس المالك، وأن ولاية الحاكم على البيع مترتبة على امتناعه عنه. وعلى هذا، لا بد أن يكون النظر في تعليقه بالحديث - مع أن مفاده أن المخاطب بالبيع غير المالك - إلى حمله على صورة عدم بيع المالك له و امتناعه عنه، ولو لدعوى كون ذلك هو الغالب، أو لتقديم إطلاق أدلة السلطنة و اعتبار الطيب على إطلاق الحديث في صورة عدم الامتناع، كما يدل عليه الاتفاق على الإيجاب الظاهر في أن ثبوت سلطنة البيع له. فتأمل. و يرشد إلى ذلك الحمل تعليق جواز بيع الحاكم على عدم بيع المالك.

٢٨٤٨. حتى مع عدم امتناع المالك عن البيع.

٢٨٤٩. و يؤيد ذلك إطلاق الأمر بالبيع في الرواية، لكن يمنع من الأخذ به اتفاقهم على إجباره على البيع، إلا أن يمنع الاتفاق، نظراً إلى أن لسان الفتوى أنه يباع عليه.

٢٨٥٠. يعني: لأجل عدم قابلية الكافر للسلطنة على المسلم مطلقاً حتى سلطنة البيع ذكروا في عناوين الفتاوى أنه «يبيع عليه» بصيغة المجهول لا «يبيع» بصيغة المعلوم، إذ لا وجه له إلا عدم قابليته لأنحاء السلطنة التي منها البيع.

٢٨٥١ هذا بناءً على مذاق المشهور، وإلا فقد تقدم منه ﷺ الإشكال في حكومته عليها.

في بيع العبد المسلم من الكافر ٢٤١
الشارع و أمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة، فإن الشارع لم يحضها،
لكن هذا المبنى ليس بشئ؛ لوجوب الاقتصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقن (٢٨٥٢).
نعم، يحكم بالأرث لو كان العبد أو ثمنه معيياً.

و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر؛ من جهة قوة أدلة نفي الضرر، فلا يعد
الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإن هذا
الضرر إنما حصل من كفره (٢٨٥٣) الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلا فيما خرج
بالنص. و يظهر مما ذكرنا حكم الرجوع في العقد الجائر كالهبة.

و خالف في ذلك كله جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب - تبعاً
للدروس - قال: لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر لا انتفاء
المقتضي (٢٨٥٤)؛ لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا
لو كان البيع معاطاة فهي على حكمها (٢٨٥٥)، و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه
أحكامها. نعم لا يعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب
ناقل (٢٨٥٦) يمنع الرجوع إذا* لم يلزم منه (٢٨٥٧) تخسير للمال ٢٦، انتهى. و فيما ذكره
نظر؛ لأن نفي السبيل (٢٨٥٨) لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي، و خروجه لا يستلزم خروج
.....

٢٨٥٢. يعني به التملك القهري الابتدائي، و عود الملك إليه بالخيار مغاير لذلك فلا يجوز.

٢٨٥٣. لا من جعل الشارع حكماً ضرورياً في حقه.

٢٨٥٤. يعني: المقتضي لخروج العقد عن مقتضاه من جواز الرد بالعيب.

٢٨٥٥. من جواز التراد مع بقاء العينين.

٢٨٥٦. أي: مطالبة الحاكم للكافر بإيجاد سبب ناقل لثمن العبد على نحو يمنع من

الرجوع إلى الثمن المنقول، بأن يكون الناقل لازماً كالبيع و نحوه.

٢٨٥٧. ضمير «منه» راجع إلى كل واحد من الإلزام و المطالبة، أي: إذا لم يلزم منهما

الضرر و الخسارة على الكافر من حيث المال.

٢٨٥٨. يعني: أن عموم نفي السبيل كافٍ في وجود المقتضي لخروج العقد عن مقتضاه

عود الملك إليه بالفسخ، و استلزام البيع للخيارات ليس عقلياً بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد الذي خص بنفي السبيل، فهذا* أولى بالتخصيص به، مع أنه على تقدير المقاومة (٢٨٥٩) يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع، فتأمل. و أما ما ذكره أخيراً بقوله: "لا يبعد" ففيه: أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ و الرجوع. و لما ذكرنا يظهر: أن ما ذكره في القواعد - من قوله ﷺ: و لو باعه من مسلم بثوب ثم وجد في الثمن** عيباً، جاز رد الثمن*** (٢٨٦٠)، و هل يسترد العبد أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً و من كون الرد بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث^{٢٧}، انتهى - محل تأمل (٢٨٦١) إلا أن يقال: إن

- أعني: الخيار - و رفع اليد عنه، إذ القدر المتيقن خروجه عن هذا العموم منحصر بالملك القهري الابتدائي كالإرث، و أما غيره - و منه: الخيار - فلم يقم دليل على خروجه منه، و لاملزمة بين خروجه عنه و خروج الملك بالفسخ بالخيار، و العام المخصص حجة في الباقي، و لازمه عدم الخيار.

٢٨٥٩. يعني: عدم حكومة الآية على أدلة الخيار فيتساقطان بالتعارض، فيرجع إلى أصالة بقاء الملك و عدم تأثير الفسخ.

لا يقال: بناءً على هذا التقدير يقع التعارض بينها و بين أدلة صحة العقد و أدلة الإرث أيضاً مثل أدلة الخيار، فبعد التساقيط لا يكون العقد سبباً للملك كي يستصحب بعد الفسخ. لأننا نقول: قد تقدم أن التملك القهري الابتدائي قد خرج عن آية نفي السبيل، و أنه ليس بمنفي، فيملك الكافر قهراً بالإرث، و لامنافاة بين بيع الكافر عبده المسلم من مسلم و بين نفي السبيل، فيصح بيعه منه، فيؤثر ملكية المشتري، فبعد الفسخ يرجع إلى أصالة بقاء الملك. و لعل الأمر بالتأمل في ذيل العبارة إشارة إلى ما ذكره بعد ذلك بقوله: «إلا أن يقال: إن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و نفي السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة».

٢٨٦٠ يعني جاز للكافر رد الثمن. و علل الجواز في جامع المقاصد بأن إلزامه بالرضا تخسير.

٢٨٦١. محل التأمل من كلامه قوله: «جاز رد الثمن» الدال على ثبوت خيار العيب

مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و نفي السبيل: ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة، فيكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد المثلث كتنقل المبيع في زمن الخيار و كالتلف الذي هو مانع عقلي. و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله؛ و لذا حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعق على المشتري، فتأمل (٢٨٦٢).

مسألة: المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر، ذكره الشيخ و المحقق^{٢٨} في الجهاد و العلامة في كتبه^{٢٩} و جمهور من تأخر عنه. و عن الإسكافي أنه قال: و لا أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، و ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيراً من الأطفال، انتهى. و استدلوا عليه بوجوب احترام المصحف و فحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر. و ما ذكره حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل (٢٨٦٣) أو منع.

و في إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في الميسوط^{٣٠} و الكراهة كما هو صريح الشرايع^{٣١}، و نسبه الصيمري إلى المشهور، قولان، تردّد بينهما العلامة في التذكرة. و لا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي ﷺ من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه ﷺ، و إن كان ظاهر ما أحقوه بالمصحف هو أقوال النبي ﷺ المعلوم صدورها عنه ﷺ، وكيف كان، فتحكم أحاديث الأئمة عليهم السلام حكم أحاديث النبي ﷺ.

للكافر من حيث الرد.

٢٨٦٢. يعني: و لأجل أن استحقاق البذل يكشف عن استحقاق المبدل و يتفرع عليه حكموا بسقوط خيار المجلس مطلقاً حتى بالنسبة إلى البذل فيمن ينعق على المشتري، إذ لو حكم بثبوت الخيار بالنسبة إلى البذل للزم استحقاقه للمبدل، كما هو قضية الكشف و التفرع، و هو منافٍ لعدم ملك من ينعق عليه إلا للانعقاد. و الأمر بالتأمل يعلم وجهه بالمراجعة إلى حكم المسألة في خيار المجلس.

٢٨٦٣. وجه التأمل: أن مجرد ملكية الكافر له من حيث هي مع عدم كونه تحت يده - بل جعله عند مسلم، أو في مساجد المسلمين - لا ينافي احترامه. و من هنا يظهر الحال في الفحوى لو كان المنع في الأصل - و هو العبد المسلم - لأجل الاحترام، و أمّا لغير ذلك فلا فحوى أصلاً. و أنت خبير بأنه بعد التأمل في ذلك الوجه لا يبقى وجه لتحسين عدم الجواز، إذ لا وجه له إلا هذا.

المصادر

- (١) القواعد و الفوائد ج ١: ص ٤٠٦، القاعدة ١٤٨.
- (٢) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.
- (٣) الوسائل ج ١٣: ص ٤٧٤، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢.
- (٤) الوسائل ج ١٢: ص ٢٦٩-٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث ١.
- (٥) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٢١٧.
- (٦) الوسائل ج ١٢: ص ١٨٣-١٨٤، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.
- (٧) القواعد و الفوائد ج ١: ص ٣٥٢، القاعدة ١٣٣.
- (٨) الغنية: ص ٢١٠.
- (٩) التذكرة ج ١: ص ٤٦٣.
- (١٠) النساء: ١٤١.
- (١١) زبدة البيان: ص ٤٣٩.
- (١٢) الوسائل ج ١٢: ص ٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث ١.
- (١٣) المسالك ج ٣: ص ١٦٧.
- (١٤) القواعد ج ١: ص ١٢٤.
- (١٥) إيضاح الفوائد ج ١: ص ٤١٣.
- (١٦) الدروس ج ٣: ص ١٩٩.
- (١٧) إيضاح الفوائد ج ٢: ص ١١.
- (١٨) المسالك ج ٤: ص ٢٤.
- (١٩) التذكرة ج ١: ص ٤٦٣.
- (٢٠) الحجرات: ١٤.
- (٢١) الكافي ج ٢: ص ٢٦، الحديث ٥.
- (٢٢) جامع المقاصد ج ٤: ص ٦٢-٦٣.
- (٢٣) الجواهر ج ٢٢: ص ٣٤٠.
- (٢٤) المبسوط ج ٢: ص ١٦٨.
- (٢٥) الدروس ج ٣: ص ١٩٩.
- (٢٦) جامع المقاصد ج ٤: ص ٦٥.
- (٢٧) القواعد ج ١: ص ١٢٤.
- (٢٨) الشرايع ج ١: ص ٣٣٤.
- (٢٩) نهاية الأحكام ج ٢: ص ٤٥٦.
- (٣٠) المبسوط ج ٢: ص ٦٢.
- (٣١) الشرايع ج ١: ص ٣٣٥.

القول في شرائط العوضين

يشترط في كل منهما كونه متمولاً؛ لأن البيع لغة: مبادلة مال بمال^١، وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، محللة في الشرع؛ لأن الأول ليس بمال عرفاً كالخنافس والديدان؛ فإنه يصح عرفاً سلب المصرف لها ونفي الفائدة عنها، والثاني ليس بمال شرعاً (٢٨٦٤) كالخمر والخنزير.

ثم قسموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى خسة الشيء كالخشرات، وإلى ما يستند إلى قلته كحبة حنطة، وذكروا: أنه ليس مالاً وإن كان يصدق عليه الملك^٢ ولذا يحرم غصبه إجماعاً، وعن التذكرة: أنه لو تلف لم يضمن أصلاً، واعترضه غير واحد ممن تأخر عنه^٣ بوجوب رد المثل. والأولى أن يقال: إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين؛ إذ لا بيع إلا في ملك، وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابلة. وما لم يتحقق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع والتجارة وخصوص قوله^٤ في المروي عن تحف العقول: "وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه... إلى آخر الرواية"، وقد تقدمت في أول الكتاب.

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية (٢٨٦٥) في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس: كالماء والكلاء والسموك* والوحوش قبل اصطیادها، لكون** هذه كلها غير مملوكة

.....
٢٨٦٤. يعني به ما لا تحل منفعته المقصودة للعقلاء شرعاً، كما أنه يعني من الأول ما لا منفعة فيه عرفاً.

٢٨٦٥. كان الكلام إلى هنا في اعتبار المالية، ولم يتقدم من اعتبار الملكية عين ولا أثر، فالصواب أن يشير إلى اعتبارها أولاً، ثم يقول: واحترزوا بهذا الشرط عن بيع ما يشترك... و يتجه عليه حينئذ الاستغناء عن ذلك باشتراط الملكية في المتعاقدين. ثم إن قوله: «لكون هذه كلها» في مقام العلة للاحتراز. وكيف كان، فيأتي الكلام في صحة الاحتراز عن بيع الأرض

* في بعض النسخ: السمك.

** في بعض النسخ: يكون.

بالفعل. و احترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوة؛ و وجه الاحتراز عنها: أنها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكلّ منهم جزء معيّن من عين الأرض و إن قلّ؛ و لذا لا يورث بل و لا من قبيل الوقف الخاصّ على معيّنين؛ لعدم تملّكهم للمنفعة مشاعاً، و لا كالوقف على غير معيّنين كالعلماء و المؤمنين، و لا من قبيل تملّك الفقراء للزكاة و السادة للخمس - بمعنى كونهم مصارف له - لعدم تملّكهم لمنافعها بالقبض (٢٨٦٦)؛ لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين، فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكية نحو مستقلّ من الملكية قد دلّ عليه الدليل، و معناها: صرف حاصل الملك في مصالح الملاك.

ثمّ إنّ كون هذه الأرض للمسلمين كما ادّعى الإجماع؛ و دلّ عليه النصّ كمرسلة حماد الطويلة و غيرها.

و حيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين، فلا بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها، فنقول و من الله الاستعانة: الأرض إمّا موات و إمّا عامرة، و كلّ منهما إمّا أن يكون كذلك أصلياً أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لا خامس لها، الأوّل: ما يكون مواتاً بالأصل، بأن لم تكن مسبقة بعمارة و لا إشكال و لا خلاف ممّا في كونها للإمام عليه السلام و الإجماع عليه محكي عن الخلاف و الغنية و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر جماعة أخرى. و النصوص بذلك مستفيضة بل قيل: إنها متواترة و هي من الأنفال، نعم ابيح التصرف فيها بالإحياء بلا عوض، و عليه يحمل ما في النبويّ (٢٨٦٧):

المفتوحة عنوة و فساده عند التكلّم في دلالة الأخبار الواردة فيها التي نقلها المصنّف فيما بعد.
٢٨٦٦. هذا علّة لكلا الأمرين: عدم كونها كالوقف على غير معيّنين، و عدم كونها من قبيل تملّك الفقراء للزكاة.

٢٨٦٧. لما كان ظاهر هذا النبويّ و ما بعده - من كون ميتة الأرض بعد رسول الله صلى الله عليه وآله ملكاً لجميع المسلمين، على ما هو قضية اللام فيهما - منافيّاً للنصوص المتواترة الدالّة على كونها للإمام عليه السلام، أجاب عنهما بحملهما على ما لا ينافي تلك الأخبار، و هو أن يكون المراد من كونها للمسلمين كونها مباحة لهم التصرف فيها بالإحياء بلا عوض، فيكون مثل الملك

في أقسام الأرضين و أحكامها ٢٤٧
"موتان الأرض لله و لرسوله ﷺ، ثم هي لكم مني أيها المسلمون". و نحوه الآخر: "عادي الأرض (٢٨٦٨) لله و لرسوله، ثم هي لكم مني".^٦

في جواز التصرف، فيصح التعبير بالعبارة المذكورة في النبئين بنحو الاستعارة. و إن شئت قلت: إن المراد من كونها لهم كونها ملكاً لهم بالإحياء الذي هو مملوك و سبب لملك الحيي - بالكسر - للمحيا - بالفتح - شرعاً إجماعاً، كما صرح به في القسم الثالث، فجعلها لهم إنما هو بلحاظ جعل الإحياء سبباً لتملكهم.

و لا يخفى أن هذا الاحتمال الأخير و إن كان صحيحاً في نفسه، إلا أن الظاهر أن المصنف رحمه الله لم يردده، لأن الظاهر لم يقصد من الإحياء في قوله: «نعم أبيع التصرف فيها بالإحياء بلا عوض» كونه مملوكاً، بل تمام نظره إلى دعوى جوازه مطلقاً أعم من كونه مملوكاً و عدمه، كما يشهد لذلك جعله صحيحة الكابلي منافية لإباحة الإحياء بلا عوض، مع أنه ليس فيها دلالة على مملكية الإحياء.

و من هنا ظهر أن قوله: «و ربما يكون في بعض الأخبار...» إيراد على ما ادّعاه من اعتبار العوض في جواز الإحياء، بأن بعض الأخبار يدل على اعتباره فيه، فيكون منافياً له. و لذا ذكره أولاً، ثم أجاب عنه بأمرين: *من تحققت كونه مملوكاً*

أحدهما: ما ذكره بقوله: «و يمكن حملها على بيان الاستحقاق...». و محصله: حمل وجوب دفع العوض فيها على الوجوب المشروط بطلبه ﷺ، ما يستحقه من الأرض على الحيي و هو الخراج، و أما إذا لم يطلبه فلا يجب عليه أدائه إليه ﷺ، و المفروض عدم طلبه، بل إسقاطه عن الشيعة إلى زمان الظهور، على ما يدل عليه بعض الأخبار. و هذا لا ينافي نفي العوض في الإحياء كما ادّعاه المصنف رحمه الله، إذ المراد منه نفي العوض الذي يجب ردّه إليه ﷺ فعلاً بالوجوب المطلق و لو لم يطلبه.

و ثانيهما: ما ذكره بقوله: «و يحتمل حملها على زمان الحضور...» فلا ينافي أيضاً نفي العوض، إذ المراد منه نفيه في زمان الغيبة. هذا، و لا يخفى أنه يأبى عن الحمل الثاني قوله ﷺ في ذيل صحيحة الكابلي: «حتى يظهر القائم ﷺ» و قوله في ذيل رواية مسمع: «حتى يقوم قائمنا ﷺ».

٢٨٦٨. قال ابن أبي جمهور: «عادي منسوب إلى عاد بن شذاد الذي ملك الدنيا كلها.

و ربّما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحة الكاظمي، قال: "وجدنا في كتاب علي عليه السلام: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مَنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»^٧، أنا و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض و نحن المتّقون و الأرض كلّها لنا، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، و له ما أكل منها... الخبر"^٨ (٢٨٦٩). و مصحّحة عمر بن يزيد (٢٨٧٠): "أنّه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها، فعمرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتاً و غرس فيها نخلاً و شجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له، و عليه طسّقها يؤدّبه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه"^٩. و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسّق إذا طلبه الإمام عليه السلام. لكن الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حلّلوا شيعتهم،

و تقدير الحديث: كلّ أرض لم تعمر من زمانه فهي لله و لرسوله... الحديث» انتهى.

٢٨٦٩. آخر الخبر علي ما في إحياء الأموات من الوسائل و أحكام الأرضين من الوافي هكذا: «فإن تركها و أخرها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام عليه السلام، و له ما أكل منها حتّى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف، فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله و منعها، إلّا ما كان في أيدي شيعتنا، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم، و يترك الأرض في أيديهم». قال في الوافي: «بيان: الخراج ما يضرب على الأرض كالأجرة لها. و في معناه المقاسمة، غير أنّ المقاسمة تكون جزء من حاصل الزرع، و الخراج مقدار من النقد يضرب عليها. و قد يسمّى كلاهما بالقبالة» انتهى موضع الحاجة. و الظاهر أنّ المراد من الخراج في مثل هذه الرواية ليس في موردها من يضرب الخراج و يعيّنه هو أجرة المثل.

٢٨٧٠. ذكر الحديث في خمس الوسائل هكذا: «قال سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل». و على أيّ حال، دلالة هذه الرواية على وجوب أداء الخراج في إحياء الأرض الموات بالأصالة الذي هو محلّ البحث - إمّا هو من جهة إطلاق الأرض في الجواب الشامل لما نحن فيه، فلا يضّر اختصاص مورد السؤال بالموات العرضي.

و أسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: "ما كان لنا فهو لشييعتنا" (٢٨٧١)،

.....

٢٨٧١. فإن قلت قضية هذا النحو من الأخبار سقوط الخراج بالنسبة إلى الإمام الذي

حلّله لشييعته، فلا يجدي في زمان الغيبة، لعدم ثبوت التحليل من إمام العصر عليه السلام.

قلت: الظاهر من قوله في الأخبار: «ما كان لنا فقد أحلّنا لشييعتنا» بصيغة الجمع أنّه

سيرة تمام الأئمة عليهم السلام مع شييعتهم، و أنّ الذي حلّله الأمر عليه السلام و أسقطه عنهم إمام العصر عليه السلام. و

بالجملة، ما ذكر من التعبير إخبار عن حال تمام الأئمة عليهم السلام، و قضية صدقه صدور التحليل عن

إمام عصرنا عليه السلام أيضاً.

لا يقال: مقتضى ما ذكرت سقوط سهم الإمام من الخمس في أرباح مكاسبهم و غيرها،

لورود التعبير المذكور فيه أيضاً، مضافاً إلى عموم الموصول في العبارة المتقدمة.

لأننا نقول: نعم لولا مطالبة الإمام اللاحق بذلك بعد صدور التحليل من الإمام السابق

كما في خراج أراضيهم عليهم السلام، فإنّ مطالبته عليه السلام يكشف عن عدم تحليله، و أنّه مختصّ بالإمام الذي

حلّله، و أنّه إخبار عن حاله، فتأمل. فلا بدّ في سقوطه في كلّ زمان من تحليل إمام ذاك الزمان،

و هو غير ثابت في زمان الغيبة، فتدبّر. و هذا هو السرّ في التفكيك بين خراج أراضيهم من

أموالهم و بين نصف الخمس، بسقوط الأوّل دون الثّاني.

وكيف كان، فليس على الشيعة طسّق في الأراضي يؤدّونه إلى الإمام عليه السلام. و أمّا بالنسبة

إلى غير الشيعة فالمدار في السقوط عنهم و عدمه على إفادة الإحياء للملك المحيي و عدمها، فإن

كان مسلماً فلا ريب عندهم في أنّه يملك بالإحياء فلا خراج عليه، لأنّ الخراج إنّما هو في ملك

الغير لا في ملك نفسه. و إن كان كافراً ففي ملكه به إشكال و خلاف، فبيعه* الإشكال في

سقوط الخراج. و يتّجه على هذا أولاً: منع ابتناء السقوط و عدمه على إفادته للملك و عدمها،

لإمكان أن يكون عليه الطسّق مع دخوله في ملكه بالإحياء، بأن يكون عوضاً في التملك. إلّا

أن يقال بأنّ الطسّق أجرة الأرض، فلا يمكن الجمع بينها و بين الملك، فتأمل.

و ثانياً: سلّمنا صحّة الابتناء، لكن لنا أن نمنع كون الإحياء سبباً للملك مطلقاً حتّى

بالنسبة إلى الشيعة، و كونه سبباً للإباحة أيضاً بالنسبة إلى غير الشيعة خاصّة. أمّا الأوّل فلأنّ

* كذا في الطبعة الحجرية. و هي غلط قطعاً، و الظاهر أنّها تصحيف: فيتّجه.

وقوله عليه السلام في رواية مسمع بن عبد الملك (٢٨٧٢): "كل ما كان في أيدي شيعة من الأرض فهم فيه محللون، محل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا، فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم و أما ما كان في أيدي سواهم، فإن كسبهم في الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا و يأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم عنها صغرة... الخبر". نعم، ذكر في التذكرة (٢٨٧٣): أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقها.

و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف

سببته له و إن كان يقتضيها ظاهر اللام و عموم الموصول فيما تضمنته جملة من الأخبار من قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» إلا أنه لا يجوز العمل بهذا الظاهر في مصححة عمر بن يزيد: «من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له، و عليه طسقها يؤديه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة» نظراً إلى عدم المعنى للجمع بين ملكية أرض لشخص و بين كون الطسق عليه حسب الفرض، فإذا لم يكن سبباً للملك في مورد الرواية - من كون المحيي مؤمناً - ففي غيره بطريق أولى. فلا بد من حمل اللام في الرواية على صرف الأحقية.

و أما الثاني فلما في رواية مسمع من قوله عليه السلام: «و أما ما كان في أيدي سواهم - أي: الشيعة - فإن كسبهم في الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا...»، إذ لو أوجب الإحياء الإباحة فضلاً عن الملك لم يكن معنى لحرمة كسبهم فيها إلى زمان الظهور. و من ذلك يعلم أن إحياء الموات الذي للإمام عليه السلام لا يوجب - بمقتضى صناعة الجمع بين الأخبار - إلا الإباحة في خصوص ما إذا كان المحيي شيعة، و أما الطسق و الخراج فهو على المحيي مطلقاً، غاية الأمر أسقطوه (عليهم الصلاة و السلام) عن الشيعة بمقتضى أخبار التحليل دون غيرهم.

٢٨٧٢. رواها في خمس الوسائل عن التهذيب كما في المتن و عن الكافي بزيادة بين

لفظة «طسق» و بين «ما كان في أيدي سواهم» و هي قوله: «ما كان في أيديهم، و يترك الأرض في أيديهم، و أما». وكيف كان، الطسق بمعنى الخراج. و صغرة بالفتحات الثلاث - بالغين المعجمة كما في الكافي و بعض نسخ التهذيب - جمع صاغر، بمعنى الدليل. و بالفاء بدل الغين - كما في بعض نسخ التهذيب - من الصفر، بمعنى الخالي.

٢٨٧٣. استدراك بما ذكره من إسقاطهم طسق الأرض عن الشيعة.

في عدم وجوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبة، بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحيائها (٢٨٧٤)، و سيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء.

الثاني: ما كانت عامرة بالأصالة، أي لا من معمر و الظاهر أنها أيضاً للإمام عليه السلام و كونها من الأنفال، و هو ظاهر إطلاق قولهم: "وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام عليه السلام"، و عن التذكرة: الإجماع عليه ١٠ و في غيرها نفي الخلاف عنه ١١؛ لمؤثقة أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، حيث عد من الأنفال: "كل أرض لأرب لها" و نحوها المحكي عن تفسير العياشي عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام ١٢. و لا يختص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال "كل أرض ميتة لأرب لها" بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأن الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً.

و هل تملك هذه بالحيازة؟ وجهان: من كونها مال الإمام، و من عدم منافاته للتملك بالحيازة كما يملك الموات بالإحياء (٢٨٧٥) مع كونها مال الإمام، فدخل في عموم النبوي: "من سبق (٢٨٧٦) إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به".

٢٨٧٤. قد عرفت الإشكال في دلالتها بعد الجمع بينها على أزيد من الإباحة لخصوص

الشيعة.

٢٨٧٥. قد مر الإشكال في إثبات ذلك بالأخبار في الشيعة فضلاً عن غيره.

٢٨٧٦. عموم النبوي لمثل المقام مما سبقه ملك الإمام عليه السلام ممنوع، لانتفاء الموضوع، إذ المفروض كونها له عليه السلام، فلا يجوز السبق إليه، لقوله عليه السلام: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه، فكيف بمانا». و لا مجال لدعوى أن المراد من المسلمين فيه عدا الإمام عليه السلام، فيعم أملاكه عليه السلام أيضاً، ضرورة فسادها من جهات، منها: لزوم حلية تمام أمواله عليه السلام لمن سبق عليها. و أضعف من التمسك به في المقام التمسك به في اللقطة لأجل إثبات أحقية الملتقط السابق بها، للعلم بأنه سبقه مسلم آخر في الملكية فيما إذا علم أنها للمسلم، بل لا وجه له إلا جعل المراد من المسلم فيه المعلوم بالتفصيل، و هو كما ترى فاسد. و يمكن أن يقال: إنه و إن كان خارجاً عن النبوي موضوعاً في حد نفسه، إلا أنه يندرج فيه بعد ملاحظة أنه يباح للشيعة التصرف فيه،

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت و هو ملك للمحيي، فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الإحياء (٢٨٧٧) بإجماع الأمة (٢٨٧٨) كما عن المهذب و بإجماع المسلمين كما عن التقيح، و عليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة، لكن يبالي من المبسوط كلام (٢٨٧٩) يشعر بأنه يملك التصرف، لانفس الرقبة، فلا يبد من الملاحظة.

لقوله: «ما كان لنا فهو لشيعتنا» فيؤثر السبق فيه الملك. فالأقوى أنه يملك بالحيازة إذا كانت من الشيعة، فتدبر.

٢٨٧٧. و هي خمسة. أحدها: أن لا يكون عليها يد مسلم. ثانيها: أن لا يكون حريماً لعامر، من بستان أو دار أو قرية أو مزروع، أو غير ذلك مما يتوقف الانتفاع بالعامر عليه، كالطريق و الشرب و حرم البئر والعين و الحائط. ثالثها: أن لا يكون مشعراً للعبادة، كعرفات و منى و مشعر. رابعها: أن لا يكون مما أقطعه إمام الأصل. خامسها: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير.

٢٨٧٨. لاحجية فيه، مع احتمال الاستناد فيه إلى بعض الأخبار الذي عرفت الخدشة فيه بمعارضته لبعضها الآخر، إلا أن يناقش في حجية المعارض بإعراض الأصحاب و عدم عملهم بمقتضاه، فيعمل بما دل على حصول الملك بالإحياء. و قضية عموم الموصول في بعضه عدم الفرق بين كون المحيي مؤمناً أو مسلماً أو كافراً.

٢٨٧٩. قيل: يمكن أن يكون مراده منه ما يحكيه عنه فيما بعد، بل مراده منه ما حكاه في الجواهر في كتاب إحياء الموات، في ذيل قول المحقق رحمته الله في مباحث ما يتحقق به الإحياء: «و من فقهاءنا من يسمي التحجير إحياء» من قوله: «قال في الأول - يعني: في المبسوط - : إذا حجر أرضاً لم يصح بيعها. و من الناس من قال: يصح. و هو شاذ. فأما عندنا فلا يصح بيعه، لأنه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء، و إنما يملك التصرف بشرط أن يؤدي للإمام ما يلزمه عليها. و عند المخالف لا يجوز، لأنه لا يملك بالتحجير قبل الإحياء، فكيف يبيع ما لا يملك» انتهى. ثم قال في الجواهر: «و نحوه عن المهذب و السرائر، و هو كالصريح في اتحاد مفاد التحجير و الإحياء و إن اختلف مسماهما، و الله العالم» انتهى. أقول: و هو كما ذكره صاحب الجواهر رحمته الله كالصريح في أن فائدة الإحياء متحدة مع فائدة التحجير، أعني: ملك التصرف دون الرقبة، و إن اختلف معناهما، و أن معنى الإحياء غير معنى التحجير. فحينئذ يكون التعبير بالإشعار لأجل

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة فإن كانت العمارة أصلية، فهي مال الإمام عليه السلام (٢٨٨٠)، و إن كانت العمارة من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه و صيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً، خلاف معروف في كتاب إحياء الموات؛ منشؤه اختلاف الأخبار (٢٨٨١).

.....

بعد العهد بعبارة المبسوط.

٢٨٨٠. فيما لم يحزها أحد، أو حازها لكن قلنا بأنها لم تملك بالحيازة، و إلاً فحالتها حال ما كانت العمارة من معمر في بقائها في ملك مالكيها الأول أو خروجها عنه.

٢٨٨١. لأنها على طائفتين، ظاهر إحداهما يدل على بقائها في ملك المعمر الأول، و هي رواية سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض فيستخرجها و يجري أنهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه؟ قال: الصدقة. قلت: فإن كان يعرف صاحبها. قال عليه السلام: فليؤد إليه حقه» فإن إثبات حق لصاحبها الأول على الثاني ظاهر في بقائها في ملكه. و رواية معاوية بن وهب قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة باثرة - إلى أن قال - فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخرجها ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله و لمن عمرها». بناءً على أن المراد من الجزء الذي حذف و أقيم العلة مقامه هو لزوم الرد إلى الطالب.

و ظاهر الطائفة الأخرى كونها للمعمر الثاني. و هي - مضافاً إلى إطلاق جملة من الأخبار - صحيحة الكابلي المتقدمة، إذ فيها: «فإن تركها و أخرها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحيها، فهو أحق بها من الذي تركها، فليؤد خراجها إلى الإمام عليه السلام من أهل بيته، و له ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام» الخبر. و رواية ابن وهب المتقدمة، بناءً على كون الجزء المحذوف مثل قوله: فليس له ذلك، أي: طلبها من المعمر الثاني. و لعل هذا هو الظاهر، إذ الظاهر ممن عمرها هو المعمر بالفعل، فتأمل.

و الظاهر من صاحب الوسائل - في عنوان الباب الذي ذكر فيه تلك الأخبار - حمل الرواية الأولى على الأرض التي كانت للسابق على المحيي الثاني بغير وجه الإحياء، و مقابليها على ما كانت له بالإحياء. و فيه: أنه لا شاهد عليه من الأخبار.

ثمَّ القسم الثالث، إمّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفار، فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول إلاّ بناقل أو بطرؤ الخراب على أحد القولين (٢٨٨٢).

و قال بعض الأعلام في مقام الجمع ببقائها في ملك المعمر الأول، مع عدم جواز مزاحمته للمعمر الثاني مادام باقياً على عمارته بل مادامت عمارته باقية فيها، بدعوى أن الرواية الأولى نصّ في نفي الملك عن الثاني، بخلاف ما يدلّ على إثبات الملك له، فإنّه ظاهر - بلحاظ ظهور اللام - في الملك، فيحمل على مجرد الاختصاص الأعمّ من الملك.

و فيه: منع نصوصية الأولى فيما ذكره، لأنّها فرع نصوصيتها في كونها للأوّل المتفيسة فيها، لأنّ دلالتها عليه إنّما هي بواسطة كون إضافة الحقّ بمعنى اللام و ظهورها في الملك، فدلالة كلا الطرفين مستندة إلى ظهور اللام. هذا، إذا أريد من الحقّ فيها نفس الأرض. و أمّا لو أريد منه أجرة الأرض فتكون نصّاً في كون الملك للأوّل لا الثاني، لعدم قابليته حينئذٍ للتصرف و التأويل إلى ما يلائم كونه للثاني، لعدم احتمال ثبوت شيء بعنوان الأجرة على الثاني مع كون الملك له، وجوباً كما هو ظاهر الأمر بالأداء، أو ندباً كما قد يحتمل، لكن الشأن في إرادته.

و يمكن أن يجمع بينهما بحمل الأولى على صورة عدم إعراض المعمر الأوّل عنها، و الباقي على صورة الإعراض، مع الالتزام بكونه سبباً لزوال الملك عرفاً عكس الحيّزة، مع عدم الردع عنه شرعاً، بدعوى ظهور صاحب في قوله فيها: «فإن كان يعرف صاحبها، في صاحب الفعلي، و ظهور قوله في سائر الروايات: «تركها و آخرها» في الإعراض عنها بالمرّة، و لأقلّ من عموم هذه الصورة، فيختصّ بالرواية الأولى.

و الأولى من ذلك أن يقال: إنّ الثاني أحقّ بالأرض من الأوّل بحيث لا يجوز له مزاحمته، و لكن له على الثاني قيمة الأرض، بأن يراد من الحقّ في رواية سليمان قيمة الأرض لانفاسها و لأجرهما، و ذلك لأنّ صحيحة الكابلي نصّ في أحقية الثاني برقة الأرض الملازمة لسلب حقّ الأوّل عنها، و غاية مدلول رواية سليمان ثبوت الحقّ للأوّل، و أمّا أنّه رقة الأرض أو أجرهما أو قيمتها فلا دلالة لها عليه، بل بالقياس إليه بحملة، فيؤخذ بالقدر المتيقّن، أعني: مائة الأرض، و هو عبارة عن القيمة حال الخراب.

٢٨٨٢. هذا القيد راجع إلى خصوص زوال الملك بطرؤ الخراب، و القول الآخر عدم

زواله به. و قد أشار إلى هذين القولين في السابق بقوله: «ففي بقاءها على ملك معمرها...».

و إن كان من الكفار، فكذلك إن كان في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام، و إن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. و إن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم (٢٨٨٣) و بالاغتنام كسائر أموالهم.

ثم ما ملكه الكافر من الأرض: إمّا أن يسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه. و إمّا أن لا يسلم عليه طوعاً. فإن بقي يده عليه كافراً، فهو أيضاً كسائر أملاكه تحت يده. و إن ارتفعت يده عنها: فإمّا أن يكون بانجلاء المالك عنها و تخلّيتها للمسلمين أو بموت أهلها و عدم الوارث، فيصير ملكاً للإمام عليه السلام و يكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لاركاب. و إن رفعت يده عنها قهراً و عنوة، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة - كالنخل و الأشجار و البنيان - للمسلمين (٢٨٨٤) كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد كالحلاف و التذكرة ١٢ و غيرها و النصوص به مستفيضة: ففي رواية أبي بردة - المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج - قال عليه السلام: "من يبيعها (٢٨٨٥)؟ هي أرض المسلمين! قال: قلت: يبيعها الذي في يده. قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس، اشتر حقه منها، ويحوّل حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه" ١٤.

و في رسالة حماد الطويلة (٢٨٨٦): "ليس لمن قاتل شئ من الأرضين

و قد عرفت أن الأظهر هو الزوال به.

٢٨٨٣. من النقل و طرو الخراب على قول قويناه. و قوله: «بالاغتنام» عطف على الموصول.

٢٨٨٤. في الجملة، إمّا بتمامها كما قيل، أو ما عدا خمسها كما هو المشهور.

٢٨٨٥. الاستفهام للإنكار. و «هي أرض المسلمين» بيان لوجه الإنكار. و ضمير

«حقه» و «منه» راجع إلى البائع المستفاد من صدر السؤال. و ضمير «فيها» و «إليها» راجع إلى الأرض. و ضمير «يحوّل» و «عليه» راجع إلى المشتري المستفاد من قوله: «لا بأس أن اشتر حقه» أي: حقّ البائع من الأرض. و ضمير «خراجهم» راجع إلى المسلمين. و سيأتي الكلام في بيان المراد من الحقّ في هذه الرواية. و قد ذكرها في الوسائل في الجهاد في باب حكم الشراء من أرض الخراج و الجزية.

٢٨٨٦. لعلّ نظره دلالتها على ما ذكر هذه الأخبار - لأجل الاستشهاد بها عليه من

و ما غلبوا* عليه إلا ما حوى العسكر... إلى أن قال: و الأرض التي اخذت بخيل و ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج: النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحاً و لا يضر بهم** إلى أن قال: فيؤخذ ما بقي بعد العشر، فيقسم بين الوالي و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرمتها، فيدفع إليهم أنصبتهم على قدر ما صالحهم عليه و يأخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و في مصلحة ما ينوبه، من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد، و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة، ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير... الخبر" ١٥. و في صحيحة الحلبي، قال: "مثل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد. فقلنا: أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين (٢٨٨٧)،

كون الأراضي المعنونة*** من الكفار ملكاً لجميع المسلمين - إلى ما ذكره من ذيلها في صرف الخراج في مصلحة العامة، و إلا فلا دلالة لها عليه. ثم إن المرسلة طويلة، قد ذكر في الوسائل مقداراً منها في باب كيفية قسمة الغنائم من كتاب الجهاد، و مقداراً منها في باب الأنفال من كتاب الخمس، و مقداراً منها في باب بيان مقدار الزكاة في الغلات من العشر و نصف العشر من كتاب الزكاة.

٢٨٨٧. يعني: إلا أن تأخذ الأرض من الدهاقين، ملتزماً على أن تبقيةا في ملك المسلمين، و يكون لك في قبال ما بذلته من الثمن ما كان لهم من الأولوية. و يحتمل أن يكون المعنى: إلا أن تشتري نفس الأرض بحيث يكون الثمن بإزاء رقبة الأرض، بشرط أن تصيرها للمسلمين في كون الأجرة عليك كما كانت عليهم قبل الشراء. ثم إن ظاهر قوله: «فإن شاء ولي الأمر...» تزلزل العقد و ثبوت الخيار لولي الأمر، فيكون مخصصاً لأدلة لزوم المعاملة.

* في بعض النسخ زيادة: و لا ما غلبوا. ** في بعض النسخ زيادة: فإذا أخرج منها ما أخرج، بدأ فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقي سحاً، و نصف العشر مما سقي بالدوالي و النواضح. *** كذا في الطبعة الحجرية. ولا معنى لها، والظاهر أنها تصحيف: المعنونة، أي: ما أخذه المسلمون غنيمة.

فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها. قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل^{١٦}. و رواية ابن شريح: "سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه (٢٨٨٨) و قال: إنما أرض الخراج للمسلمين. فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها؟ فقال: لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك^{١٧}. و رواية إسماعيل (٢٨٨٩) بن الفضل الهاشمي،

ثم إن هذه الرواية و جميع ما بعدها من الروايات الثلاث ذكرها في الوسائل في باب اشتراط اختصاص البائع بملك المبيع من أبواب كتاب التجارة.

٢٨٨٨. المراد من الكراهة هنا - بقرينة قوله: «إنما أرض الخراج للمسلمين» بعد ضمّ عدم جواز التصرف في مال الغير - هو الكراهة البالغة حدّ الإلزام بالترك. و معنى قوله: «فإنه يشتريها الرجل» أنه يشتريها لا على نحو شراء ساير الأراضي بحيث لا يكون عليه شيء، بل إنما يشتريها على أن يكون خراجها عليه، فلا يتفاوت الحال فيما يرجع إلى المسلمين من الخراج بين ما قبل الشراء و ما بعده فأجابه عليه السلام بالجواز في هذا الفرض.

و أمّا قوله عليه السلام: «إلا أن يستحي من عيب ذلك» فالوجه فيه أن الظاهر أن مورد السؤال في هذه الرواية الأرض المأخوذة بالصلح، بأن صالح الإمام عليه السلام الكفار أراضيهم على أن يعطوا خراجها من الأرض، فإن الجزية تارة توزع على الرؤوس، و أخرى على الأرض. فعلى الأول تكون الأراضي المعمورة لهم لو كانت في دار الإسلام، لو قلنا بعدم اعتبار الإسلام في الملك بالإحياء، فلو نقلها ملاكها لاتخذ الجزية من المشتري، بل تؤخذ من البائع، لأنها موزعة على الرؤوس، لادخل لها بالأراضي. و على الثاني فكذلك إلا أنه لو نقلها ملاكها يجب على المشتري دفع الجزية و لو كان مسلماً، فإنها موزعة على رقاب الأراضي، فتدور معها حيث دارت، فيجب على المسلم المشتري أيضاً دفع الجزية. فقوله عليه السلام: «إلا أن يستحي...» إشارة إلى أن هذا القسم من الأرض لا بأس بشرائها، إلا أن يستحي المشتري من العيب الوارد عليه من شرائها، و هو صيرورته مثل الكفار في دفع الجزية، فإن هذا عيب على المسلم، فلا يشتريها حينئذ أيضاً. و الظاهر أن المنع على هذا تنزيهي.

٢٨٨٩. صدرها قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج، و أهلها كارهون، و إنما يقبلها السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز.

ففيها: "و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبني بها أو لم يبن، غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال". و في خبر أبي الربيع: "لا تشتري من أرض السواد (٢٨٩٠) شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هي في للمسلمين" ١٨. إلى غير ذلك....

فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا. و إن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها. قال: و سألته...» إلى آخر ما في المتن. و قد نقل صدرها السذي ذكرناه في الوسائل في الجهاد في باب أحكام الأرضين.

ثم إن المراد من نزولهم الأرض نزولهم فيها لأجل الزراعة. و المراد من البيوت يحتمل أن يكون ما بناه النازلون. و يحتمل كونها موجودة في الأرض فاشترها معها.

قال في مرآة العقول في شرح قوله: «يشارطهم» ما لفظه: «قيل: إنما شرط الاشتراط لأن سكانهم غالباً يكون في أجره عملهم. و على أي حال، لا ريب أن الاشتراط و تعيين الأجرة أدفع للنزاع و أقرب إلى الصحة. و قال الفاضل الأسترآبادي: إن المراد القسم الذي هو فيء للمسلمين. و المراد من قوله «يشارطهم» تعيين قدر الأجرة». انتهى. و على ما ذكره الفاضل يكون الشرط شرطاً حلياً ما يريد أخذه منهم، فكأنه عليه السلام قال في جوابه: نعم له أن يأخذ منهم أجره البيوت لكن في الجملة، لا مطلقاً و لو كانت أزيد من أجره المثل، فلو أراد جواز أخذها مطلقاً فيشارطهم، فكل ما أخذه بعد شرطه و تعيينه فهو حلال له بلغ ما بلغ، بخلاف ما إذا لم يشارطهم، فإنه لا يحل إلا مقدار أجره المثل.

و كيف كان، فلا دلالة لهذه على كون الأرض التي فتحت عنوة أو مطلق أرض الخراج للمسلمين، فلا وجه لذكرها في عداد تلك الأخبار.

٢٨٩٠. نسخ الرواية مختلفة، ففي الوسائل كما في المتن و في الخدائق و محكي نسخة من الوافي: «لا تشتروا» بصيغة الجمع المخاطب. و في الفقيه: «لا يشتري» بصيغة المفرد الغائب. و عن حواشي التقي المجلسي رحمته الله على الفقيه ما صورته: «أي: لا يشتري من الأراضي المفتوحة عنوة إلا مسلم أو معاهد يؤدى الخراج، لا الحربي الذي لا يؤدى الخراج. و يمكن الاستثناء من الكفار». انتهى. و عن حواشيه في توضيح قوله عليه السلام: «فإنما هي فيء للمسلمين» ما صورته: «فلا يجوز بيعه إلا ممن يؤدى الخراج إليهم». و في الوافي بعد نقل الخبر قال: «بيان: ذمة أي:

و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها (٢٨٩١) حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري.

.....

عهد و كفالة».

٢٨٩١. يعني: ظاهر ما تقدّم من الأخبار فالضمير راجع إلى جميع الأخبار المتقدمة، لا إلى خصوص الخبر الأخير كما قد يتوهم. و أنت خبير بأن مقتضى التأمل في هذه الأخبار ظهورها في إناطة البيع منعاً و جوازاً على سقوط الخراج عن أهل الأرض، على نحو تكون كسائر ما بيده من أملاكه من الأراضي و غيرها مما ليس عليه شيء بإزاء التصرف فيه، فلا يجوز، و عدم سقوطه، بل يكون على المشتري بعد الشراء كما كان على البايع قبله، فيجوز.

فبتلك الأخبار الدالة على الجواز على التقدير الثاني يقيد إطلاق رواية إسماعيل لو كان لها إطلاق يعمّ كلا الفرضين، مع أنّه ليس لها ذلك، لأنها - صدرأ و ذيلأ - واردة مورد حكم آخر، و هو جواز الشراء من السلطان مع كراهة أهل الأرض كما في الصدر، و جواز أخذ الأجرة على البيوت ممن نزل فيها، فلعلّ الشراء في موردها كان بالنحو الثاني. و إطلاق خبر إبراهيم بن زياد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية؟ فقال: اشتر، فإنّ لك من الحق أكثر من ذلك». و أمّا تعليقه في الذيل فقيم إجمال لا بدّ من التأمل في فهمه.

و بما أيضاً يخصّص ما يدلّ على اعتبار الملك في البيع، بل هي حاكمة عليه، مثل قوله: «لا بيع إلّا في ملك». بل يمكن القول بعدم التخصيص و الحكومة، بدعوى عموم الملك فيه لمثل ما يكون للبايع في هذه الأراضي من الاختصاص و الأولوية، مع كون المبيع مالاً كما فيما نحن فيه. بل يمكن القول بحصول الملك للبايع بالسبق بقصد الحيازة و مع البناء على أداء الخراج، نظراً إلى عموم «من سبق» مع عدم التنافي بين الملك للحائز و الملك للمسلمين، بمعنى صرف خراجها في مصالحهم العامة.

و لعلّه بما ذكرنا في مفاد الأخبار يرتفع إجمال خبر حريز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعتّه يقول: رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل مسلم اشترى أراضي الخراج. فقال أمير المؤمنين عليه السلام: له ما لنا و عليه ما علينا، مسلماً كان أو كافراً، له ما لأجل الله، و له ما عليهم» بأن يقال: إنّ معناه: أنّ ما يجوز لنا من الشراء مع الالتزام بالخراج يجوز لذلك المشتري، و ما لا يجوز علينا - و هو الشراء بدون الالتزام به - لا يجوز عليه.

نعم، يكون للمشتري (٢٨٩٢) على وجه كان للبائع، أعني مجرد الأولوية وعدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته ولو لعموم الشيعة كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر (٢٨٩٣) أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأمر المسلمين ونيابته عن الإمام عليه السلام. لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع (٢٨٩٤) عن التصرف فيها، قال: لا يجوز التصرف* فيها بيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصح أن يبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً وهو على حكم

٢٨٩٢. سوق الكلام أن يكون هذا استدراكاً من قوله: «على أن تكون - أي: الأرض - جزءاً من المبيع». يعني: وأما بيعها تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن يكون تمام المبيع هو الآثار، وتكون الأرض للمشتري على وجه كانت للبائع...، بطور التبعية الصرفة، بأن كان ذلك بنحو الاشتراط، بل بعدم اشتراط عدم التبعية، فيحوز، لوجود مقتضي وعدم المانع. أما بالقياس إلى نفس الآثار فواضح. وأما بالقياس إلى حق الأولوية فكذلك. بل يمكن القول بجواز نقل نفس حق الأولوية مجرداً عن الآثار، لقوله عليه السلام في رواية أبي بردة: «لابأس أن يشتري حقه» بناءً على كون المراد من الحق الأولوية لا الآثار كما هو الظاهر، إذ لم يتقدم للآثار ذكر في السؤال، مع أن حمله على الآثار منافٍ لإطلاقه، وموجب لتقييده بصورة وجود الآثار. ولا ينافي ذلك التعبير بالاشتراء، بلحاظ أن الحق غير قابل للاشتراء، فلا بد من إرادة الصلح، وهو خلاف الظاهر. وجه عدم المناقاة: أن التعبير به إنما هو لصرف الازدواج، ولمناسبة التعبير بالبيع قبله، فلا ظهور له فيما ذكر. هذا، ولكن الظاهر من الحق - بقرينة «من» في قوله «منها» الظاهرة في التبعض - هو رقة الأرض لا الأولوية، فتدبر جيداً.

٢٨٩٣. هذا مثال لمورد إجازة الإمام عليه السلام.

٢٨٩٤. يعني: الإطلاق الشامل لحالة الغيبة أيضاً. ثم إن هذا استدراك من قوله في السابق: «نعم يكون للمشتري...»، من ثبوت الأولوية وحق الاختصاص للبائع في الأرض بالتصرف وإحداث الآثار، فإنه إذا لم يجز التصرف فيها - حتى إحداث الآثار، وكان وجوده

الأصل^{١٩}. و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره.
و يحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك، و قال في
الدروس (٢٨٩٥): لا يجوز التصرف في المفتوحة عتوة إلا بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو
الوقف أو غيرهما. نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك (٢٨٩٦)، و أطلق في المبسوط (٢٨٩٧):
أن التصرف فيها لا ينفذ. و قال ابن إدريس: إنما يبيع و نوقف تحجيرنا* و بنائنا و تصرفنا،
لأنفس الأرض^{٢٠}، انتهى.

باطلاً كالعدم - لما يبقى ما يوجب الأولوية و حق الاختصاص حتى ينتقل إلى المشتري تبعاً
لانتقال الآثار.

٢٨٩٥. هذا ثاني الأقوال في المسألة، و هو على - ما سنبينه في وجه النظر في نسبة
التفصيل إليه بقوله: «بل الظاهر...» - التفصيل الموافق لفتوى جماعة بين بيعها تبعاً للآثار على
نحو تدخل في ملك المشتري فيحوز، و بين بيعها على الاستقلال بمجردة عن الآثار فلا يجوز. فعلى
هذا يكون المراد من البيع أو الوقف في قوله: «سواء كان بالبيع» هو بيع الأرض و وقفها تبعاً
للآثار. كما أن قوله: «و قد ينسب إلى الدروس...» إشارة إلى قول ثالث في المسألة يزعم
الناسب، و هو التفصيل بين زمان الغيبة فيحوز استقلالاً، و بين زمان الحضور فلا يجوز كذلك
إلا بعد الإذن من الإمام عليه السلام، فيكون المراد من البيع و الوقف في قوله المذكور بيع الأرض و
وقفها بمجردة عن الآثار. و في المسألة قول رابع، و هو جواز بيعها مطلقاً. نسبة في البلغة إلى
السبزواري في الكفاية و صاحب مفتاح الكرامة.

٢٨٩٦. يعني: بلا إذن من الإمام عليه السلام. و لعل نظره في ذلك إلى دعوى الجزم بعدم
تعطيل الأرض في زمان من الأزمنة، و لازم ذلك سقوط اعتبار الإذن في زمان الغيبة لأجل
التعذر، و إلا لزم التعطيل المعلوم بخلافه.

٢٨٩٧. يعني: أطلق في عبارته السابقة عدم جواز التصرف بالنسبة إلى زمان الحضور و
الغيبة. و قد مرّ حمله على صورة عدم الإذن في حال الحضور، فيرجع إلى تفصيل الدروس على
ما تقتضيه عبارته المحكية هنا.

و قد ينسب إلى الدروس (٢٨٩٨) التفصيل بين زمني الغيبة والحضور، فيجوز التصرف في الأول ولو بالبيع والوقف، لا في الثاني إلا بإذن الإمام عليه السلام، وكذا إلى جامع المقاصد. وفي النسبة نظر بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعة: من جواز التصرف فيه في زمان الغيبة بإحداث الآثار وجواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى: أنها مملوكة مادام الآثار موجودة. قال في المسالك - في شرح قول المحقق (٢٨٩٩): "ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها" -: إن المراد: لا يصح ذلك في رقبة الأرض مستقلة، أما* فعل ذلك بما تبعاً لآثار التصرف - من بناء وغرس وزرع ونحوها - فجائز على الأقوى. قال: فإذا باعها بايع مع شيء من هذه الآثار دخل في البيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره، ويستمر كذلك مادام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع من المتأخرين، وعليه العمل (٢١)، انتهى. نعم، ربما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبة حيث قال: إن قال قائل: إن ما ذكرتموه إنما دلّ على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدلّ على صحة تملكها بالشراء والبيع، ومع عدم صحتها لا يصح ما يتفرّع عليها.

قلنا: إنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض تؤخذ عنوة أو يصالح أهلها عليها، فقد اجنأ شرائها وبيعها؛ لأنّ لنا في ذلك قسماً (٢٩٠٠)؛ لأنّها أراضي المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصحّ الشراء والبيع

٢٨٩٨. عبارة الدروس التي حكاه المصنّف قبيل ذلك ظاهرة في هذا التفصيل المنسوب إليه، ولكن قيل: إنه حكى عنه أنّ في عبارته كلاماً يدلّ على كونه موافقاً للغير، فلا بدّ من الملاحظة. ٢٨٩٩. الغرض من نقل عبارته الاستشهاد على ما ذكره من أنّ فتوى جماعة في المسألة جواز بيع أرض الخراج ونقلها تبعاً للآثار. ٢٩٠٠. يعني: لأنّ لنا في ذلك الأرض حصّة، لأنّها للمسلمين ونحن من المسلمين، ولا يخفى ما في هذه العلة من التأمل، فتأمل.

فيه على هذا الوجه (٢٩٠١).

و أما الأنفال و ما يجري مجراها فلا يصح تملكها بالشراء و إنما ابيع لنا التصرف فيها حسب. ثم استدل على أراضي الخراج برواية أبي بردة السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقة الأرض، و دليله قرينة على توجيه كلامه (٢٩٠٢). وكيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعاً للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال (٢٩٠٣)، نعم، المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص (٢٩٠٤) للمتصرف مادام شئ من الآثار موجوداً.

فالذي ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذي يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول: أما في زمان الحضور و التمكن من الاستئذان، فلا ينبغي

.....
٢٩٠١. لم أفهم المراد من هذا.

٢٩٠٢. يعني من الدليل رواية أبي بردة. و الوجه في كونه قرينة على توجيه كلامه - الظاهر في جواز بيع رقة الأرض المفتوحة عنوة بالاستقلال، بحمله على بيعه تبعاً للآثار - دعوى ظهور الرواية في عدم جواز بيع رقتها، و أن الجائز هو بيع الآثار، بأن يراد من حق البائع فيها ما أحدثه من الآثار. و لكن نبهنا سابقاً أن الظاهر من كلمة «من» في «منها» - الظاهرة في التبعض - أن الحق أيضاً من الأرض، لا الآثار المحدثه و لا الأولوية، إذ المناسب له حينئذ تبديل «من» بـ «في». فكان الأرض بواسطة تعلق الخراج بها مشتركة بين البائع و بين سائر المسلمين، بمعنى صرف خراجها في مصارفهم. فعلى هذا لا تبقى لها دلالة على عدم الجواز، بل تدل على الجواز مع الالتزام بالخراج.

٢٩٠٣. يعني: إرادته من الملك في قولهم بحصول الملك تبعاً للآثار.

٢٩٠٤. لا موجب لذلك للمتصرف إلا حديث السبق إذا قصد التملك بالتصرف، أو بمجرد الاستيلاء مع البناء على أداء الخراج من ارتفاعها، أو فيما إذا لم يقصد عدم التملك و إن لم يقصد التملك أيضاً كما هو واضح، و قضية الملك لو لم يمنع مانع عقلي أو شرعي، و لا مانع في المقام إلا كونها للمسلمين، بملاحظة توهم التنافي بينه و بين كونها للمتصرف، و لا تنافي بينهما، إذ كونها له على نحو يكون خراجها عليه لا يناقض كونها لهم بمعنى صرف ارتفاعها في مصارفهم العامة، فلا يكون هو مانعاً، فتكون ملكاً له، فيجوز بيعها بمقتضى القاعدة و الأخبار، إلا إذا أوجب قوت الخراج، فافهم.

الإشكال في توقف التصرف على إذن الإمام (٢٩٠٥)، لأنه ولي المسلمين فله نقلها عيناً ومنفعة (٢٩٠٦). ومن الظاهر أن كلام الشيخ - المطلق في المنع عن التصرف - محمول على صورة عدم إذن الإمام مع حضوره، وأما في زمان الغيبة، ففي: عدم جواز التصرف إلا فيما أعطاه السلطان الذي حلّ قبول الخراج و المقاسمة منه أو جوازه مطلقاً (٢٩٠٧)؛ نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة لخصوص الموات التي هي مال الإمام، وربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كاجرة الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجازاً أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام أو التفصيل بين من يستحقّ أجرة هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها؛ لما يظهر من قوله (٢٩٠٨) للمخاطب في بعض أخبار حلّ الخراج: "وإنّ لك نصيباً في بيت المال" و بين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض، ولذا أفق غير واحد على ما حكى بأنّه لا يجوز حبس الخراج وسرقته عن السلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ٢٢ ما إذا دفعه إلى نائب الإمام أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيطة حال الفتح، و بين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز

٢٩٠٥. بل ينبغي الإشكال فيه، لقوة الصراف أدلة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذن منه أو من وليه عن هذا النحو من المال و الملك، الذي تقدّم أنّه ليس له معنى إلا صرف ارتفاع الأرض و خراجها في المصالح العامة للملك، فيرجع إلى أدلة الإباحة فيما يشكّ في حرمة المقتضية للجواز مع عدم الإذن من أحد في حال الحضور و الغيبة، لا من الإمام و لا من الحاكم و لا من الجائر.

٢٩٠٦. إن كان النقل راجحاً في نظره بالقياس إلى إبقائها و صرف خراجها في مصلحة المالك.

٢٩٠٧. يعني: حتّى بدون إذن الحاكم و الجائر. و قد حكى القول بذلك عن المحقق القمي في أجوبة مسائله و النراقي الكبير و ابنه. و قد يردّ ذلك بما تقدّم حكايته عن الشهيد الثاني في مسألة الخراج و المقاسمة من كونه خلاف الإجماع، و لكنّه منقول بالنسبة إلينا. و أما ما علّله به المصنّف بقوله: «نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل...»، فيمكن المناقشة فيه بأنّه مختصّ بما كانت الأرض من أموالهم كالأقاليم، لا ما كان للمسلمين و يكون لهم ولاية النظر فيها. فالعمدة أدلة أصالة الحلّ في المشكوك حليته و حرمة، فتدبر.

إحياء الأول؛ لعموم أدلة الإحياء و خصوص رواية سليمان بن خالد (٢٩٠٨) و نحوها: وجوه، أوقفها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

و كما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة (٢٩٠٩) كأوراق الأشجار و أثمارها و أخشاب الأبنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض و الجص و الحجارة و نحو ذلك، فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث (٢٩١٠) بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين؛ و لذا صرح جماعة كالعلاّمة و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم على ما حكى عنهم بتقيد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض، نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين؛ لأنه كما ينقل.

٢٩٠٨. قد مرّ نقلها. و وجه الخصوصية فيها كون موردها الأرض الخربة بعد العمارة، و إن كانت أعمّ من حيث كونها من المفتوحة عنوة أو من غيرها.

٢٩٠٩. و كما ذكرنا من انصراف أدلة حرمة التصرف في ملك الغير إلى غير هذا النحو من الأملاك، يعلم جواز التصرف فيها بالفصل، و التملك لما ينفصل منها لدليل السبق و غيره من أدلة الحيازة، ما لم يرد على الأرض و ما فيها من الأشجار ضرر يوجب نقص الخراج. و هذا هو السرّ في استمرار السيرة خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق، لو سلّمنا تحقّقها عليه فيها مع العلم بعملها من تربة الحياة منها التي هي ملك المسلمين، ضرورة عدم إحراز كونها من الحياة حال الفتح، و كون ذلك أحد أطراف العلم الإجمالي لا يجدي مع خروج ما عداه من الأطراف عن محلّ الابتلاء. و من هنا تظهر الخدشة في جعله ^{شبهة} السيرة مؤيدة بل دليلاً على كون المنفصل من أرض الخراج في حكم المباحات، فالعمدة ما ذكرنا.

٢٩١٠. يعني من القاعدة الاستصحاب، و كما يحدث بعد الفتح ما يصير من المنقول بعد الفتح بعد ما كان من غيره حاله، مثل الآجر و التراب و الكوز و الأشجار بعد قطعها. يعني: أنّ مقتضى استصحاب كون هذه الأمور الحادث كونها من المنقول ملكاً للمسلمين قبل حدوث النقل فيها إلى ما بعد حال حدوثه كونها ملكاً للمسلمين. و يمكن الخدشة في الاستصحاب بانقلاب الموضوع في مثل الكوز و الآجر و أمثال ذلك مما لا يصدق عليه الأرض، حيث إنّ موضوع الملك في السابق كان عنوان الأرض، و هو منتفٍ فيما ذكر من الأمور.

و حينئذ فمقتضى القاعدة عدم صحة أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لآمدخل لسلطان الجور؛ لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لأجزائها، إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز. و يحتمل كون ذلك (٢٩١١) بحكم المباحات؛ لعموم "من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به". و يؤيده بل يدل عليه: استمرار السيرة خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعمولة* من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأواني و ما عمل** من التربة الحسينية، و يقوى هذا الاحتمال (٢٩١٢) بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

واعلم أنه ذكر الفاضلان^{٢٣} و جمع ثمن تأخر عنهما^{٢٤} في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقاً و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى، و لا الرهن إلا بإذن المرهن أو إجازته، و لأمّ الولد إلا في المواضع المستثناة. و المراد بـ"الطلق" (٢٩١٣) تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، و يكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك لما يستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضياً فيه؛ لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذي الحق، فمرجعه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه بما يصح للمالك بيعه مستقلاً و هذا لما لا يحصل له، فالظاهر أن هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوه و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق. فمعنى "الطلق": أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق

٢٩١١. أي: ما ينفصل من الأراضي المفتوحة عنوة.

٢٩١٢. يعني: احتمال كونه من المباحات من حيث الحكم.

٢٩١٣. مرجع ما ذكره في معنى الطلق إلى ما في محكي كشف الظلام، من أن المراد منه هو الإطلاق في مقابل القيد، و لذا قال في تفسيره: «أي: غير مقيد بما يمنع من بيعه شرعاً، فلا يصح بيع الوقف». انتهى.

التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم* المنتزع تمهيداً لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لتأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية و الأصالة بالعكس.

ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثم عنوانوا حق الجاني و اختلفوا في حكم بيعه، و ظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، و قد أثارها بعض من عاصرناه^{٢٥} (٢٩١٤) إلى أزيد من عشرين، فذكر - بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر - : النذر المتعلق بالعين قبل البيع (٢٩١٥)، و الخيار المتعلق به (٢٩١٦)،

.....

٢٩١٤. هو صاحب المقاييس^{٢٦}، فإنه أثارها إلى اثنين و عشرين، قد ذكر المصنف منها ثمانية عشر، أربعة منها مشروحاً في ضمن مسائل أربع، و هي: الوقف و الرهن و الاستيلاء و الجناية، و أربعة عشر منها هنا إجمالاً و أما الأربعة التي لم يذكرها في المتن فهي: تعلق حق الغرماء بحال المفلس أو الميت، و تعلق حق المضمون له بالمال إذا شرط أداء الضمان منه، و عدم تمامية سبب الملك في المتبرعات - كالهبة و الهدية و الصدقة - قبل القبض على القول بأنه شرط اللزوم، و عدم تمامية سبب الملك في المعاوضات - كالصرف - قبل القبض على القول بأنه شرط اللزوم لا الصحة. و قد بسط الكلام في جميع هذه الحقوق في المقاييس، فراجع ترى ما لا ينقضي العجب من كثرة تحقيقه و طول باعه قدس الله تربته الزكية.

٢٩١٥. قد عنوان المسألة جماعة من الأصحاب رضي الله عنهم في كتاب العتق، كالشهيد في الروضة و جمال المحققين في حاشيتها. و جماعة أخرى في باب الأضحية من كتاب الحج، و في كتاب الصيد و الذباجة، و بعضهم في كتاب الزكاة. و الظاهر عدم منعه من صحة البيع، إلا بناءً على أن الأمر بالشئ يقتضي النهي عن ضده، و أن هذا النهي التبعية يدل على الفساد، و كلاهما في حيز المنع على ما قرّر في الأصول.

٢٩١٦. يأتي إن شاء الله تعالى تحقيق الكلام في أحكام الخيار، و تعرف هناك أنه لا يمنع

عن نفوذ البيع.

و الارتداد (٢٩١٧)، و الحلف على عدم بيعه (٢٩١٨)، و تعيين الهدي للذبح، و اشتراط عتق العبد في عقد لازم، و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه؛ حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، و التدبير المعلق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى و لم يمّت من علق عليه العتق كان مملوكاً للورثة ممنوعاً من التصرف فيه و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصي و قبل قبوله، بناءً على منع الوارث من التصرف قبله، و تعلق حق الشفعة بالمال؛ فإنه مانع من لزوم التصرفات (٢٩١٩) الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها، و تغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى (٢٩٢٠) فوطأها فأتت بالولد، بناءً على عدم جواز بيعها (٢٩٢١) و كونه مملوكاً ولد* من حرّ شريك في أمه حال الوطء،

٢٩١٧. يعني: ارتداد العبد المملوك، و في حكمه كلّ ما كان حدّه القتل، كبعض أقسام الزنا و اللواط و المحاربة مع الله و رسوله ﷺ. و لا يذهب عليك أن الإشكال في عدم جواز بيع المرتدّ و القول به إنّما هو لأجل كونه في معرض القتل، الموجب لتوهم سلب المالبة عنه لأجل ذلك، على ما مرّ الكلام في ذلك مفصلاً في بيع الأعيان النجسة، فلا يصحّ عدّ الارتداد من الحقوق المانعة عن البيع.

٢٩١٨. مانعية هذا و اشتراط العتق مبنية على استباعهما للحكم الوضعي. و فيه نظر. و القدر المتيقن استباعهما للحرمة التكليفية و الكفارة على المخالفة في الأوّل، و خيار تخلف الشرط في الثاني. و على هذا يصحّ بيعه. وكيف كان، فلا وجه لعدّه من الحقوق المانعة عن البيع.

٢٩١٩. لاربط له بمحلّ البحث من بيان ما هو مانع عن أصل الصحة.

٢٩٢٠. يعني: حبلى من عبد للبايع قد اشتراها مع حملها، فوطئها المشتري قبل مضي أربعة أشهر من حملها أو بزيادة عشرة أيام على الخلاف و لو لم يعزل عنها، و إلاّ فيجوز بيعه، لانتفاء المانع، و هو التغذية من نطفة المشتري.

٢٩٢١. لوجوب إعتاقه على المشتري في رأي صاحب المقابس. و تفصيل القول في حرمة بيع ذلك العبد و جوازه في بيع الحيوان من كتاب البيع. و أخبار المسألة ذكرها في

في عدم الجواز بيع الوقف ٢٦٩

فإنه مملوك له (٢٩٢٢)، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه و أخذ قيمته، و تعارض السبب (٢٩٢٣) المملك و المزيل للملك كما لو قهر حربي أباه، و الغنيمة قبل القسمة (٢٩٢٤) بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة، لاستحالة بقاء الملك بلا مالك، و غير ذلك مما سيقف عليه المتبع، لكننا نقصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف ثم أم الولد ثم الرهن ثم الجناية، إن شاء الله.

مسألة: لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة و محكياً ٢٦ و لعموم قوله عليه السلام:

"الوقوف (٢٩٢٥)

الوسائل في باب حكم من اشترى أمة حبلى فوطئها ثم ولدت، من أبواب نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح، فراجع.

٢٩٢٢. أي: للشريك الآخر غير الواطي، لكن ليس له أن يبيعه من غير الواطي أو يتصرف فيه بغير ذلك، بل يقومه و يأخذ قيمته من الواطي و يسلمه إياه. قال في المقاييس: هذا مبني على انعقاد الولد رقاً و اعتاقه بالتقويم و الأداء.

٢٩٢٣. يعني بالسبب المملك القهر، و المزيل للمملك القرابة الخاصة. و لا وجه أيضاً لعدّه من الحقوق المانعة.

٢٩٢٤. لعل عدم جواز بيعه بناءً على ما ذكر إنما هو لأجل الجهالة في المبيع، لا لأجل عدم كونه طلقاً، فلا وجه لذكره في عدادده، فتأمل.

٢٩٢٥. في دلالة على المنع تأمل، لأن الظاهر ورودها مورد بيان حكم آخر، و هو إمضاء ما يعتبره الواقف في الوقف حين الإنشاء من الكيفيات و الشروط، و تعيين الجهات في الموقوف عليه عموماً و خصوصاً و مصرفاً، إلى غير ذلك من الخصوصيات. و ليس وارداً في مقام المنع عن البيع و نحوه، فإن مانعية الوقف عن البيع بمحلول شرعي سابق على وقوع الوقف، و ليس من محمولات الواقف كي يتدرج تحت العموم المذكور، فالاستدلال به على المنع في غير محله، بل يناقض ما يذكره بعد ذلك عند التعرض للصور التي يجوز البيع فيها من منع دلالة على المنع. هذا، لكن التحقيق صحة الاستدلال به. بيانه: أن الظاهر أن حقيقة الوقف حبس الواقف العين في ملكه لأجل انتفاع الموقوف عليه، إذ الظاهر أن الوقف ليس له حقيقة شرعية و

على حسب ما يوقفها أهلها*، و رواية أبي علي بن راشد، قال: "سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إنني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلما عمرتها خبرت أمها** وقف. فقال: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك***، إدفعها إلى من أوقفت عليه. قلت: لأعرف لها رباً. قال: تصدق بغلتها" ٢٧. و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة عليهم السلام مثل: ما عن ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام - في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام -: "بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حي سوي: تصدق بداره التي في بني زريق، صدقة لاتباع و لاتوهب حتى يرثها الله الذي يرث

لامتشرعية، بل هو باقٍ على معناه اللغوي، و أن إطلاقه على الوقف المصطلح من باب إطلاق الكلّي على الفرد. و هو مصدر «وقف» متعدّياً بمعنى: منع لا لازماً بمعنى: سكن، لأن مصدره الوقوف. فيكون وقف العين منعها عن الخروج عما كان لها من الوصف، و هو إضافتها إلى الواقف و ملكها، و يلزمه الحبس في ملكه، كما أن الحبس فيه يلزمه الخروج عن الملك، و لذا عرفه جماعة من الأصحاب بتحبيس العين. و لما كان الداعي إلى المنع و الحبس هو انتفاع الموقوف عليهم بمنافعها، عطفوا عليه قولهم: تسبيل المنفعة و تقديمه إلى الموقوف عليه بكلمة «على» إنما هي بلحاظ ما ذكر من الداعي، إذ الظاهر أنها بمعنى اللام، كما في قوله عليه السلام: «من حفظ على أمّتي» الحديث - كما في بعض النسخ - أي: لأجل انتفاعهم، فتأمل.

فحقيقة الوقف المنع عن خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف و إبقائها فيه من حيث البناء و الالتزام، و لازمه الالتزام بأنّها لاتباع و لاتوهب و لاتورث. فعلى هذا يكون عدم جواز بيعها بالمعنى الاسم المصدريّ ممّا جعله الواقف و التزم به و بنى عليه، فيدلّ الحديث على إمضائه و أن التزامه به نافذ، و نتيجه عدم الجواز في الشرع أيضاً، و ممّا ذكرنا يعلم أن الوقف ليس ملكاً للموقوف عليهم، و إلّا لزم النقل أو التحوّل، ضرورة أن الوقف لغة ليس بمعنى التملك. و لزم عليهم زيادة التملك في تعريفه، و عدم الاقتصار على التحبيس و التسبيل. و يؤيده عدم

* في بعض النسخ زيادة: إن شاء الله.

** في بعض النسخ: «اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وقّيت المال خبرت أن الأرض...».

*** في بعض النسخ بدل «ملكك»، مالك.

السموات و الأرض، و أسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش و عاش عقبه، فإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين... الخبر" ٢٨. فإن الظاهر من الوصف (٢٩٢٦) كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، و يبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص، مع أن سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد أعني الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم (٢٩٢٧). مع أنه لو جاز البيع (٢٩٢٨) في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً بل مفسداً؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طروء الحاجة أو صيرورته لما لا ينتفع به أصلاً، إلا أن يقال (٢٩٢٩): إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه

حصول الملك في بعض أقسام الوقف مثل المسجد، و ليس للوقف إلا معنى واحد، فتدبر. ٢٩٢٦. يعني: ظهوره بقرينة السياق، على ما سيصرّح به بعد ذلك بقوله: «و إن كان الإنصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف...». لكن لم أفهم وجه ظهور السياق في ذلك بحيث يكون الوصف فيه مثله في قوله: «و طائر يطير بجناحيه» و يبعد كونها وصفاً للشخص. ثم إن المراد من الوصف منع المالك عن البيع و الهبة المستفاد من قوله: «لا يباع...»، إذ المراد منه عدم بيعه بحسب إرادة الواقف المالك و بناءً، لا عدم جواز بيعه شرعاً، لأنه - مع استلزامه أخذ الحكم في الموضوع - منافٍ لما سيذكره بعد ذلك من عدم منافاة جواز البيع لبقاء الوقف.

٢٩٢٧. لا على المالك الواقف، بأن يكون معنى قوله: «لا يباع...»: لا يبيعه الموقوف عليهم وكذلك ما بعده، لا لا يبيعه الواقف. و بالجملة، يعني: مع كون الفاعل المحذوف - القائم مقامه المفعول في الفعلين المبنيين للمفعول - هو الموقوف عليهم لا الواقف - إذ بناءً على الثاني يكون لتقدمه على الركن وجه، بخلافه على الأول، لأنه حينئذ يكون من قيود الموقوف عليه و شرائطه، و المناسب تأخره عنه، و من هنا يعلم وجه الخصوصية.

٢٩٢٨. هذا دليل ثالث على كون الوصف فصلاً للنوع. و قوله: «لمخالفته للمشروع» علة للفساد لا الإفساد.

٢٩٢٩. هذا جواب عن الدليل الثالث، كما أن قوله: «مع أن هذا التقييد...» جواب آخر عنه. و معناه: أن تقييد عدم جواز البيع بعدم العذر و عدم طروء المسوغات لا بد منه على

إلى البيع لا لعذر، مع أن هذا التقييد كما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً، مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة، وحينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع؛ فإن العلم بعدم طروء مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع كما لا يخفى. فظهر: أن التمسك (٢٩٣٠) بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلياً في أصل الوقف - كما صدر عن بعض من عاصرناه - لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع.

و كما ذكرنا ظهر: أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة: حق الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها، وحق البطون المتأخرة عن بطن البائع*، و التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات؛ فإن الوقف متعلق بحق الله؛ حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه، و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلها، و سيجي التفصيل.

ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفة: جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه، فإن مدلول صيغة الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن

.....
كلا التقديرين، فليس هناك إطلاق سالم عن التقييد على تقدير دون آخر حتى يكون دليلاً على الأول دون الثاني، فيكون مجملأ ساقطاً عن صحة الاستدلال به على كونه وصفاً للنوع. و أما قوله: «مع احتمال علم الإمام عليه السلام» فهو ترق عن التساوي المستفاد مما قبله، و ترجيح لاحتمال كونه وصفاً للشخص، بتقريب أنه على هذا يمكن حمله على صورة لاحاجة فيها إلى التقييد، كصورة علمه عليه السلام بعدم طروء ما يجوز بيعه و عدم احتمال ذلك، فلا يكون له أحوالي** حتى يلزم التقييد، بخلافه على الاحتمال الآخر، لما بينه في المتن.

٢٩٣٠. يعني: ظهر من قوله: «إلا أن يقال» إلى هنا أن التمسك

* في بعض النسخ زيادة: البائع السابق.

** كذا في الطبعة المحررة. و الظاهر سقوط كلمة «إطلاق» قبل «أحوالي». يعني: فلا يكون له إطلاق أحوالي حتى...

المعاوضة عليه (٢٩٣١)، إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الإنشاء، كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك المتهب المقتضي لتسلطه (٢٩٣٢) المنافي لجواز انتزاعه من يده، و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل، إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام (٢٩٣٣): أن الذي يقوى في النظر بعد إمعانه أن الوقف مادام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد. نعم، إذا بطل الوقف أتجه حينئذ جواز بيعه، ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة لبيعه. و قد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدل على المنع عن بيع الوقف - بعد النص و الإجماع بل الضرورة - بأن البيع و أضرابه ينافي حقيقة الوقف؛ لأخذ الدوام فيه، و أن نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً. و فيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره (٢٩٣٤) - و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع - فهذا لا محصل له (٢٩٣٥) فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه. و إن أريد

٢٩٣١. يعني: منع المالك، لأن منع الشارع ليس مأخوذاً فيه مفهوماً بل هو خارج عنه، و حكم من أحكامه قابل للتخصيص. فلا ينافي هذا ما سيأتي في مقام الرد على صاحب الجواهر رحمته من أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، فلا تغفل.

٢٩٣٢. يعني: المقتضي له بحسب بناء الواهب و مقصوده، فإن بناء الواهب في الهبة - كبناء البائع في البيع - تمليك المتهب بطور الدوام، و مع ذلك حكم عليه بالجواز و مخالفة مقصوده من أول الأمر، فيحوز له الحكم بالجواز هنا عند طرؤ الجوز. و مجرد الفرق بينهما بالابتداء و الاستدامة غير فارق حتى لا يجوز قياس المقام على الهبة كما لعله يتوهم، و لأجل دفع هذا التوهم أمر بالتأمل.

٢٩٣٣. يعني به صاحب الجواهر رحمته.

٢٩٣٤. يعني: بالبعض حرمة البيع. و ضمير «هو» فيما بعده راجع إلى الانتفاء باعتبار تأويله إلى المنفي.

٢٩٣٥. لأنه - كما في بعض الحواشي - يصير معنى قوله: «إذا بطل الوقف أتجه حينئذ جواز بيعه» أنه إذا جاز بيع الوقف أتجه جواز بيعه.

به انتفاء أصل الوقف (٢٩٣٦) كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه - مع كونه خلاف الإجماع؛ إذ لم يقل أحد (٢٩٣٧) - ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد بطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف - أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد و شبهها (٢٩٣٨) قسم من التملك و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز إيجابه بلفظ "تصدقت"، إلا أن المالك له بطون متلاحقة، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً (٢٩٣٩) عن جميع الملاك في إبدال ما لهم بمال آخر، و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود - على القول بجوازه - فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف (٢٩٤٠) ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل؛ و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع (٢٩٤١)، كان الوقف على حاله؛ و لذا صرح في

٢٩٣٦. هذا هو مراده عليه السلام. و ما أورد عليه من منع أخذ المنع عن البيع في مفهوم الوقف قابل للجدشة، لأنه إن أُريد من المنع عن البيع منع الواقف عنه في صيغة الوقف، ففيه: أنه كما ترى على ما اعترف به في السابق. و إن أُريد منع الشارع، كما هو الظاهر بقرينة كلامه السابق، ففيه: أنه نعم لم يؤخذ فيه لكنه لا يجدي في رد ما ادّعاه من بطلان الوقف، لاحتمال أن يكون مراده منه عدم إمضاء الشارع له على طبق ما قصده الواقف، بأن يريد من أخذه فيه في صحته بمعنى إمضاء الشارع له و لو قلنا بأن ألفاظ المعاملات - التي منها الوقف - موضوعة للصحيحة فالأمر أوضح.

٢٩٣٧. يمكن دفعه بأنه إنما يلزم لو كان بطلان الوقف عنده به ببطلان التملك للموقوف عليهم، و فيه منع جلي، لإمكان كونه ببطلان التحبّيس في ملكهم، فافهم.

٢٩٣٨. يعني من شبه المساجد الرباطات. وكيف كان، لم يظهر لي وجه لمنافاة كون الوقف في غيرهما قسماً من التملك، لأخذ المنع عن البيع في مفهوم الوقف.

٢٩٣٩. إثبات هذا بالدليل - مع كونه على خلاف الأصل - مشكل جداً، فيمكن أن يقال إن الولي هو الحاكم، و الأحوط كون البيع بإذنه و إذن البطن الموجود.

٢٩٤٠. الأولى إسقاط كلمة الحق من العبارة، لأن جواز البيع حكم لاحق.

٢٩٤١. «لم يتفق البيع» عطف على «فرض». ثم في شهادة ما ذكره من الأمرين على

جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حداً يجوز بيعه؛ معللاً باحتمال طرؤ اليسار (٢٩٤٢) للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرقن ٢٩.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً: أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً، وهو الظاهر من كلام الحلّي حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد^(١): والذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقيضه لا يجوز الرجوع فيه، و لا تغييره عن وجهه و سبله و لايّعه، سواء كان بيعه أدر* عليهم أم لا، و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره، أو يحصل بحيث (٢٩٤٣) لا يجدي نفعاً أم لا. قال الشهيد^(٢) - بعد نقل أقوال المجوزين -: و ابن إدريس سدّ الباب (٢٩٤٤) و هو نادر مع قوّته ٣٠.

عدم بطلان الوقف بجواز البيع نظر. أمّا الثاني فلاّنه مصادرة صرفة. و أمّا الأوّل فلاّمكان أن يقول فيه برجوع الوقفية، لأجل رجوع جواز البيع، لأجل اندفاع الضرورة بعد بطلانه، لجواز البيع لدفع الضرورة، أخذاً بعموم أدلة صحّة الوقف، لما هو التحقيق من لزوم الرجوع إلى العموم في العامّ المخصّص بمخصّص يشكّ فيما بعد مقدار من الزمان، لا إلى استصحاب حكم المخصّص. و من هنا يعلم المناقشة في الاستشهاد بكلام جامع المقاصد، فتأمل. و لو استند في ذلك إلى الإجماع ببقائه على الوقفية مع اندفاع الضرورة، فيمكن أن يقال: إنّ مراد صاحب الجواهر من جواز البيع القائل بكونه مبطلاً للوقف جوازه مشروطاً بعدم زواله، فافهم.

٢٩٤٢. فلا يتحقّق ما هو الملاك في الرهن، و هو الاستيثاق عند الحاجة إلى البيع.

٢٩٤٣. يعني: أو يحصل من يراعيه بعمارة و لكن لا يجدي نفعاً.

٢٩٤٤. «سدّ» بصيغة الماضي خبر. و المراد من الباب باب جواز البيع. و ضمير

«هو» و «قوّته» راجع إلى السدّ المستفاد من «سدّ». و مجموع هذا الكلام مقول لـ«قال الشهيد». و الغرض من نقله إبداء أن الشهيد^(٣) يظهر من قوله: «مع قوّته» ميله إلى المنع. كما أن الغرض من قوله: «و قد ادّعى في السرائر...» - كما في بعض الحواشي - هو الإشارة إلى تحرير محلّ الخلاف في المسألة.

وقد ادعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم، وأما إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجوز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا^{٣١}، انتهى. وفيه نظر يظهر مما سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤبد. وحكي المنع مطلقاً (٢٩٤٥) عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً إلا في آلات الموقوف* وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع. قال الإسكافي فيما حكى عنه في المختلف: إن الموقوف** رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبّله (٢٩٤٦) من منفعة فلا بأس ببيعه وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن أو صرفه فيما كان يصرف*** إليه منفعة، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح^{٣٢} (٢٩٤٧)، انتهى. وقال فخر الدين في الإيضاح في شرح قول والده رحمته الله: "و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه"، قال بعد احتمال المنع بعموم النص في المنع: والأصحّ عندي جواز بيعه و صرف ثمنه في المماثل إن أمكن و إلا ففي غيره^{٣٣}، انتهى. ونسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بدّ أن تبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف، وسيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي (٢٩٤٨) أيضاً، فلاحظ.

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد وهو المحكي عن القاضي، حيث قال في محكي المذهب: إذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن

٢٩٤٥. يعني: ولو حرب و لم ينتفع به.

٢٩٤٦. يعني: جعله في سبيل الله تعالى.

٢٩٤٧. هذا قيد للبيع [في] قوله: « فلا بأس ببيعه ».

٢٩٤٨. يعني: المنع مطلقاً، ولم يذكرها المصنّف فيما بعد، وإن أردت الاطلاع

عليها فراجع المقابس، فإنه منقولة فيه بطولها.

عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدّمناه و حصل الخوف من هلاكه أو فساد؛ أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم، أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساد، فإنه حينئذٍ يجوز بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه و لا يجوز هبة الوقف و لا الصدقة به أيضاً. و حكى عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي (٢٩٤٩) لكنّ العبارة المحكية عن كافيه لاتساعده بل ربّما استظهر منه المنع على الإطلاق، فراجع. و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق. و المحكي عن الفقيه: أنّه قال - بعد رواية عليّ بن مهزيار الآتية - : إنّ هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد* على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه أبداً^{٣٤}. ثمّ إنّ جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة (٢٩٥٠) في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضي، كما لا يخفى.

ثمّ إنّ هؤلاء إن كانوا ممن يقول** برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه،

٢٩٤٩. يعني: التفصيل بين المؤبد و المنقطع و هذا التفصيل هو المراد من القول المتقدّم في عبارة المصنّف فيما بعد: «لكن هذا لا يدفع الإشكال - أي: إشكال التناقض عن الحلبي - المحكيّ عنه القول المتقدّم». انتهى. و إنّما يدفع بما ذكره من عدم مساعدة عبارته لقوله به.

٢٩٥٠. يعني بالطبقة الأخيرة من لم يشترط الواقف رجوع الوقف إلى من بعدهم من الفقراء مثلاً إلى أن يرث الله تعالى الأرض، فقد يكون مصداقه الطبقة الأولى، كما إذا قال: وقفت هذا على زيد و عمرو و خالد من أولادي، أو قال: على أولادي الموحودين: و قد يكون غيرها، كما إذا قال: وقفت على أولادي نسلاً بعد نسل. و أمّا وجه عدم ظهور جواز بيع من عدا الطبقة التي لم يجعل الواقف الوقف إلى من بعدهم - كالطبقة الأولى مثلاً في المثال الثاني - فواضح، لأنهما ما حكما إلاّ بجواز بيع من ليس بعده من يكون الوقف راجعاً إليهم

* في بعض النسخ بدل «و من بعد»، ثمّ. ** في بعض النسخ: يقولون.

فللقول بجواز بيعه وجه، أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلاوجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم. و قد حكى القول بهذين (٢٩٥١) عن القاضي، إلا أن يوجه بأنه لايقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف حتى يكون حبساً، بل هو وقف حقيقي و تملك للموقوف عليهم مدة وجودهم، و حينئذ فيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون في الوقف المؤبد. لكن هذا الوجه لايدفع الإشكال عن الحلبي، المحكي عنه القول المتقدم، حيث إنه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف*.

الثالث: الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد^{٣٥} في الجملة، و أما المنقطع فلم ينصوا عليه (٢٩٥٢) و إن ظهر من بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناءً (٢٩٥٣) على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف كالشيخ و سائر^{٣٦}. و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر - كالسيد أبي المكارم ابن زهرة - فلازمه جعله كالمؤبد (٢٩٥٤). وكيف كان فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء، فنقول: قال المفيد في المقنعة الوقوف في الأصل صدقات لايجوز الرجوع فيها (٢٩٥٥)

.....
بحسب شرط الواقف و مقتضى صيغة وقفه.

٢٩٥١. يعني هما الرجوع إلى الواقف، و جواز بيع الموقوف عليه.

٢٩٥٢. يعني القائلين بالجواز في المؤبد.

٢٩٥٣. يعني: تخصيص الجواز بالمؤبد، من جهة بنائه رجوع المنقطع إلى ورثة الواقف. فقوله^{٣٧}: «بناءً» بيان لوجه التخصيص و علة له.

٢٩٥٤. يعني: في جواز البيع في الجملة.

٢٩٥٥. مقتضى قوله فيما بعد: «و إذا أخرج الواقف الوقف من يده...» أن مفروض الكلام في الصدر إنما هو فيما قبل القبض. و عليه، لاوجه لحكمه بعدم جواز الرجوع في الوقوف، لأن القبض لأقل من كونه شرطاً في لزوم لو لم يكن جزء السبب أو شرط الصحة.

* في بعض النسخ زيادة: و جواز بيع الوقف حينئذ مع عدم مزاحمة حق الموقوف عليه مما لا إشكال فيه.

إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معונتهم و التقرب إلى الله بصلاتهم، أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدر* عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله. و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شئ منه و لا تغيير شرائطه و لانقله عن وجوهه و سبله. و متى اشترط الواقف في الوقف: أنه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه، جاز له فعل ذلك. و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً، فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه. وكذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله، و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات^{٢٧}. انتهى كلامه عليه السلام. و قد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد جواز بيع الوقف في خمسة مواضع، و ضم صورة جواز الرجوع و جواز (٢٩٥٦) تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة (٢٩٥٧) المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم و وفاة الواقف^{٢٨}، فلاحظ و تأمل.

ثم إن العلامة ذكر في التحرير: أن قول المفيد بأنه "لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن

و هذا هو الوجه فيما ذكره المصنف فيما بعد من شدة مخالفته للقواعد التي لأجله لم يرتض العلامة بظاهره للمفيد عليه السلام و حكم بتأوله. و لعل نظره عليه السلام في التأويل إلى أن يقال: إن مراده من الجواز في قوله: «لا يجوز الرجوع...» الجواز بالمعنى الأخص، و هو ما تساوى طرفاه، لا بالمعنى الأعم المقابل للحرمة. و عليه، يمكن حمل عدم الجواز بذاك المعنى على الكراهة، نظراً إلى أن انتفاء المباح كما يكون في ضمن الحرمة، كذلك يمكن أن يكون في ضمن الكراهة، فتدبر. ثم إن المراد مما يمنع الشرع من معונتهم هو مثل الكفر و الارتداد.

٢٩٥٦. المذكورتين قبل القبض و وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم، و الحال أنها

ليست من صور جواز البيع، لأن الرجوع و تغيير الشرط غير البيع.

٢٩٥٧. أحدها: ما أشار إليه بقوله: «إلا أن يخرب و لا يوجد...». ثانيها: ما أشار إليه

بقوله: «أو يحصل بحيث...». و ثالثها: ما أشار إليه بقوله: «و كذلك إن حصلت» لأنها التي

يحدث - إلى قوله: - أنفع لهم من تركه على حاله"، متاؤل ٣٩. و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد. و قال في الانتصار على ما حكى عنه: و لما انفردت الإمامية به: القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه و أن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه، و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة. ثم احتج باتفاق الإمامية، ثم ذكر خلاف ابن الجني، و رده بكونه مسبقاً و ملحوقاً بالإجماع، و أنه إنما عول في ذلك على ظنون له و حسابان و أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها. ثم قال: و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه؛ لشدة فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه؛ لأنه إنما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه و لم يبق منفعة فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه (٢٩٥٨)، انتهى. و قال في المبسوط: و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة و لا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه، و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه ٤٠، انتهى. ثم احتج على ذلك بالأخبار. و قال سائر فيما حكى عنه: و لا يخلو الحال في الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يقفوا على الحال التي وقف فيها أو يتغير الحال، فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لاهبته و لا تغيير شيء من أحواله، و إن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم، انتهى. و قال في الغنية على ما حكى عنه: و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة

.....
ذكرت بعد القيدتين المذكورين. و حينئذ يشكل بأنه لا وجه لعدم ملاحظة الصورة المذكورة بين القيدتين، و هي صورة اشتراط الواقف رجوعه إلى الواقف متى احتاج إليه، حتى يكون الموضع التي يستفاد من الكلام المذكور ستة. هذا بناءً على كون الشهيد (رحمه الله) مصرحاً ببعديّة الموضع الثلاثة حتى بالنسبة إلى وفاة الواقف، و إلا فيمكن أن يقال - بل هو الظاهر - بأن صورة اشتراط الرجوع أحد الموضع الثلاثة، بملاحظة أن مرجع ما أشار إليه بقوله: «أو يحصل...» إلى سابقه، فلا وجه لجعله صورة مستقلة، فلا بد من مراجعة غاية المراد.

في عدم الجواز بيع الوقف ٢٨١

شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه؛ بدليل إجماع الطائفة، ولأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعة إلا على الوجه الذي ذكرنا جازاً^{٤١}، انتهى. وقال في الوسيلة: ولا يجوز بيعه - يعني الوقف - إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به^{٤٢}، انتهى. وقال الراوندي في فقه القرآن على ما حكى عنه وإنما يملك بيعه على وجه عندنا وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة^{٤٣}، انتهى. وقال في الجامع على ما حكى عنه: فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنة بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه، انتهى. وعن النزهة: لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة ويكون بيع الوقف أصلح لهم، انتهى. وقال في الشرايع: ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاءه إلى خرابه خلف بين أربابه ويكون البيع أعود وقال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا يخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه المنع^{٤٤}، انتهى. ومثل عبارة الشرايع في كتابي البيع والوقف عبارة القواعد في الكتابين. وقال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو تهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف، ولم يجز بيعها. ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر كلام ابن إدريس وفتواه على المنع مطلقاً وتنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، وفيه الخلاف على المنع في المؤبد، ثم قال: ولو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية - كدار تهدمت وعادت مواتاً ولم يتمكن من عمارتها - ويشتري بثمنه ما يكون وقفاً، كان وجهاً^{٤٥}، انتهى. وقال في بيع التحرير: ولا يجوز بيع الوقف مادام عامراً، ولو أدى بقاءه إلى خرابه جاز، وكذا يباع لو خشي وقوع فتنة بين أربابه مع بقاءه على الوقف، انتهى. وعن بيع الإرشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأي، وعنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب. وقال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه: والوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكن من عمارته أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى. وقال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه؛ إذ

القصْد منه التأييد. نعم، لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه و خشي تلفه أو ظهور فتنة بسببه جَوَزَ أكثر علمائنا بيعه، انتهى. و قال في غاية المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجة. و قال في السدروس: لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤذي إلى فساد^{٤٦}. و قال في تلخيص اللمعة: لو أدى بقاءه إلى خرابه لخلف أربابه، فالمشهور الجواز، انتهى. و قال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: إن لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً متعدّدة، أشهرها: جوازه إذا وقع بين أربابه خلف و فتنة و خشي خرابه و لا يمكن سدّ الفتنة بدون بيعه، و هو قول الشيخين، و اختاره نجم الدين و العلامة^{٤٧}، انتهى. و قال في التقيح على ما حكى عنه: إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً، جاز بيعه. و عن تعليق الإرشاد: يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس. و عن إيضاح النافع: أنّه جَوَزَ بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلاّ بالبيع، قال: فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز، و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه، انتهى. و مثله كلامه المحكي عن تعليقه على الشرايع.

و قال في جامع المقاصد - بعد نسبة ما في عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر -: إنّ المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع: أحدها: إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحُصْر المسجد إذا اندرست و جذوعه إذا انكسرت. ثانيها: إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، و مستنده صحيحة عليّ بن مهزيار. و يشتري بثمنه في الموضعين ما يكون وفقاً على وجه يندفع به الخلف؛ تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. و يتولّى ذلك الناظر الخاصّ إن كان و إلاّ فالحاكم. ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلّة و غيرها؛ لرواية جعفر بن حنّان عن الصادق^{عليه السلام} ^{٤٨}. انتهى كلامه رفع مقامه. و قال في الروضة: و الأقوى في المسألة ما دلّ عليه صحيحة عليّ ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد^{عليه السلام} من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، و علّله^{عليه السلام} بآئله: "ربّما جاء فيه تلف الأموال و النفوس"، و ظاهره أنّ خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك. قال: و لا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم يكفهم غلّته، أو كان أعود أو غير ذلك ممّا قيل؛ لعدم دليل صالح عليه^{٤٩}، انتهى.

في عدم الجواز بيع الوقف ٢٨٣
و نحوه ما عن الكفاية.

هذه جملة من كلماتهم المريّة أو المحكيّة. و الظاهر أنّ المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنّ بذلك الموجب لصدق الخوف، لا التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان "التأدية" في بعض تلك العبارات متّحداً مع عنوان "خوفها" و "خشيتها" في بعضها الآخر، و لذلك عبّر فقيه واحد تارة بهذا و أخرى بذاك كما اتّفق للفاضلين و الشهيد. و نسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلاّمة في التذكرة و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع، و آخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد أو إلى المشهور كاللمعة. فظهر من ذلك: أنّ جواز البيع بظنّ تأدية بقائه إلى خرابه كما تحقّقت فيه الشهرة بين المجوّزين، لكنّ المتيقّن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه، اللّهمّ إلّا أن يستظهر من كلماتهم كالنصّ كون الاختلاف من باب المقدّمة و أنّ الغاية المجوّزة هي مظنة الخراب (٢٩٥٩).

إذا عرفت ما ذكرنا، فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع، أمّا الأوّل: فالذي ينبغي أن يقال فيه: إنّ الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم، فلهم استئجاره و أخذ أجرته فمن انتفع به بغير حقّ. والثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فكّ ملك نظير التحرير كما في المساجد و المدارس و الربط؛ بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة ٥٠، فإنّ الموقوف عليهم (٢٩٦٠) إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة،

.....
٢٩٥٩. و لو كانت لغير اختلاف الأرباب.

٢٩٦٠. ظاهر التعبير أنّه علّة لعدم دخولها في ملك المسلمين. و فيه: أنّ ملكهم للانتفاع دون المنفعة يحتاج إلى دليل مفقود، بل الظاهر أنّ الوقف في جميع الموارد على نسق واحد، فإن كان ملكاً للموقوف عليهم - كما عن الجواهر - ففي الجميع، و إلّا بل كان باقياً على ملك الواقف - كما تقدّم نقله عن الحلبي، و هو الذي يقتضيه الأصل، بل هو الظاهر من حقيقة مفهوم الوقف لغةً و عرفاً كما عرفت، و على طبق هذا المعنى اللغوي ورد قوله ﷺ: «حبس الأصل و سبّل المنفعة» - أو كان ملكاً لله تعالى فكذلك أيضاً. و الحاصل: أنّه لا يصحّ جعله علّة له إلّا بعد ثبوت نفس هذه العلّة، و لكنّها لم تثبت، لعدم الدليل عليه، فيمكن كونهم

فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل، و الظاهر أن محل الكلام في بيع الوقف إنما هو القسم الأول، و أما الثاني فالظاهر (٢٩٦١) عدم الخلاف في عدم جواز بيعه؛ لعدم الملك. و بالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق لا فيما لم يكن ملكاً، و حينئذٍ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجوز بيعه و صرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، و الظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد^{٥١}.

نعم، ذكر بعض الأساطين - بعد ما ذكر: أنه لا يصح بيع الوقف العام مطلقاً، لا لعدم تمامية الملك بل لعدم أصل الملك؛ لرجوعها إلى الله و دخولها في مشاعره -: أنه مع اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة تؤجر للزراعة و نحوها، مع المحافظة على الآداب

.....

مالكين للمنفعة فيها أيضاً، فعلى الغاصب أجره المثل تصرف في منافع الموقوف عليهم في جهة الوقف لهم، لكن لاملازمة بين ملك المنفعة و ملك العين، كما في العين المستأجرة. فما يظهر من قوله: «دون المنفعة» من الملازمة فاسد. كما أنه لا ملازمة بين ملك المنفعة و صحة الإجارة، لإمكان أن يكون الملك منفعة خاصة كصلاة المسلمين في المسجد، فلا يجوز إجارته، أما لغير منفعة الصلاة فلعدم الملك بالنسبة إليه، و أما لمنفعة الصلاة فكذلك أيضاً لو كانت صلوة المستاجر، لاستحقاقه لها بدون الأجرة، فالأجرة بإزائها أكل بالباطل، و لو كانت صلوة المؤجر القائمة به فلعدم إمكان نقلها إلى الغير.

٢٩٦١ . قضية هذا الكلام عدم الخلاف في عدم جواز بيع الوقف أصلاً عند من يقول بخروجه عن ملك الواقف و عدم دخوله في ملك الموقوف عليه. و على هذا، كان اللازم بناء النزاع على القول بكونه ملكاً للموقوف عليه بأن يقول: إن الذي ينبغي أن يقال: إن الوقف إنما ملك للموقوف عليه و إنما لا. و على الثاني لانزاع في عدم جواز بيعه، لعدم الملك. و إنما النزاع فيه على الأول، فبناءً على أن وقف المساجد و نحوها أيضاً ليس فك ملك بل ملك للموقوف عليه - كما هو قضية وحدة حقيقة الوقف و مفهومه لغةً و عرفاً - يجوز بيعها بما يجوز بيع غيرها من الأوقاف. بل يمكن القول بالجواز بناءً على الفك و التحرير أيضاً، بدعوى أنه لا دليل على اعتبار ملك المبيع في صحة البيع إلا مثل قوله «لا بيع إلا في ملك»، و لا دلالة

اللازمة لها إن كان مسجداً مثلاً وإحكام السجلات (٢٩٦٢)؛ لئلا يغلب اليد فيقضى بالملك، و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً، ومع التعارض (٢٩٦٣) فالمدار على الراجح وإن تعذر صرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذر صرف في مصالح المسلمين. وأما غير الأرض مسن الآلات والفرش والحيوانات و ثياب الضرائح ونحوها، فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أعدت له، كانت على حالها وإلا جعلت في المماثل، وإلا في غيره وإلا ففي المصالح على نحو ما مر، وإن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة والعود ملكاً للمسلمين لتصرف في مصالحهم والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك، ويحتمل بقاءه على الوقف وبيع؛ احترازاً عن التلف (٢٩٦٤) والضرر ولزوم الحرج (٢٩٦٥)، و تصرف مرتباً على النحو السابق. وهذا* هو الأقوى كما صرح به بعضهم، انتهى.

و فيه: أن إجارة الأرض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكاً

عليه، لاحتمال أن يكون المراد منه ملك البيع لا ملك المبيع، ولذا يجوز بيع الوكيل والولي مع أن المبيع ليس لهما، وهذا موجود في البائع عند طروء المسوغات في سائر الأوقاف.

٢٩٦٢. هو بكسر الهمزة من باب الإفعال. والمراد من السجل ورقة وقفية العين الموقوفة. يعني: إحكامها بمهر العلماء الشهود الثقات.

٢٩٦٣. يعني: ومع تعارض الأوصاف الثلاثة أحدها مع الآخر فالمدار على ملاحظة الراجح من الأوصاف و تقديمه على المرجوح منها إن كان، كأن دار الأمر بين الصرف في المماثل الأبعد الأفضل و بين الأقرب غير الأفضل، فيقدم الأول على الثاني. وكذا لو دار الأمر بين الأحوج والأفضل، لا يبعد ترجيح الأول على الثاني.

٢٩٦٤. يعني: تلف هذه الأموال لو لم يجب الحفظ.

٢٩٦٥. يعني: في حفظ غير الأرض من الأمور المذكورة.

للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحة عنوة، لكنه غير ثابت و المتيقن خروجه عن ملك مالكه، أما دخوله في ملك المسلمين فممنفي بالأصل. نعم، يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين؛ لأصالة الإباحة، و لا يتعلق عليهم أجرة.

ثم إنه ربما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته، مثل رواية مروان بن عبد الملك: "قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئاً ما قضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركته. قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا" (٢٩٦٦). قيل: و في رواية أخرى: "يجوز استعماله و بيع نفسه" وكذلك ما ذكره (٢٩٦٧) في بعض حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع، اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبدولان للبيت و المسجد فيكون كسائر أموالهما، و معلوم أن وقفية أموال المساجد و الكعبة من قبيل القسم الأول و ليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيها بالبيع.

نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالخصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، و بين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد كالخصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد؛

.....

٢٩٦٦. لعل المنع عن التكفين تبعّد صرف. و يحتمل أن يكون من جهة أن ثوب الكعبة كان من الحرير. و احتمل في الصافي حاشية الكافي أن المنع عنه لعله من جهة كونه كتماناً، و استند في المنع عنه إلى رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الكتان لبني إسرائيل يكفّنون به، و القطن لأمة محمد صلى الله عليه وآله. و احتمل أيضاً أن المنع عنه لعله كان لأجل سواده، و استند في ذلك إلى رواية الحسين بن المختار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يكفّن الميت بالسواد». و لا يخفى أن النهي على ما ذكرنا للتحريم، و على ما ذكره من الاحتمالين للتنزيه.

٢٩٦٧. يعني: ينافي ما ذكرنا أيضاً ما ذكره قوله لعله إشارة إلى استبعاد الاختلاف في

و الثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف. ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد: أن الحصر يتصور فيه كونه وقفاً على المسلمين لكن يضعه في المسجد؛ لأنه أحسد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع في المسجد، فإذا خرب المسجد أو استغني عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره و لو مع حاجته.

لكن يبقى الكلام في مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حب ماء فيه، و إن كان الظاهر في الأول الاختصاص - و أوضح من ذلك الترب الموضوعة فيه - و في الثاني العموم، فيجوز التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاة في المسجد، و الحاصل: أن الحصر و شبهها الموضوعة في المساجد و شبهها، يتصور فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا.

نعم، ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان مع أن المحكي عن العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني جواز بيعه و إن اختلفوا في تقييد الحكم و إطلاقه كما سيأتي، إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها و جعلها مسجداً فك ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار، فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل. وكيف كان فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقائها مع التصرف في منافعها - كما تقدم عن بعض الأساطين - أو بدونه. و أما أجزائه - كجذوع سقفه و أجره من حائطه المنهدم - فمع المصلحة في صرف عينه فيه تعين؛ لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و أجزائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال. و إن لم يكن مصلحة في رده جزءاً للمسجد، فبناءً على ما تقدم من أن الوقف في المسجد و أضرابه فك ملك، لم يجز بيعه لفرض عدم الملك. و حينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه في مصالح ذلك كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضة و إلا صرف في مسجد آخر كما

.....
كيفية الوقف، بالتحريم بالنسبة إلى العرصة، و التملك بالنسبة إلى غيرها من الجذوع و

قيل: بل لكل أحد (٢٩٦٨) حيازته و تملكه، وفيه نظر (٢٩٦٩).

و قد ألحق بالمساجد، المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة و الكتب الموقوفة على المشتغلين و العبد المحبوس في خدمة الكعبة و نحوها و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواري الموضوعة لصلاة المصلين و غير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجارة و نحوها و صرفها في مصارفها كما في الحمامات و الدكاكين و نحوها؛ لأن جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إبقائها على الإباحة كالطرق العامة و الأسواق. و هذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك، لا تملكاً.

و لو أتلّف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف، ففي الضمان وجهان: من عموم "على اليد" فيجب صرف قيمته في بدله و من أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبة (٢٩٧٠) بأجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزاً، و أن الظاهر من التبادلية في حديث "اليد" الإيصال إلى المالك (٢٩٧١) فيختص بأمالك الناس، و الأول أحوط و قواه بعض^{٥٣}.

السقف، مع وحدة الإنشاء في عبارة الوقف. *مكتبة جامعة القاهرة*

٢٩٦٨. القائل بذلك - وكذلك الملحق لما ذكر بالمساجد - صاحب المقابس رحمته في

أول تنبيهات بيع الوقف.

٢٩٦٩. لعل الوجه فيه عدم الدليل عليه، لانحصاره في حديث السبق، و هو من جهة اختصاص موضوعه بما يجوز السبق إليه تكليفاً - و لأقل من الشك فيه - لا يجدي فيه إلا بعد رجوعه إلى الإباحة، و هو غير ثابت. و توهم أن تنظره هنا في الحيازة ينافي بمسكه بأصالة الإباحة في السابق لإباحة الانتفاع، مدفوع بأن الكلام هنا في إباحة العين، و في السابق في إباحة الانتفاع، و التفاوت بينهما واضح.

٢٩٧٠. فيستكشف بالإّن عدم المطالبة بقيمته، و لكن قد تقدّم أن الأقوى ضمان البايع.

٢٩٧١. بل إلى من أخذ منه و منع عنه الذي هو له و ينبغي أن يكون تحت سلطنته،

سواء كان واحداً أم أزيد، محصوراً أم غير محصور كما في المقام.

المصادر:

- (١) المصباح المنير: ص ٦٩، ذيل مادة «بيع».
- (٢) جامع المقاصد ج ٤: ص ٩٠.
- (٣) الجواهر ج ٢٢: ص ٣٤٧.
- (٤) المنتهى ج ٢: ص ٩٣٤.
- (٥) الغنية: ص ٢٩٣.
- (٦) عوالي اللآلي ج ٣: ص ٤٨١، الحديث ٥.
- (٧) الأعراف (٧): ١٢٨.
- (٨) الوسائل ج ١٧: ص ٣٢٩، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.
- (٩) الوسائل ج ٦: ص ٣٨٣، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.
- (١٠) التذكرة ج ٢: ص ٤٠٢.
- (١١) مفتاح الكرامة ج ٧: ص ٩.
- (١٢) تفسير العياشي ج ٢: ص ٤٨، الحديث ١١.
- (١٣) التذكرة ج ١: ص ٤٢٧.
- (١٤) الوسائل ج ١١: ص ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١.
- (١٥) الوسائل ج ١١: ص ٨٤-٨٥، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.
- (١٦) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤.
- (١٧) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٩.
- (١٨) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٥.
- (١٩) المبسوط ج ٢: ص ٣٤.
- (٢٠) الدروس ج ٢: ص ٤١.
- (٢١) المسالك ج ٣: ص ٥٦.
- (٢٢) المناهل: ص ٣١٣.
- (٢٣) الشرايع ج ٢: ص ١٧؛ القواعد ج ١: ص ١٢٦.
- (٢٤) الكفاية: ص ٨٩؛ الحقائق ج ١٨: ص ٤٣٨.
- (٢٥) مقابس الأنوار: ص ١٣٩-٢١٢.
- (٢٦) السرائر ج ٣: ص ١٥٣؛ المسالك ج ٥: ص ٣٩٩.
- (٢٧) الوسائل ج ١٣: ص ٣٠٣، الباب ٦ من أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ١.
- (٢٨) التهذيب ج ٩: ص ١٣١، الحديث ٥٥٨.
- (٢٩) جامع المقاصد ج ٥: ص ٥١.
- (٣٠) الدروس ج ٢: ص ٢٧٩.
- (٣١) السرائر ج ٣: ص ١٥٣.
- (٣٢) المختلف ج ٦: ص ٣١٦.
- (٣٣) إيضاح الفوائد ج ٢: ص ٤٠٧.
- (٣٤) الفقيه ج ٤: ص ٢٤١-٢٤٢، ذيل الحديث ٥٥٧٥.
- (٣٥) الانتصار: ص ٢٢٦؛ المراسم: ص ١٩٧.

- (٣٦) المراسم: ص ١٩٧.
- (٣٧) المقنعة: ص ٦٥٢-٦٥٣.
- (٣٨) غاية المراد: ص ٨٢.
- (٣٩) التحرير ج ١: ص ٢٨٤.
- (٤٠) المبسوط ج ٣: ص ٢٨٧.
- (٤١) الغنية: ص ٢٩٨.
- (٤٢) الوسيلة: ص ٣٧٠.
- (٤٣) فقه القرآن ج ٢: ص ٢٩٣.
- (٤٤) الشرايع ج ٢: ص ١٧ و ٢٢٠.
- (٤٥) التحرير ج ١: ص ٢٩٠.
- (٤٦) الدروس ج ٢: ص ٢٧٩.
- (٤٧) تلخيص الخلاف ج ٢: ص ٢٢١.
- (٤٨) جامع المقاصد ج ٤: ص ٩٧-٩٨.
- (٤٩) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٥٥.
- (٥٠) الدروس ج ٢: ص ٢٧٧؛ التنقيح ج ٢: ص ٣١١.
- (٥١) المناهل: ص ٥٠٨؛ الجواهر ج ٢٨: ص ١٠٧.
- (٥٢) الوسائل ج ٢: ص ٧٥٢، الباب ٢٢ من أبواب التكفين، الحديث ١.
- (٥٣) مقابس الأنوار: ص ١٥٦.



مركز بحوث الكمبيوتر علوم إسلامي

صور جواز بيع الوقف

إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:
الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به (٢٩٧٢) مع بقاء عينه، كالحوان المذبح
والجذع البالي والحصير الخلق، والأقوى جواز بيعه، وفقاً لمن عرفت فمن تقدم نقل
كلماتهم؛ لعدم جريان أدلة المنع. أما الإجماع فواضح. وأما قوله عليه السلام: "لا يجوز شراء الوقف"
فلانصرافه إلى غير هذه الحالة، وأما قوله عليه السلام: "الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها"
فلا يدل على المنع هنا؛ لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف،
وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر في متن العقد؛
للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه؛ وقد تقدم ذلك وتضعيف* قول من قال
ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه. ولو سلم أن المأخوذ في الوقف إبقاء العين، فإنما هو
مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، والمفروض تعذره هنا.
والحاصل: أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون
يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم أو
المتولي. والحاصل: أن الأمر دائر بين تعطيله** حتى ي تلف نفسه، وبين انتفاع البطن
الموجود به بالإتلاف وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكل. والأول تضييع (٢٩٧٣)

٢٩٧٢. يعني: لا يمكن الانتفاع به بالمرّة حتى المنفعة الغير المعتد بها مع بقاء عينه المقوم
للوَقْفِيَّة، وإن أمكن الانتفاع به بإتلافه بمثل الإحراق في الجذوع والأكل في الحيوان المأكول
للحم.

٢٩٧٣. هذا عين ما استدلل به في التنقيح على الجواز في الشق الأول من شقي الصورة
السابعة الآتية. والمصنّف عليه السلام - كما يأتي - قد ردّه بأن المحرم إضاعة المال المسلط عليه المضيع،
لأترك المال الذي لاسلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه. إلّا أن يقال: إن هذا منافٍ للرد المذكور
لو كان نظره في كبرى ما ذكره إلى أدلة حرمة التضييع، وهو غير معلوم، إذ يمكن أن يكون
نظره إلى مثل رواية السكوني الواردة في سفرة مطروحة في الطريق فيها لحم وجبن وسكين،

مناف لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه، وبه يدفع استصحاب المنع مضافاً (٢٩٧٤) إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف،

المذيلة بقوله عليه السلام: «هم في سعة حتى يعلموا» الدالة على جواز التصرف في مال الغير في مورد ي تلف و يضيع لو لاه، فإنها تدل على ارتفاع الحرمة عن التصرف في مال الغير الذي لامساس له بالتصرف أصلاً، فيجوز - بل يجب - في مثل مورده مما لا يرد على المتصرف ضرر من تصرفه، فتأمل، ففي المقام الذي للمتصرف حق فيه بطريق أولى، فتأمل، فإن الظاهر أن نظره إلى أدلة حرمة التضييع التي لاتعم المقام.

٢٩٧٤. الفرق بين هذا الدفع و الإضافة: أن مرجع هذا إلى المناقشة في الاستصحاب، بمنع وجود الشك اللاحق، بدعوى القطع بحرمة عدم البيع و تركه، لأجل كونه تضييعاً محرماً بالعمومات الشاملة للمقام. و لا يعارضها أدلة المنع عن بيع الوقف كما قد يتوهم، فيقال: بأن النسبة عموم من وجه، فيرجع بعد التساقط إلى الأصل، لما مرّ سابقاً من عدم جريان أدلة المنع في الفرض من خراب الوقف. و بالجملة، مفاد الأول أن الاستصحاب لا يجري، لقيام الدليل على خلافه، و هو أدلة حرمة تضييع المال، و مفاد الإضافة هو المنع عن جريان الاستصحاب، لأجل ارتفاع الموضوع قطعاً.

هذا، و يمكن الخدشة في هذه الإضافة بمنع كون المنع عن بيع الوقف ضمناً مستفاداً من وجوب العمل بمقتضى الوقف، بحيث يكون حرمة بيعه من جهة حرمة ضد الواجب، بل هو حكم مستقل في عرضه. نعم، كان ذلك في ظرف ثبوت الوجوب، لكن بمجرد ذلك لا يوجب تبدل الموضوع، و سقوط الوجوب - لأجل تعذر امتثاله - لا يوجب سقوط حرمة البيع أيضاً مع القدرة على امتثاله. و لذا لا إشكال على الظاهر في عدم جواز الهبة و الإرث، فلو كان عدم جواز البيع ضمناً تابعاً لبقاء وجوب العمل بالوقف فليكن عدم جواز هبته أيضاً كذلك، إذ لا فرق بينهما من هذه الجهة قطعاً، و من الظاهر أن عدم جواز الهبة لا يرتفع بارتفاع الوجوب المذكور، و ليس حكماً جديداً حدث بعد ارتفاع الوجوب، بل عين ما كان سابقاً، فلا بد أن يكون البيع أيضاً كذلك، فالدافع للاستصحاب هو الأول.

و فيه تأمل، للتأمل في عموم حرمة التضييع للمقام، و إلا لوجب بيعه، و لا يقولون به، و لوجب أيضاً تعميره و لو من مال المكلف، و قد ذكر في السابق في حكم أجزاء المسجد أنه

في صور جواز بيع الوقف ٢٩٣

و هو انتفاع جميع البطون بعينه، و قد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه. و أمّا الثاني - فمع منافاته لحق سائر البطون - يستلزم جواز بيع البطن الأوّل؛ إذ لا فرق بين إتلافه و نقله، و الثالث هو المطلوب. نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ثماً لا يبقى (٢٩٧٥) بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمّة بقاءه، فتأمل (٢٩٧٦). وكيف كان فمع فرض ثبوت الحقّ للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص البطن الموجود في إتلافه.

و ثمّ ذكرنا يظهر: أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود، وفاقاً لمن تقدّم ثمن يظهر منه ذلك كالإسكافي و العلامة و ولده و الشهيدين و المحقّق الثاني، و حكي عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة، لاقتضاء البدليّة ذلك، فإنّ المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل و للمعدومين بالقوّة كان الثمن كذلك، فإنّ الملكيّة اعتبار عرفي أو شرعيّ يلاحظها المعبر عند تحقّق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً مادام موجوداً بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شيئاً يحقّض عليك الواقف. و عدم تعقل الملك للمعدوم إنّما هو في الملك الفعلي لا الشائي.

و دعوى: أنّ الملك الشائي ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود، فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود. و إليه أشار الشهيد في الفرع الآتي، حيث قال: إنه - يعني الثمن - صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه.

لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنّته، فلا دافع للاستصحاب.

٢٩٧٥. لعلّ غرضه بيان عدم جريان ما ذكره في بطلان الاحتمال الثاني في هذا القسم المتوقّف عليه يعبّن الثالث، فيكون الدليل أخصّ من المدّعى، و هو جواز بيع جميع أقسام الوقف في صورة الخراب، لا اختصاصه بما يستعدّ للبقاء إلى آخر البطون.

٢٩٧٦. لعلّه إشارة إلى أنّه يكفي في مراعاة البطون المتأخّرة عن استعداد العين الموقوفة للبقاء استعداده له من حيث الماليّة، فتأمل.

خلافاً لظاهر بعض العبارات المتقدمة (٢٩٧٧)، و اختاره المحقق في الشرايع في دية العبد الموقوف المقتول. و لعل وجهه: أن الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلّق حقّ البطون اللاحقة به، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، و لا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن و لا دليل عليه. و مجرد البدلية لا يوجب ترؤب جميع اللوازم؛ إذ لا عموم لفظي يقتضي البدلية و التزويل بل هو بدل له في الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه: أن ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق* إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً، و إن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل، فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له، فالثمن لهم على نحو الثمن. و كما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول؛ حيث إنه بدل شرعي يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف، فجاز عقلاً منع سرية حقّ البطون اللاحقة إليه بخلاف الثمن، فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعروض.

و من هنا اتضح أيضاً أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً؛ لأن حقّ الرهنية متعلّق بالعين من حيث إنه ملك للمالك الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائماً بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص مؤقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخّر عنه في الوجود.

و قد تبين مما ذكرنا: أن الثمن حكمه حكم الوقف في كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان كما يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون على نحو المبدل وكانت مصلحة

٢٩٧٧. يعني به عبارة المفيد و السيد في الانتصار، لظهورهما في الاختصاص بالموجودين. و اختار هذا الاختصاص المحقق في الشرايع.

البطون في بقائه ابقى، و إلاّ ابدل مكانه ما هو أصلح (٢٩٧٨). و من هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البديل بل نفس البدلية تقتضي كونه كالمبدل؛ و لذا علّله الشهيد^١ في غاية المراد بقوله: لأنه صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه. ثم إن هذه العين حيث صارت ملكاً للبطون، فلهم أو لوليّهم أن ينظر فيه و يتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق*. و ليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلاّ لعذر؛ لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي، و بديل الوقف إنما هو بديل له في كونه ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي.

و لما ذكرنا أيضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة و الإرشاد^٢ و جامع المقاصد و التنقيح و المختصر و مجمع الفائدة، بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح؛ لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين

٢٩٧٨. نعم، إن قلنا بجواز بيع الوقف بمجرّد كونه أصلح، و إلاّ - كما هو الحقّ على ما سيأتي - فلا، لأنّه وقف فلا يجوز بيعه. و ما ذكره فيما بعد من أنّ عدم جواز البيع لا لعذر من أحكام الوقف الابتدائي، ممنوع عليه بإطلاق قوله: «لا يجوز شراء الوقف» الشامل لبديل الوقف بعد فرض كونه وفقاً أيضاً، و دعوى أنّه نعم لكن قيد هذا الإطلاق في المبدل بصورة عدم المحوّر، و أمّا معه فيحوّر، و قضية البدلية جواز بيع البديل و تبديله كالمبدل، مدفوعة بأنّ جواز بيع المبدل مادام وجود المحوّر - و هو الخراب مثلاً - لا مطلقاً، و لذا لا يجوز تبديل المبدل بعد ارتفاع المحوّر قبل البيع. و لو سلّمنا عدم الإطلاق فلا يجوز الإبدال أيضاً، لعدم مقتضي للجواز الوضعي الذي هو المهمّ، لانهصاره بقاعدة السلطنة، و عمومها لهذا النحو من المال غير معلوم، بل الظاهر انصرافها عنه. و من هنا علم وجوب شراء المماثل، إذ لا مقتضي لشراء غيره إلاّ عموم تلك القاعدة، و قد عرفت الخدشة فيه، و لأجله يشكّ في تحقّق موضوع أدلّة الصحة في شراء المماثل، لأنّ الموضوع فيها هو عقد المالك المسلّط عليه بيعه و تجارته، فلا يجوز التمسك به، فيرجع إلى أصالة الفساد.

فاللزام ملاحظة مصلحتهم، خلافاً للعلامة و ولده و الشهيد و جماعة فأوجبوا المماثلة مع الإمكان؛ لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. و فيه - مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّة، و قد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين، و قد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته فيبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمنه بستان في موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة و بين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجرة منفعته، فإن الأول و إن كان مماثلاً إلا أنّه ليس أقرب إلى غرض الواقف - : أنّه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده (٢٩٧٩)، إنّما اللزام ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف؛ ليجري القسوف على حسب ما يوقفها أهلها.

فالحاصل: أنّ الوقف مادام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، و إذا بيع و انتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم. هذا، قال العلامة في محكمي التذكرة: كلّ مورد جوّزنا بيع الوقف فإنّه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين فما ينتفع به كان أولى، و إلا جاز شراء كلّ ما يصح وقفه و إلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به* ما شاء؛ لأنّ فيه جمعاً (٢٩٨٠) بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام و بين النصّ الدالّ على عدم جواز مخالفة الواقف؛ حيث** شرط التأييد، فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب، لأنّه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأوّل الذي وقع العقد عليه، و مراعاة الخصوصية الكلية تفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، و لأنّ قصر الثمن على الباعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه،

٢٩٧٩. عدم الدليل على عدم وجوب ملاحظته، و جواز ملاحظة صلاح الموقوف عليهم، يكفي دليلاً على وجوبها أخذاً بالقدر المتيقّن في مخالفة أصالة الفساد، و قد مرّ عدم الدليل عليه.

٢٩٨٠. يعني: في الحكم المذكور على الترتيب المسطور.

مع أنه يستحقون من الوقف* كما يستحق البطن الأول، و يقدر** وجودهم حال الوقف. و قال بعض علمائنا و الشافعية: إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأي^٢، انتهى. و لا يخفى عليك مواقع الرد و القبول (٢٩٨١) في كلامه.

ثم إن المتولي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون، و يحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنه المنسوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجهولة من قبل الواقف إلى التصرف في نفس العين، و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. و يحتمل بقاءه؛ لتعلق حقه بالعين الموقوفة، فيتعلق ببدها***. ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله، و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين، فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، و حينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار إلى مدة. و لو طلب ذلك البطن (٢٩٨٢) الموجود فلا يبعد وجوب إجابته،

٢٩٨١. من مواقع الرد في كلام العلامة قوله: «فإن أمكن شراء مثل تلك العين - إلى قوله - كان أولى» فإنه لا يجب شراء المماثل عند المصنف. و منها قوله: «و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه» فإنه على إطلاقه ممنوع، بل لابد مع ذلك من ملاحظة ما هو الأصلح بحال الموقوف عليهم. و منها قوله: «فإذا لم يكن...» لأن المصنف لم يعتبر إمكان التأيد بحسب النوع فضلاً عن إمكانه بحسب الشخص. و من مواقع القبول قوله في صدر العبارة: «فإنه يباع و يصرف في جهة الوقف» لما سيذكره المصنف من أنه يوضع الثمن عند أمين حتى يتمكن من شراء بدله. و منها قوله: «و مراعاة الخصوصية الكلية تفضي...». و منها قوله: «لأن قصر الثمن...».

٢٩٨٢. يعني: لو طلب البطن الموجود شراء ما يباع مع الخيار إلى مدة فلا يبعد وجوب إجابته، لأن في التأخير و الانتظار لشراء ما يباع بالخيار تضييعاً لحق البطن الموجود، بخلاف الإجابة و الشراء مع الخيار، فإن فيه جمعاً بين الحقوق.

و لا يعطل الثمن حتى يوجد* ما يشتري به من غير خيار. نعم، لو رضي الموجود بالتجارة به وكانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البدل. و الربح تابع للأصل و لا يملكه الموجودون؛ لأنه جزء من المبيع (٢٩٨٣) و ليس كالنماء الحقيقي.

ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكليه أو بعضه، فيباع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفاً. و لو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة جاز مع رضا الكل؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة. و منه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم. و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي و إن لم يرض البطن الموجود؟ وجهان آتيان (٢٩٨٤) فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم. و هنا فروع آخر (٢٩٨٥)

٢٩٨٣. يعني: جزء من المبيع الذي اشترى من ثمن الوقف بعد بيعه. و كونه ربحاً إنما هو اعتباري صرف، و ليس كالنماء الحقيقي للوقف حتى يكون للموجودين.

٢٩٨٤. لا يبعد ترجيح الأول، بدعوى أن قضية الحبس - و لو بملاحظة حال الواقف - حفظه عن الخراب. أو بدعوى أن الواقف و إن أطلق اللفظ و لم يشترط تقديم صرف المنافع في التعمير، إلا أنه يؤخذ فيما لو أحرز كون المتكلم ملتفتاً إلى تلك الجهة، و هو غير محرز، فيشكل في حلية منفعه لهم قبل صرفه في التعمير، فيرجع إلى أدلة الحرمة الثابتة قبل الوقف، فتأمل.

٢٩٨٥. منها: أنه بناءً على وجوب شراء المائل، لو لم يف الثمن بقيمة المائل، و دار الأمر بين ناقص منه و تام من غيره، فهل يقدم المائل أو غيره؟ وجهان. و منها: أنه لو زاد الثمن عن المائل، و دار الأمر بين أن يشتري بالزيادة ناقص مائل أو تام غير مائل، ففيه

يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به، بحيث يصدق عرفاً أنه لامنفعة فيه، كدار تهدمت فصارت عرصاً تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به. فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعة العرصه، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز، وإن كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعة العرصه بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان: من عدم دليل على الجواز مع قيام مقتضي للمنع وهو ظاهر المشهور، حيث قيدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدي نفعاً، و قد تقدّم التصريح من العلامة في التحرير بأنه: لو تهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف، و لم يجز بيعها، اللهم إلا أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين، فإن الحماّم الذي يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت عرصه تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي - كجمع الزبائل ونحوه - يصدق عليه أنه لا يجدي نفعاً، وكذا القرية الموقوفة، فإن خرابها بغور أنهارها (٢٩٨٦) وهلاك أهلها، و لا تكون بسلب منافع أراضيها رأساً، و يشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرصه الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية، فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام كل من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعاً و يشمل الإجماع المدعى في الانتصار والغنية، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين و عموم قوله ^(١): "لا يجوز شراء الوقف" مشكل.

و يؤيد المنع* حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة،

الوجهان. و منها: لو كان شراء المثل صلاحاً للموجودين، و شراء غيره لغيرهم، أو بالعكس، أو كان شراء شيء صلاحاً لأحدهما، و الآخر للآخر، فهل يرجع جانب الموجودين، لأنهم المالك فعلاً، أو جانب المعدومين، نظراً إلى أن التصرف في مال المولى عليه لا يجوز إلا مع المصلحة، فشراء ما لاصلاح له فيه خيانة له؟ وجهان، إلى غير ذلك من الفروع.

٢٩٨٦. الجارّ و المجرور متعلق بمحذوف هو خبر «إن». و أنهار جمع نهر.

بناءً على جواز الانتفاع بها في وجوه أخر كالسقيف و جعلها جسراً و نحو ذلك، بل ظاهر المختلف - حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلبي رحمتهما لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به في منفعة أخرى - الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلاً كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً. نعم، لو كان قليلاً في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: "لا يجوز شراء الوقف" إلى غير هذه الحالة (٢٩٨٧) وكذا حبس العين و تسبيل المنفعة، إنما يجب الوفاء به مادام المنفعة المعتد بها موجودة، و إلا فمجرد حبس العين و إمساكه و لو من دون منفعة، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى. ثم إن الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف* قليلة لعارض آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه.

ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض (٢٩٨٨): أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه (٢٩٨٩). ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء و الاستدامة، و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. و فيه: ما عرفت سابقاً (٢٩٩٠)

مركز تقيتكم بيز علوم و سوي

٢٩٨٧. أي: غير حالة قلة المنفعة الموجبة للحقوق بالمعدوم.

٢٩٨٨. هو صاحب الجواهر. و ضمير «وجه» فيما بعد راجع إلى ذاك.

٢٩٨٩. و عرفت النظر في وجهه.

٢٩٩٠. لم يسبق هذا منه عليه السلام. وكيف كان، يتجه على ما ذكره أنه يكفي وجهاً في

بطلانه فرض كونه شرطاً للصحة من حيث الاستدامة أيضاً، كما هو قضية إضافة الإراد عليها بعدم الدليل على هذا الشرط في الاستدامة، مع أنه مخدوش فيه، للحدشة فيما علّله به من أن الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المآلية...، بأنه على إطلاقه ممنوع، ألا ترى أن الإجارة من العقود الناقلة مع أنها تبطل بخروج العين المستأجرة عن قابلية الانتفاع بعد الإجارة. و كذا العارية و الوقف، من جهة اشتراط كون العين مما ينتفع به مع بقاء العين حدوثاً و بقاءً مثل الإجارة. و بعد هذا لا يبقى مجال لقوله: «مع أن جواز

في صورجواز بيع الوقف ٣٠١
من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لاوجه له في الوقف المؤبد، مع أنه لا دليل عليه.
مضافاً إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإن الشروط في العقود
الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المآلية و لا يخرج بذلك عن ملك
المشتري. مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم
إلى الجواز، كما تقدم.

ثم ذكر: أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً -
مثلاً - ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيّة، فخربت حتى خرجت عن قابليّة ذلك، فإنه وإن
لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً - مثلاً - لكن ليس من عنوان الوقف. و
احتمال بقاء العرصّة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هي باقية، و خراب غيرها
و إن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضي بطلانه فيها، يدفعه: أن العرصّة كانت جزءاً من الموقوف
من حيث كونه بستاناً، لا مطلقاً، فهي حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، و لو
فرض إرادة وقفها لتكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان
الوقف. و ربّما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصيّة: من أنه لو أوصى بدار
فأنهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصيّة لانتهاء موضوعها. نعم، لو لم تكن "الداريّة" و
"البستانيّة" (٢٩٩١) و نحو ذلك - مثلاً - عنواناً للوقف و إن قارنت وقفه، بل كان المراد
به الانتفاع به في كلّ وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر: أن في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه
وجهين. أقول: يرد على ذلك ما قد يقال - بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب
بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع و إن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير
العنوان كما لا يخفى - : أنه لاوجه للبطلان بانعدام العنوان؛ لأنه: إن أريد (٢٩٩٢)

بيعه...»، مع أنه مصادرة محضة، فالتحقيق ما ذكره هذا البعض.

٢٩٩١. هذا عين ما ذكره بقوله: «و لو فرض إرادة وقفها...»، فلاوجه للإعادة.

٢٩٩٢. مرادنا من العنوان ما جعل وصفاً للمفعول في قوله: وقفت هذا البستان، لكن

«العنوان» ما جعل مفعولاً في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلاشك في أنه ليس إلا كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإن التملك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك (٢٩٩٣) مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد ملك منه كل جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان «البستان»، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات. وإن أريد «العنوان» شئ آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بد من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه؟ وأما تأييد ما ذكر بالوصية، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه (٢٩٩٤)

بطور القيدية والدخالة في تعلق الوقف، بحيث يكون مجموع القيد والمقيد معاً وبما هما شيء واحد موضوعاً للوقف في نظر الواقف، لا بطور المعرفية بحيث يكون مورد الوقف ذات المقيد وإن تجرد عن القيد، كما هو قضية قوله ﷺ: «ملاحظاً في عنوان وقفه البستانية» أي: قاصداً لكونها دخيلاً فيه وقيداً لامعرفاً صرفاً، كما في مثل: بعت هذا البستان أو وهبته، حيث لا داعي للبائع والواهب في أخذها قيداً في المبيع والموهوب، بخلاف الواقف، فإنه قد يتعلق غرضه ببقاء عنوان البستان، كما هو واضح جداً. فلو فرضنا أخذه قيداً في المبيع يكون الحال فيه على المنوال من البطلان بزوال العنوان لو فرض صحة هذا النحو من البيع والهبة، لكنه فرض محض، فيبطل من الأول لو قصده كذلك. وهذا بخلاف وقفه كذلك، إذ لا مانع من صحته - بعد عموم حديث: «الوقف...» - إلا توهم انتفاء التأييد المعبر في صحة الوقف، ويندفع هو بأن المراد منه مقابل التوقيت، ولا توقيت هنا. ودعوى الإجماع على عدم بطلان الوقف بزوال العنوان المأخوذ في موضوع الوقف بطور القيدية - كما هو المفروض - كما ترى.

٢٩٩٣. بل يقتضيه فيما إذا أخذ العنوان في متعلق التملك بطور القيدية، وقلنا بصحة هذا النحو من التملك كما في الوقف، وإلا فإن لم يؤخذ فيه فالأمر كما ذكره، أو أخذ فيه ولكن لم نقل بصحته كما في البيع فيبطل من الأول.

٢٩٩٤. لا بأس بمقايسته بما ذكر من صورة موت الموصي بعد الوصية قبل القبول، إذ لو كان الأمر كما ذكره المصنف رحمه الله من أن تعليق التملك على عنوان لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان، لكانت الوصية بالدار مثل الوصية بعرضة الدار في عدم دخالة الدارية في الموضوع،

بالوصية بالبستان بعد تمامها و خروج البستان (٢٩٩٥) عن ملك الموصي بموته و قبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة؟ نعم، الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها و بطلانها من جهات أخر (٢٩٩٦). ثم ما ذكره من الوجهين فما لا يعرف له وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً.

الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث يقل منفعته، لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم. و الأقوى هنا المنع، و هو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوز الشيخ رحمته الله في محكي الخلاف بيعها محتجاً بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه؛ لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل و لا يرجى عوده، و منعه الحلّي قائلاً: و لا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، و زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها و نحوه^٦، و حكى موافقته عن الفاضلين و الشهيدين، و المحقق الثاني^٧ و أكثر المتأخرين. و حكى في الإيضاح عن والده رحمته الله: أن النزاع بين الشيخ و الحلّي لفظي و استحسنه؛ لأن في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها، و الحلّي فرض وجود منفعة لها و منع لذلك بيعها. قيل: و يمكن (٢٩٩٧)

فلا يكون حينئذ وجه لقولهم يبطلان الوصية بافئاد الدار، لانتفاء موضوعها، حيث إن الموضوع ليس عنوان الدار بل ذات المعنوي، و هو موجود.

و بالجملة، ما ذكره هذا البعض من المقايسة و التأيد لا بأس به. نعم، هو مطالب بوجه الفرق بين صورة افئاد الدار قبل الموت و صورة افئادها بعد تمام الوصية، بقولهم بالبطلان في الأولى دون الثانية، إذ لو كان العنوان مأخوذاً بطور القيدية فتبطل فيهما معاً، و لو كان لا بطور القيدية فلا تبطل فيهما معاً.

٢٩٩٥. هذا عطف تفسير للتمام.

٢٩٩٦. غير جهة انتفاء الموضوع و العنوان. قيل: «منها - أي: من تلك الجهات الأخر - : جهة الرد بعد الموت و قبل القبول، أو بعد الموت و القبض و قبل القبول، أو بعد الموت و القبول و قبل القبض، و غير ذلك» انتهى، فليتأمل.

٢٩٩٧. هو صاحب المقابس رحمته الله.

بناء نزاعهما على رعاية المنفعة (٢٩٩٨) المدة لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ (٢٩٩٩)، ولا يخلو عن تأمل (٣٠٠٠).

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجي تفصيله.

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه، وظاهر أن المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه. وقد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد وقد تقدّم عبارته، فراجع. وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطن إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه، والأقوى المنع مطلقاً وفاقاً للأكثر بل الكل، بناءً على ما تقدّم من عدم دلالة (٣٠٠١) قول المفيد على ذلك، وعلى تقديره فقد تقدّم عن التحرير: أن كلام المفيد متأول.

وكيف كان، فلا إشكال في المنع لوجود مقتضي المنع وهو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف، وقوله عليه السلام: "لا يجوز شراء الوقف" وغير ذلك. وعدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن علي بن رئاب عن جعفر بن حنان*، قال: "سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له (٣٠٠٢) على قرابته من أبيه وقرابته من أمه،

٢٩٩٨. أو رعاية مطلق المنفعة ولو كانت غير ما أعد لها، كما هو ظاهر مستند الحلّي.

٢٩٩٩. يعني به قوله: «لأن الوجه الذي شرطه الواقف...».

٣٠٠٠. لعل وجهه منع ظهور تعليل الشيخ فيما ذكره، لاحتمال أن يكون مراده من

الوجه مطلق الانتفاع.

٣٠٠١. لم يتقدّم منه ذلك.

٣٠٠٢. يعني من الغلة أرضها، كما يشهد له قوله في الذيل: «أ رأيت إن لم يخرج من

غلة تلك الأرض التي أوقفها» إذ الظاهر رجوع الضمير إلى الأرض لا الغلة. وكذا قوله: «يرد إلى ما يخرج من الوقف». ووجه الشهادة واضح.

و أوصى لرجل (٣٠٠٣) و لعقبه من تلك الغلة - ليس بينه و بينه قرابة - بثلاثمائة درهم في كل سنة، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، فقال ^{عليه السلام}: جائز للذي اوصى له بذلك. قلت: أرأيت إن لم يخرج من غلة تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائة درهم؟ فقال: أليس في وصيته أن يعطى الذي اوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و أمه؟ قلت: نعم. قال: ليس لقرابته أن يأخذوا (٣٠٠٤) من الغلة شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: أرأيت إن مات الذي اوصى له؟ قال: إن مات كانت* الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها** ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت، يرد إلى ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة. قلت: فللورثة من قرابة الميت (٣٠٠٥) أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلة؟

٣٠٠٣. الظاهر أن هذه الوصية في قوله: «و أوصى لرجل» كانت بطور الشرط على الموقوف عليهم في ضمن وقف أرض الغلة، بأن وقف الأرض على قرابته و شرط عليهم في ضمنه أن يعطوا ذاك الرجل و عقبه بعد موت الواقف ذلك المقدار من الغلة التي يكون لهم بمقتضى الوقف. و الشاهد على ذلك حكمه ^{عليه السلام} بكون هذا المقدار الموصى به للموقوف عليهم بعد انقراض الموصى له و عقبه، إذ لو كانت بطور الاستقلال، بأن استثنى الواقف هذا المقدار من المنافع في مقام الوقف، بأن قال: وقفت الأرض - أي: سببت منافعها و غلتها - إلا هذا المقدار منها، ثم بعد تمامية الوقف أوصى ذاك المقدار لرجل و عقبه، كان اللازم رجوعه إلى ورثة الواقف أو صرفه في وجوه البر. و مما ذكرنا يعلم أنه لاداعي لحمل الرواية على الوصية، مع أنه تصرف في ظاهر «وقف» من دون شاهد عليه إلا تعلقه بالغلة، من جهة عدم قابليتها للانتفاع مع بقائها، و قد دللنا على أن المراد منها أرض الغلة.

٣٠٠٤. يعني: قرابته التي وقف الغلة عليهم.

٣٠٠٥. المراد من قرابة الميت قرابته من أبيه و قرابته من أمه الذين فرض في صدر الرواية وقف الغلة عليهم و أما الورثة فالمراد منهم قرابة الميت. أما بناءً على عدم «من»

قال: نعم، إذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم، باعوا^٨ (٣٠٠٦). والخبر المروي عن الاحتجاج: أن الحميري كتب إلى صاحب الزمان - (جعلني الله فداه) - : "آله روي عن الصادق عليه السلام خبر ماثور: أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصح، هم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من بعضهم (٣٠٠٧) إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدر على بيعه مجتمعين ومتفرقين، إن شاء الله".^٩

.....
في الرواية فواضح، إذ الظاهر أن «قربة الميت» إما بدل عن «الورثة» أو عطف بيان. وأما بناء على وجودها فكذلك أيضاً لو كانت بيانية. وأما بناء على أنها للتبعض فالمراد منها البطن الموجود من قربة الميت الأعم منه ومن البطون اللاحقة.

٣٠٠٦. هنا شيء ينبغي التنبيه عليه، وهو أنه إذا سأل سائل عن شخص عن حكم فعل في حال و مشروطاً بشيء، وأجاب المجيب بثبوت ذلك الحكم ولكن معلقاً له على شيء غير ما علقه عليه السائل، كما لو قال السائل: هل يجوز إكرام زيد إذا جائي؟ فقال في الجواب: نعم - أو يجب - إذا كان عالماً. فهل الظاهر منه تصديق المجيب للسائل في شرطية المجيء للوجوب في الجملة قبل عدم دخالة فيه، وتخطئة له في توهم كفايته وحده، وبيان لاعتبار انضمام كونه عالماً؟ فيكون معنى الجواب: أنه نعم يجب لا فيما إذا جائك مطلقاً، بل فيما إذا جائك وكان عالماً، فعلى هذا لاتدل الرواية على جواز البيع بمجرد الأعدية، بل تدل بمفهوم الشرط على عدم جوازه به. وهذا هو الظاهر من جواب المصنف عن الرواية. أو الظاهر منه تخطئته في توهم أصل دخالة المجيء في الوجوب، وبيان أن الشرط هو العلم فقط، و لادخالة للمجيء في الشرطية؟ فيكون المعنى: أنه يجب لكن لا إذا جاء كما توهمته، بل إذا كان عالماً. وعلى هذا تدل الرواية على جواز بيعه بمجرد الأعدية. أو لا ظهور له في أحد الأمرين إلا بقريئة خارجية مفقودة، فتكون محملة، فيؤخذ بالقدر المتيقن، وهو وجود كلا القيدين؟ وجوه أمتنها الأخير، فتسقط الرواية عن درجة الاستدلال على المقصود، لأجل الإجمال. نعم، يصح الاستدلال بها على الجواز مع اجتماع القيدين.

٣٠٠٧. لما فهم الحميري من الخبر الماثور عن الصادق عليه السلام جواز بيع الوقف و شرائه إذا

في صورجواز بيع الوقف ٣٠٧

دلّت على جواز البيع، إمّا في خصوص (٣٠٠٨) ما ذكره الراوي - و هو كون البيع أصلح - و إمّا مطلقاً؛ بناءً على عموم الجواب لكنّه مقيد بالأصلح؛ لمفهوم رواية جعفر، كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف (٣٠٠٩)، لاعتباره بما في بيع كلّ واحد بقريّة رواية الاحتجاج. و يؤيد المطلب (٣٠١٠) صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصّة ضيعة الإمام عليه السلام من الوقف.

و الجواب: أمّا عن رواية جعفر، فبأنّها إنّما تدلّ على الجواز مع حاجة (٣٠١١)

اجتمع جميع أرباب الوقف، سأل عن الحجة عليه السلام عن جواز شرائه في صورة عدم الاجتماع. ٣٠٠٨. يعني: دلالة رواية الاحتجاج بالنسبة إلى ما رواه عن الحجة عليه السلام، لأنّه الذي يصحّ التريديد في مورد دلالة على جواز البيع فيه بين خصوص ما ذكره الراوي عن الصادق عليه السلام الذي رواه الحميري عنه مرسلًا، و هو صورة كون البيع أصلح - بناءً على اختصاص جوابه عليه السلام بخصوص مورد سؤاله عن الحجة عليه السلام بقوله: «فهل يجوز أن يشتري من بعضهم» و هو صورة أصلحية البيع، حيث إنّ الظاهر أنّه عين ما روي عن الصادق عليه السلام جوازه مع اجتماعهم على البيع، و اعتمد على هذه الرواية و سأل عن حكم الشراء عن البعض، و مع عدم الاجتماع هل هو مثل صورة الاجتماع يجوز أم لا؟ ~~سؤال بين المطلق الشامل للصورة أصلحيته و عدمها، بناءً~~ على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر الدالة على اعتبار الخيرية في البيع. و أمّا ما رواه مرسلًا عن الصادق عليه السلام فهو مختصّ بصورة كون البيع أصلح. و لعلّ نظره في عدم تعرّضه للاستدلال بذلك - مع صراحته في المقصود - إلى ضعفه للإرسال. وكيف كان، فلا يصحّ الاستناد إليه في المدعى، لما ذكرنا من الضعف، مع عدم عمل أحد بمضمونه إلّا المفيد عليه السلام على ما نسب إليه.

٣٠٠٩. ظاهرها ذلك، إذ الأرض في قوله: «أن يبيعوا الأرض» ظاهرة في كلّ الأرض

الموقوفة و تمامها، فلا مجال للحمل و التصرف، لأنّه فرع العموم و الإطلاق للكلّ و البعض.

٣٠١٠. يعني: جواز البيع إذا كان أصلح. وجه التأيد: حملها على صورة كون البيع

أصلح بالنسبة إليهم، من جهة تقييدها برواية جعفر. و لعلّ الوجه في التعبير بالتأيد احتمال أن ما جعله الواقف للإمام عليه السلام ليس من باب الوقف بل من باب الهبة الغير المعوضة.

٣٠١١. ظاهره ظهور الرواية في اعتبار الأمرين في الجواز، و قد مرّ الإشكال في ذلك.

الموقوف عليهم، لا مجرد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأميرين كما تقدم عن ظاهر النزهة و سيجي الكلام في هذا القول، بل يمكن أن يقال: إن المراد (٣٠١٢) بكون البيع خيراً لهم: مطلق النفع الذي يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تبعاً بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعني: إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع و رأيت أنه أصلح من تركه فبيع، و هذا مما لا يقول به أحد، و يحتمل أيضاً أن يراد (٣٠١٣) من "الخير" خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل. و عن المختلف ١٠ و جماعة الجواب عنه (٣٠١٤) بعدم ظهوره في المؤبد؛ لاقتصاره على ذكر الأعقاب. و فيه نظر؛ لأن الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص (٣٠١٥)؛ إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد: إنه وقف على الأولاد مثلاً،

نعم، تدلّ عليه معهما من باب الأخذ بالقدر المتيقن.

٣٠١٢. هذا جواب ثان. و فيه: أنه نعم لكنه خلاف الظاهر من كون القيد و الشرط في الكلام مسوقاً للاحتراز لا لبيان تحقق الموضوع.

٣٠١٣. جواب ثالث. و قوله: «مع عدم الظفر بالقائل به...» جواب رابع.

٣٠١٤. الضمير راجع إلى رواية جعفر، و التذكير - على تقدير صحة النسخة - باعتبار الحديث، لا إلى رواية الحميري، كما يدلّ عليه قوله بعد ذلك: «و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري». و حينئذ يتجه عليهم بآله ليس في رواية جعفر ذكر الأعقاب بالقياس إلى الموقوف عليه، و إنما ذكر العقب فيها بالقياس إلى الموصى له، و أين هذا من ذاك؟ إلا أن يقال: إن نظرهم في ذلك إلى قوله عليه السلام في آخر الرواية: «يتوارثون» أي: الموقوف عليهم، أعني: قرابة الميت من أبيه و أمه، حيث إن الظاهر من ذلك أن الموقوف عليهم قرابته نسلاً بعد نسل، و هو عبارة أخرى من الأعقاب. و فيه: أنه يمكن أن يكون الموقوف عليهم خصوص الموجودين من القرابة، مع كون الموجود منهم أزيد من طبقة واحدة، و فرض كون الوقف عليهم بنحو الترتب كالإرث.

٣٠١٥. و لو سلم فإثما هو فيما لو لم يكن هناك قرينة على التأييد و التعميم كما في الرواية، فإنّ قوله في آخر الرواية: «ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة» دليل

في صور جواز بيع الوقف ٣٠٩

و حينئذٍ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم، فافهم (٣٠١٦). وكيف كان، ففي الاستدلال بالرواية - مع ما فيها من الإشكال (٣٠١٧) - على جواز البيع بمجرد الأنفعيّة إشكال، مع عدم الظفر بالقاتل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة. و كما ذكرنا يظهر الجواب (٣٠١٨) عن رواية الحميري.

على إرادة القرابة طبقة بعد طبقة.

٣٠١٦. لعلّه إشارة إلى أن عدم الاستفصال إنّما يدلّ على عدم الفرق لو كان التعبير المذكور محتملاً لأن يراد منه المؤبد مثل احتمال إرادة المنقطع بدون زيادة و نقصان، و أمّا لو كان الاحتمالان متفاوتين بمقدار يكون التعبير المذكور ظاهراً في المنقطع - و لو لأجل الغيبة - فلا.

٣٠١٧. يعني به ما ذكره في المقابس من أن الظاهر من الوقف هو الوقف المعروف، فقلوه: «أوصى لرجل...» يدلّ على أن استحقاق ذلك الرجل بطريق الوصية الجارية بعد موت الواقف. و يلوح من قوله: «و يقسم الباقي» في موضعين أن استحقاق القرابة أيضاً على هذا الوجه، فإن كان الوقف قد استكمل بشرايطه فكيف حكم الإمام عليه السلام بإمضاء الوصية؟ و إن لم يستكمل شرايطه أصلاً أمضيت الوصية و بطل الوقف، و رجع ربة الأرض و منافعها الخارجة عن الوصية ميراثاً، و لم يثبت فيه توارث القرابة لغلتها دائماً، و إن كان الوقف معلقاً على الموت كان باطلاً أيضاً. و إن وقع مطلقاً و لم يحصل إقباض، فأوصى ثمّ أقبض لها القرابة، فإن كان الإقباض فسخاً للوصية مضى الوقف و بطلت الوصية، و إن لم يكن فسخاً فكيف يمكن الجمع بين الأمرين معاً؟!

و قد أجاب عن الإشكال المذكور بوجوه نفتصر بذكر أولها، و هو «أن يراد من الوقف الوصية، و لا يجب تقدير المضاف حينئذٍ، و لا إلى الحمل على الدوام، لتعلق الوصية بالمنفعة و المنقطع بلا إشكال، و لما أوصى بدوام انتفاع القرابة من منافع تلك الأرض، و ظاهر أن القسمة بالسوية لا على النصّ المعتبر في الإرث، سمي ذلك بالوقف، و لوّح بعد ذلك بما يقتضي كونه على وجه الوصية، و حينئذٍ يرتفع الإشكال المذكور». انتهى.

٣٠١٨. يعني بالموصول الجواب الثاني و الرابع، لعدم جريان الأوّل و الثالث هنا.

ثم لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع (٣٠١٩) يتصرف فيه على ما شاء. ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد؛ فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة (٣٠٢٠) كون بدله ملكاً لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصورة و التصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللاحقين آنأ ما قبل البيع - نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب - لتأيقع البيع على المال المشترك، ليستحيل كون بدله مختصاً.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقف عليهم ضرورة شديدة، وقد تقدم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه، و يدلّ عليه رواية جعفر المتقدمة، و يرده: أن ظاهر الرواية (٣٠٢١) أنه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤونة سنة الموقف عليهم، كما لا يخفى، و هذا أقل مراتب الفقر الشرعي. و المأخوذ في عبارة من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة، و بينها و بين

٣٠١٩. لظهور روايتي جعفر و الاحتجاج في ذلك.

٣٠٢٠. ينبغي أن يكون «لما تقدم» و على تقدير صحة النسخة فالكاف للتعليل.

٣٠٢١. لأن الظاهر أن «لم يكفهم» عطف تفسير لقوله: «احتاجوا». و فيه منع واضح، لأن كلمة «نعم» إمّا راجعة إلى ما ذكره السائل مع قيده، أعني: الاحتياج و عسدم كفاية الغلة، أو إليه مع غضّ البصر عن القيد. و على كلّ حال، فيقيد برضا الكلّ و خيرية البيع، فيدلّ بمفهومه - على كلّ من التقديرين - على عدم كفاية الغلة في جواز البيع، فالرواية ظاهرة في خلاف ما ذكره المصنّف.

هذا، و يمكن أن يقال: إن نظره إلى الشقّ الأول، مع الالتزام بعدم كون الرضا و خيرية البيع شرطاً شرعياً في الوقف فقط، بل هو بيان لما هو شرط في سائر البيوع أيضاً، فيكون الشرط الخاصّ بالوقف هو الحاجة، فلا يمكن الاستدلال بها أصلاً كي تصل النوبة إلى ردّها.

وكيف كان، فاستفادة للتقييد بمؤنة السنة مع عدم وجوده في الخير إمّا من تنزيل الكفاية على المتعارف عند الناس، حيث يلاحظون أمر معيشتهم بالسنة، أو من سياق الكلام، حيث إنّه يعطي أن الغلة لا تكفيهم إلى حصول غلة أخرى من تلك الأرض، و المتعارف و الغالب في الأراضي أنّها تغلّ في السنة مرّة واحدة.

مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه. وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة سنته، فالرواية بظاهرها غير معمول بها. مع أنه قد يقال: إن ظاهر الجواب (٣٠٢٢) جواز البيع بمجرد رضا الكل وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة. وكيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعة، وفي الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود - مع وهنه* بمصير جمهور المتأخرين وجماعة من القدماء إلى الخلاف، بل معارضته بالإجماع المدعى في السرائر - إشكال.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط. فقد اختلف كلمات العلامة ومن تأخر عنه في ذلك، فقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر كإخراج المأون من قبل الظالم وشراء غيره بثمنه، فالوجه الجواز، انتهى. وفي القواعد: ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه أو عند خرابه وعطلته أو خروجه عن حدة الانتفاع أو قلة نفعه (٣٠٢٣)، ففي صحة الشرط إشكال. ومع البطلان، ففي إبطال الوقف نظراً، انتهى. وذكر في الإيضاح في وجه الجواز (٣٠٢٤) رواية جعفر بن حنان المتقدمة، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى. وفي وجه المنع: أن الوقف للتأيد، والبيع ينافيه (٣٠٢٥)،

٣٠٢٢. بأن يكون كلمة «نعم» جواباً للسائل في أصل جواز البيع، معرضاً عما ظنه شرطاً ومجوراً من عدم كفاية الغلة، ومبيناً لكون المناط والشرط أمراً آخر، وهو الرضا مع أنفعيّة البيع، ولا مدخلية للحاجة في الجواز أصلاً.

٣٠٢٣. عطف على «خرابه».

٣٠٢٤. يعني به صحة شرط البيع عند الحاجة مثلاً ونفوذ.

٣٠٢٥. فيكون اشتراطه من قبيل اشتراط خلاف مقتضى العقد، ويأتي في باب

قال: و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى. و قال الشهيد في الدروس: و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز، انتهى، و يظهر منه: أن للشرط تأثيراً (٣٠٢٦) و أنه يحتمل المنع من دون الشرط (٣٠٢٧) و التجويز معه. و عن المحقق الكركي أنه قال: التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة؛ لأنه شرط مؤكد، و ليس بمنافٍ للتأييد المعتبر في الوقف؛ لأنه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع، و ما لا*، فلا (٣٠٢٨)؛ للمنافاة، فلا يصح حينئذٍ حبساً**؛ لأن اشتراط شراء شيء (٣٠٢٩) بثمنه يكون وقفاً منافٍ لذلك (٣٠٣٠)؛ لاقتضائه الخروج (٣٠٣١)

الشروط أنه باطل. و سيأتي أن جواز البيع عند طروء المسوّغ ليس منافياً لمقتضى عقد الوقف، بل منافٍ لمقتضى إطلاقه، و لا بأس به.

٣٠٢٦. و إلا فلا معنى للأولوية.

٣٠٢٧. الظاهر أنه عطف تفسير لقوله: «أن للشرط تأثيراً». و يمكن أن يكون في مقام التعليل له، يعني: يظهر من الشهيد من جهة التعبير بقوله: «فأولى بالجواز» أن الشرط يؤثر في مسوّغة الحاجة أو وقوع الفتنة للبيع، و أنه يحتمل المنع من دون الشرط، بخلافه مع الشرط، فإنه لا شبهة في مسوّغة ذلك للبيع، فيكون المراد من الأولوية حينئذٍ هو القدر المتيقن. و من هنا يعلم أن اللازم تبديل قوله: «و التجويز معه» إلى قوله: بخلافه معه، أو ترك قوله «معه». و الوجه واضح بأدنى تدبر.

٣٠٢٨. يعني: و ما لا نقول بجواز بيع الوقف فلا يجوز اشتراط البيع، للمنافاة بين الشرط و بين مقتضى عقد الوقف، فلا يصح حين اشتراط البيع كون العين الموقوفة حبساً أيضاً.

٣٠٢٩. يعني: اشتراطه المدلول عليه بوقف الثمن، بعد ضمّ عدم تعقل كون الثمن وقفاً دون الثمن.

٣٠٣٠. أي: الحبس.

٣٠٣١. يعني: لاقتضاء الاشتراط المذكور خروج المحبوس عن ملك الحابس، و الحال أنه

عن المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً (٣٠٣٢)، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال (٣٠٣٣) - بعد التمسك في الجواز بعموم "الوقف على حسب ما يوقفها أهلها" و "المؤمنون عند شروطهم" - بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف، فلعله منافٍ لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤ مسوغاته، فإن التحقيق كما عرفت سابقاً أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً. ثم إنه لو سلم المنافسة فإنما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه، و أما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه و بين مفهوم الوقف. فمعنى كونه حبساً: كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات المالك على نحو الملك المطلق، و أما حبس شخص الوقف فهو لازم؛ لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال، شرعية كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالأشراط في متن العقد، فتأمل (٣٠٣٤).

ثم إنه روى صحيحاً في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين بيع، و فيه: "فإن أراد - يعني الحسن عليه السلام - أن يبيع نصيباً من المال (٣٠٣٥) ليقضي به الدين فليفعل إن شاء، لأخرج عليه فيه، و إن شاء جعله سري المالك (٣٠٣٦)

لا يخرج عنه، بل يبقى فيه، و إلا لم يكن فرق بين الوقف و الحبس.

٣٠٣٢. أما الأول فلأجل اشتراط بيعه المتأني له و أما الثاني فلأجل اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفاً و هو منافٍ للحبسية بعد ما ذكرناه من الضميمة.

٣٠٣٣. هذا إيراد على الثاني من شقي كلام المحقق الثاني.

٣٠٣٤. لعله إشارة إلى منع كون حبس الشخص من لوازم إطلاق الوقف، بل من لوازم مفهومه.

٣٠٣٥. يحتمل قوياً أن يكون المراد من «المال» ثناء الوقف لانفسه. و على هذا لادلالة

على جواز بيع الوقف مع الشرط.

٣٠٣٦. سري بالسين المهملة و الراء و الياء. و على تقدير صحة النسخة لا يخطر ببالي

معنى له مناسب للمقام. هذا بناءً على تخفيف الياء. و يمكن كونها بالتشديد، فهو على وزن فعيل بمعنى الشريف و النفيس، كما في قوله تعالى: ﴿تَحْتَكِ سَرِيًّا﴾. فعلى هذا تكون

و إن ولد عليّ و مواليتهم و أموالهم إلى الحسن بن عليّ عليه السلام (٣٠٣٧). و إن كانت دار الحسن بن عليّ غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها (٣٠٣٨) فليبيعها إن شاء، و لا حرج عليه فيه. فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، و يجعل ثلثاً في بني هاشم و بني المطلب، و ثلثاً في آل أبي طالب، و إله يضعه فيهم حيث يراه الله، ثم قال: و إن حدث في الحسن أو في الحسين حدث، فإن الآخر منهما ينظر في بني عليّ - إلى أن قال: - فإنه

.....
إضافته إلى الملك من إضافة الصفة إلى الموصوف، و الأصل جعله الملك السري، أي: الشريف النفيس الرفيع. فيمكن أن يراد منه الملك المطلق بطور الكناية، نظراً إلى أن شرافة الملك و نفاسته إنما هو بواسطة كونه طلقاً غير ممنوع عن التصرف فيه كما لا يخفى. و في نسخة من السواني «شراء» بالشين المعجمة. و عليه يحتمل أن يكون الشراء بمعنى المشتري بصيغة المفعول، و تكون إضافته إلى الملك من إضافة الصفة إلى الموصوف، كما في: جرد قطيفة. و يحتمل أن يكون «شروي» بمعنى المثل، كما هو الظاهر من المقابض.

و على التقديرين مفاده مفاد التنزيل منزلة الملك فيما له من الآثار التي منها جواز البيع. فتدلّ هذه الفقرة على جواز اشتراط بيع الوقف و جوازه مع الشرط. إلا أنه يمكن أن يقال: إن المراد من وجه الشبه هو خصوص الاختصاص بتمام المنافع، يعني: و إن شاء جعل جميع منافعه مثل منافع ملكه لنفسه بحيث لا يكون لغيره نصيب منها.

٣٠٣٧. إن نظارتم إليه عليه السلام و إله الناظر فيهم و في أموالهم، يعني: أموالهم الموقوفة لهم. فالجملة عطف على قوله: «فإن أراد». يعني: و فيه: إن ولد عليّ عليه السلام ...

٣٠٣٨. يحتمل رجوع الضمير إلى الدار الأولى، يعني: فبدا له أن يبيع داره و يسكن في دار الصدقة فليبيعها و يسكن في دار الصدقة لا حرج عليه فيه، فإذا باع داره و سكن في دار الصدقة فليقسم ثمن داره ثلاثة أقسام... إلى آخر ما ذكره عليه السلام. فيكون هذا شرطاً على الحسن عليه السلام في جواز سكناه في دار الصدقة، و لا بأس به. و على هذا الاحتمال لادلالة هذه الفقرة على جواز بيع الوقف مع الشرط.

و يحتمل رجوع الضمير إلى الدار الثانية، أعني: دار الصدقة، فيكون المعنى: أنه إن كانت للحسن عليه السلام دار غير دار الصدقة بحيث استغنى عنها لوجود دار له عليه السلام، فبدا له عليه السلام أن يبيع دار

في صورجواز بيع الوقف ٣١٥

يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم، وإله يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله و ينفق الثمرة حيث أمره به من سبيل الله و وجهه، و ذوي الرحم من بني هاشم و بني المطلب و القريب و البعيد، لا يباع شيء منه و لا يوهب و لا يورث... الرواية^{١٢}. و ظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود، فضلاً عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به. و السند صحيح و التأويل مشكل (٣٠٣٩) و العمل أشكل.

الصورة السابعة: أن يؤدي بقائه إلى خرابه علماً أو ظناً، و هو المعبر عنه بـ "خوف الخراب" في كثير من العبارات المتقدمة. و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه و قد يكون لا له. و الخراب المعلوم أو* المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة.

و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقاً: من أن تغير عنوان الوقف يسوّغ بيعه و قد عرفت ضعفه. و قد عرفت من عبارات جماعة تجوز البيع في صورة التادية إلى الخراب و لو لغير الاختلاف و من أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو** النفس و إن لم يعلم أو يظن بذلك. فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصاً من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلاً عن خصوص الوقف.

.....
الصدقة... و على هذا الاحتمال يدل على الجواز مع الشرط.

٣٠٣٩. لقوة ظهوره في المعنى المذكور بفقراته الثلاث، أعني قوله: «إن يبيع نصيباً من المال» و قوله: «إن شاء جعله شروى المال» و قوله: «إن كان دار الحسن عليه السلام غير دار الصدقة فليبيعها...». و قد عرفت عند التعرض لشرح كل منهما كيفية التأويل فيها و أنه لا إشكال فيه. و أما أشكالية العمل به فعمل وجهها إعراض الأصحاب عن العمل به. لكن لا بأس به

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس. و الأقوى: الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، و المنع في غيره من جميع الصور. أما الجواز في الأول، فلماً مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه، و بين انقطاع شخصه لانوعه، كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً. و أما الأدلة الشرعية (٣٠٤٠) فغير ناهضة؛ لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل، أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي (٣٠٤١). و كما ذكر يظهر (٣٠٤٢) أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمدة إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه، و مع فوته ففي تقديم البيع (٣٠٤٣) إشكال. و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به و بين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حق البطن (٣٠٤٤) الذي يفوته المنفعة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الوقف وجهان، لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدماً على الموقوف عليه.

بعد موافقته لعموم: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» و «المؤمنون عند شروطهم». و لذا أفق به المولى المحقق سيّدنا الأستاذ في ملحقات العروة الوثقى.

٣٠٤٠. يعني: الأدلة الدالة على المنع من بيع الوقف.

٣٠٤١. يعني: بالنسبة إلى المبدل المفروض بقاءه و عدم بيعه.

٣٠٤٢. أي: من فرض تضرر البطن الموجود بضميمة قاعدة نفي الضرر - بناءً على أن مفادها عدم جعل حكم شرعي يلزم منه الضرر - يظهر وجوب تأخير البيع دفعاً للضرر في هاتين الصورتين المذكورتين في ذيل قوله: «و يشكل...».

٣٠٤٣. يعني: تقديمه على آخر أزمدة إمكان البقاء.

٣٠٤٤. فيباع و يبدل، أو حق الواقف...، فيصرف المنفعة إلى الشخص و لا يباع.

و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح: من أن بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعة و إتلاف للمال، و هو منهي عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً^{١٣}. و لعلّه أراد الجواز بالمعنى الأعمّ، فلا يرد (٣٠٤٥) عليه: أنّه يدلّ على وجوب البيع. و فيه: أنّ المحرمّ هو إضاعة المال (٣٠٤٦) المسلط عليه، لا ترك المال الذي لاسلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه و إلّا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع. و الحاصل: أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح و يتّضح فساده على القول (٣٠٤٧) بكون الثمن للبطن الموجود لا غير.

و يتلوه في الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام: من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذّرت، فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلاً للغرض منه و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما أنّه لو تعطلّ الهدي ذبح في الحال و إن اختصّ بموضع، فلمّا تعذّر مراعاة المحلّ ترك مراعاة الخاصّ المتعذّر*.

٣٠٤٥. المورد على الاستدلال المذكور صاحب المقابس. و حاصل الإيراد: أنّ كون البقاء على هذه الحالة إضاعة و إتلافاً منهياً عنه يدلّ على وجوب البيع، فلا معنى لقوله في مقام التفريع: «فيكون البيع جائزاً».

٣٠٤٦. قضية الرواية الواردة في السفارة المطروحة في الطريق حرمتها مطلقاً. و أمّا قوله: «و إلّا لزم وجوب تعمير الأوقاف...»، ففيه: أنّ عدم وجوب ما ذكره إنّما هو من جهة لزوم الضرر من الحكم المذكور المنفيّ بحديث نفي الضرر، فلا وجه لأن يقاس عليه البيع الذي لا يلزم منه ذلك. و بالجملة، هذا الاستدلال جيّد متين. و بهذه الرواية يصحّ الاستدلال على الجواز حتّى على القول بعدم خروجه عن ملك الواقف، و على القول بكونه ملكاً لله تعالى، لدلائلها على ثبوت الولاية لغير المالك فيما يتوقّف عليه حفظه، و منه البيع في المقام. نعم، لو كان الواقف أو وارثه معلوماً و أمكن له التصديّ للبيع لا يجوز للغير، لعدم ثبوت ولاية للغير عليه حينئذ. و الخدشة في سند الرواية لا يصفى إليها بعد عمل الأصحاب بها في موردها.

٣٠٤٧. لأنّ البيع حينئذٍ تضييع لحقّ البطون اللاحقة.

و فيه: أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف؛ لأنه الذي دلّ عليه صيغة الوقف، و المفروض تعذّره فيسقط. و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص - لكونه أقرب إلى مقصود الواقف - فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذّر أصل الغرض، فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً و جعل ذلك مؤيداً*.

و أمّا المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها فلمعموم قوله عليه السلام: "لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك"؛ فإن ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزة و عدمه - الموجب لحمل فعل البائع على الصحة - يدلّ على أن الوقف مادام له غلة لا يجوز بيعه، وكذا قوله عليه السلام: "الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله"، و ما دلّ على أنه: يترك حتّى يرثها وارث السماوات و الأرض.

هذا كلّه، مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور و عدم الدليل الوارد عليه، عدا المكتابة المشهورة التي انحصرت تمسك كل من جوّزه في هذه الصور فيها و هي مكتابة ابن مهزيار، قال: "كتب إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلاناً (٣٠٤٨) ابتاع ضيعة فأوقفها، و

٣٠٤٨. ينبغي شرح الرواية أولاً، فاعلم أنه لا ريب في أن أمره عليه السلام ببيع حصّته من الضيعة - و هو الخمس - لا يصحّ إلا أن يكون ذلك ملكاً له عليه السلام. و الظاهر من قوله: «فأوقفها» أي: تمام الضيعة. و قوله: «و جعل لك في الوقف» أي: عمّن لك في ضمن إنشاء الوقف الخمس و لغيرك البقية. و قوله: «حصّتك من الأرض» و قوله: «أو يدعها موقوفة» إن سبب ملكه عليه السلام لخمس الضيعة هو الوقف لاشيء آخر، مثل أن يكون الواقف مديوناً له عليه السلام بمقدار الخمس، و جعله له من باب الوفاء بالدين و نحو ذلك، فإنّه في غاية البعد. و بالجملة، الظاهر من الفقرات المزبورة أن ملكه عليه السلام الخمس من الضيعة إنّما كان من جهة الوقف و بسببه. و من المعلوم أنّه لا يكون سبباً له إلا إذا كان هناك من الإمام عليه السلام قبض و قبول، و إلا فأمره عليه السلام بالبيع يكون قرينة قطعية على كون الوقف الصادر من الرجل جامعاً لشرائط الصحة حين الصدور، فيحكم

بتحقق القبول و القبض منه عليه السلام أو من أحد وكلائه عليه السلام قبل هذه المكاتبه، إذ ليس فيها دلالة على عدم اطلاعه عليه السلام قبلها بوقفه، لاحتمال أن يكون المراد أن فلاناً الذي تعلم أنه في زمان سابق على زمان المكاتبه بكثير ابتاع ضيعة فأوقفها في ذلك الزمان يسألك الساعة عن كذا و كذا. هذا بناءً على اعتبار القبول في صحة الوقف مطلقاً أو فيما إذا كان خاصاً، بناءً على أن وقفه عليه عليه السلام كان من قبيل الخاص، بأن كان الخمس له عليه السلام، وإضافة الحصّة إليه بلحاظ شخصه. و أما بناءً على عدم اعتباره مطلقاً، كما هو أحد الأقوال الثلاثة في المسألة، أو في خصوص العام و قلنا بأن الوقف في المورد منه، نظراً إلى أن الموقوف عليه كان عنوان الإمام، و كانت إضافة الحصّة إليه بخصوصه بلحاظ انحصار مصداق الموقوف عليه به. و بالجملة، لا ينبغي الإشكال في ظهور الرواية - بل صراحتها - في أن ملك الإمام عليه السلام لخمس رقبة الضيعة المستكشف بأمره عليه السلام بالبيع إنما كان بالوقف لا بسبب آخر، فلا مجال لحمل صسدرها على صورة عدم القبول أو عدم القبض، ضرورة مناقاته لصحة البيع المدلول عليها بأمره به.

إن قلت: إن كان الأمر كما ذكرت من صحة الوقف في موردها من جميع الجهات، فما الوجه و العذر في أمره عليه السلام بالبيع، مع أنه لا يجوز نصاً و فتوى بيع الوقف بدون العذر و المفقود في المورد؟ فإذا لم يمكن التصرف فيها بالحمل على صورة عدم تمامية الوقف من جهة منافاته لأمره بالبيع فلا بدّ من الطرح.

قلت: نعم لكن دعوى فقد العذر المسوّغ للبيع لا شاهد عليها، إلّا خلوّ الرواية عن ذكر الوجه للجواز.

و فيه أولاً: أن مجرد هذا لو سلّم لادلالة فيه على عدمه في مورد الرواية التي هي قضية شخصية، فلعله كان هناك مجوّز قد علم به الإمام عليه السلام بنقل الناقلين أو بغيره.

و ثانياً منع خلوّها عن التعرّض للمجوّز، و ذلك لأنّ الظاهر أن السؤال عن بيع حصّته عليه السلام و عن بيع سائر الحصص قد وقع في مكاتبه واحدة لامتدّدة كما يظهر من الوسائل، و يرشد إليه قوله: «و كتبت أن الرجل ذكر...» بالألف و اللام. و قوله في جواب الثاني: «و أعلمه» بالواو العاطفة. وجه الإرشاد ظاهر. و قد أثير في السؤال الثاني بوقوع الاختلاف بين أصحاب الوقف، و معلوم أن اختلافهم فيه و لو بالنسبة إلى حصّتهم يوجب الضرر في حصّته أيضاً، إذ الظاهر أن شركتهم معه عليه السلام كانت بالإشاعة، فيكون سبب جواز بيع حصّته عليه السلام هو السبب

المسوّغ لبيع حصصهم، أعني: ذاك الاختلاف بما أريد منه من المعنى الذي اختلف الأنظار في تعيينه. وقضية إطلاق جوابه عليه في السؤال الثاني - و لو من جهة ترك الاستفصال - جواز بيع جميع حصصهم للاختلاف مطلقاً و لو مع اندفاع الاختلاف ببيع بعض الحصص دون البعض، فيدل على كفاية ذلك في جواز بيع حصته عليه أيضاً مطلقاً.

إن قلت: ظاهر الرواية في الفقرة الثانية أن المتصدّي للبيع هو الواقف، فإن تم الوقف و كان مؤبداً فالمشهور انتقاله إلى الموقوف عليهم، فلا وجه حيثئذ لتصديده للبيع، و إن كان منقطعاً فلا وجه لاستيدانه من الإمام عليه في بيع حصته، لأن المنقطع باقٍ في ملك الواقف، فماذا تصلح ذلك؟

قلت: الأمر في ذلك - مع أن الظاهر كون الوقف مؤبداً، فتأمل - سهل إذ يمكن جعله الإمام متولياً على الوقف و ناظراً على الموقوف عليهم، فيسهل* عن إذنه و رأيه عليه في بيعه من باب أنه المتولي و المرجع في ذلك. و يمكن أن يكون الواقف بنفسه متولياً عليهم في حصصهم بجعله في الوقف، فيسأل عن حكم بيعه بما هو متولٍ عليهم عند وجود هذا الاختلاف هل يجوز لذلك؟ حتى يبيعه بمقتضى ولايته عليه لو جاز شرعاً. فتحصل أنه ليس في المكاتب ما يوجب تأويلها أو طرحها.

بقي الكلام في بيان ما أنيط به جواز البيع فيها، فنقول: الظاهر أن المراد من الاختلاف الأول في كلامه عليه هو الاختلاف الشديد، إمّا لأجل أن اللام فيه للعهد، و إمّا لأجل أنه لا ظهور لها في الجنس، لسبق ما يصلح المنع عن الأخذ بالإطلاق، فيؤخذ بالقدر المتيقن، و هو الاختلاف الشديد. و يؤيده قوله: «فإنه ربّما جاء...»، حيث إنه لا يترقب ذلك من جنس الاختلاف بأي مرتبة كان. ثم الظاهر أن قوله: «فإنه ربّما جاء...» - من جهة التعبير بـ «جاء» بصيغة الماضي لا بصيغة المضارع - ليس بياناً لوجه سببية الاختلاف بجواز البيع و تعليلاً له بلا واسطة، و إلا كان المناسب أن يقول: يجيء بصيغة المضارع كما لا يخفى. و إنما هو تعليل لحذف هو العلة له، مثل قوله: لأن في الاختلاف احتمال تلف الأموال و النفوس بطور المنع

* كذا في الطبعة الحجرية. و لعلها تصحيف: فيسأل، سيّما بقرينة قوله في عدل هذا المطلب في السطر التالي، فيسأل عن حكم.

جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة؟ فكتب إلي: أعلم فلاناً أنني أمره ببيع حصتي من الضيقة و إيصال ثمن ذلك إلي، إن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له. قال: وكتب إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيقة اختلافاً شديداً و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك، أمرته. فكتب بخطه: و أعلمه أن رأيي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب* الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبع، فإنه ربما جاء

.....

عن الخلوة، فإنه ربما رأينا و سمعنا أنه جاء من الاختلاف في شيء - مالا كان أو غيره، و على الأول وقفاً كان أو غيره - تلف أموال المختلفين فيه و نفوسهم بعضاً أو كلاً، فالتعليل في الحقيقة تعليل للمحذوف. و الحاصل: أنه لا ينبغي الغفلة عن خصوصية التعبير بالماضي دون المضارع، فإن جملة من الإشكالات ناشئة من الغفلة المذكورة، و لعله نشير إلى بعضها.

ثم الظاهر أن الواو في قوله: «و النفوس» للجمع في ترتبهما على جنس الاختلاف و تولدهما من الجنس قبال الشخص، يعني: إنه ربما اجتمع هذا و ذاك في الحصول من الجنس، أعم من حصولهما معاً من فرد منه و من حصول أحدهما من فرد و الآخر من آخر. فيكون وزانه وزان قوله: لاتزن، فإنه ربما اتفق أنه جاء منه الجذام و البرص. يعني: لاتزن، فإنه يحتمل أن يجيء من الزنا الصادر منك جذام أو برص على سبيل منع الخلوة في مقام الاحتمال، فإنه ربما اتفق أنه جاء من جنسه كذا وكذا معاً تارة و هذا أخرى و ذاك ثالثة، فليس في التعليل دلالة على اعتبار ترتب الأمرين معاً على الاختلاف الخاص.

فحصل من هذه الاستظهارات التي ذكرناها: أن مناط الجواز هو الاختلاف الشديد الملازم غالباً - بل دائماً - لاحتمال ورود التلف على المختلفين في أموالهم - وقفياً كان أو غيره، بعضاً كان أو كلاً - أو في نفوسهم كذلك. و نتيجة ذلك جواز بيعه فيما إذا كان هناك اختلاف شديد يوجب احتمال تلف بعض أموال الموقوف عليهم و نقصان منفعته، وقفاً كان أو غيره. هذا ما تيسر لي في شرح المكاتبة و استظهار ما هو المناط في جواز البيع.

في الاختلاف تلف الأموال والنفوس^{١٤}. حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة* (٣٠٤٩)؛ بناءً على أن قوله: "فإنه..." تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد بالمال هو الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أن المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

٣٠٤٩. يعني بالقسم الثاني منها كون الخراب على وجه نقص المنفعة، سواء كان لأجل الخلاف أو لغيره. ولا يخفى أن ما ذكره في تقريب الاستدلال والجواب الأول عنه غير مرتبط بأصل المدعى من جواز البيع في القسم الثاني، إذ لا تعرض فيهما على كون الخراب على وجه نقص المنفعة، وإنما المستفاد من تقريب الاستدلال أن المقصود كفاية احتمال الخراب لأجل الاختلاف في جواز البيع، والجواب أيضاً ناظر إلى منع ذلك.

و دعوى الاختصاص بصورة العلم أو الظن، و دعوى أن تلف الأموال بإطلاقه يشمل نقص المنفعة، و لذا لم يتعرض له، يدفعهما أنه لو كان كذلك لتعرض في الجواب لمنع ذلك الذي هو العمد، لا لمنع التعميم للاحتمال. فتعرض في الجواب للثاني دون الأول قرينة على أن ما ذكر في تقريب الاستدلال مسوق لبيان دلالة الخبر على عدم اعتبار العلم والظن، ولا نظر فيه إلى إثبات دلالة على الجواز في صورة نقص المنفعة لخصوصاً و لعموماً. نعم، الجواب الثاني الذي ذكره بقوله: «مع أن مناط الجواز...» ينطبق على المدعى، إلا أنه أجنبي عما ذكره في تقريب الاستدلال.

هذا، و لكن يمكن أن يقال في وجه الربط: إن مراد المستدل من التلف ما يعم صورة النقص، و إنما اكتفى عن التعرض له صريحاً بما ذكره بقوله: «فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف في معرض «الخراب» جاز بيعه» حيث إن التعبير عن التلف المصرح به في الرواية بالخراب دليل على أن المراد من الأول عند المستدل هو الثاني، و قد مر أن الخراب عام لصورة نقص المنفعة أيضاً، فكذلك التلف. فحيث تدل الرواية على الجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة بالعموم، لكونه من جملة أفراد كون الوقف في معرض الخراب.

في صورجواز بيع الوقف ٣٢٣

و فيه: أن المقصود (٣٠٥٠) جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا مجرد كونه ربماً يؤدي إليه - المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظة "ربماً" كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله - و لا أظن أن أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب؛ لأن كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قوهم: "أدى بقاءه إلى خرابه"، و بين قوهم: "يخشى أو يخاف خرابه". و الخوف عند المشهور كما يعلم من سائر موارد إطلاقهم مثل قوهم: "يجب الإفطار والتمم مع خوف الضرر"، و يحرم السفر مع خوف الهلاك، لا يتحقق إلا بعد قيام أماره الخوف. هذا، مع أن مناط الجواز على ما ذكر، تلف الوقف رأساً، و هو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب (٣٠٥١) الذي لا يصدق معه التلف، مع أنه لا وجه - بناءً على عموم التعليل - للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مال (٣٠٥٢) جاز بيع الوقف.

و أما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة - و هي صورة وقوع الاختلاف الذي ربماً أوجب تلف الأموال و النفوس - فهو: أن الحكم

٣٠٥٠. يمكن الخدشة في هذا الجواب بأن عدم العمل بظهور الخبر من كفاية مجرد احتمال الخراب و لو كان مساوياً أو مرجوحاً لا يوجب رفع اليد عنه بالمرّة، و إنما يوجب تخصيصه أو حمله على صورة الاحتمال الراجع. مع أن عدم العمل به قابل المنع، إذ لا وجه لنفي العمل به إلا من جهة ما جعله علّة له، من عدم شمول الخوف في كلمات من عبّر بعنوان خوف الخراب لمجرد الاحتمال، بل لا بدّ في صدقه من أماره الخوف. و فيه: - مضافاً إلى منافاته لما ذكره في الصورة الثامنة من عموم خوف الخراب في بعض العبائر السابقة لصورة عدم العلم و الظن - كما أنه لو سلّم ذلك فنقول: إن الاختلاف المفروض أماره الخراب علماً أو ظناً.

و أما الجواب الثاني ففيه أنه صرح بعد مقدار صفحة بعموم التلف لنقص المنفعة بقوله: «و ليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأساً...».

٣٠٥١. فلا يدلّ على الجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة من كون الخراب على وجه نقص المنفعة.

٣٠٥٢. لو كان غير الوقف.

٣٢٤ المكاسب، ج ٣، البيع

بالجواز (٣٠٥٣) معلق على الاختلاف إلا أن قوله: "فإنه ربما..." مقيد بالاختلاف الخاص - وهو الذي لا يؤمن معه من التلف -؛ لأن العلة تقيد المعلول كما في قولك: لا تأكل الرمان لأنه حامض. وفيه: أن اللازم (٣٠٥٤) على هذا، تعميم الجواز (٣٠٥٥) في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و إن لم يكن لها دخل في الوقف، اللهم إلا أن يدعى سوق العلة مساق التقريب (٣٠٥٦) لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد، لكن تقييد الاختلاف حينئذ (٣٠٥٧) بكونه مما لا يؤمن، ممنوع (٣٠٥٨)، وهو الذي فهمه الشهيد في الروضة (٣٠٥٩) - كما تقدم كلامه - لكن الحكم على هذا الوجه (٣٠٦٠)

٣٠٥٣. يعني: حكمه بجواز بيع الوقف بقوله: «إن بيع الوقف أمثل» قد علّقه على الاختلاف بقوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف...».

٣٠٥٤. يعني: أن اللازم تعميم الجواز لما ذكره المصنف، نظراً إلى عموم العلة، مع أن المستدل لا يلتزم به.

٣٠٥٥. هذا وكذا ما ذكره بعد ذلك بقوله: «و فيه: أن اللازم على هذا عدم اختصاص...» من جملة الإشكالات التي نشأت من الغفلة عن خصوصية التعبير بالماضي، الموجبة لتوهم كون العلة علة لنفس الحكم المذكور لا للمحذوف، فتأمل تعرف.

٣٠٥٦. يعني: و أن بنائه على الكشف عن حكمة الحكم.

٣٠٥٧. أي: حين كون العلة تقريبية لتحقيقية.

٣٠٥٨. لعدم الوجه له بعد منع تحقيقية العلة، بل يكون مفاد المكاتبه حينئذ جواز البيع بمجرد الاختلاف و إن كان مأموناً من ترتب تلف الأموال و الأنفس. وفيه: أن عدم كونه علة لا ينافي التبعّد بما فيه مظنته أو احتماله.

٣٠٥٩. يعني: منع التقييد بما ذكر، المبني على سوق العلة مساق التقريب، أو سوقها مساقه المستلزم لعدم التقييد بما ذكر، هو الذي فهمه الشهيد عليه السلام. و الأول أنسب لعبارة المصنف عليه السلام.

٣٠٦٠. يعني: لكن الحكم بجواز البيع على هذا الوجه الذي فهمه الشهيد الثاني من الرواية

- أعني: عدم تقييد الاختلاف بعدم الأمن، الملازم لجواز البيع بمجرد الاختلاف - و إن كان يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس يخالف للمشهور - لأنهم عليهم السلام يقيّدونه بعدم الأمن منه.

في صورجواز بيع الوقف ٣٢٥
مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد،
مع ما فيها من ضعف الدلالة كما سيجي إليه الإشارة (٣٠٦١).

و كما ذكرنا يظهر (٣٠٦٢) تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة و ردّه. و أمّا
تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة فهو: أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال - مع
أن خوف تلف الأنفس (٣٠٦٣) يتبعه خوف تلف المال غالباً - يدلّ على اعتبار بلوغ
الفتنة في الشدّة إلى حيث يخاف منه تلف النفس، و لا يكفي بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث
يخاف منه تلف المال فقط.

و فيه: أن اللازم على هذا عدم (٣٠٦٤) اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين
الموقوف عليهم بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كلّ فتنة، مع أن ظاهر
الرواية (٣٠٦٥) كفاية كون الاختلاف بحيث ربّما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، و
المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

٣٠٦١. يعني به ضعف دلالتها على كون مورد السؤال الوقف و على حصول القبض.
و المصنّف رحمه الله كما أشار إليهما بعد اثني عشر سطراً، كذلك أشار إلى جوابهما أيضاً، فينبغي ترك
هذه الإضافة هنا.

٣٠٦٢. بتقريب أن يحمل قوله عليه السلام: «فإنّه ربّما...» على التعليل الحقيقي، و يحمل ذكر
تلف الأموال و الأنفس على المثال للضرر العظيم لا على الموضوعيّة، فيكون المناط الاختلاف
الذي هو علّة لوقوع الفتنة التي من آثارها تلف الأموال، و منها تلف النفوس، و منها انتهاك
الأعراض. و أمّا ردّه فبأنّ اللازم على هذا تعميم الجواز لكلّ مورد يكون كذلك و إن لم يكن
من جهة الاختلاف بين الموقوف عليهم، و المستدلّ لا يلتزم بذلك.

٣٠٦٣. أي: مع ملاحظة أن ذكر الأموال إنّما هو لأجل ما يلزم غالباً تلف الأنفس،
لا لأجل دخاله في مناط الجواز حتّى يقال: إنّ الرواية من جهة اعتبار الأمرين لا تنطبق على
الصورة العاشرة المكتفى فيها بخصوص تلف الأنفس، فلا يصحّ الاستناد إليها فيها.

٣٠٦٤. لعموم العلّة.

٣٠٦٥. يعني: مع أن ظاهر الرواية بواسطة كلمة «ربّما» عدم لزوم العلم أو الظنّ، بل
كفاية كون الاختلاف بحيث يحتمل فيه التلف احتمالاً عقلاً و لو في ضمن الشكّ، و المقصود

و الحاصل: أن جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف - الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاص (٣٠٦٦) أو اعتبار الاختلاف مطلقاً أو اختلاف خاص - مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتب المذكورة، و الأظهر في مدلولها: هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس (٣٠٦٧) لا مطلق الاختلاف؛ لأن الدليل مقيّد (٣٠٦٨)، و لا خصوص المؤدي علماً أو ظناً، لأن موارد استعمال لفظة "ربما" أعم من ذلك، و لا مطلق ما يؤدي (٣٠٦٩) إلى المخدور المذكور؛ لعدم ظهور الدليل في التعليل (٣٠٧٠) بحيث يتعدى عن مورد النص و إن كان فيه إشارة إلى التعليل.

و على ما ذكرنا فالمكاتب غير مفق بها عند المشهور، لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم (٣٠٧١) للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال

.....

من الصورة العاشرة اعتبار تحقق الفتنة علماً أو ظناً، فيكون الدليل أعم من المدعى.

٣٠٦٦. يعني بالأول ما يعم نقص المنفعة، و من الثاني ما يختص بصورة انتفاء المنفعة.

كما أن المراد من الاختلاف المطلق ما يعم صورة عدم أدائه إلى تلف المال و النفس، كما عليه الشهيد في كلامه المتقدم، و من الاختلاف الخاص الاختلاف المؤدي إليه.

٣٠٦٧. يعني: تلف الأموال و لو كانت غير الوقف، و تلف النفوس و لو كانت غير

نفوس الموقوف عليهم. و الدليل على إرادته ذلك التعميم هنا قوله في آخر الصفحة: «و لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات، و هو الاختلاف المؤدي علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم». فافهم.

٣٠٦٨. يعني: أن ذيل الرواية - و هو «فإنه ربما جاء...» - مقيّد لإطلاق الصدر.

٣٠٦٩. يعني: و لو كان غير الاختلاف.

٣٠٧٠. بل لكونه تعليلاً لمخدوف هو علة الحكم كما عرفت.

٣٠٧١. هذا صفة للأداء، أي: غير المعتر فيه أن يكون لازماً لاختلاف الموقوف عليهم

اختلافاً خاصاً و ناشئاً منه و مسبباً عنه، يعني: الأداء إلى الخراب، و لو كان مسبباً عن غير الاختلاف.

و الأنفس، فيكون النسبة (٣٠٧٢) بين فتوى المشهور و مضمون الرواية عموماً من وجه. لكن الإنصاف: أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية (٣٠٧٣) و قصور مقاومتها للعمومات المانعة، بالشهرة؛ لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي انيط به الجواز من قوله عليه السلام: "إن كان قد علم الاختلاف..." المنضم إلى قوله: "فإنه ربما جاء في الاختلاف...".

و أما دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها (٣٠٧٤)، منجبرة بالشهرة (٣٠٧٥)، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد؛ لعدم ذكر البطن اللاحق، و ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف كما عن الإيضاح، و أوضحه الفاضل المحدث المجلسي و جزم به المحدث البحراني، و مال إليه في الرياض^{١٥}. قال الأول - في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار -: إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم و لم يدفعها إليهم، و حاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد؛

.....
٣٠٧٢. و ذلك لأن الرواية من جهة دلالتها على كفاية احتمال الخراب أعم من فتوى المشهور، لاعتبارهم خصوص العلم أو الظن، و من جهة اعتبار الاختلاف الخاص الذي يجيء منه تلف الأموال و النفوس أخص منها، لعدم اعتبارهم كون الاختلاف هو السبب في أداء البقاء إلى الخراب.

٣٠٧٣. يعني: دلالتها على أصل جواز البيع. و فيه: أنها صريحة في ذلك لاضعف فيها كي يحتاج إلى الجبر باتفاقهم على أصل الجواز و إن اختلفوا في مناطه. هذا، مع أن جبر الدلالة بالشهرة منافي لمذاقه.

٣٠٧٤. مع أنه لا قصور فيها، لما يأتي رفع إحدى جهتي القصور بقوله: «لكن ليس في السؤال...»، و الأخرى بقوله: «كما أن عدم ذكر البطن...».

٣٠٧٥. و باتفاق القائلين بجواز بيع الوقف المؤبد التام على استفادة الحكم المذكور من الرواية المذكورة و استنادهم فيه إليها. و يدل ذلك على أنهم فهموا أن مورد الجواز في الرواية

لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفة و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ انتهى موضع الحاجة. و الإنصاف: أنه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره (٣٠٧٦) في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب، كما أن عدم ذكر البطلن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع؛ إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

و الحاصل: أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لاتعيين ما انيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين (٣٠٧٧) المذكورتين. نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى، و هي: أن مقتضى القاعدة كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، و ظاهر الرواية تقريره للإمام في تقسيم (٣٠٧٨) ثمن الوقف على الموجودين، فلا بد: إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكليف سقوط حقيق سائر البطون عن الوقف آنأ ما قبل البيع، لتقع المعاوضة في مالهم، و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعني الحبس الذي (٣٠٧٩) لا إشكال في بقائه على ملك الواقف،

.....
هو الوقف المؤبد التام أو الأعم منه و من المنقطع.

٣٠٧٦. الظاهر وجود ما يوجب ظهوره في غير الوقف التام المؤبد من وجوه مذكورة في كلام المصنف عليه السلام، و نشير إليها في مواردنا، فلا وجه للتعدي بترك الاستفصال.

٣٠٧٧. يعني بهما قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف» و قوله: «فإنه ربما جاء...».

٣٠٧٨. هذا أحد الوجوه الموجبة لظهور السؤال في غير الوقف المؤبد التام. و يمكن أن يقال: إن مجرد تقسيم الثمن على الموجودين لا يخالف مقتضى المعاوضة، لاحتمال أن يكون ما بيد كل منهم من الثمن وقفاً له و لعقبه لو أمكن.

٣٠٧٩. يعني: لا الوقف المنقطع المصطلح، لما فيه من الخلاف في بقائه في ملك الواقف و عدمه على أقوال على ما يصرح به بعد ذلك، فلا منافاة بين الكلامين.

أو على الوقف الغير التام؛ لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغة الوقف و إن تحقق التوطين عليه و تسميته وفقاً بهذا الاعتبار، و يؤيده: تصدي الواقف (٣٠٨٠) بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظراً، أو يقال: إنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام (٣٠٨١) في بيعه عليهم حسبة، بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها - مع أن المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف و بدله - أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف؛ لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده: أن (٣٠٨٢) ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضاً. إلا أن يصلح هذا الخل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، و يقال: إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصاً لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجباً لتكليف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام (٣٠٨٣) للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

و يبقى الكلام (٣٠٨٤) في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع،

٣٠٨٠. هذا ثاني الوجوه لظهور السؤال فيما ذكر. و ثالثها: قوله: «و يؤيده أن ظاهر صدره...». وجه التأييد في الأول مبني على كون الوقف المؤبد التام خارجاً عن ملك الواقف و داخلياً في ملك الموقوف عليهم، كما هو المحكي عن المشهور.

٣٠٨١. فيه: أن الظاهر من السؤال استعمال حكم الواقعة، كما يؤمى إليه قوله في الجواب: «أن البيع أمثل» فالحمل على الاستيذان خلاف الظاهر، مضافاً إلى أنه لا معنى لاستيذان الأجنبي مع وجود الموقوف عليه و قدرته على البيع.

٣٠٨٢. يعني: يؤيد كون مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف. وجه التأييد: أنه ظاهر في كون الموقوف عليه شخص الإمام عليه السلام، و هو لا يصح إلا بهذا النحو. و يمكن أن يقال: إن الموقوف عليه عنوان الإمام، و إنما أسند الملك إليه عليه السلام لكونه مصداقه. و حينئذ يصح كون الوقف في المورد مؤبداً لا منقطعاً.

٣٠٨٣. سيصرح بأنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

٣٠٨٤. يعني: و يبقى الكلام بعد إصلاح ضعف دلالة الرواية و جبرها بالشهرة في

٣٣٠..... المكاسب، ج٣، البيع

و قد عرفت الأظهر منها، لكن في النفس (٣٠٨٥) شئ من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات - و هو الاختلاف المؤدي علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم - كان أولى. و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع أن المناط في ذلك القسم (٣٠٨٦): العلم أو الظن بتلف الوقف (٣٠٨٧) رأساً، و المناط هنا: خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف، فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف، و ليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأساً حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم؛ إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية، فإن تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.

ثم إن الظاهر من بعض العبارات المتقدمة بل المحكي عن الأكثر: أن الثمن في هذا البيع (٣٠٨٨) للبطن الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة،

.....
تعيين محتملات جواب الإمام عليه السلام المذكور فيها.

٣٠٨٥. لعل الوجه فيه أن «ربما» وإن كانت تستعمل كثيراً في مورد الاحتمال، إلا أنها تستعمل أيضاً كذلك في مقام العلم و الظن، مع كون المراد منها صرف إفادة التعليل مجرداً عن كونه في ضمن الاحتمال.

٣٠٨٦. يعني: الأول.

٣٠٨٧. باعتبار سقوطه عن حد الانتفاع رأساً بحسب نظر العرف.

٣٠٨٨. التقييد بـ«هذا البيع» - المراد منه البيع لأجل دفع الاختلاف - إنما هو لبيان مورد الخلاف، يعني: أن اختلاف العلماء في أن لمن الوقف يصرف على الموجود أو يشتري به شيء يكون وقفاً مثل المبدل، إنما هو في خصوص الثمن الذي يكون البيع فيه لأجل رفع الخلاف، و أما إذا كان لرفع الحاجة الشديدة أو لأجل خرابه - لا لأجل الاختلاف بين أرباب الوقف - فلا إشكال و لا خلاف في اختصاص الموجودين و صرفه فيهم في الأول، و إلا يلزم نقض الغرض، و في كونه وقفاً لجميع البطون - كالمثمن بمقتضى البدلية - في الثاني.

ثم إنه قد يجمع بين كلمات العلماء في الغرض، بحمل كلام القائلين بقسمة الثمن على الموجودين على صورة عدم ارتفاع الخلاف إلا بذلك، و حمل كلام الطرف المقابل على صورة

بل صريح بعضهم كجامع المقاصد^{١٧} هو: أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف؛ تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. وهذا منه^{١٨} مبني على منع* ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البذل كالمبدل، لكن الوجه الثاني ينافي قوله (٣٠٨٩) باختصاص الموجودين بثمن ما يباع، للحاجة الشديدة؛ تمسكاً برواية جعفر، فتعين الأول وهو منع التقرير، لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

و أما الوقف المنقطع، وهو ما إذا وقف على من ينقرض - بناءً على صحته كما هو المعروف - فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم. وعلى الثاني: فإما أن يملكه ملكاً مستقراً بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإما أن يقال بصيرورته في سبيل الله.

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع؛ لعدم الملك. وفي جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال من حيث لزوم الغرر (٣٠٩٠) بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، ولذا منع الأصحاب كما في

مركز تحقيق كتب علوم اسلامی

ارتفاعه بمجرد التبديل، كما يشهد له قول المحقق الثاني على وجه يندفع به الخلف.

٣٠٨٩. وجه المنافة: أن اختصاص الثمن بالموجودين في صورة البيع - لأجل الحاجة الذي قال به - مثل المقام في مخالفته مقتضى قاعدة المعاوضة. و دليله الذي تمسك به في القول بالاختصاص في الصورة المذكورة - وهو رواية جعفر - ليس له دلالة على الاختصاص فيها إلا بالتقرير، فلو كان عدم قوله بالاختصاص في مسألتنا من جهة منعه عن العمل بالتقرير وعدم حجته فيه عنده، مع تسليمه أصل وجود التقرير، لناقض قوله بحجة التقرير المستكشف من تمسكه برواية جعفر التي لا دلالة لها على الاختصاص إلا بالتقرير.

٣٠٩٠. ومن أن الغرر المانع من صحة البيع إنما هو فيما إذا كان في نفس المبيع دون منفعة، وهو هنا من جهة معلومية المبيع منتف. وقد حكى ذلك من صاحب الرياض في بيع السكنى المؤقتة، فراجع.

الإيضاح* ١٨، بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء؛ لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت. نعم، المحكي عن جماعة كالمحقق ١٩ والشهيد في المسالك والدروس وغيرهم صحة البيع في السكنى الموقته بعمر أحدهما، بل ربما يظهر من محكي التنقيح: الإجماع عليه، ولعله إما لمنع الغرر (٣٠٩١)، وإما للنص، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة - في الصحيح أو الحسن - عن الحسين بن نعيم، قال: "سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته** و لعقبه من بعده، قال: هي له و لعقبه من بعده كما شرط. قلت: فإن احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم. قلت: فينقض البيع*** السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكنى على ما شرط... إلى آخر الخبر" ٢٠، و مع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة و ولده و المحقق الثاني.

و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه؛ لعدم الغرر، و يحتمل العدم؛ لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا توجب معرفة المبيع. وكذا لو باعه من انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم، لو انتقل إلى الواقف ثم باع صح جزأً. و أما مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأجنبي؛ لأن المنفعة مسال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم، أو يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض مؤزعاً عليهما و لا بد أن يكون ذلك على وجه الصلح؛ لأن غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصاً مع جهالة المنفعة.

و لما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح: من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء أراد بيع

٣٠٩١. يعني: منع الغرر المانع وجوده عن الصحة، أو منع مانعية الغرر المنفي عن

الصحة.

** في بعض النسخ زيادة: أو جعلها لها.

* في بعض النسخ زيادة: على ما حكى عنهم.

*** في بعض النسخ: يبيعه الدار السكنى.

في صور جواز بيع الوقف ٣٣٣

الواقف (٣٠٩٢) أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه (٣٠٩٣) المحكي عنه في مسألة السكنى؛ حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم، لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة - كما في السكنى على قول - صح ما ذكره؛ لإمكان سقوط الحق بالإسقاط، بخلاف المال، فتأمل (٣٠٩٤).
و تمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى و الحبس إن شاء الله تعالى.

و على الثاني: فلا يجوز البيع للواقف؛ لعدم الملك و لا للموقوف عليه؛ لا اعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

و على الثالث: فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف؛ لمنافاته لا اعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً و إن أجاز الموقوف عليه (٣٠٩٥)، إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال؛ بناءً على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة؛ لعدم تسلّطه على النقل، فإذا انقضى الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع. ثم إنه قد اورد على القاضي رحمه الله حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف ٢١. و يمكن دفع الثاني بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة - و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف - إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول (٣٠٩٦) بين من اختلف

.....
٣٠٩٢. يعني: سواء أراد بيع الواقف مع رضا الموقوف عليه، أو بيع الموقوف عليه مع رضا الواقف.

٣٠٩٣. يعني: على تجويز البيع مع اتفاق الموقوف عليه و الواقف. و لعلّ نظره في موضع الدلالة إلى قوله: «و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة» حيث إنه يدلّ على أنه مع رضاه يجوز بطريق أولى.

٣٠٩٤. لعلّه إشارة إلى أنه حق الانتفاع، و لعلّه غير قابل للإسقاط.

٣٠٩٥. لأن إجازته غير نافذة.

٣٠٩٦. و إنما القاضي يقول بملك الواقف من أول الأمر بالملكية المتحققة قبل الوقف،

لا بالعود بعد خروجه عن ملكه.

في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، و يتضح ذلك بمراجعة المسألة في كتاب الوقف.
و على الرابع: فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد - كما صرح به المحقق الثاني ٢٢
على ما حكى عنه - لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض
الموقوف عليه الخاص. ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإثما هو بالنسبة إلى البطن
الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف.

و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع
فهو كما تقدم. و أما على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع
بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع* في الصور التي منعنا، و في الجواز في
الصور التي جوّزنا؛ لاشتراك دليل المنع، و يتشارك أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

مسألة: و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيرورة المملوكة أمّ ولد لسيدّها،
فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع
الفائدة. و في بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام مثل ما روي من
قول أمير المؤمنين عليه السلام (٣٠٩٧) لمن سأله عن بيع أمة أرضعت ولده، قال له: "خذ بيدها، و
قل: من يشتري أمّ ولدي (٣٠٩٨)؟".

مركز تحقيق كتب التراث

٣٠٩٧. قد يقال قريب منه رواية عمر بن يزيد الآتية: «قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام
أمّهات الأولاد...»، فإنّها أيضاً كالصریح في كون بيعها من المنكرات، لكن يمكن منع دلالتها
على ذلك، و يعلم وجهه بالتدبر في أمثال هذا السؤال.

٣٠٩٨. الظاهر - و لو بقرينة قول الإمام عليه السلام «أمّ ولدي» - أن الولد كان من الأمة
المرضعة. و يحتمل أن تكون أمّه رضاعاً لانسباً، فيثبت ذلك الحكم في أمّ الولد النسبي بالأولوية.
لكن الظاهر من كلامهم اختصاص الحكم بأمّ الولد النسبي، كما يشهد له عدم تعرّض أحد
منهم لبيان حكم بيع الأمّ الرضاعي، فإنّ هذا يؤول إلى أن عدم جريان هذا الحكم فيها من
المسلّمات. و مع هذا الاحتمال لا يصح الاستناد إليه في إثبات عدم جواز بيع أمّ الولد النسبي
شرعاً و كونه من المنكرات الشرعيّة. نعم، يدلّ على كونه كذلك عرفاً، و لكنّه غير مجدٍ، إلّا

في عدم جواز بيع أم الولد..... ٣٣٥

و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن، كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد: منها: جعل أم الولد ملكاً غير طلق كالوقف و الرهن. و قد عرفت أن المراد من الطلق: تمامية الملك و الاستقلال في التصرف، فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها، كما أن المجهول الذي يجوز* الصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه، لا يخرج عن كونه طلقاً. و منها: كلماتهم في رهن أم الولد، فلاحظها (٣٠٩٩). و منها: كلماتهم في استيلاد المشتري في زمان خيار البايع، فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن: أن البايع لو فسخ يرجع إلى القيمة؛ لامتناع انتقال أم الولد. وكذا في كلام العلامة ٢٣ و ولده و جامع المقاصد ذلك أيضاً في زمان مطلق الخيار. و منها: كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردّاً و قبولاً؛ فإنها كالصریحة في أن الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

و مع ذلك كله، فقد جزم بعض سادة مشايخنا^{٢٤} (٣١٠٠) بجواز غير البيع من النواقل؛ للأصول و خلوّ كلام المعظم عن حكم غير البيع. و قد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفة، و مع ذلك فهو الظاهر من المبسوط و السرائر، حيث قالوا: إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف. و قد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كل ناقل^{٢٥}، و أرسله بعضهم - كصاحب

أن يمنع كون بيع أم الولد الرضاعي منكراً في العرف أيضاً، فيتعيّن حينئذ كون المراد منها - بمعونة صراحته في كونه من المنكرات - هو الأم النسبي، و لكن لادلالة فيه أيضاً على أزيد من كونه مستهجنأ في العرف. لكن يأتي عن الحمل على ذلك كونه على خلاف وظيفتهم^{عليه السلام}، أعني: بيان الأحكام الشرعية، مضافاً إلى أنه خلاف ظاهر السؤال و الجواب.

٣٠٩٩. قال العلامة في القواعد: «و في رهن أم الولد في ثمن رقبتها مع إعسار المولى

إشكال، و مع يساره أشكل، و في غير الثمن أشدّ».

٣١٠٠. يعني به سيد المناهل^{عليه السلام}.

الرياض و جماعة - إرسال المسلمات بل عبارة بعضهم ظاهرة في دعوى الاتفاق، حيث قال: إن الاستيلاء مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى إلى ملك غيره أو المعرّضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك. ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين، و الوجه فيه: ظهور أدلة المنع المعنونة بالبيع في إرادة مطلق النقل، فإن مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الرواية السابقة: "خذ بيدها، و قل: من يشتري أمّ ولدي؟" يدلّ على أنّ مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات، و هو مقتضى التأمل فيما سيحى من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها و عدم جوازه فيما سوى ذلك. هذا مضافاً إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصّاً عليه: من أنّ الوجه في المنع هو بقائها رجاء لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها، و الحاصل: أنّه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل. ثم إن المنع مختصّ بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز اتفاقاً فتوى و نصّاً.

و لو مات الولد و خلف ولداً: ففي إجراء حكم الولد عليه؛ لأصالة بقاء المنع، و لصدق الاسم فيندرج في إطلاق الأدلة، و تغليباً للحرية* أو العدم؛ لكونه حقيقة في ولد الصلب، و ظهور إرادته من جملة من الأخبار، و إطلاق ما دلّ من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثاً؛ لعدم ولد الصلب للمولى، و عدمه؛ لمساواة الأول مع ولد الصلب في الجهة المقتضية للمنع، وجوه: حكى أولها عن الإيضاح، و ثالثها عن المهذب البارع^{٢٦} و نهاية المرام. و عن القواعد^{٢٧} و الدروس و غيرهما: التردد.

بقي الكلام في معنى "أمّ الولد"، فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل؛ إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة. لكن المراد هنا - مجازاً - ولدها و لو حملاً؛ للمشاركة. و يحتمل أن يراد الولادة من الوالد^(٣١٠١) دون الوالدة. وكيف كان، فلا إشكال بل لاخلاف في تحقّق الموضوع بمجرد الحمل، و يدلّ عليه الصحيح عن محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام: "في الرجل يتزوج أمة، فتلد منه أولاداً ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل [بعد ذلك]

٣١٠١. هذا بعيد جدّاً في لفظ الولد، بل لا مجال له مع ملاحظة إضافة الأمّ إليه.

و إن شاء أعتق". و في رواية السكوني عن جعفر بن محمد، قال: "قال علي بن الحسين عليه السلام في مكاتبة يطؤها مولاها فتحيّل"، فقال: يرد عليها مهر مثلها و تسعى في رقبته، فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد^{٢٨}. لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر؛ لأن زمان الحكم (٣١٠٢) بعد تحقق السعي و العجز عقيب الحمل و الغالب ولوج الروح حينئذ. ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقاً على ما صرح في الرياض، و استظهره بعض آخر و حكاه عن جماعة هنا و في باب انقضاء عدّة الحامل.

و في صحيحة ابن الحجاج، قال: "سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبل يطلّقها زوجها ثم تضع سقطاً - تمّ أو لم يتمّ - أو وضعت مضغة، أتقضي بذلك عدتها؟ فقال عليه السلام: كل شيء وضعت يستبين أنه حمل - تمّ أو لم يتمّ - فقد انقضت به عدتها و إن كان مضغة^{٢٩}. ثم الظاهر صدق "الحمل" على العلقّة، و قوله عليه السلام: "و إن كانت مضغة" تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقل مراتب الحمل - كما عن الإسكافي - و حينئذ فيتجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقّة كما عن بعض، بل عن الإيضاح و المهذب البارع^{٣٠}: الإجماع عليه. و في المبسوط - فيما إذا أُلقت جسداً ليس فيه تخطيط لأظاهر و لا خفي، لكن قالت القوابل: إنه مبدأ خلق آدمي، و إنه لو بقي لتخلّق و تصوّر - قال قوم: إنما لاتصير أمّ ولد بذلك، و قال بعضهم: تصير أمّ ولد و هو مذهبنا^{٣١}، انتهى. و لا يخلو عن قوّة؛ لصدق الحمل.

و أما النطفة: فهي بمجرد ولادها لا عبرة بما لم تستقرّ في الرحم؛ لعدم صدق كونها حاملاً، و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل

٣١٠٢. يعني: أن زمان حكمه عليه السلام بكونها من أمهات الأولاد إنما هو ما بعد تحقق السعي و العجز عقيب الحمل، و الغالب فيه ولوج الروح حينئذ. و فيه: أن العجز في المكاتب المشروط بتحقيق بتأخير النجم عن وقته، كما عن المفيد و اختاره في (- قف -) ^{**}. للنص و لا يخفى أن العجز بهذا المعنى يتحقق قبل ولوج الروح بكثير.

* في بعض النسخ: فتحمل.

** كذا في الطبعة المحرّرة. و الظاهر

- بقرينة أنه قول المفيد عليه السلام - أنها رمز لكتاب المقنعة للشيخ المفيد عليه السلام. و قد صرح بذلك في المقنعة: ٥٥١.

المقداد (٣١٠٣) على عدم العبرة بها في العدة. و أما مع استقرارها في الرحم، فالحكمي عن نهاية الشيخ: تحقق الاستيلاد بها و هو الذي قواه في المبسوط في باب العدة - بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة به - مستدلاً بعموم الآية (٣١٠٤) و الأخبار، و مرجعه إلى صدق الحمل. و دعوى: أن إطلاق "الحامل" حينئذ مجاز بالمشارفة، يكذبها التأمل في الاستعمالات (٣١٠٥). و ربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ، مع أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ (٣١٠٦). نعم، في بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك. نعم، قوى التحرير موافقته فيما تقدم عن الشيخ في مسألة الجسد الذي ليس فيه تخطيط. و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضاً.

و اعلم أن ثمة تحقق الموضوع فيما إذا ألفت المملوكة ما في بطنها إنما تظهر في بيعها الواقع قبل الإلقاء، فيحكم بطلانه إذا كان الملقى حملاً، و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال (٣١٠٧). و حينئذ فلو وطأها المولى ثم جاءت بولد تام أو غير تام، فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أول زمان العلوق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك. فذكر صور الإلقاء - المضغة، و العلق، و النطفة - في باب العدة إنما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء، و في باب الاستيلاد لبيان كشفها عن أن المملوكة بعد الوطء صارت

٣١٠٣. قال الله في محكي التنقيح في رد من اكتفى بوضع العلقه مستنداً إلى كونه مبدأ خلق آدمي ما نصّه: «و المبدئية غير كافية إجماعاً و إلا لكفت النطفة، لأنها مبدأ أيضاً، لكنها غير كافية إجماعاً. و إنما الاعتبار بصدق الحمل، و إنما يصدق حقيقة بعد التخلق. فلذلك قال المصنف رحمه الله: مع تحققه حملاً» انتهى. لعل قوله: «و إنما يصدق بعد التخلق بأبي عن التنزيل المذكور، لعدم تحقق التخلق بمجرد الاستقرار في الرحم.

٣١٠٤. يعني: قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

٣١٠٥. لأنها ليست بلحاظ العلاقة و الالتفات إليها.

٣١٠٦. يعني: و مجرد الحكم لا يدل على الموافقة. و فيه: منع عدم الدلالة مع السكوت

عن الإرادة على المحكي، كما صرح بذلك المصنف في مسألة اشتراط التنجيز في العقد.

٣١٠٧. لا اعتبار بقاء الولد في إجراء أحكام أم الولد على الأمة.

في عدم جواز بيع أم الولد ٣٣٩
أم ولد، لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى * أن تصير النطفة علقه، و لذا عبّر
الأصحاب عن سبب الاستيلاد بالعلوق الذي هو اللقاح، نعم، لو فرض عدم علوقها بعد
الوطء إلى زمان، صحّ البيع قبل العلوق.

ثم إن المصرّح به في كلام بعض ٣٢ حاكياً له عن غيره: أنه لا يعتبر في العلوق أن يكون
بالوطء، فيتحقق بالمساحقة (٣١٠٨)؛ لأنّ المناط هو الحمل، وكون ما يولد منها ولداً
للمولى شرعاً، فلا عبرة بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء.
نعم، يشترط في العلوق بالوطء أن يكون الوطاء على وجه يلحق الولد بالواطي و إن كان
محرمًا، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعة الوطاء شرعاً لعارض آخر (٣١٠٩)، أمّا الأمة
المزوجة فوطؤها زناء لا يوجب لحوق الولد.

ثم إن المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لم تصرّ أم ولد
خلافًا للمحكمي عن الشيخ و ابن حمزة فاكتميا بكونها أم ولد قبل الملك، و لعلّه لإطلاق
العنوان و وجود العلة، و هي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها. و يردّ الأول:
منع إطلاق يقتضي ذلك؛ فإنّ المتبادر من "أم الولد" صنف من أصناف الجوّاري باعتبار
الحالات العارضة لها بوصف المملوكيّة كالمدين و المكاتب. و العلة المذكورة غير مطّردة و
لامنعكسة (٣١١٠) كما لا يخفى، مضافاً إلى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة.

.....
٣١٠٨. يعني: المساحقة مع موطوءة المولى بالوطي المترتب عليه لحوق الولد به، حرّة
كانت أو أمة. و يحتمل أن يراد بها المساحقة مع المولى، بأن يساحق بفرجها ذكره من غير تحقّق
الدخول، فينزل في خارج الفرج، فتجذب الأمة إياها بفرجها. و يحتمل إرادة الأعمّ منهما،
لاشتراكهما في الحكم.

٣١٠٩. مثل الظهار، و الإيلاء، و في الإحرام، و في شهر رمضان، و الاعتكاف.

٣١١٠. أمّا الأوّل فلجواز بيع بعض المستولدات مع وجود العلة المذكورة، أعني:
الكون في معرض الانعتاق من نصيب الولد، و ذلك كالمستولدة التي مات قريبها و خلف تركة
و لم يكن له وارث سواها، فتشترى منها فتعتق و ترث قريبها كما هو مذهب جماعة، بل عن

ثم إنَّ المنع عن بيع أمِّ الولد قاعدة كَلَيْسَة مستفادة من الأخبار كروايتي السكوني (٣١١١) و محمد بن مارد المتقدمين و صحيحة عمر بن يزيد الآتية و غيرها، و من الإجماع على أنَّها لا تباع إلَّا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظة الحقِّ الحاصل منها بالاستيلاء - أعني تشبُّهها بالحرية - و لذا كلٌّ من جَوَز البيع في مقام، لم يجوز إلَّا بعد إقامة الدليل الخاصِّ، فلا بدَّ من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها حتَّى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظة في نظر الشارع من الحقِّ المذكور، فلا يصغى إذاً إلى منع

بعضهم دعوى إجماع الأصحاب، فهي مع كونها في معرض الاعتناق تباع. و أمَّا الثاني فلعدم جواز بيعها مع انتفاء العلة المذكورة، كما في أمِّ الولد الرضاعي بناءً على بعض احتمالات الرواية المذكورة في أوَّل المسألة، فإنَّها لا تباع، مع أنَّها لا تنعق من نصيب الولد الرضاعي، فتأمل، وكما إذا كان ولدها مرتدًّا، فإنَّها لا تباع، مع أنَّه لا يرث من أبيه حتَّى تنعق من نصيبه.

٣١١١. يمكن أن يقال: إنَّه لا دلالة في رواية السكوني على أزيد من أنَّ المكاتب المذكورة فيها من أمَّهات الأولاد، و يترتب عليها أحكامها أيما كان، و أمَّا أنَّ أمَّ الولد لا يجوز بيعها فلا دلالة لها عليه. و أمَّا رواية ابن مارد فهي - على ما صرح به المصنِّف في أواخر الصفحة - ظاهرة في كون البيع الممنوع في غير ثمن الرقبة، و ستقف فيما بعد إن شاء الله على وجه الظهور، فلا دلالة فيها على إطلاق المنع. و أمَّا غيرها فالظاهر أنَّ المراد منه ما تقدَّم في أوَّل المسألة من قول أمير المؤمنين: «خذ بيدها و قل من يشتري أمَّ ولدي». و قد مرَّ الإشكال في دلالة على المنع الشرعي عن بيع أمِّ الولد. و أمَّا صحيحة عمر بن يزيد فمورد دلالتها هو السؤال عن سبب بيع الأمير عليه السلام أمَّهات الأولاد، من جهة دلالة على ارتكاز كون بيع أمِّ الولد من المنكرات، و تقريره عليه السلام ذلك. و قد مرَّ الإشكال في دلالة على ذلك. فلم يبق ممَّا يدلُّ على انقلاب أصالة الجواز في بيع أمِّ الولد - الثابتة بعموم: «أحلَّ الله البيع» - و قاعدة السلطنة - إلى أصالة المنع، بحيث يحتاج في كلِّ مورد إلى دليل يدلُّ عليه إلَّا الإجماع. و يمكن المناقشة فيه بقوة احتمال استناد جلَّهم لولا كلَّهم إلى تلك الأخبار المتقدمة التي عرفت الخدشة في دلالتها، فمقتضى أصالة الجواز الثابتة بالعمومات جواز بيعها كسائر الأموال، إلَّا في مورد دلَّ الدليل فيه على المنع.

في صور جواز بيع أم الولد ٣٤١
الدليل (٣١١٢) على المنع كلبية و التمسك بأصالة صحة البيع من حيث قاعدة تسلط
الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج.

ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكلبية المذكورة في الجملة، لكن
المحكمي في السرائر عن السيد عموماً المنع و عدم الاستثناء، و هو غير ثابت، و على تقدير
الثبوت فهو ضعيف، يرده - مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار - قوله عليه السلام في صحة
زرارة و قد سأله عن أم الولد، قال: "باعت و تورث، و حذها حذ الأمة" ٣٣، بناءً على حملها
على أنها قد يعرض لها ما يجوز ذلك.

مستثنيات من بيع أم الولد

و أما المواضع القابلة للاستثناء - و إن* وقع التكلم في استثنائها لأجل وجود ما
يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحق - فهي صور، يجمعها: تعلق حق للغير بها أو تعلق
حقها بتعجيل العتق أو تعلق حق سابق على الاستيلاد أو عدم تحقق الحكمة المانعة عن
النقل، فمن موارد القسم الأول: ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدي هذا
الدين، و الكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، و قد يقع فيما إذا
كان غير ثمنها، و على الأول، يقع الكلام تارة بعد موت المولى و أخرى في حال حياته.

أما بعد الموت، فالمشهور الجواز بل عن الروضة: أنه موضع وفاق، و عن جماعة: أنه
لا خلاف فيه ٣٤، و لا ينافي ذلك مخالفة السيد في أصل المسألة؛ لأنهم يريدون نفي الخلاف بين
القائلين بالاستثناء في بيع أم الولد، أو القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبته، في مقابل صورة
حياة المولى المختلف فيها. وكيف كان، فلا إشكال في الجواز في هذه الصورة، لا لما قيل ٣٥
من قاعدة تسلط الناس على أموالهم؛ لما عرفت من انقلاب القاعدة إلى المنع في خصوص
هذا المال، بل لما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: "قلت
لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك عن مسألة، فقال: سل. قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات

.....
٣١١٢. كما حكى عن الأردبيلي و تلميذه في شرح النافع. هذا، و قد عرفت في

الحاشية السابقة أن الحق معهما.

الأولاد؟ (٣١١٣) قال: في فكاك رقابهن. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها و لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ منها ولدها و بيعت، و اذي ثمنها. قلت: فيعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا". و في رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال: "سألت عن أم الولد، تباع في الدين؟ قال: نعم، في ثمن رقبته" ٣٦. و مقتضى إطلاقها (٣١١٤) بل إطلاق الصحيحة - كما قيل ٣٧ (٣١١٥): ثبوت الجواز مع حياة المولى كما هو مذهب الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردد فيه الفضلان. و عن نهاية المرام و الكفاية: أن المنع نادر، لكنه لا يخلو عن قوة (٣١١٦). و ربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييدها بالصحيحة السابقة؛ بناءً على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى كما يشهد به قوله فيها: "و لم يدع من المال..."، فيدل على نفي الجواز عما سوى هذا الفرد (٣١١٧)؛

٣١١٣. قضية جوابه عليه السلام المختص بصورة موت المولى أن يبعه عليه السلام لها إنما كان بنحو الوصاية من المولى، أو بنحو الولاية على الصغير لو كان وارثه صغيراً.

٣١١٤. هذا شروع في حكم البيع في ثمن الرقبة في حياة المولى.

٣١١٥. وجه التعبير بالـ«قيل» هو الإشارة إلى ما سيأتي من اختصاص الجواز في الصحيحة بصورة موت المولى، فلا إطلاق فيها.

٣١١٦. يعني: المنع. و نظره في وجه القوة إلى منع إطلاق الرواية الثانية لعمر بن يزيد لصورة حياة المولى، بدعوى ظهور قوله: «تباع في الدين» في كون البائع غير المولى بعد موته، فرجع إلى القاعدة، و نتيجتها المنع. و لكن ستعرف سقوط هذه الدعوى، و عليه يتعين أن يكون وجه القوة ما ذكره بقوله: «نعم يمكن أن يقال في وجه القوة» من الرجوع إلى القاعدة، لكن لأجل تساقط ما يصلح لتخصيص القاعدة بالمعارضة، لا لأجل عدم ما يصلح له أصلاً كما في الوجه الأول. و سيأتي التصريح برجحان رواية عمر على مقابلها، فالأقوى حينئذ ما ذهب إليه المشهور من الجواز.

٣١١٧. في هذا إشارة إلى بيان وجه التقييد و حمل المطلق على المقيّد في المقام، مع أنه لاتنافي بينهما يوجب التقييد، لكونهما مثبتين. و حاصل الوجه: أن التقييد هنا إنما هو بمفهوم

في صور جواز بيع أم الولد ٣٤٣
 أما لورودها في جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد، فيدلّ على الحصر و أمّا لأنّ نفي الجواز في ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعه في الدين مع حياة المولى. و اندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح (٣١١٨). نعم، يمكن أن يقال في وجه القوة - بعد الغض (٣١١٩) عن دعوى ظهور قوله: "تباع في الدين" في كون البائع غير المولى فيما بعد الموت - أن النسبة بينها و بين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه (٣١٢٠)،

.....
 المقيد لا منطوقه، و التنافي المعتبر في حمل المطلق على المقيد إنما هو فيما إذا كان التقييد بمنطوق المقيد، و بعبارة أخرى فيما إذا كان التقييد لأجل رفع التنافي بين المطلق و منطوق المقيد، و هذا النحو من التقييد ليس منوطاً على دلالة القيد في المقيد على المفهوم كما توهمه شيخنا بماء الملة و الدين. و أمّا إذا كان التقييد بمفهوم المقيد فيما إذا كان له دلالة على المفهوم فلا يعتبر فيه التنافي بين المطلق و المقيد، لنحقق التنافي بين المطلق و مفهوم المقيد، و المقيد في المقام من الثاني، لدلالته على المفهوم و هو نفي الجواز عمّا سوى ذلك، و ذلك أمّا لورودها.. إلى آخر ما في المتن.
 ٣١١٨. أمّا الأول فلمنع كون السؤال عن جميع موارد جواز بيع أمهات الأولاد، حتّى يدلّ الاقتصار في الجواب ببيان مورد واحد - مع كونه مورد في مقام بيان كلّ مورد يجوز فيه البيع - على الحصر، و إنما السؤال عن تخصيص مورد جواز بيع خصوص أمهات الأولاد التي باعها الأمير عليه السلام، فليس حينئذٍ في الصحيحة السابقة ما يدلّ على الحصر حتّى يقيد إطلاق مفهوم الرواية الثانية لعمر بن يزيد.

و أمّا الثاني فلا أنّه مبني على أن يكون «ذلك» في قوله: «سوى ذلك» إشارة إلى ثمن رقبته المذكور سابقاً، مع ملاحظة تقييده بقوله: «و لم يدع...»، المدعى ظهوره في الموت. و هو في حيّز المنع، إذ من المحتمل أن يكون المشار إليه دين ثمن الرقاب من دون لحاظ حياة المولى و موته.

٣١١٩. أي: بعد فرض الظهور المذكور كالعدم، إذ مع ملاحظته يكون مفاد هذا منافياً لموضوع رواية ابن مارد لأعمّ من وجه. لكن عدم الظهور المذكور واقعي لا فرضي، لأنّ مجرد الإتيان بصيغة المجهول لادلالة فيه على أنّه بعد موت المولى، لاحتمال أن يكون هو الحاكم، لاحتمال كونه مفلساً أو غائباً، فافهم.

٣١٢٠. يعني: بينها و بين مفهوم قوله عليه السلام في رواية ابن مارد: «ما لم يحدث عنده

فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدّم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها.

نعم، ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصّص، فيقال بمنع الإجماع في محلّ الخلاف سيّما مع كون المخالف جلّ المجمعين بل كلّهم إلّا نادراً، وحينئذٍ فالمرجع إلى قاعدة "سلطنة الناس على أموالهم". لكنّ التحقيق خلافه وإن صدر هو عن بعض المحقّقين (٣١٢١)؛ لأنّ المستفاد من النصوص و الفتاوى: أنّ استيلاء الأمة يحدث لها حقّاً مانعاً عن نقلها، إلّا إذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة.

و ربما توهم معارضة هذه القاعدة وجوب* أداء الدين، فيبقى قاعدة "السلطنة" وأصالة بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء، ولا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها؛ لأنّ بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى. و يندفع أصل المعارضة بأنّ أدلّة وجوب أداء الدين مقيّدة بالقدرة العقلية و الشرعية، و قاعدة المنع تنفي القدرة الشرعية كما في المرهون و الموقوف.

فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهر في عدم كون (٣١٢٢) بيعها في ثمن رقبته كما يشهد به قوله: "فتمكث عنده ما شاء الله لم تله منه شيئاً بعد ما ملكها، ثمّ يبدو له في بيعها"،

حمل». و الوجه في كون النسبة ما ذكر: اختصاص رواية ابن مارد بحال الحياة، كما هو قضية قوله: «إن شاء باعها» و عمومها لكون البيع في ثمن الرقبة أو غيره، و اختصاص رواية عمر بالبيع في ثمن الرقبة، و عمومها لحالي الحياة و الموت، كما هو قضية الغضّ عن ظهورها في حال الموت، و فرض عمومها لها و لحال الحياة.

٣١٢١. قيل: إنّ صاحب المقابس^{رحمته} و الحقّ معه، لما عرفت من عدم الدليل على انقلاب أصالة الجواز في بيع أمّ الولد إلى أصالة المنع نصّاً و فتوى.

٣١٢٢. و ذلك لأجل الغلبة في مثل مورد الرواية من مكثها عند المولى مدّة مديدة و سنين عديدة، المدلول عليه بكلمة «ما شاء الله» التي كُتبت بها عن طول المدّة، و من المعلوم أنّ عدم الولادة في مدّة لا يتحقّق فيها إلّا مرّة لا يصير طويلاً من حيث المدّة، بل لا بدّ في تحقّقه

في صور جواز بيع أم الولد ٣٤٥

مع أن ظاهر البدء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها. و بالجملة، فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت، لإشكال في رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع، كما يظهر بتأمل؛ مضافاً إلى اعتضاها بالشهرة المحققة، و المسألة محل إشكال .

ثم على المشهور من الجواز، فهل يعتبر فيه عدم ما يفي بالدين* و لو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير، أو لما عداها كما عن جماعة^{٣٨} الأقوى هو الثاني (٣١٢٣) بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق؛ لأن الحكم بالجواز في هذه الصورة في النص و الفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاد، فتكون ملكاً طلقاً كسائر الأملاك التي يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات، فحاصل السؤال في رواية عمر بن يزيد: أنه هل تباع أم الولد في الدين على حد سائر الأموال التي تباع فيه؟ و حاصل الجواب: تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبة، فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال.

و لما ذكر يظهر: أنه لو كان نفس أم الولد لما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع في ثمن رقبته؛ لأن غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها. و لما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مؤونة التجهيز، فإذا كان للميت كفن و أم ولد، بيعت في الدين دون الكفن؛ إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدي عنه الدين عداها؛ لأن الكفن لا يؤدي عنه

.....
مضي مقدار من الزمان قابل لوقوع الولادة فيه مراراً كي يصح التعبير بالكلمة المزبورة، و الغالب في مثل ذلك عدم بقاء ثمن الأمة إلى هذه المدة الطويلة، بل يؤدي قبل ذلك بكثير، فيمكن أن يكون إطلاقها وارداً مورد الغالب. فظهر أن توصيف الإطلاق بالظهور المذكور إشارة إلى وجه مرجوحية إطلاق رواية مارد بالقياس إلى مقابله. و إلى هذا الوجه أشار في قوله بعد ذلك: «كما يظهر بتأمل».

٣١٢٣. الأمر كذلك، لأن أدلة استثناء بعض الأمور من لزوم صرفه في الدين حاکمة على قوله: «و لم يدع من المال ما يؤدي عنه» المقيد لإطلاق قوله: «نعم في ثمن رقبته» و مبينة لكون المراد من المال فيه المال الذي يباع و يصرف في الدين، فلا يعم المستثنيات.

ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع أو استدان الثمن و اشترى به، أما لو اشترى في الذمة ثم استدان ما أوفى به البائع فليس بيعها في ثمن رقبته، بل ربما تؤمل فيما قبله، فتأمل (٣١٢٤). و لا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمة أو بعضه، و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليه. نعم، لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غاية المراد التصريح به^{٣٩}. و لو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان مأبوساً من الأداء عند الأجل.

و في اشتراط مطالبة البائع أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحقّ الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبة فيجوز في الأول دون الثاني*، وجوه، أحوطها الأول (٣١٢٥) و مقتضى الإطلاق الثاني. و لو تبرّع متبرّع بالأداء، فإن سلم إلى البائع برئت ذمة المشتري و لا يجوز بيعها، و إن سلم إلى المولى أو الورثة، ففي وجوب القبول نظر؛ وكذا لو ارضى** البائع باستساعائها في الأداء.

٣١٢٤. الأمر بتأمل إشارة إلى ضعف التأمل في سابقه، و هو أن يستدين ثمنها و يشتريها نقداً بعين ما استدانها، حيث إن قوله: «نعم في ثمن رقبته» يعنى ذلك، إذ المراد منه: نعم في دين هو ثمن رقبته، أو إن كان ذاك الدين ثمن رقبته، و على التقديرين يعنى الصورة المذكورة. بل يمكن أن يقال: إن معناه: أنه نعم في أداء دين حصل من قبل ثمن رقبته، فيعنى الصورة الثالثة أيضاً. هذا، و الإنصاف خلاف ذلك، و أنه إشارة إلى وجه التأمل فيه، و هو أن الظاهر من قوله في الصحيحة الأولى لعمر: «و لم يؤدّ ثمنها» الموجب لتقييد إطلاق قوله في الأخرى: «نعم في ثمن رقبته» من هذه الجهة - كتقييد إطلاقه بقوله في الأولى: «و لم يدع من المال...» - أن يكون الثمن نفس ما اشتغلت ذمته للبائع بإزاء الجارية، فيختص بالصورة الأولى.

٣١٢٥. وجه الأول: الجمع بين حقّي الاستيلاد و الدين. وجه الثاني: ما ذكره من إطلاق الرواية أيضاً، لكن مع دعوى انصرافه عن صورة الرضا بالتأخير و إسقاط حقّ الحلول، فيرجع إلى قاعدة المنع. و يمكن أن يكون الوجه في الأول هو الإطلاق، بضميمة دعوى

و لو دار الأمر بين بيعها ثمن تنعتق عليه أو بشرط العتق و بيعها من غيره، ففي وجوب تقديم الأول وجهان. و لو أذى الولد ثمن نصيبه، انعتق عليه و حكم الباقي يعلم من مسائل السراية. و لو أذى ثمن جميعها، فإن أقبضه البائع فكالمعتبر، و إن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر (٣١٢٦): من الإطلاق، و من الجمع بين حقّي الاستيلاء و الدين. و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر، فلجواز بيع البائع لها مقاصّة مطلقاً أو مع إذن الحاكم (٣١٢٧) وجه (٣١٢٨). و ربما يستوجه خلافه (٣١٢٩)؛ لأنّ المنع لحقّ أم الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرية.

.....

انصرافه إلى صورة المطالبة، لدعوى غلبتها بالقياس إلى غيرها. لكنّها دعوى ممنوعة.

٣١٢٦. ناش من الجمع بين حقّي الاستيلاء و الدين، و من الإطلاق و أصالة البرائة.

٣١٢٧. وجه الترديد هو الترديد في اعتبار إذن الحاكم في جواز المقاصّة فالثاني، و

عدمه - و هو الأقوى - فالأول.

٣١٢٨. قد علّله في المقابس بتنزيل الإيسار مع الامتناع منزلة الإعسار، و بإطلاق

بعض النصوص المتقدمة، خرج منه الموصّر الغير الممتنع فيبقى الباقي، و بسبق حقه على حقّ أم الولد، لأنّ بناء المعاوضة على التقابض من الطرفين.

و فيه: أنّه لا دليل على التنزيل. و لو سلّم فلا يقتضي جواز بيعها مع وجود مال آخر للمولى يمكن المقاصّة منه، بل يتعيّن كونها منه، بل و مع عدم تمكنه من المقاصّة من مال آخر أيضاً، لأنّ الظاهر من أدلة التقاصّ هو بيان ارتفاع إذن المالك الممتنع عن الأداء في التصرف في ماله، فيختصّ موضوعه بما يجوز التصرف فيه مع إذنه، فتخرج أم الولد، لعدم جواز التصرف فيها معه أيضاً في صورة اليسار كما هو الفرض. و إطلاق ذاك البعض - المراد به على الظاهر: «نعم في ثمن رقبته» - مقيد بقوله عليه السلام: «و لم يدع من المال...». و بناء المعاوضة على التقابض من الطرفين لا يقتضي تعلّق حقّ البائع على المبيع و هو ظاهر.

٣١٢٩. المستوجه صاحب المقابس عليه السلام، حيث أنّه بعد أن ذكر وجه الجواز على ما مرّ

نقله قال: «و الأوجه المنع». و علّله بالوجوه الثلاثة المذكورة في المتن على خلاف الترتيب الذي ذكره.

و في الجميع نظر (٣١٣٠)، و المراد بثمنها: ما جعل عوضاً لها في عقد مساومتها و إن كان صلحاً. و في إلحاق الشرط المذكور (٣١٣١) في متن العقد بالثمن - كما إذا اشترط الإنفاق على البايع مدة معينة - إشكال. و على العدم (٣١٣٢)، لو فسخ البايع، فإن قلنا بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ استردت، و إن قلنا بمنعه عنه فينتقل إلى القيمة. و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ (٣١٣٣) في أداء القيمة (٣١٣٤) أمكن القول بجواز استردادها؛ لأن المانع عنه هو عدم انتقالها، فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل القيمة لم يمنع عن ردها إلى البايع، كما لو بيعت على البايع في ثمن رقبته. هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها. و أما بيعها في دين آخر، فإن كان مولاهم حياً، لم يجز إجماعاً على الظاهر، المصرح به في كلام بعض.

و إن كان بيعها بعد موته، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً؛ لأصالة بقاء المنع في حال الحياة، و لإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين منطوقاً و مفهوماً (٣١٣٥). و هما يخص ما دلّ بعمومه على الجواز (٣١٣٦) مما يتخيل صلاحيته لتخصيص قاعدة المنع



٣١٣٠. لأرى وجهاً له بالنسبة إلى أول الوجوه، فالوجه هو المنع.

٣١٣١. فيما إذا توقف الوفاء به على بيعها، كما إذا لم يتمكن المشتري - في مثال

المن - عن الإنفاق على البايع إلا ببيعها و صرف ثمنها في الإنفاق عليه.

٣١٣٢. يعني: و على تقدير عدم الإلحاق لو فسخ لأجل تخلف الشرط....

٣١٣٣. أي: حين الانتقال إلى القيمة.

٣١٣٤. يعني: القيمة التي انتقل إليها، لاثنتها.

٣١٣٥. الأول في الرواية الأولى، و الثاني في الثانية.

٣١٣٦. فيما إذا كانا أخص مطلقاً منه و هما أعم منه من وجه، لعمومها لصورة الحياة

و الموت، كما هو قضية قول المصنف: «و لإطلاق...»، إذ لو لم يعمّا لصورة الموت لكان

اللازم ترك هذه الكلمة، فحينئذ يقع التعارض. إلا أن يراد منه التخصيص من حيث المعاملة،

يعني: يعامل معهما معاملة الخاص المطلق، فيعمل بهما في مادة التعارض و لو من جهة موافقتهما

للمشهور، فتأمل جيداً.

عن بيع أم الولد، كمفهوم مقطوعة (٣١٣٧) يونس: "في أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها، و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا*، لا يحل لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة، و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد، و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها، و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعي في بقية ثمنها"٤١ خلافاً للمحكي عن المبسوط، فجوز البيع حينئذ مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر للمعتين وكنز العرفان و الصيمري. ولعل وجه تفصيل الشيخ: أن الورثة (٣١٣٨) لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى اعتناق أم الولد الذي هو الغرض من المنع عن بيعها. و عن نكاح المسالك: أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، و إن منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين، فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء قيمة النصيب من ماله.

٣١٣٧. يعني به مفهوم قوله: «و ليس على الميت دين فهي للولد» فإنه بمفهومه يدل على أنه لو كان للميت دين فليست للولد، بل تصرف في الدين، و هو من جهة إطلاق الدين الشامل لكونه من جهة ثمن الرقبة و غيره يعم المقام. و فيه: منع الإطلاق فيه لغير ثمن الرقبة، لظهور قوله في الدليل: «و تستسعي في بقية ثمنها» في إرادة ثمنها من الدين في الصدر.

٣١٣٨. فيه: إن مجرد ما ذكره لا يكفي في تفصيل الشيخ، بل لابد فيه من ضم جواز نقل أم الولد عن ملك مالكة و أداء الدين منها، أما بدفعها إلى الديان، و أما بيعها و دفع ثمنها إليهم. و بالجملة، الاستغراق يوجب بقاء المال في ملك المالك الميت، و يمنع عن انتقاله إلى الورثة فيما إذا كان المال مع بقاءه في ملك الميت مما يمكن أداء الدين منه شرعاً، بحيث لا يكون مانع من صرفه في الدين إلا الانتقال إلى الورثة. و هذا المقدار لا يجدي في تفصيل الشيخ إلا بعد ضم ما هو بمنزلة الصغرى لذلك، و هو أن أم الولد مال يجوز أداء الدين منها لو بقيت في ملك الميت و لم تنتقل إلى الورثة. و الكلام فعلاً في جوازه، بل مقتضى إطلاق دليل المنع عن بيعها عدم الجواز مع استغراق الدين، حيث إن قوله عليه السلام في صحيحة ابن يزيد: «هل يبيعن فيما سوى ذلك من دين» سؤالاً و جواباً يعم استغراق الدين بتركته، فحينئذ يخرج عن موضوع ما يمنع

و ربّما ينتصر للمبسوط على المسالك أولاً (٣١٣٩):

الاستغراق عن إرثه، فيرثها ولدها مقدار نصيبه، فتنعق ثمنها بالإرث و السراية فيما كان معه وارث آخر. و إن لم يكن إلّا هو فبالإرث وحده. هذا، مضافاً إلى أنّ الدين إن كان مانعاً عن الإرث فلا فرق بين المستوعب و غيره، فلا وجه للتفصيل، فافهم.

٣١٣٩. المتصر صاحب المقابس. و مرجع إيراده بالوجوه الثلاثة الأولى إلى الإيراد على ما أفق به الشهيد الثاني - من انعقاد نصيب ولدها منها مع أداء قيمة نصيبه منها من ماله الآخر إلى الديان - بعدم الدليل عليه، بدعوى أنّ الدليل على خلافه.

أمّا أولاً: فلأنّ مفاد ما يدلّ على انعقادها من نصيب ولدها هو انعقادها منه من جهة استحقاقه ذاك النصيب بحجّاناً لا في قبال ما يلزم عليه أدائه للديان، فالانعقاد على نحو لزوم أداء القيمة خارج عن مدلول الدليل، فلا يجوز المصير إليه. فيدور الأمر حيثنّ بين الانعقاد المجاني، كما هو قضية إطلاق أدلة انعقادها من نصيب الولد الشامل لصورة استغراق الدين، و بين عدم الانعقاد أصلاً، و على التقديرين يبطل ما أفق به في المسالك. و أمّا في الانتصار للمبسوط فلا يكفي فيه هذا المقدار، بل لابدّ في الانتصار من إبطال أوّل طرفي الدوران فيتعيّن الثاني، و عليه لانعقاد هناك حتّى يمنع عن البيع، و هو مذهب الشيخ، إلّا أنّ الشأن في إبطاله، إذ لا وجه له إلّا إطلاق أدلة تعلق حقّ الديان بالتركة و لو كانت أمّ الولد، و سيأتي أنّه محكوم بإطلاق أدلة الانعقاد من نصيب الولد.

و أمّا ثانياً: فلأنّ سلّمنا أنّ لادلالة الدليل على الانعقاد المجاني، و أنّ جهة الانعقاد كون النصيب له بلا عوض، لكن نقول: إنّ موضوع الانعقاد في لسان الأدلة نصيب الولد، و لا يراد منه إلّا النصيب المستقرّ الغير الممنوع من التصرف فيه و غير القابل للزوال، لعدم تعلق حقّ الغير به الموجب له، و لا يكون إلّا بعد أداء الديون من التركة، فمع الاستغراق ينتفي الموضوع و هو النصيب، فلا تنعق أصلاً لا بحجّاناً و لا بعوض من ماله. و من هنا تبين الفرق بين الأوّل و الثاني، و هو أنّ قضية الثاني عدم الدليل على أصل الانعقاد، و قضية الأوّل عدمه على خصوصيّة كونه بعوض، و أمّا أصل الانعقاد بحجّاناً فالدليل الشامل بإطلاقه لصورة الاستغراق يدلّ عليه، إلّا أنّه يرفع اليد عنه بواسطة استلزامه فوات حقّ الديان، فافهم.

و أمّا ثالثاً: فلأنّ و إن سلّمنا أنّ النصيب المضاف إلى الوارث يراد الأعمّ من المستقرّ و

غير المستقر، لكن نقول: إنه لادليل على الانعتاق بالملك الغير المستقر الممنوع من التصرف فيه، لأن ما يدل على الانعتاق من نصيب الولد ليس لتعبد خاص به، بل إنما هو من جهة القرابة و صيرورته مصداقاً لقولهم عليه السلام: «إذا ملكوا أعتقوا» مشيراً إلى الأب و الأم و ساير الأقارب، و المراد من الملك فيه - و لو للانصراف - هو الملك، المستقر لعدم تعلق حق الغير كالديان به، فعليه يحمل نصيب الولد في لسان ما دل على انعاقه، فيبقى الانعتاق بالملك الغير المستقر - لتعلق حق الديان به المقتضي لزواله في بعض الصور كما في المقام - بلا دليل عليه، فلا يجوز القول به، فيجوز البيع لعدم المانع عنه.

و بالجملة، مفاد هذه الوجوه الثلاثة بطلان ما ذكره الشهيد الثاني رحمته الله من جهة خلوه عن الدليل، أما لكون مقتضى الدليل هو الانعتاق مجتأناً لا بعوض، كما هو قضية الوجه الأول، و أما لكون مقتضاه عدم الانعتاق أصلاً، كما هو قضية الوجه الثاني و الثالث.

و أما الوجه الرابع فالظاهر أنه إيراد عليه بقيام الدليل على بطلانه، حيث إنه مستلزم لما هو مخالف للإجماع، من لزوم الغرامة على الولد في الصور الثلاث التي ذكرها في طي الإيراد، فيكون هو أيضاً مخالفاً للإجماع و لو بواسطة الملازمة، فيبطل.

و أما وجه أن قول الشهيد الثاني بلزوم أداء قيمة نصيبه من ماله مستلزم لما ذكره المورد من لزوم الغرامة عليه فيما ذكره من الصور، فهو أن الوجه في لزومه عليه ليس إلا أن ذاك النصيب منها - كلاً كان كما إذا انحصر الوارث فيه، أو بعضاً كما إذا لم ينحصر - ينعتق بسبب ملكه، و أنه دخيل في انعاقه، و هو بعينه موجود فيما ذكره من الصور، لأن من حكم الولد الثابت بالنص المفتى به أنه إذا مات المولى و ترك مالا آخر غير أم الولد يجعل تمام نصيب الولد من جميع التركة - لو كان له وارث آخر - في أم الولد، فقد ينعتق كلها، كما إذا كان نصيبه من كل التركة يحيط بقيمة الأم، زاد عليها أم لأشار إلى هذه الصورة بقوله: «متى كان نصيب الولد - إلى قوله - تقوم عليه». و أما قوله: «سواء كان هناك دين مستغرق - إلى قوله - أم لا» فهو إشارة إلى أقسام هذه الصورة.

و قد ينعتق بعضها، كما إذا كان نصيبه من الكل ناقصاً عن قيمتها. و أشار إلى هذه الصورة بقوله: «وكذلك...». يعني: مثل الصورة الأولى يقوم عليه لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها مثلاً، فإنه يقوم من أمه مقدار نصيبه من أصل التركة كالنصف، فيقوم عليه نصفها،

بأن المستفاد لما دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها: أن ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، وإنّما الكلام في باقي الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمّه، هل تقوم عليه أو تسعى هي في أداء قيمتها؟ و ثانياً: بأن النصيب إذا نسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل، و المقصود منه النصيب المستقرّ الثابت لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له؛ تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك. و ثالثاً: أن ما ادّعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك (٣١٤٠) فما لم ينصّ عليه الأصحاب و لادلّ عليه دليل معتبر، و ما يوهّمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم؛ و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من يعتق عليه؛ بناءً على صحّة الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه. و رابعاً: أنّه يلزم على كلامه (٣١٤١)

فيكون قيمة نصفها على عهده. و يطلب الولد تارةً بأداء قيمة نصفها بالتام إلى الديان مثلاً، بأن كان الدين مستغرقاً، و أخرى لا يطلب هو بأدائها إليهم بالتام، بل يسقط عن عهده من تلك القيمة - أي: قيمة نصفها - مقدار يقابل نصيبه الباقي من التركة - الثابت له منه بعد أداء الدين منها إن كان له نصيب كذلك - إن كان الدين غير مستغرق للتركة، و يطلب الولد بالباقي من قيمة النصف بعد سقوط هذا المقدار منها، و هو قيمة نصيبه من نفس الأمّ.

و بالجملة، لازم لزوم أداء قيمة نصيبه من نفس الأمّ مع استغراق الدين - في مفروض كلامه من انحصار التركة بأمّ الولد - لزوم الغرامة على الولد من ماله فيما ذكره المورد من الصورتين - في مفروض كلامه أيضاً - من عدم انحصار التركة بها، لعدم الفرق بينهما في المناط، و هو انعتاقهما في ملك الولد مع استغراق الدين للتركة، و لم يقل به أحد من الأصحاب، فإنّهم متفقون فيهما على عدم الغرامة في انعتاق نصيبه من التركة منها، كلّاً كان كما في الصورة الأولى، أو بعضاً كما في الثانية، و النزاع في الغرامة و عدمها إنّما هو في انعتاق الزائد عمّا قابل حصّتها من التركة لأجل السراية.

٣١٤٠. في كونه غير طلق لا يجوز التصرف فيه على ما يريده المالك، لتعلّق حقّ الديان به.

٣١٤١. يعني من كلامه قوله: «و يلزمه أداء قيمة النصيب من ماله».

في صور جواز بيع أم الولد ٣٥٣

أنه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوي قيمة أمه تقوم* عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون و نحوها يساوي قيمتها أم لا؛ وكذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فإنه يقوم نصيبه عليه كائناً ما كان و يسقط من القيمة نصيبه الباقي الثابت - إن كان له نصيب - و يطلب بالباقي و هذا لما لا يقوله أحد من الأصحاب و ينبغي القطع بطلانه.

و يمكن دفع الأول: بأن المستفاد من ظاهر الأدلة (٣١٤٢) انعقادها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعقادها على الولد،

٣١٤٢. محصله: أن الشهيد لا يدعي دلالة أدلة الانعقاد من نصيبه على لزوم أداء قيمة النصيب من ماله حتى يمنع دلالتها على لزومه، بل يقول: إنها لا تدل بإطلاقها - الشامل لصورة استغراق الدين - إلا على انعقاد نصيبه منها مجرداً عن الدلالة على كيفية الانعقاد، من حيث لزوم أداء القيمة من ماله و عدمه، و إنما يقول بلزومه من جهة الدليل الخارجي، و هو الجمع بين ما دل على الانعقاد... إلى آخر ما ذكره المصنف.

و فيه: أن الجمع موقوف على التعارض و عدم حكومة أحدهما على الآخر، و دليل الانعقاد - الشامل بإطلاقه للمقام - حاكم على أدلة تعلق حق الديان بالتركة، لأن الظاهر أو القدر المتيقن من مفادها هو صورة كون التركة بحيث يجوز صرفها في الدين، و أمسا دليل الانعقاد فمقتضاه عدم جواز صرف أم الولد في الدين، فيرتفع موضوع تلك الأدلة. و لو سلم التعارض - بأن يقال: إن الظاهر من أدلة الانعقاد صورة عدم تعلق حق بها - فنقول: إن الجمع يحتاج إلى عدم رجحان لأحدهما على الآخر، و أدلة الانعقاد - لأجل الموافقة للمشهور، و قلة أفرادها - راجحة على مقابلها. و لو سلم عدم الرجحان فهو محتاج إلى الشاهد المفقود.

و بالجملة؛ لدليل على غرامة الولد على تقدير الانعقاد. و كذا لدليل على وجوب السعي عليها لأجل قيمة نصيب الولد المنتق منها عليه، كما صرح به صاحب الجواهر في كتاب الاستيلاء، حيث إنه قال بعد جملة كلام له ما هذا لفظه: «اللهم إلا أن يكلف الولد بما يخصها من الدين، أو هي بالسعي، و هما لدليل عليهما، بل ظاهر الأدلة خلافه، فتأمل جيداً». انتهى.

لكن ذلك لا ينافي (٣١٤٣) اشتغال ذمة الولد قهراً بقيمة نصيبه أو وجوب بيعها* في القيمة جمعاً بين ما دلّ على الانعقاد على الولد الذي يكشف عنه إطلاق النهي (٣١٤٤) عن بيعها و بين ما دلّ على أنّ الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق** الدّيان، غاية الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاصّ و عدم كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الدّيان، و يكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

و الحاصل: أنّ مقتضى النهي عن بيع أمّ الولد في دين غير ثمنها بعد موت المولى، عدم تسلّط الدّيان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكّها بالقيمة و عدم تسلّط الولد على دفعها وفاء عن دين أبيه، و لازم ذلك انعقادها على الولد.

فيتردّد الأمر حينئذٍ بين سقوط حقّ الدّيان عن ما قابلها من الدين، فتكون أمّ الولد نظير مؤونة التجهيز التي لا يتعلّق حقّ الدّيان بها و بين أن يتعلّق حقّ الدّيان بقيمتها على من تلف في ملكه و تنعتق عليه و هو الولد و بين أن يتعلّق حقّ الدّيان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها و بين أن يتعلّق حقّ الدّيان بمنافعها، فلهم أن يؤجروها مدة طويلة يفي أجرها بدينهم، كما قيل يتعلّق حقّ الغرماء بمنافع أمّ ولد المفلس^{٤٢}.

٣١٤٣. الظاهر أنّ هذا إيراد على قوله: «من غير أن يقوم عليه». توضيحه: أنّه إن كان نظره في هذا القيد إلى نفس أدلة انعقادها من نصيب ولدها، و أنّها تدلّ على عدم التقويم عليه. ففيه: أنّ مفادها منحصر بانعقادها من نصيب ولدها، و من المعلوم أنّ ذلك لا ينافي التقويم على الولد، و اشتغال ذمة الولد قهراً بقيمة نصيبه، أو وجوب سعيها في قيمتها. و إن كان نظره فيه إلى أنّه لا دليل عليه، مع أنّه على خلاف الأصل، ففيه: أنّه يكفي دليلاً عليه - أو وجوب السعي عليها - الجمع بين ما دلّ على الانعقاد على الولد و بين ما دلّ على عدم سقوط حقّ الدّيان بالمرّة. هذا، و قد مرّ ما فيه، فراجع و لاحظ.

٣١٤٤. الشامل لصورة وجود الدين للمولى و عدمه، و على الأوّل لصورة الاستغراق و عدمه.

في صور جواز بيع أم الولد ٣٥٥
و لإشكال في عدم جواز (٣١٤٥) رفع اليد عما دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة،
فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين (٣١٤٦)، فننتق على كلّ حال، و يبقى الترجيح بسنن
الوجهين محتاجاً إلى التأمل (٣١٤٧). و لما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني، فإن مقتضى
المنع عن بيعها مطلقاً أو في دين غير ثمنها (٣١٤٨) استقرار ملك الوارث عليها. و منه
يظهر الجواب عن الوجه الثالث، إذ بعد ما ثبت عدم تعلّق حقّ الديان بعينها - على أن
يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء (٣١٤٩) - فلا مانع عن انعاقها، و
لا جامع بينها و بين الوقف (٣١٥٠) الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن
السابق. و أمّا ما ذكره رابعاً، فهو إنمّا يناهز الجزم بكون قيمتها

.....
٣١٤٥. قد عرفت أنّه ليس على أصل تعلّق حقّهم بالقياس إلى أم الولد دليل سليم عن
المعارض حتّى ينفي الإشكال في بقاءه فيها عند التراجع.

٣١٤٦. إذ بعد فرض تعلّق حقّ الديان بالتركة - و لو أم الولد التي نفى الإشكال فيه
- يبطل الوجهان الأولان - أعني: عدم تعلّق حقّ الديان بأمّ الولد نظير مؤنة التحجير، و تعلّق
حقّهم بقيمتها على الولد، أي: تعلّق حقّهم بدمّة الولد بمقدار قيمتها - لكونهما على طرف
النقيض من تعلّق حقّهم بالتركة، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين المراد منهما، تعلّقه بدمتها
بمقدار قيمتها، و تعلّقه بمنافعها.

٣١٤٧. مقتضاه ترجيح الثاني، لأنّ حقّ الديان يتعلّق من التركة بأمر ثلاثة: شخصها
و قيمتها و منافعها، و حقّ الاستيلاء في أمّ الولد يمنع عن تعلّقه بالأوّل بلا إشكال، و عن تعلّقه
بالثاني على الظاهر، نظراً إلى أن عدم تعلّق حقّ بشيء ظاهر في عدم تعلّقه به بماله من القيمة و
المالية، فتأمل.

٣١٤٨. المراد من الإطلاق هو الأعمّ منه و من البيع في ثمنها. و قد مرّ أنّه لا قائل بالمنع
عن بيعها فيه إلّا السيّد بالله مضافاً إلى أن الكلام هنا في البيع في دين غير ثمنها، فالظاهر
زيادة «أو». و المراد من الإطلاق هو الشمول لصورة وجود الدين المستغرق.

٣١٤٩. أي: أداء ما قابلها.

٣١٥٠. و بعبارة واضحة: بخلاف الوقف، فإنّ تعلّق حقّ البطن اللاحق به - بل ملكه

له - مانع من الانعاق على البطن السابق.

بعد الاعتناق متعلقاً بالولد، أما إذا قلنا باستسعادها، فلا يلزم شيء، فالضابط حينئذ (٣١٥١) إنه ينعق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه (٣١٥٢) مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان ذلك في رقبته.

و لما ذكرنا يظهر أيضاً: أنه لو كان غير ولدها أيضاً مستحقاً لشيء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجاناً، بل أما أن يدفع (٣١٥٣) إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين، فينعق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصته التي فكها من الديان، و أما أن يخلّي بينها وبين الديان فتعق أيضاً عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم، و أما حرمان الديان عنها عيناً و قيمة و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها و صرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضي النهي عن التصرف في أم الولد لذلك.

و لما ذكرنا يظهر ما في قول بعض (٣١٥٤) من أورد على ما في المسالك بما ذكرناه: أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جداً؛ حيث إنهم قيدوا الدين بكونه ثمناً

٣١٥١. يعني: الضابط في اعتناق أم الولد حين إذ قلنا باستسعادها.

٣١٥٢. الأولى أن يقول: بحيث يملكه. ثم إن «ذلك» في العبارة إشارة إلى الموصول.

٣١٥٣. يدفع من مال نفسه ما قابل نصيبه، فتسعى أم الولد في أداء هذا المال المدفوع إلى الديان في مقابل نصيب الدافع من أم الولد، كما تسعى هي أيضاً - فيما لو لم يكن هناك دين - في أداء قيمة نصيب غير الولد من الورثة من أم الولد المنعق لأجل السراية. و ضمير «حصته» في آخر العبارة راجع إلى غير الولد.

٣١٥٤. يعني بالموصول ما ذكره في دفع الإراد الأول، من الالتزام بسقوط حق الديان من عين أم الولد و تعلقه بقيمتها، أما على الولد، و أما على الأم و منافعها. و من هنا يعلم أن مراده من سقوط حق الديان في قوله: «لا تقتضي سقوط حق الديان» سقوطه عن أم الولد عيناً و قيمة قبال سقوطه عنها عيناً لاقيمته. و المراد من القائل صاحب المقابس. و قوله: «إن الجمع...» مقول القول.

و حكموا بأنّها تعتق على ولدها من نصيبه، و أنّ ما فضل عن نصيبه يعتق بالسراية و تسعى في أداء قيمته. و لو قصدوا: أنّ أمّ الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن، عملاً بالنصوص المزبورة، فله وجه، إلّا أنّهم لا يعدّون ذلك من المستثنيات، و لا ذكر في النصوص صريحاً^{٤٣}، انتهى. و أنت خبير بأنّ النصوص المزبورة لا تقتضي سقوط حقّ الديان، كما لا يخفى. و منها: تعلّق كفن مولاها بها - على ما حكاه في الروضة^{٤٤} - بشرط عدم كفاية بعضها له، بناءً على ما تقدّم (٣١٥٥) نظيره في الدين: من أنّ المنع لغاية الإرث و هو مفقود مع الحاجة إلى الكفن، و قد عرفت أنّ هذه حكمة غير مطّردة و لا منعكسة. و أمّا بناءً على ما تقدّم: من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين مع أنّ الكفن يتقدّم على الدين فبيعها له أولى، بل اللازم ذلك أيضاً؛ بناءً على حصر الجواز في بيعها في ثمنها؛ بناءً على ما تقدّم من أنّ وجود مقابل الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع عن بيعها، فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حقّ الاستيلاد، و إلّا لصرف مقابله في ثمنها و لم تبع.

و من ذلك يظهر (٣١٥٦) النظر فيما قيل: من أنّ هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب. و توضيحه (٣١٥٧): أنّه إذا كان للميت المديون أمّ ولد ومقدار ما يجهّز به، فقد اجتمع هنا حقّ الميت، و حقّ بايع أمّ الولد و حقّ أمّ الولد، فإذا ثبت عدم سقوط حقّ بايع أمّ الولد، دار الأمر بين إهمال حقّ الميت بترك الكفن و إهمال حقّ أمّ الولد ببيعها، فإذا حكم بجواز بيع أمّ الولد حينئذٍ - بناءً على ما تقدّم في المسألة السابقة - كان معناه: تقديم حقّ الميت على حقّ أمّ الولد، و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين، و المحصار الحقّ في الميت و أمّ الولد. اللهمّ إلّا أن يقال: لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أمّ الولد على حقّها، و ثبت بعموم النصّ تقديم الكفن على الدين، اقتضى الجمع بينهما

٣١٥٥. يعني به قوله في أوائل الصفحة السابقة: «و ثمّ ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مؤنة التحفيّز».

٣١٥٦. يعني به قوله: «بل اللازم ذلك أيضاً...».

٣١٥٧. يعني: و توضيح النظر لا ما قيل. و المراد من الميت المديون بدين ثمن الرقبة. و يدلّ عليه قوله: «و حقّ بايع أمّ الولد» كما هو واضح.

تخصيص جواز صرفها في ثمنها (٣١٥٨) بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل، أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن؛ لأنّ مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن.

أمّا إذا لم يكن هناك دين و تردّد الأمر بين حقّها و حقّ مولاها الميت، فلا دليل على تقديم حقّ مولاها، ليخصّص به قاعدة المنع عن بيع أمّ الولد، عدا ما يدعى: من قاعدة تعلّق حقّ الكفن بمال الميت، لكنّ الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلّق به حقّ سابق مانع من التصرف فيه، والاستيلاد من ذلك الحقّ؛ و لو فرض تعارض الحقيّن فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن، فتأمل (٣١٥٩).

٣١٥٨. ليس هذا أولى من الجمع بينهما بتخصيص جواز صرفها في الكفن. بما إذا لم يكن للميت دين أو كان و لكن بذله متبرّع، لأنّ النسبة بين الدليلين عموم من وجه، لاختصاص دليل جواز بيعها و صرف ثمنها في ثمن رقبتها، بصورة كون الدين ثمن رقبتها و عمومه لصورة الاحتياج إلى صرفها في الكفن و صورة عدمه من جهة وجود مال آخر يصرف فيه، و كون دليل تقديم الكفن على الدين بالعكس، لكونه خاصاً بصورة الاحتياج إلى الكفن، و عامّاً لصورة كون الدين ثمن رقبتها أو غيره. فيحتمل أن في صورة الاحتياج إلى صرفها في الكفن مع كون الميت مديوناً بثمن رقبتها، و مقتضى الأوّل جواز بيعها و الصرف في ثمن الرقبة دون الكفن، و مقتضى الثاني الصرف في الكفن دون دين ثمن الرقبة، فتخصيص أحدهما على التعيين دون الآخر ترجيح بلا مرجّح، لو لم نقل برجحان الثاني بلحاظ سبق حقّ البائع على حقّ الكفن، فيحكم بالتساقط و الرجوع إلى قاعدة المنع عن بيع أمّ الولد إن تمت كما اختاره المصنّف، أو إلى قاعدة الجواز الثابتة بالعمومات - مثل قاعدة السلطنة و نحوها - إن لم تستم كما قويناها سابقاً.

٣١٥٩. يعني: الحاجة إليه قبل الموت. و لعلّ الأمر بتأمل إشارة إلى دفع توهم عدم جريان هذه الاستصحاب بتوهم اختلاف الموضوع. بأنّ الحاجة إلى الكفن و عدمها من قبيل الحالات للموضوع، و هو بيع أمّ الولد.

نعم، يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين: من أن الولد يرث نصيبه و يعتق عليه و يتعلق بذمته مؤونة التجهيز، أو تستسعي أمه و لو بإيجار نفسها في مدة و أخذ الأجرة قبل العمل و صرفها في التجهيز، و المسألة محل إشكال.

و منها: ما إذا جنت على غير مولها في حياته، أما بعد موته فلا إشكال في حكمها؛ لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية، أما إلى الحرية الخالصة أو الرقبة الخالصة (٣١٦٠). و حكم جنائنها عمداً (٣١٦١): أنه إن كان في مورد ثبت القصاص، فللمجني عليه القصاص، نفساً كان أو طرفاً، و له استرقاقها كلاً أو بعضاً على حسب جنائنها، فيصير المقدار المسترق منها ملكاً طلقاً.

و ربما تخيل بعض (٣١٦٢) أنه يمكن أن يقال: إن رقبته* للمجني عليه لاتزيد على رقبته** للمالك الأول؛ لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول.

و يمكن أن يكون إشارة إلى دفع توهم كون المرجع في المقام هو العام - أعني: عموم أدلة صحة البيع - لاستصحاب حكم المخصص، أعني: عدم جواز بيعها في حال الحياة. و حاصل الدفع: أنه على تقدير عدم الجواز في مورد الشك لا يرد على العام تخصيص آخر غير الأول، و إنما هو إدامة للأول و إبقاء له، و العام يرجع إليه في الشك في أصل التخصيص لا في طوله و قصره، فتأمل، فإن لنا هنا كلاماً ذكرناه في تنبيهات الاستصحاب فيما علقناه على الكفاية، ملخصه: لزوم الرجوع إلى العام في جميع الموارد.

و يمكن أن يكون إشارة إلى أن تقدم حق المولى على حق الناس - أعني: ثمن رقبته - المقدم على حق نفسها يقتضي تقدم حق المولى على حقها بطريق أولى.

٣١٦٠. الأول في غير ثمن رقبته، لانعتاقها أما بالتقويم مع كون القيمة على الولد، أو على رقبته و وجوب السعي عليها في قيمتها و تسري الحرية على الباقي. و الثاني فيما إذا بيعت في ثمن رقبته.

٣١٦١. يعني: في حياة المولى.

٣١٦٢. يعني به صاحب الجواهر. و مراده من الرقبة للمالك كونها غير طليقة.

ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع خصوصاً صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة في عدم بيع أم الولد مطلقاً (٣١٦٣). و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، و إلا فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق، الظاهر في صيرورة الجاني رقاً خالصاً (٣١٦٤). و ما وجه به هذا الاحتمال: من أنها تنتقل إلى المجني عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنه ليس في النص إلا الاسترقاق و هو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لانتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال: إنه إنما كان على النحو الذي كان للمولى الأول. و الحاصل: أن الاستفادة بالضرورة من النص و الفتوى: أن الاستيلاء يحدث للأمة حقاً على مستولدها (٣١٦٥) يمنع من مباشرة بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفنه، على خلاف في ذلك.

و إن كانت الجناية خطأ: فالمشهور أنها كغيرها من الممالك، يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها إلى المجني عليه و بين أن يفديها بأقل الأمرين (٣١٦٦)

٣١٦٣. و لو كان مالکها غير مستولدها، فلا يجوز للمجني عليه في الفرض بيعها، حيث إن الظاهر من قوله في الصحيحة: «لاتباع» عدم قابليتها للبيع أصلاً.

٣١٦٤. لا ظهور في الاستغراق إلا في صيرورته رقاً للمجني عليه، و أما الخلو و عدمه فهو تابع لعدم وجود مانع عن خلوصه و وجوده. و بالجملة، لادلالة في الاسترقاق إلا على حصول الملكية، و أما كيفية الملك من الطلق و غيره فتدور مدار وجود المانع عن الخلو - كما في المقام - فلا يكون طلقاً، و عدمه - كما في غيره - فيكون طلقاً. و من هنا ظهر الخدشة في قوله: «و هو جعلها رقاً كسائر الرقيق».

٣١٦٥. يعني: دون غيره، فالكلام مسوق لإفادة الحصر و بهذا الاعتبار يصير حاصلًا مما تقدم، لكن الشأن في سوقه لها، بل الظاهر من قوله: «لاتباع» عدم قابليتها للبيع مطلقاً كما تقدم.

٣١٦٦. يعني بهما قيمة الأمة و دية الجناية التي جنت بها على الغير. و هي المراد من الأرض في عدل الأقل.

في صور جواز بيع أم الولد ٣٦١

على المشهور أو بالأرشد على ما عن الشيخ وغيره. و عن الخلاف (٣١٦٧) و السرائر ٤٥
و استيلاء المبسوط: أنه لا خلاف في أن جنائتها تتعلق برقبته. لكن عن ديات المبسوط: أن
جنائتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبي ثور، فإنه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق، و هو
مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط. و ربما يوجه (٣١٦٨) بإرادة نفي الخلاف بين العامة، و
ربما نسب إليه الغفلة كما عن المختلف. و الأظهر (٣١٦٩): أن المراد بكونها على سيدها
عود خسارة الجناية على السيد، في مقابل عدم خسارة المولى - لا من عين الجاني و لا من
مال آخر - و كونها في ذمة (٣١٧٠) نفسها تتبع بها بعد العتق، و ليس المراد وجوب
فدائها. و على هذا أيضاً يحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: أم الولد جنائتها
في حقوق الناس على سيدها، و ما كان من حقوق الله في الحدود، فإن ذلك في بسدها ٤٦،
فمعنى كونها على سيدها: أن الأمة بنفسها لا تتحمل من الجناية شيئاً (٣١٧١). و مثلها ما
ارسل عن علي عليه السلام في قوله: "المعتق عن دبر هو من الثلث، و ما جنى هو والمكاتب و أم
الولد فالمولى ضامن لجنائتهم" ٤٧. و المراد من جميع ذلك:

٣٠٦٧. غرضه من نقل ذلك بيان أن ما هو المشهور في المسألة مما ادعى فيه عدم
الخلاف، فيكون المراد من تعلق الجناية برقبة الأمة المقصود منها عليها لادمتها و عهدتها -
هو مع تحيّر المولى بين دفعها أو ما قابل الجناية منها إلى الجاني عليه و بين الفدية. و مراد المشهور
من تحيّر المولى بين الأمرين هو مع قولهم بتعلقها برقبته.

٣١٦٨. يعني: ما في ديات المبسوط، و أمّا في استيلاء المبسوط فيوجه بإرادة نفي
الخلاف بين الخاصة، فيرتفع التنافي بين العبارتين حيث.

٣١٦٩. يعني: الأظهر في مقام توجيه ما في ديات المبسوط دفعاً للتنافي بينه و بين ما في
استيلاء المبسوط أن يقال: إن التنافي بينهما مبنّى على كون المراد من الكون على السيد في عبارة
الديات وجوب الفدية على المولى عنها تعييناً، و هو ممنوع، بل المراد منها تضرر المولى بسبب
جنائتها و نقصان ماله، أمّا بدفع الجاني أو دفع مال آخر يعبر عنه بالفداء، و هذا لا يناقض ما في
الاستيلاء من تعلق الجناية بعين الجاني و رقبته، مع كون المولى مخيراً بين دفعها أو الفداء بمال آخر.
٣١٧٠. عطف تفسير على عدم الخسارة.

٣١٧١. بحيث لا ترد الخسارة على مال المولى، لا الجنانية و لا على ماله الآخر.

خروج دية الجناية من مال المولى المرّد بين ملكه الجاني أو ملك آخر.
وكيف كان، لإطلاقات حكم جناية مطلق المملوك سليمة عن المخصّص و لا يعارضها
أيضاً إطلاق المنع عن بيع أمّ الولد؛ لأنّ ترك فدائها و التخلية بينها و بين المجنيّ عليه ليس
نقلًا لها خلافاً للمحكّي عن موضع من المبسوط و المهذّب و المختلف: من تعيين الفداء على
السيد. و لعلّه للروايتين (٣١٧٢) المؤيدتين بأنّ استيلاء المولى هو الذي أبطل أحد طرفي
التخير فتعيّن عليه الآخر؛ بناءً على أنّه لا فرق بين إبطال أحد طرفي التخير بعد الجناية -
كما لو قتل أو باع عبده الجاني - و بين إبطاله قبلها، كالاستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب
الانتقال فيها. و قد عرفت معنى الروايتين، و المؤيد مصادرة (٣١٧٣) لا يبطل به إطلاق
النصوص.

و منها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحّة استرقاقها لو كان المجنيّ عليه غير
المولى، فهل تعود ملكاً طلقاً بجنابتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها - كما هو
المحكّي في الروضة عن بعض^{٤٨} و عدّها السيوري من صور الجواز - أم لا؟ كما هو
المشهور؛ إذ لم يتحقّق بجنابتها على مولاها إلّا جواز الاقتصاص منها، و أمّا الاسترقاق فهو
تحصيل للحاصل.

و ما يقال في توجيهه: من "أنّ الأسباب الشرعيّة تؤثّر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثّر
الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقّق للمولى أثر جديد، و هو استقلال جديد في التصرف
فيها، مضافاً إلى أنّ استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهنّ (٣١٧٤) الذي انيط به الجواز
في صحيحة ابن يزيد المتقدّمة مضافاً إلى أنّ المنع عن التصرف لأجل

٣١٧٢. تخيل أنّ معنى كون الجناية على السيد وجوب الفداء عنها تعييناً، و قد عرفت
أنّ معناه في الروايتين كون خسارته عليه و من ماله من الجاني أو غيره.

٣١٧٣. لأنّ التأييد منه مبنيّ على كون الاستيلاء مبطلاً لأحد طرفي التخير، و هو دفع
نفس الأمة المستولدة إلى المجنيّ عليه، و هو مبنيّ على كون الدفع إلى المجنيّ عليه مشمولاً لأدلة
النهي عن البيع المراد منه النقل، و هو مبنيّ على كون الدفع إليه نقلًا، و هو أوّل الدعوى، بل
تقدّم أنّ ترك فدائها و التخلية بينها و بين المجنيّ عليه ليس نقلًا لها.

٣١٧٤. في العبارة شيء كما لا يخفى. و المراد أنّ ترك القصاص مثل فكّ الرقبة عن

في صور جواز بيع أم الولد ٣٦٣
التخفيف لا يناسب الجاني عمداً^{٤٩} فمندفع بما لا يخفى (٣١٧٥).

و أما الجناية على مولاها خطأ، فلا إشكال في أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى، و روى الشيخ في الموثق عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي^{عليه السلام}، قال: "أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لاسعاية عليها"^{٥٠}. و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه^{عليه السلام}: "أن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لاسبيل^{*} عليها، و إن قتلت عمداً قتلت به"^{٥١}. و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه^{عليه السلام}: "إذا قتلت أم الولد مولاها خطأ سعت في قيمتها"^{٥٢}. و يمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار (٣١٧٦):

.....
ثمها، و الاسترقاق لأجل رفع القصاص مثل البيع لأجل الفك، فكما يجوز الثاني كذلك يجوز الأول.

٣١٧٥. أما الأول فلائه و إن كان ممكناً إلا أنه لا بد فيه من دليل مفقود، لأن مورد أدلة الاسترقاق كون المحمي عليه غير المولى. بل يمكن أن يقال: إن مقتضى أدلة منع الاستيلاء أن الاستيلاء رافع لاستقلال المولى في التصرف، فيكون رافعاً له بطريق أولى، لأنه أهون من الرفع. و أما الثاني فلأن قضية الرواية أن المراد من فك الرقبة فكها من ثمنها فقط لامطلقاً، فالتعدي منه إلى فك رقبتها عن القصاص بالاسترقاق قياس.

و أما الثالث فلأن المنع عن التصرف الناقل لأجل التخفيف على أم الولد و رعايتها و الامتنان عليها مسلّم، إلا أن عدم مناسبتها للجاني في تشريع الاقتصاص منه قبال جنائيتها عمداً - كما في المقام - ممنوع، حيث إن انتفاعها بواسطة ذاك المنع - و هو الانعتاق من نصيب الولد - إنما هو لأجل ترك الاقتصاص، فيكون التخفيف الفعلي مستنداً إلى ترك ولي القصاص للقصاص و عفو عنه، لا إلى الشارع، لأن الشيء يستند إلى آخر أجزاء العلة التامة.

٣١٧٦. فحمل الخبر الأخير في محكمي التهذيب على كون القتل خطأ يشبه العمد، قال: لأن من يقتل كذلك يلزمه الدية، فإن كان حرّاً ففي ماله، و إن كان معتقاً لاولي له يسعى في الدية حسب ما تضمنته الخبر، و أما الخطأ المحض فإنه يلزم المولى، فإن لم يكن له مولى كان على

* في بعض النسخ بدل «لا سبيل»، لاتبه.

الجمع بينهما بغير ذلك، فراجع.

و منها: ما إذا جنى حرّاً عليها بما فيه ديتها، فإنها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها و بين إمساكها، و لاشئ له؛ لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض، ففي المستولدة يحتمل ذلك، و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة. و أما احتمال منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه، فلا وجه له؛ لأن الاستيلاء يمنع عن المعاوضة أو ما في حكمها، لا* عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوّض بحكم الشرع. و المسألة من أصلها موضع إشكال؛ لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوّض؛ لأن الدية عوض شرعيّ عمّا فات بالجناية لا عن رقبة العبد. و تمام الكلام في محله.

و منها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت، حكاها في الروضة. وكذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون - فكأنه فيما إذا (٣١٧٧) أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمة المولى إلا بعد القسمة، و قلنا بأن القسمة لا تنقص و يغرم الإمام قيمتها لمالكها - لكن المحكي عن الأكثر (٣١٧٨) و المنصوص: أنها تردّ على مالكها و يغرم قيمتها للمقاتلة.

بيت المال. و في محكي الاستبصار حمله على صورة موت الولد، و كون السعي على وجه الجواز.

٣١٧٧. الأولى تبديل قوله «فكأنه» إلى قوله «هذا». و تبديل الفاء بالواو في قوله «فلم يثبت». و كيف كان، فالمراد أن جواز البيع هنا إنما هو فيما إذا اجتمع فيه أمور ثلاثة: كون الأسر - بصيغة الفاعل - غير المولى، و عدم ثبوت كونها أمة المولى قبل القسمة، و لزوم القسمة و عدم انتقاضها بثبوت كونها له بعدها، بل يغرم الإمام عليه السلام قيمتها لمالكها. و لعل وجه غرامته عليه السلام قسمته عليه السلام للغنيمة الموجهة لتلف هذا المال على مالكه، حيث إن ولاية القسمة له عليه السلام.

٣١٧٨. فينتفي الشرط الثالث، و هو لزوم القسمة. لكن يشكل حينئذ بعدم الوجه للغرامة للمقاتلة - المراد منها من وقع أمّ الولد في سهمه من المقاتلين - بل يقسم ما عداها

في صور جواز بيع أم الولد ٣٦٥

ومنها: ما إذا خرج مولاها عن الذمة (٣١٧٩) و ملكت أمواله التي هي منها. و منها: ما إذا كان مولاها ذمياً و قتل مسلماً، فإنه يدفع هو و أمواله إلى أولياء المقتول. هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول، و هو ما إذا عرض لأم الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

و أما القسم الثاني: و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء، فمن موارد: ما إذا أسلمت و هي أمة ذمي، فإنها تباع عليه؛ بناءً على أن حق إسلامها (٣١٨٠)

ثانياً، فيعطى كل ذي حق حقه، إلا أن يحمل على صورة تلف ما يقابلها من الغنيمة عند أرباب سائر الحصص.

٣١٧٩. أما بمحاربتة مع المسلمين، أو تجاهره على المنكرات، أو بعدم أداء الجزية، و أمثال ذلك مما يوجب كونه في حكم الحربي، و اتفق بعد ذلك أنه ملك أمواله - التي منها أم الولد - مسلم بمثل الاستيلاء و الاغتنام منه.

٣١٨٠. بناءً بيعها على المولى على هذا المبنى إنما يتم لو لم يمكن الجمع بين حقيهما: حق الإسلام و حق الاستيلاء، و هو ممنوع، لإمكان حفظهما بمنع المولى عن كل تصرف فيها يصدق عليه السبيل مع بقائها في ملكه، حيث إن حق الإسلام يقتضي نفي السلطنة عليها لأنفي الملك عنها، و قد مر منه التصريح بذلك في مسألة جواز بيع عبد المسلم على الكافر.

و من ذلك يظهر الحال في قوله: «إنما الكلام في تعارض حقي أم الولد...»، إذ عرفت عدم التعارض بينهما. وكذا في قوله أخيراً: «و حكومة قاعدة نفي السبيل على جل القواعد...»، حيث إن حكومتها تنفع فيما إذا كان الحكم الثابت بالقاعدة المحكومة بها سبيلاً على المؤمن. و لا يخفى أن الحكم الثابت بقاعدة المنع عن بيع أم الولد ليس كذلك، بل هو على طبق قاعدة نفي السبيل فلزوم السبيل عليها في المقام لولا الآية الشريفة لا بد و أن يكون بلحاظ موضوع هذا الحكم و هو الملك، أو بلحاظ السلطنة عليها في سائر الجهات غير جهة التصرف الناقل إلى الغير. و لا مجال للأول، لما تقدم أن مجرد التملك ليس سبيلاً و إلا لزال الملك بإسلامها، فتعين الثاني. فالقاعدة تكون حاکمة على قاعدة السلطنة من غير جهة النقل إلى الغير، إذ بعد سلب سلطنة المولى عليها من تلك الجهة بأدلة المنع عن البيع لا تبقى حاجة إلى قاعدة نفي السبيل. و نتيجة القاعدة - بعد ملاحظة قاعدة المنع عن البيع، و عدم خروجها عن

ملك المولى بالإسلام - بقائها في ملكه ممنوعاً عن جميع التصرفات فيها. أمّا الناقله فلقاعدة المنع. و أمّا ما عداها مما يعدّ سبيلاً فلقاعدة نفي السبيل. نعم، لو كان مقتضى حقّ الإسلام إزالة ملك الكافر عنه لوقع التعارض بينهما، لكن آية نفي السبيل قاصرة عن إفادة ذلك، حيث إنّ الملك المحرّد ليس بسبيل و إلّا لزال بالإسلام.

نعم، قول الأمير عليه السلام في عبد أسلم و مولاه ذمّي: «أذهبوا فيبعوه من المسلمين، و لاتقرّوه» يدلّ على وجوب الإزالة، فلو تمّ إطلاقه للمقام لوقع التعارض بينه و بين قاعدة المنع، فبعد عدم المرجّح المعتبر يرجع إلى استصحاب المنع الثابت قبل إسلامها، لأنّ إسلامها من تبدّل الحال لا الموضوع. و لا يعارضه استصحاب جواز بيعها في صورة تقدّم إسلامها على الاستيلاد، إلّا بعد إثبات عدم الفرق بين الصورتين بحسب الحكم الواقعي و الظاهري، إذ مع الفرق بينهما مطلقاً أو في مرحلة الظاهر يختلف الموضوع، و لاتعارض معه، و أنّي لنا بإثبات ذلك؟

و أمّا ما ذكره بقوله: «و مع إمكان دعوى ظهور قاعدة المنع...»، الذي حاصله الإشكال على استصحاب المنع باختلاف القضية المشكوكة مع القضية المثبّنة، بأنّ المنع عن البيع المثبّن هو المنع عن البيع لأجل صلاح نفسه و مراعاة حقّ ملكه و تقدّم صلاح نفسه على صلاح أمّ الولد، و المنع عن البيع المشكوك هو المنع عنه لأجل مراعاة حقّ إسلامها و تقديمه على حقّه الآخر، ففي مورد الشكّ لو ثبت المنع فليس هو بقاء للأوّل، بل مغاير له، فلا مورد للاستصحاب، فيرجع إلى عمومات الصحة.

ففيه ما لا يخفى، إذ لا منشأ لهذا الظهور إلّا الظنّ بالمناط، و لاحجية فيه، إذ الظاهر من الأدلّة ليس إلّا أنّ الاستيلاد مانع عن البيع، فلعله لأجل احترام ولدها الحرّ، و مراعاة شرافة حرّيته لأجل مراعاة الأمّ. نعم، لو بدّل هذه الدعوى إلى دعوى ظهورها في كون الممنوع هو المولى، فلا ينافي جواز البيع لغير المالك، لكان لها وجه، بناءً على أنّ الولاية في بيع المسلم للحاكم لا المولى مطلقاً و لو لم يمتنع عن البيع، لكنّ المبنى ممنوع كما تقدّم في السابق، و حينئذٍ لاجدوى في تلك الدعوى.

و الحاصل: أنّ ما ذكره من الأمرين لا يمنع من الرجوع إلى الاستصحاب، و إنّما المانع عنه عمومات الصحة التي أشار إليه بقوله: «و ممّا ذكر - أي: من أنّ المرجع بعد التكافؤ هو العمومات - يظهر...»، بناءً على الحقّ المحقّق في محلّه من أنّ المرجع في العام المخصّص و

المقتضي لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حق الاستيلاء المعرض للعتق. و لو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحة البيع دون قاعدة "سلطنة الناس على أموالهم*" المقتضية لعدم جواز بيعها عليه؛ لأن المفروض: أن قاعدة "السلطنة" قد ارتفعت بحكومة أدلة نفسي سلطنة الكافر على المسلم، فالمالك ليس مسلطاً قطعاً، و لاحق له في عين الملك جزماً. إنما الكلام في تعارض حقي أم الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز كونها مقهورة بيد الكافر، و من حيث كونها في معرض العتق فلا يجوز إخراجها عن هذه العرصة. و الظاهر أن الأول أولى؛ للاعتبار و حكومة قاعدة "نفي السبيل" على جل القواعد و لقوله ﷺ: "الإسلام يعلو و لا يعلو عليه".

و لما ذكرنا ظهر: أنه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل إسلامها؛ لأن الشك إنما هو (٣١٨١) في طرؤ ما هو مقدم على حق الاستيلاء و الأصل عدمه، مع إمكان معارضة الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدم الإسلام على المنع (٣١٨٢) عن البيع و مع إمكان دعوى ظهور قاعدة "المنع" في عدم سلطنة المالك و تقديم حق الاستيلاء على حق الملك، فلا ينافي تقديم حق آخر لها على هذا الحق.

و منها: ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو بكسبها**، فتباع*** على من ينفق عليها على ما حكى عن اللمعة و كثر العرفان^٢ و أبي العباس و الصيمري و المحقق الثاني و قال

هو العموم، لاستصحاب حكم المخصص مطلقاً حتى فيما لا يلزم من الاستصحاب تخصيص زائد على العام كما في المقام، فإن المنع عن البيع على فرض ثبوته في مورد الشك ليس إلا بقاء التخصيص الأول.

٣١٨١. هذا علّة لجريان الاستصحاب لا لعدم الوجه.

٣١٨٢. كما لو أسلمت بعد وطئ المولى قبل صيرورة النطفة علقه، و قلنا بكونها أم ولد إذا كانت النطفة في الرحم، لو فرض الفصل بين الوقوع و الاستقرار.

* في البعض النسخ: قاعدة السلطنة «الناس مسلطون علي أموالهم».

** في بعض النسخ: في كسبها. *** في بعض النسخ: قباع.

في القواعد: لو عجز عن الإنفاق على أم الولد امرت بالتكسب، فإن عجزت انفق عليها من بيت المال ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب، ولو تعدد الجميع ففسي البيع إشكال، انتهى. و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى أو كسبها أو مالها أو عوض بضعها أو وجود من يؤخذ بنفقتها أو بيت المال، وهو حسن. ومع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً، وفرضها كالحرف (٣١٨٣) في وجوب سد رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها. ولو فرض عدم ذلك أيضاً أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز؛ لحكومة أدلة نفي الضرر (٣١٨٤)، ولأن رفع هذا (٣١٨٥) عنها أولى من تحملها ذلك؛ رجاء أن تنعتق من نصيب ولدها، مع جريان ما ذكرنا أخيراً (٣١٨٦) في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكتها لا على حقها الآخر، فتدبر.

و منها: بيعها على من تنعتق عليه - على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة - لأن فيه تعجيل حقها، وهو حسن لو علم أن العلة حصول العتق، فلعل الحكمة انعقاد خاص، اللهم إلا أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلة المنع، أو يقال: إن هذا عتق في الحقيقة (٣١٨٧).

مركز تحقيق كتب التراث

٣١٨٣. عطف على المنع.

٣١٨٤. التحقيق بخلاف ذلك.

٣١٨٥. هذا إشارة إلى المخرج. وفيه: أنه إنما يجدي فيما إذا كان مناط المنع رجاء

العتق، وهو ممنوع، كما صرح به مراراً قبل هذا و بعده.

٣١٨٦. قد مر الإشكال فيه.

٣١٨٧. كونه عتقاً ممنوعاً، كيف و قد حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما

لو باع العبد ثمن ينعق عليه فظهر معيياً، بل الظاهر جواز الرجوع إلى نفس العين كما يأتي في خيار المجلس، و أيضاً لازم ذلك عدم اعتبار شرائط البيع. فالأظهر عدم جواز بيع أم الولد هنا، و أولى منه بعدم الجواز بيعها بشرط العتق، لعدم إمكان أن يقال هنا بأن هذا عتق في الحقيقة لا يبيع. و كذلك البيع لمن أقر بحريتها، فافهم.

و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق، فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها كما عن الشهيد الثاني. و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الاعتاق، أو إعتاقها عليه قهراً (٣١٨٨)، وكذلك بيعها ممن أقر بحريتها. ويشكل بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن في مقابل الحر، و إن علم بكذبه لم يجز أيضاً، لعدم جواز بيع أم الولد. و مجرد صيرورتها حرة على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع، و بقائها في الواقع على صفة الرقية للمشتري لا يجوز البيع، بل الحرية الواقعية و إن تأخرت أولى من الظاهرية و إن تعجلت.

و منها: ما إذا مات قريبها و خلف تركة و لم يكن له وارث سواها فتشتري من مولاهما لتعتق* و ترث قريبها، و هو مختار الجماعة السابقة و ابن سعيد في النزعة^{٥٤}، و حكي عن العماني و عن المهذب: إجماع الأصحاب عليه. و بذلك يمكن ترجيح أخبار "الإرث" على قاعدة "المنع"، مضافاً إلى ظهورها في رفع سلطنة المالك، و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره، بل تباع عليه لو امتنع. و من ** القسم الثالث - و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء - ما إذا كان علقها بعد الرهن، فإن المحكي عن الشيخ و الحلبي^{٥٥} و ابن زهرة و المختلف و التذكرة و اللمعة و المسالك و المحقق الثاني و السيوري و أبي العباس و الصيمري: جواز بيعها حينئذ، و لعل لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدلة حكم الرهن، و أدلة المنع عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها، خلافاً للمحكي عن الشرايع و التحرير، فالمنع مطلقاً (٣١٨٩).

٣١٨٨. الظاهر أنه عطف على الإجماع، يعني: و يحتمل إعتاق أم الولد نفسها على المشتري قهراً.

٣١٨٩. لعل وجهه تقدم أدلة المنع عن البيع على أدلة حكم الرهن، نظراً إلى أن أدلة الرهن لادلالة لها على مزيد من إثبات جواز ما لا يجوز لولا الرهانة من بيع غير المالك له على المالك لأجل استيفاء الدين، كائناً من كان من الحاكم ثم المرهن فيما إذا امتنع الراهن من الفك، و أمّا جواز بيع المالك فلا ربط له بأدلة الرهن، و إنما هو من شؤون قاعدة السلطنة.

و عن الشهيد في بعض تحقیقاته: الفرق بین وقوع الوطاء بإذن المرهن و وقوعه بدونه، و عن الإرشاد و القواعد: الردد^{٥٦}، و تمام الكلام في باب الرهن.

و منها: ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه، وكانت فاضلة عن المستثنیات في أداء الدين، فتباع حينئذ كما في القواعد و اللمعة^{٥٧} و جامع المقاصد. و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام؛ لما ذكر من سبق تعلّق حقّ الدّیان بها، و لادلیل على بطلانه بالاستيلاد. و هو حسن مع وجود الدلیل على تعلّق حقّ الغرماء بالأعيان. أمّا لو لم يثبت إلاّ الحجر على المفلس في التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله في الدين، فلا يؤثر في دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع في نفسه، فتأمل (٣١٩٠). و تمام الكلام في باب الحجر، إن شاء الله.

.....

و بالجملة، أدلة الرهن تدلّ على ثبوت السلطنة لغير المالك على بيع الرهن في مورد يصحّ كونه رهناً حال البيع، و لا يكون ما يمنع عنه من حيث الاستدامة مثل الابتداء، و أمّا أن أيّ شيء يمنع عن الرهانة ابتداءً أو استدامةً فلا تعرض لها عليه أصلاً، فلا تعمّ صورة استيلاد الأمة المرهونة على تقدير مانعية الاستيلاد عن الرهانة من حيث الاستدامة مثل الابتداء، لانتفاء موضوعها حينئذ. و هذا بخلاف أدلة المنع، فإنها بإطلاقها تعمّ صورة سبق الرهانة أيضاً، و لذا عدّوها على تقدير الجواز من صورة الاستثناء، فثبت مانعية الاستيلاد عن الرهانة من حيث الاستدامة و البقاء أيضاً، فتبطل الرهانة من حين الحدوث، لارتفاع شرط صحتها، فلا يبقى موضوع لجواز البيع.

و من هنا يظهر ضعف جواز البيع، لأنّ مدركه - و هو استصحاب حكم الرهن السابق على الاستيلاد وجوداً بعده - مبنيّ على تعارض الأدلة و عدم تقديم أحد الطرفين على الآخر، كما أشار إليه بقوله: «و لعلّه لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاد اللاحق بعد تعارض...»، إذ مراده من ذلك أنّه بعد عدم الدليل على البطلان مع عدم الدليل على بقاء حكمه يشكّ في عروض البطلان و عدمه، فيرجع إلى الاستصحاب. وجه الظهور: ما عرفت من ورود دليل المنع على أدلة حكم الرهن، فالأظهر عدم الجواز.

٣١٩٠. لعلّه إشارة إلى أن الحجر و إن كان لا يؤثر في الدعوى المذكورة بدعوى عدم منعه عنها، إلاّ أنّها لا تجدي في المدعى، و هو عدم جواز البيع في الفرض، إلاّ أن يكون المراد من

في صور جواز بيع أم الولد ٣٧١

و منها: ما إذا كان علوقها بعد جنائتها، و هذا في الجناية التي (٣١٩١) لا تجوز البيع لو كانت لاحقة* بل يلزم المولى الفداء. و أما لو قلنا بأن الجناية اللاحقة أيضاً ترفع المنع لم يكن فائدة في فرض تقديمها.

و منها: ما إذا كان علوقها في زمان خيار بايعها، فإن المحكي عن الحلّي جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري. و لعلّه لاقتضاء الخيار ذلك فلا يطله الاستيلاد خلافاً للعلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم، فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أم الولد. و لعلّه لصيرورتها بمنزلة التالف، و الفسخ بنفسه لا يقتضي إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن، و أما وجوب ردّ العين فهو من أحكامه لو لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، و المانع الشرعي كالعقلي. نعم، لو قيل: إن الممنوع إنما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه، أما الانتقال عنه بسبب - يقتضيه الدليل - خارج عن اختياره (٣١٩٢)،

.....
القابلية للبيع في نفسه - أي: مع قطع النظر عن الحجر في مال المفلس الذي يبيعه الحاكم - القابلية في حال البيع، و هو مشكل، لاحتمال أن يراد منها القابلية كذلك حال الحجر، و عليه يعمّ أمواله لأم الولد أيضاً، لجواز بيعها حال حدوث الحجر لولاه، لفرض عدم الاستيلاد في تلك الحال.

و يمكن أن يكون إشارة إلى المناقشة فيما استحسنته على تقدير حقّ** الديان. مال المفلس، من جواز البيع حينئذٍ مثل ما ذكره على تقدير عدم التعلّق بها، و هو أن موضوع دليل التعلّق بالعين مختصّ بما يكون قابلاً للبيع في نفسه مع قطع النظر عن التعلّق به، فلا يعمّ أم الولد، لعدم قابليتها له لولاه.

٣١٩١. كالجناية على غير المولى خطأ، بناءً على المحكي من موضع من المبسوط*** و المختلف من تعيّن الفداء على السيّد، مقابل المشهور من التخيير بينه و بين دفعها إلى الجاني، كما تقدّم سابقاً.

٣١٩٢. بالجرّ صفة للسبب. و ضمير «فلم يثبت» راجع إلى الانتقال باعتباره مضافه

* في بعض النسخ: سابقة. ** كذا في الطبعة الحجرية. و في العبارة سقط، و صحيحها هكذا: على

تقدير تعلّق حقّ الديان. *** كذا في الطبعة الحجرية. و لعلّها رمز كتاب التهذيب للشيخ الطوسي رحمه الله.

فلم يثبت، فلا مانع شرعاً من استرداد عينها. والحاصل: أن منع الاستيلاء عن استرداد بايعها لها يحتاج إلى دليل مفقود اللهم إلا أن يدعى: أن الاستيلاء حق لأم الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره، إلا أن يكون للغير حق أقوى أو سابق يقتضي انتقالها، و المفروض أن حق الخيار لا يقتضي انتقالها بقول مطلق بل يقتضي انتقالها مع الإمكان شرعاً، و المفروض أن تعلق حق أم الولد مانع شرعاً كالتق و البيع على القول بصحتهما في زمان الخيار، فتأمل (٣١٩٣).

و منها: ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها، بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه: من جواز اشتراط الأداء من مال معين، فيتعلق به حق المضمون له، و حيث فرض سابقاً على الاستيلاء فلا يزاحم به على قول محكي في الروضة^{٥٨}.

و منها: ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة (٣١٩٤)

المحذوف، و هو المنع.

٣١٩٣. لعله إشارة إلى ضعف ما استدركه بقوله: «اللهم إلا أن يدعى...»، و أن المنوع منه بحسب أدلة المنع هو النقل الاختياري، و لا يعم الانتقال القهري الحاصل بالفسخ.

٣١٩٤. نذر التصدق وكفا الهدي و العتق على قسمين، لأنه أما أن يكون مضمونه كون الشيء ملكاً للفقير أو لشخص خاص، و كونه هدياً أو معتقاً أو حرّاً. و يسمى هذا بنذر النتيجة. و أما أن يكون مضمونه جعله صدقة أو هدياً أو حرّاً. و يسمى هذا بنذر الفعل، أي: الالتزام بإيجاد فعل التصدق فيما بعد. و كل واحد منهما أيضاً على قسمين، لأنه أما أن يكون مطلقاً، بأن يقول: لله عليّ كونه صدقة أو أتصدق. و يسمى نذر التبرع. و أما أن يكون معلقاً و مشروطاً بشيء اختياري أو غير اختياري، مثل أن يقول: لله عليّ كذا إن فعلت كذا أو إن شفى الله مريضاً.

و الإشكال في صحة المطلق و بطلانه بكلا قسميه مبني على الخلاف في أن مفهوم النذر أخذ فيه التعليق على الشرط فالثاني أم لا فالأول، و لعل الظاهر عدم اعتباره فيه. و أما الإشكال في صحته من جهة أن التملك مثلاً يحتاج إلى سبب خاص مثل البيع و الهبة و نحوهما، فلا وقع فيه، إذ لا مانع من الالتزام بأن الشرط من الأسباب.

و حيث إن كان بطور نذر النتيجة فيخرج المنذور صدقة إن كان مطلقاً عن ملك

الناذر بمجرّد النذر، فلا يجوز له التصرف فيه مطلقاً وضعاً و تكليفاً، و منه الاستيلاد. و إن كان مشروطاً فيخرج عن ملكه بعد حصول الشرط، و حكمه حينئذ حكم المطلق. و أمّا قبل حصوله فهو باقٍ في ملك الناذر. فهل يجوز له التصرف فيه أم لا؟ فقد اختلفوا فيه على أقوال. و التحقيق التفصيل بين التكليف فيجوز مطلقاً، إلّا فيما إذا انحلّ النذر إلى نذرين: نذر الإبقاء و نذر الصدقة مثلاً بشرط كذا، و إذا كان الشرط من قيود متعلّق النذر، و هو المملّكية بعنوان الصدقة مثلاً، كما في الواجب المعلق في التكليف، أو من قيود الالتزام، كما في الواجب المشروط بالشرط المتأخّر لا بطور الشرط المتقدّم، بناءً على تصوير المعلق و المشروط بالتأخّر، لكنّه ممنوع عندنا على ما حقّقناه في الأصول، فينحصر الاستثناء حينئذ بصورة الانحلال. و بين الوضع فيجوز مطلقاً بدون استثناء صورة أصلاً.

أمّا الجواز تكليفاً فيما عدا المستثنى فلالأصل. و أمّا عدم الجواز كذلك في المستثنى فلا دلة و جوب الوفاء بالنذر. و أمّا الجواز وضعاً مطلقاً فالعمومات المقتضية للصحة، مع عدم ما يصلح لثوهم كونه مانعاً عنها إلّا تعلّق حقّ للمندور له بالمنذور به، و كون التصرف منهياً عنه، و النهي يدلّ على الفساد. و كلاهما كما ترى. أمّا الأوّل فلاّنه خلاف الأصل، مع عدم دليل عليه. و أمّا الثاني فلاّنه النهي - مع اختصاصه بصورة الاستثناء - لا يدلّ على الفساد، لأنّه متعلّق بعنوان المخالفة لا بعنوان المعاملة.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الاستيلاد في الجارية المنذور كونها صدقة مشروطاً بشرط، جائز قبل حصول الشرط تكليفاً فيما إذا لم ينحلّ إلى نذرين، و وضعاً مطلقاً، فيؤثر في كونها أمّ و لـد، فيترتب عليها أحكامها، فلا يجوز نقلها قبل حصول الشرط بالبيع و نحوه. و أمّا الانتقال إلى المنذور له بعد حصول الشرط، فإن كان حصوله باختيار الناذر فكذلك، لأنّه أيضاً نقل اختياري فيندرج تحت أدلة المنع. و إن كان غير اختياري، ككون الشرط ولادة زوجته ذكراً، فيبني على أنّ الممنوع منه هو النقل الاختياري فتنتقل هنا، لأنّ الانتقال فيه قهري فلا يشملّه الأدلة، أو الأعمّ منه و من القهري فلا تنتقل. و الظاهر هو الأوّل، و لذا تنتقل بالإرث.

هذا حال نذر التثيعة. و أمّا نذر الفعل فقد ظهر الحال فيه ممّا تقدّم، لأنّ التصرف فيه بكلا قسميه يكون في الملك. فإن كان مطلقاً فيجوز وضعاً، لوجود مقتضي و هو العمومات،

إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده، بناءً على ما ذكرناه من خروج المنذور كونها صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر في المطلق و بعد حصول الشرط في المعلق، كما حكاها صاحب المدارك عنهم في باب الزكاة^{٥٩}. و يحتمل كون استيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث (٣١٩٥) و يستقر القيمة جمعاً بين حق أم الولد والمنذور له.

و لو نذر التصديق بها، فإن كان مطلقاً و قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض (٣١٩٦) فلا حكم للعلق، و إن قلنا بعدم خروجها عن ملكه، احتمل تقديم حق المنذور له في العين (٣١٩٧) و تقديم حق الاستيلاء، و الجمع بينهما بالقيمة.

و عدم المانع، لما عرفت آنفاً. و يحرم تكليفاً، لأدلة وجوب الوفاء بالنذر. و إن كان مشروطاً و حصل الشرط فحكمه حكم المطلق، و إلاً فحكمه حكم نذر النتيجة مشروطاً قبل حصول الشرط، فيجوز وضعاً مطلقاً، و تكليفاً كذلك إلاً فيما ذكرناه من صورة الاستثناء، فتأمل و افهم.

٣١٩٥. ظاهر التفريع أن كون الإتلاف غير جائز تكليفاً و أنه موجب للضمان مما لا شبهة فيه، و الحال أنه لا وجه له أصلاً في الفرض - و هو كون التصرف قبل حصول الشرط - إلاً تعلق حق المنذور له به، مع تعميم المال في دليل الضمان للحق، و هو ممنوع صغرى. و كبرى، و إلاً الالتزام بالشرط المتأخر، و هو غير معقول عنده و عندنا.

٣١٩٦. لأرى وجهاً للملك في الفرض من النذر بالتصدق بها، أي: إخراجها عن ملكه و إنشاء تملكه بعنوان الصدقة، و هذا في طرف النقيض من الخروج عن الملك بالنذر. نعم بناءً عليه لاحكم للعلق، لوقوعه في ملك الغير، فلا تكون أم ولد.

٣١٩٧. قد تقدم أنه ليس للمنذور له حق متعلق بالعين بواسطة النذر، و إنما الموجود حكم وجوب الوفاء بالنذر على الناذر. و كذا ليس للمستولدة حق كذلك متعلق بنفسها، و إنما الموجود منع المالك عن نقلها. فيقع التعارض بين دليلي وجوب الوفاء و المنع عن النقل، و لا شاهد للجمع بينهما بالقيمة، فيحكم بالتساقط و الرجوع إلى قاعدة السلطنة المقتضية للبيع، كما هو قضية الأصل الأولي في تعارض الأخبار، أو بالتخير فيأخذ بأحدهما و يعمل على طبقه، كما هو قضية الأصل الثانوي فيه.

و لو كان معلقاً فوطأها قبل حصول الشرط صارت أم ولد، فإذا حصل الشرط وجب التصديق بها (٣١٩٨)؛ لتقدم سببه. و يحتمل التحلل النذر؛ لصيرورة التصديق مرجوحاً بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمة أو بدونه. و تمام الكلام يحتاج إلى بسط تمام لايسعه الوقت.

و منها: ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط (٣١٩٩) ثم فسخت كتابته،

.....

٣١٩٨. بل لايجوز، لاستصحاب حكم الاستيلاء الثابت قبل حصول الشرط، بعد تعارض دليلي وجوب الوفاء بالنذر و المنع عن النقل في ظرف حصول الشرط، و عدم الشاهد على الجمع بالرجوع إلى القيمة. و مجرد تقدم مقتضى الحكم مع مجيء* عدم الشرط لا يوجب تقديم دليله على دليل علة الحكم مع تحقق علته التامة قبل مجيء شرط الحكم الأول، كما أن تقدم علة الحكم الثاني على شرط الحكم لا يوجب تقديم دليله على دليله. بل يمكن أن يقال: بأن دليل المنع وارد على دليل النذر، نظراً إلى أن الرجحان المعتبر في متعلق النذر نصاً و فتوى الرجحان في ظرف العمل لا في ظرف النذر، و قضية دليل المنع حرمة تصديق أم الولد، فيرتفع به موضوع صحة النذر - و هو الرجحان في ظرف التصديق - مع قطع النظر عن النذر.

٣١٩٩. كون هذا من المستثنيات موقوف على أمور: الأول: أن تكون الأمة المستولدة من المكاتب ملكاً له بالشراء من كسبه أو بالهبة له، بأن قلنا بملك العبد مطلقاً أو خصوص المكاتب، إذ تقدم أن من شرائط الاستيلاء ملك المستولد حين الاستيلاء.

الثاني: أن تكون حرية المستولد - المعتبرة في حرية ولد المستولدة و كون أمه أم ولد - تعم الحرية الاقتصادية الموجودة في المكاتب بواسطة عقد الكتابة، و لا تختص بالحرية الفعلية الموجودة حين الاستيلاء، المتوقفة في الفرض على أداء مال الكتابة، أما من حين الاستيلاء أو من حين الكتابة، الموجبة لكون الاستيلاء حال الحرية - على احتمالي النقل و الكشف في الأداء - مثل الإجازة، بل اختصت** بالحرية الفعلية - المتفتية في المقام لفرض الفسخ - لم تصر الجارية أم ولد بالنسبة إلى المكاتب أصلاً، فلا استثناء حينئذ. و أشار في المتن إلى هذا الشرط

* كذا في الطبعة الحجرية. و العبارة مشوشة كما ترى، و لعل الصحيح: تقدم مقتضى الحكم علي مجيء الشرط لا

يوجب....

** كذا في الطبعة الحجرية. و يظهر أن في العبارة سقطاً، و لعل الصحيح هكذا: بل لو اختصت بالحرية....

فللمولى أن يبيعها - على ما حكاه في الروضة عن بعض الأصحاب ٦٠ - بناءً على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

و أما القسم الرابع: وهو ما كان إبقائها في ملك المولى غير معرض لها للعتق؛ لعدم توريث الولد من أبيه؛ لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب (٣٢٠٠)

بقوله «بناءً على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه» المتوقف على أداء مال الكتابة. فعلى هذا يكون الولد حرّاً، فلا يجوز له بيع الولد، لكونه حرّاً. و للمناقشة في كفاية ذلك مجال واسع.

الثالث: أن يكون الممنوع من التصرف في أم الولد الجامعة لشرائط الاستيلاد أعم من المستولد وغيره، كمولى المكاتب في المقام، و لا يكون مختصاً بخصوص المستولد، و إلاً فيبيع غير المستولد - و منه المولى في الفرض - لم يكن ممنوعاً عنه حتى يستثنى هذا منه.

الرابع: أن يكون مستولده ملكاً للمولى، و له تسلط على بيعها لولا الاستيلاد، و إلاً فلا يجوز له بيعها من جهة عدم الملك، فلا يكون معنى للاستثناء. و أشار إلى هذا في المتن بقوله: «ثم فسخت كتابته» يعني: لأجل عجزه عن أداء مال الكتابة، حيث إنه بعد الفسخ يكون هو و أمته المستولدة رقاً للمولى. أما الأول فلا لأنه قضية الفسخ. و أما الثاني فلا لأنه قضية كون مال العبد لمولاه. و أما قبل الفسخ فليس للمولى تسلط على ماله، لزواله بالكتابة.

٣٢٠٠. عدم ثبوت النسب إن كان من طرف الأم، لفجور واقعاً من الأم، بأن علم أنها تشبهت أمته المزوجة للغير بمملوكة الغير المزوجة فوطئها المولى، أو ظاهراً بأن اعترف بأنها تشبهت...، فيرثها الولد من أبيه، و لكن لا ينعق عليه، لعدم كونها أمة شرعاً، و إن كان من طرف الأب، بأن تشبه مولاه بزوجها واقعاً أو اعترف به، فلا يرثها الولد من أبيه، لعدم كونه ولده شرعاً، و إن كانت تنعق عليه لو ملكها بغير الإرث من الشراء و نحوه. فإن كان هذا عطفاً على قوله: «لأحد موانع الإرث» فينبغي الاقتصار على عدم ثبوت النسب من طرف الأب، لتوريثه من أبيه مع عدم ثبوته من طرف الأم. و إن كان عطفاً على قوله: «لعدم توريث الولد من أبيه» لبيان أن عدم معرضيتها للعتق قد يكون لعدم توريثه مع الأمومة الشرعية كما في المعطوف، و قد يكون لعدم الأمومة الشرعية مع التوريث كما في المعطوف عليه، فينبغي الاقتصار على عدم ثبوته من طرف الأم.

من طرف الأم أو الأب واقعاً؛ لفجور أو ظاهراً؛ باعتراف. ثم إننا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه.

مسألة: و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: كونه مرهوناً، فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون. و حكي عن الخلاف إجماع الفرقة و أخبارهم على ذلك^{٦١}، و قد حكي الإجماع عن غيره أيضاً. و عن المختلف - في باب تزويج الأمة المرهونة - أنه أرسل عن النبي ﷺ: "أن الراهن و المرهن ممنوعان من التصرف*". و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله أو يقع موقوفاً على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟ فظاهر عبائر جماعة من القدماء و غيرهم الأول، إلا أن صريح الشيخ في النهاية^{٦٢} و ابن حمزة في الوسيلة و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم، هو كونه موقوفاً و هو الأقوى؛ للعمومات السليمة عن المخصص؛ لأن معقد الإجماع و الأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال، كما يشهد به عطف "المرهن" على "الراهن"، مع ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرهن موقوفاً، لا باطلاً. و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً، فهي موهونة بمصر جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله، مضافاً إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة؛ معللاً بـ "أنه لم يعص الله و إنما عصى سيده"؛ إذ المستفاد منه: أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا، و ليس ذلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى.

هذا كله مضافاً إلى فحوى أدلة صحة الفضولي، لكن الظاهر من التذكرة: أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا، و فيه نظر؛ لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله ﷺ: "لا بيع إلا في ملك" لا يلزمه البطلان هنا؛ بل أظهر ما سيجيء عن إيضاح النافع: من أن الظاهر وقوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولي.

و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصروه من القول بالبطلان،

متمسكاً بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهي، قال: و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير؛ إذ العبرة بتعلق النهي بالعقد لا لأمر خارج عنه، و هو كافٍ في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما، مع استواء الجميع* في كون سبب النهي حق الغير. ثم أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي و عقد المرهن، مع أن كثيراً من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرهن في المنع ٦٣ - كما دلت عليه الرواية - فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته، فالفرق تحكّم. قلنا: إن التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعاً بمال الغير فهو محرّم، و لا تحلله الإجازة المتعقبة، و إن كان عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع بطريق الاستقلال** لا على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنه كذلك - كما سبق في الفضولي - و إلا فلا يبعد تصرفاً يتعلّق به النهي، فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً، و قد لا يكون كذلك. وكذا الصادر عن المرهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غصب حقه أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتقاء إن كان منهياً عنه. و إن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به شيء أصلاً. و أما المالك، فلما حجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلا مستنداً إلى ملكه لا انحصار المالكية فيه و لا معنى لقصده النيابة، فهو منهى عنه؛ لكونه تصرفاً مطلقاً و منافياً للحجر الثابت عليه، فيخصّص العمومات بما ذكر. و مجرد المالك لا يقضي بالصحة؛ إذ الظاهر بمقتضى التأمل: أن الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه؛ و لذا لم يصحّ البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصاً، للمنع عن التصرف. ثم قال: و بالجملة، فالذي يظهر بالتّبع في الأدلة: أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته، و أمّا إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم. و أمّا التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله ﷺ: "لم *** يعص الله و إنما عصي سيّده..."، فهو جارٍ فيمن لم يكن مالكاً كما أن العبد لا يملك أمر نفسه، و أمّا المالك المحجور عليه، فهو عاصٍ لله

* في بعض النسخ: استوائهما.

** في بعض النسخ زيادة: في الأمر.

*** في بعض النسخ زيادة: إنه لم...

في عدم جواز بيع المرهون ٣٧٩
بتصرفه. و لا يقال: إنه عصى المرهّن؛ لعدم كونه مالكا، و إنما منع الله من تفويت حقّه بالتصرّف، و ما ذكرناه جارٍ في كلّ مالك متولٍّ لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفسل و غيره، فيحكم بفساد الجميع. و ربّما يتّجه الصّحّة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة؛ فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى^{٦٤}، انتهى كلامه رفع مقامه.

و يردّ عليه - بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير (٣٢٠١) على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة، و منع اقتضاء مطلق النهي (٣٢٠٢) لا لأمر خارج، للفساد - : أولاً: أنّ نظير ذلك يتصوّر في بيع الراهن (٣٢٠٣)؛ فإنّه قد يبيع رجاءً لإجازة المرهّن و لا ينوي الاستقلال، و قد يبيع* جاهلاً (٣٢٠٤) بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، و لاحرمة في شيء من ذلك. و ثانياً: أنّ المتيقّن من الإجماع و الأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرهّن على ما يقتضيه عبارة معقد الإجماع و الأخبار أعني قولهم: "الراهن و المرهّن ممنوعان"، و معلوم أنّ المنع في المرهّن إنّما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً،

.....
٣٢٠١. وجه المنع أنّه إن كان نفس الإنشاء يصدق عليه التصرف المنهي عنه فيبطل الثاني أيضاً، لوجود الإنشاء فيه أيضاً كالأوّل، و المقروض أنّه تصرف فيكون منهياً عنه، و إلّا بل كان التصرف هو الإقباض الخارجي، فيصحّ في الأوّل مع الإجازة أيضاً - كالثاني - للعمومات.

٣٢٠٢. يعني: مولوياً كان أو إرشادياً، بل المسلّم منه هو خصوص الثاني.

٣٢٠٣. التعبير بالنظير بلحاظ أنّ المثال الأوّل الذي ذكره مثلاً لعدم الاستقلال ليس من باب النيابة، و إنّما هو نظير لها في صرف عدم الاستقلال.

٣٢٠٤. يعني: و قد يبيع مستقلاً غير راجٍ لإجازة المرهّن، و لكن جاهلاً بالرهن أو بحكمه - أعني: عدم جواز بيعه - أو ناسياً للرهن أو حكمه، و لاحرمة في شيء من ذلك الفروض حتّى تدلّ على الفساد. و في بعض النسخ المصحّحة بعد قوله: «من ذلك»: فتأمل. قيل: إنّ إشارة إلى ما نقل عنه في الدرس من المناقشة في غير المثال الأوّل، بأنّ النهي الموجب

٣٨٠..... المكاسب، ج ٣، البيع

و حاصله يرجع (٣٢٠٥) إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه في ذلك. و إثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، و مع عدمه يرجع إلى العمومات.

و أما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم اتحقق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير، فإن منع الله جلّ ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي و نكاح العبد و بيع الراهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أمّ الولد، ففيه: أن الحكم فيهما تعبد؛ و لذا لا يؤثر الإذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه في غير محله.

و بالجملة، فالمستفاد من طريقة الأصحاب بل الأخبار: أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الإبطال رأساً بل إنما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق. و يندرج في ذلك: الفضولي و عقد الراهن، و المفلس، و المريض، و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، و للأمة على الحرية و غير ذلك، فإن النهي في جميع ذلك إنما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر* المقصود من العقد عرفاً، و هو صيرورته سبباً مستقلاً لأثاره من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين.

و قد يتخيل وجه آخر لطلان البيع هنا؛ بناءً على ما سيجيئ: من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة؛ حيث إنه يلزم منه كون (٣٢٠٦) مال غير الراهن و هو المشتري رهنًا

للفساد - على القول به - هو النهي الواقعي، فعدم تنجزه في الصور المذكورة مع عدم العذر في جهله بالحكم أو نسيانه لا ينفع في الحكم بالصحة، فتدبر.

٣٢٠٥. و حاصل المنع عن بيع الرهن في النصّ و الفتوى من طرف الراهن و المرتهن يرجع....

٣٢٠٦. يعني: يلزم من كون كاشفة الإجازة هنا أن يكون مال غم البائع الراهن - و

* في بعض النسخ زيادة: على.

في عدم جواز بيع المرهون ٣٨١
للبايع. و بعبارة أخرى: الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد، أعني: ما قبل الإجازة، و هذا نظير ما تقدّم في مسألة "من باع (٣٢٠٧) شيئاً ثم ملكه" من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع.

و يدفعه: أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع، و إلا لجري ذلك في عقد الفضولي أيضاً؛ لأن فرض كون المميز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين للملك واحد قبل الإجازة. و أما ما يلزم في مسألة "من باع شيئاً ثم ملكه" فلا يلزم في مسألة إجازة المرهق، نعم يلزم في مسألة افتكاك الرهن و سيجي التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

.....
هو المشتري - في زمان متوسط بين البيع و الإجازة و رهناً لنفع البايع.

٣٢٠٧. يعني: أن هذا الإشكال الذي يرجع بالأخرة إلى كون العين المرهونة في زمان متوسط بين زمان بيع الراهن و زمان الإجازة ملكاً لشخصين البايع الراهن و المشتري. أما الأول فلائنه قضية كون الرهن من ماله. و أما الثاني فلائنه قضية كاشفية الإجازة، نظير الإشكال الوارد على صحة مطلق الفضولي - الذي تقدّم التعرض له في ضمن رابع الإشكالات التي أوردها صاحب المقاييس على صحة الفضولي في خصوص مسألة «من باع ثم ملك» من بين أفراد مطلق الفضولي بناءً على الكشف - من لزوم كون المبيع ملكاً لشخصين المالك المميز و المشتري من الفضولي فيما بين زمان العقد الفضولي و الإجازة. أما الأول فلائنه قضية توقّف الإجازة على الملك. و أما الثاني فلائنه قضية الكشف.

و يشير بذلك الإشكال المتقدم في تلك المسألة إلى ما ذكره صاحب المقاييس في ذيل الإشكال الرابع بقوله: «فإن قلت: مثل هذا لازم في كلّ عقد فضولي، لأن صحته متوقفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك، و المستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المشتري و المالك معاً في آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضولي مطلقاً، أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه». انتهى.

و بالجملة، مراده من الموصول في «ما تقدّم» إنما هذا الإشكال الذي ذكره صاحب المقاييس في تلك المسألة بقوله: «فإن قلت...». و أما المراد من الموصول في قوله فيما بعد: «و

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولي و محصله: أن مقتضى القاعدة النقل، إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف، و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى؛ لأن إجازة (٣٢٠٨) المالك أشبه بجزء المقتضي و هي هنا من قبيل رفع المانع؛ و من أجل ذلك (٣٢٠٩) جَوَّزُوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرهن مع أن الإيقاعات عندهم لاتقع مراعاة. و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب - كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون ٦٥ - منافية لتمسكهم في العتق بعمومات العتق؛ مع أن العلامة رحمته في تلك المسألة قد جَوَّز العفو مراعى بفك الرهن. هذا إذا رضي المرهن بالبيع و أجازته، أما إذا أسقط حق الرهن، ففي كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلام يأتي في افتكاك الرهن أو إبراء الدين.

ثم إنه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح. و هل ينفع الإجازة بعد الرد؟ وجهان: من أن الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك، و ليس ذلك كرده بيع الفضولي (٣٢١٠)، لأن الجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين،

أما ما يلزم في مسألة من باع...» فهو الإشكال الوارد على خصوص هذا القسم من أقسام الفضولي، فلانافي بين الإثبات و النفي في العبارتين كما قد يتوهم.

٣٢٠٨. فإذا جاز تقدّم المسبب، على أحد جزئي السبب فيجوز أن يتقدّم على انتفاء المانع بطريق أولى.

٣٢٠٩. أي: من أجل أن الإجازة من المرهن كاشفة لاناقله جَوَّزُوا عتق الراهن...، فلانافي الاتفاق منهم على أن الإيقاع لا يقع مراعى بمعنى وقوعه متأخراً عن صيغته و منفصلاً عنها لو صحّت، و على الكشف لا يلزم الانفصال عن الصيغة، و إنما يلزم ذلك بناءً على النقل. هذا، و يتجه على هذا أنه يلزم بناءً عليه صحّة إيقاع الفضولي مطلقاً على القول بالكشف، و هو خلاف إطلاق معقد إجماعهم على بطلان الإيقاع الفضولي. لكن تقدّم من الإشكال في هذا الإجماع في باب الفضولي، و أن التحقيق جريان الفضولي في الإيقاعات مثل العقود، فراجع.

٣٢١٠. قد مرّ هناك الإشكال في إبطال الرد لعقد الفضولي و مانعيته عن تأثير الإجازة بعده.

و قد تقرر أن رد أحد العاقلين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا؛ فإن المرهن أجنبي له حق في العين، و من أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرهن، فرضا كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر، فكما أن رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم، كذلك رد المرهن؛ و هذا هو الأظهر من قواعدهم.

ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة؛ لسقوط حق المرهن بذلك، كما صرح به في التذكرة، و حكي عن فخر الإسلام و الشهيد في الحواشي و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين. و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك - كما احتمله في القواعد - بل بمطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو غيرهما؛ نظراً إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرهن، و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه.

و الفرق بين الإجازة و الفك: أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه، و إن لزم من الإجازة سقوط حقه، فيسقط حقه بلزوم البيع، و بالجملة، فالإجازة تصرف من المرهن في الرهن حال وجود حقه - أعني حال العقد - بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك، بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء؛ فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه، فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما، و قد تقدم الإشكال فيه عن جماعة، مضافاً إلى استحباب عدم اللزوم الحاكم على عموم «أو قوا بالعقود»؛ بناءً على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص، و ليس ذلك محل التمسك بالعام؛ إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال: إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام. و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

هذا، و لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضي و إنما هو من جهة المانع، فإذا زال، أثر المقتضي. و مرجع ما ذكرناه إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو «أو قوا بالعقود» و «الناس مسلطون علي

أموالهم" و نحو ذلك، عامة، و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرهن الذي هو أسبق، فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب. و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده، فهو قياس مع الفارق؛ لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاة بين كونه عبداً و كونه زوجاً، و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد بيع أو غيره، ثم انتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف. هذا، و لكن مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً و مؤثراً من حينه لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا^{٦٦}: من أن مقتضى مفهوم* الإجازة إمضاء العقد من حينه، فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنه لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد، و إلا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير ماله كما كان يلزم في تلك المسألة كون المبيع للمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد.

هذا، و لكن ظاهر كل من قال يلزم العقد هو القول بالكشف. و قد تقدم عن القواعد في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون: أن الفك يكشف عن صحته. و يدل على الكشف أيضاً ما استدلوا به على الكشف في الفضولي: من أن العقد سبب تام... إلى آخر ما ذكره في الروضة و جامع المقاصد^{٦٧}. ثم إن لازم الكشف - كما عرفت في مسألة الفضولي - لزوم العقد قبل إجازة المرهن من طرف الراهن كالمشتري الأصلي فلا يجوز له فسخه، بل و لإبطاله بالإذن للمرهن في البيع.

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني إلا بذلك، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع و يمكن أن يقال: إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع،

بمعنى عدم جواز نقضه، و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب؛ و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك.

وكيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه لحق المرهن؛ لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن لتقدم حق المرهن؟ أو يجبر الحاكم الراهن على فكّه من مال آخر؛ جمعاً بين حقّي المشتري و المرهن اللازمين على الراهن البائع؟ وجهان. و مع انحصار المال في المبيع فلا إشكال في تقديم حق المرهن.

مسألة: إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كَلِّه أو بعضه، فالأقوى صحة بيعه وفقاً للمحكي عن العلامة و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم بل في شرح الصيمري: أنه المشهور؛ لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق عن ملك مولاه، على ما هو المعروف عمّن عدا الشيخ في الخلاف كما سيحى. و تعلق حق الجني عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به. و مجرد إمكان مطالبة أولياء الجني عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار مالتيه، و على تقدير تسليمه، فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق، فإن افتكك لزم و إلا بطل البيع من أصله.

و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار؛ لوقوعه في ملكه، غاية الأمر أن كون المبيع عرضة لذلك عيب يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الأرمد إذا عمي و المريض إذا مات بمرضه. و يرده: أن المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازماً؛ لأدائه إلى سقوط حق الغير (٣٢١١)؛

٣٢١١. فيه إنه نعم فيما إذا كان متعلقاً له بما هو ملك البائع، إذ يلزم البيع حينئذ يزول الملك، فيسقط الحق عن العين. إلا أنه ممنوع، لأن الظاهر من الأخبار أن الحق متعلق بالجاني بما هو يدور معه أينما دار، سواء كان في ملك البائع أو ملك المشتري، و ذلك ضرورة أن القصاص منه الذي هو أحد طرفي التخيير متعلق بنفس الجاني و لو لم يكن في ملك البائع، بل و لو كان حرّاً، و ظاهر المقابلة بينه و بين الاسترقاق تعلقه أيضاً مثله بنفسه. و لو تنزّلنا عن ذلك فلا أقل من الشك في سقوط الحق بالبيع، فيرجع إلى الاستصحاب المقتضي لعدمه، فتأمل. فمقتضى العمومات هو القول بلزوم البيع.

فلا بدّ إمّا أن يبطل و إمّا أن يقع مراعى، و قد عرفت أنّ مقتضى عدم استقلال البائع في ماله و مدخوليّة الغير فيه: وقوع بيعه مراعى، لا باطلاً.

و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذي يخاف عليه من الموت و الأرمد الذي يخاف عليه من العمى الموجب للانعتاق؛ فإنّ الخوف في المثالين لا يوجب نقصاناً في سلطنة المالك مانعاً عن نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلّق حقّ الغير، اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ تعلّق حقّ المجنّي عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزاً؛ لأنّ للبائع سلطنة مطلقة عليه*، وكذا للمشتري؛ و لذا يجوز** التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذي الحق، غاية الأمر أنّ له التسلّط على إزالة ملكهما*** و رفعه بالإتلاف أو التملك، و هذا لا يقتضي وقوع العقد مراعى و عدم استقرار الملك. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حقّ المرهن**** المانع من تصرف الغير و حقّ المجنّي عليه الغير المانع فعلاً، غاية الأمر أنّه رافع شأناً.

وكيف كان، فقد حكى عن الشيخ في الخلاف البطلان، فإنّه قال فيما حكى عنه: إذا كان لرجل عبد، فجنى*****، فباعه مولاه بغير إذن المجنّي عليه، فإن كانت جنائته توجب القصاص فلا يصحّ البيع، و إن كانت جنائته توجب الأرض صحّ إذا التزم مولاه الأرض. ثمّ استدلّ بأنّه إذا وجب عليه القود فلا يصحّ بيعه؛ لأنّه قد باع منه ما لا يملكه، فإنّه حقّ للمجنّي عليه. و أمّا إذا وجب عليه الأرض صحّ؛ لأن رقبته سليمة، و الجناية أرشها فقد التزمه السيّد، فلا وجه يفسد البيع، انتهى. و قد حكى عن المختلف: أنّه حكى عنه في كتاب الظهار التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمداً، حيث قال: إذا كان عبد قد جنى جنابة فإنّه لا يجزئ عتقه عن الكفارة، و إن كان خطأ جاز ذلك.

و استدلّ بإجماع الفرق، فإنّه لا خلاف بينهم أنّه إذا كانت جنائته عمداً ينتقل ملكه إلى المجنّي عليه، و إن كان خطأ فدية ما جناه على مولاه^{٦٨}، انتهى. و ربّما يستظهر ذلك من عبارة الإسكافي المحكيّة عنه في الرهن، و هي: أنّ من شرط الرهن أن يكون الراهن***** مثبتاً للملكه إياه غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنائته عن ملكه، انتهى. و ربّما يستظهر البطلان من عبارة الشرايع أيضاً في كتاب القصاص، حيث قال: إنّ

* في بعض النسخ: سلطنة متعلّقة به. ** في بعض النسخ: لا يجوز. *** في بعض النسخ: ملكها.

**** في بعض النسخ: الراهن. ***** في بعض النسخ: فجنى عليه. ***** في بعض النسخ: الرهن.

إذا قتل العبد حرّاً عمداً فأعتقه مولاه صحّ ولم يسقط القود، ولو قيل: لا يصحّ لتلايطل حقّ الولي* من الاسترقاق كان حسناً. وكذا بيعه وهبه، انتهى. لكن يحتمل قوياً أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازماً غير متزلزل كوقوع العتق؛ لأنه الذي يبطل به حقّ الاسترقاق دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل والاسترقاق.

وكيف كان فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد في عدم الصحة إلى عدم الملك، وهو ممنوع؛ لأصالة بقاء ملكه، ولظهور لفظ "الاسترقاق" في بعض الأخبار في بقاء الملك. نعم، في بعض الأخبار ما يدلّ على الخلاف. ويمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه؛ فإنه ينتقل إلى المجنيّ عليه (٣٢١٢)، ويكون عدم جواز بيعه من المولى مبنياً على المنع عن بيع الفضولي المستلزم للمنع عن بيع كلّ ما يتعلّق به حقّ الغي* ينافية السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما في الرهن.

مسألة: إذا جنى العبد خطأ صحّ بيعه على المشهور بل في شرح الصيمري: أنّه لا خلاف في جواز بيع الجاني إذا كانت الجنابة خطأً أو شبه عمد، ويضمن المولى أقلّ الأمرين من قيمته ودية الجنابة، ولو امتنع كان للمجنيّ عليه أو لولّيه انتزاعه، فيبطل البيع (٣٢١٣)، وكذا لو كان المولى معسراً، فللمشتري الفسخ مع الجهالة لتزلزل ملكه ما لم يفده المولى. انتهى. وظاهره أنّه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيّد،

.....
٣٢١٢. الظاهر «فإنّها» لأنّ الضمير راجع إلى السلطنة لا إلى الملك، وإلاّ لا يكون هذا توجيهاً لكلامه كما هو قضية قوله: «ويمكن أن يكون مراد الشيخ...».

٣٢١٣. بل يبقى على صحّته مع اللزوم لو كان المشتري عالماً. ومع الخيار له لو كان جاهلاً مثل صورة الإعسار. وإنّما يبطل لو كان يلزم من نفوذه سقوط حقّ المجنيّ عليه، وهو استرقاقه فيما لو امتنع المولى من الفداء بها، إذ قد مرّ أنّه يلزم ذلك فيما إذا كان متعلّقاً به بما هو ملك البائع لا فيما إذا كان متعلّقاً بنفسه مطلقاً. فله استرقاقه ولو كان في ملك المشتري. فإن كان جاهلاً فله الخيار في الفسخ والرجوع إلى البائع بالثمن مع جهالته بالخيانة. وأمّا مع العلم بها فلا خيار أيضاً.

إِلَّا أَنْ مُحْكَمٍ عَنِ السَّرَائِرِ ٦٩ وَ الْخِلَافُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا فَدَاهُ الْمَوْلَى أَوْ التَّزَمَ بِالْفِدَاءِ لَا أَنَّهُ إِذَا بَاعَ ضَمَنَ* . وَ الْأَوْفَقُ بِالْقَوَاعِدِ أَنْ يَقَالَ بِجَوَازِ الْبَيْعِ؛ لَكُونَهُ مَلِكاً مُلَوَّاهُ، وَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَيْرِ لَا يَمْنَعُ عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَبِيعِ مَالِ الْغَيْرِ لَا يُوْجِبُ بَطْلَانَ الْبَيْعِ رَأْساً فَضْلاً عَنْ تَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَ لَعَلَّ مَا عَنْ الْخِلَافِ وَ السَّرَائِرِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلِهِمَا مِنْ بَطْلَانِ الْفُضُولِيِّ وَ مَا أَشْبَهَهُ مِنْ كُلِّ بَيْعٍ يُلْزَمُ مِنْ لُزُومِهِ بَطْلَانَ حَقِّ الْغَيْرِ، كَمَا يُؤْمَى إِلَيْهِ اسْتِدْلَالُ الْخَلْسِيِّ عَلَى بَطْلَانِ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّزَامِهِ وَ ضَمَانِهِ: بِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ** بِرُقْبَةِ الْعَبْدِ الْجَانِيِّ فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ، وَ مُرْجِعُ هَذَا الْمَذْهَبِ إِلَى أَنَّهُ لَا وَاسِطَةَ بَيْنَ لُزُومِ الْبَيْعِ وَ بَطْلَانِهِ، فَإِذَا صَحَّ الْبَيْعُ أَبْطَلَ حَقَّ الْغَيْرِ.

وَ قَدْ تَقَدَّمَ غَيْرُ مَرَّةٍ: أَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ وَقُوعِ الْبَيْعِ مُرَاعَى بِإِجَازَةِ ذِي الْحَقِّ أَوْ سَقُوطِ حَقِّهِ، فَإِذَا بَاعَ الْمَوْلَى فِيمَا نَحْنُ فِيهِ قَبْلَ أَدَاءِ الدِّيَةِ أَوْ أَقْلَ الْأُمْرَيْنِ - عَلَى الْخِلَافِ - وَقَعَ مُرَاعَى، فَإِنَّ فِدَاهُ الْمَوْلَى أَوْ رَضِيَ الْجَنِيِّ عَلَيْهِ بِضْمَانِهِ فَذَلِكَ وَ إِلَّا انْتَرَعَهُ الْجَنِيِّ عَلَيْهِ مِنَ الْمُشْتَرِيِّ، وَ عَلَى هَذَا فَلَا يَكُونُ (٣٢١٤) الْبَيْعُ مُوجِباً لَضْمَانِ الْبَايِعِ حَقَّ الْجَنِيِّ عَلَيْهِ.

قَالَ فِي كِتَابِ الرِّهْنِ مِنَ الْقَوَاعِدِ: وَ لَا يَجْبِرُ السَّيِّدُ عَلَى فِدَاءِ الْجَانِيِّ وَ إِنْ رَهْنَهُ أَوْ بَاعَهُ، بَلْ يَتَسَلَّطُ الْجَنِيُّ عَلَيْهِ، فَإِنْ اسْتَوْعَبَ الْجَنَانِيَّةُ الْقِيَمَةَ بَطَلَ الرِّهْنُ وَ إِلَّا فَقِيَ الْمَقَابِلُ ٧٠، انْتَهَى. لَكِنْ ظَاهِرُ الْعَلَامَةِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَقَامِ وَ غَيْرِهِ هُوَ أَنَّ الْبَيْعَ بِنَفْسِهِ التَّزَامُ بِالْفِدَاءِ، وَ لَعَلَّ وَجْهَهُ: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى حَيْثُ تَعَلَّقَ بِالْعَبْدِ - وَ هُوَ مَالٌ مِنْ أَمْوَالِهِ، وَ فِي يَدِهِ - حَقُّ يَتَخَيَّرُ الْمَوْلَى فِي نَقْلِهِ عَنْهُ إِلَى ذِمَّتِهِ، أَنْ يَوْفِيَ حَقَّ الْجَنِيِّ عَلَيْهِ إِمَّا مِنَ الْعَيْنِ أَوْ مِنْ ذِمَّتِهِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ إِمَّا تَخْلِيصَ الْعَبْدِ مِنَ الْمُشْتَرِيِّ بِفَسْخٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَ إِمَّا أَنْ يَقْدِيهِ مِنْ مَالِهِ، فَلِذَا امْتَنَعَ الْمُشْتَرِيُّ مِنْ رَدِّهِ - وَ الْمَفْرُوضُ عَدَمُ سُلْطَانَةِ الْبَايِعِ عَلَى أَخْذِهِ قَهْرًا؛ لِلزُّومِ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ - وَجِبَ عَلَيْهِ دَفْعُ الْفِدَاءِ.

وَ يَرَدُّ عَلَيْهِ: أَنَّ فِدَاءَ الْعَبْدِ غَيْرُ لَازِمٍ قَبْلَ الْبَيْعِ وَ بَيْعُهُ لَيْسَ إِتْلَافاً لَهُ حَتَّى يَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ الْفِدَاءُ، وَ وَجُوبُ الْوَفَاءِ بِالْبَيْعِ لَا يَقْتَضِي إِلَّا رَفْعَ يَدِهِ لَارْفَعِ يَدَ الْغَيْرِ، بَلْ هَذَا أَوَّلَى بِعَدَمِ وَجُوبِ الْفَكِّ مِنَ الرِّهْنِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي آخِرِ مَسْأَلَتِهِ الْخُدْشَةُ فِي وَجُوبِ الْفَكِّ عَلَى الرَّاهِنِ

٣٢١٤. وَ عَلَى تَقْدِيرِ جَوَازِ انْتِرَاعِهِ مِنَ الْمُشْتَرِيِّ لَا يَكُونُ الْبَيْعُ مُوجِباً لَضْمَانِ الْبَايِعِ،

بعد بيعه؛ لتعلق الدين هناك بالذمة و تعلق الحق هنا بالعين، لتأمل (٣٢١٥).

ثم إن المصرح به في التذكرة و المحكي عن غيرها: أن للمشتري فك العبد، و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه (٣٢١٦).

.....

لعدم كون البيع إتلافاً لحقه.

٣٢١٥. لعله إشارة إلى منع ما ذكره أولاً من أن الفداء غير لازم قبل البيع، بأنه إن أراد من عدم لزومه على المولى عدم لزومه تعييناً فهو مسلم، و لكن لاجابة إليه في الحكم بلزومه عليه تعييناً بعد البيع، إذ يكفي فيه لزومه تخيراً قبل البيع - كما هو المشهور - مسع تعذر الطرف الآخر، و هو دفع نفسه إلى المحي عليه لأجل بيعه، للزومه و وجوب الوفاء به عليه. و إن أراد عدمه تخيراً ففيه أنه ممنوع، إذ المشهور - كما مر - هو التخيير بينه و بين دفع نفسه. أو إشارة إلى منع ما ذكره ثانياً بقوله: «و بيعه ليس إتلافاً له...» بأنهم حكموا بكونه بمنزلة التلف الحقيقي في سائر الموارد، كما في باب المعاوضة و البيع في زمن الخيار.

أو إشارة إلى منع الأولوية التي ذكرها أخيراً بأن الدين و إن تعلق بالذمة إلا أن هناك حقاً حادثاً بالرهن - أعني: حق الرهانة - و هو مثل حق الخيانة متعلق بالعين بلا تفاوت بينهما، فلا أولوية في البين.

٣٢١٦. فإن كان بإذن من المولى جاز الرجوع و إلا فلا.

المصادر:

- (١) المختصر: ص ٢١٢.
- (٢) إرشاد الأذهان ج ١: ص ٤٥٥.
- (٣) التذكرة ج ٢: ص ٤٤٤.
- (٤) الغنية: ص ٢٩٨.
- (٥) الدروس ج ٢: ص ٢٧٩.
- (٦) السرائر ج ٣: ص ١٦٧.
- (٧) جامع المقاصد ج ٩: ص ٧٢.
- (٨) الوسائل ج ١٣: ص ٣٠٦، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقف و الصدقات، الحديث ٨.
- (٩) الاحتجاج ج ٢: ص ٣١٢-٣١٣.
- (١٠) المختلف ج ٦: ص ٢٨٩.
- (١١) القواعد ج ١: ص ٢٦٩، ٢٧٠.
- (١٢) الكافي ج ٧: ص ٤٩، الحديث ٧.
- (١٣) التنقيح الرائع ج ٢: ص ٣٣٠.
- (١٤) الكافي ج ٧: ص ٣٦، الحديث ٣.
- (١٥) الرياض ج ٢: ص ٣١.
- (١٦) ملاذ الأخيار ج ١٤: ص ٤٠٠.
- (١٧) جامع المقاصد ج ٤: ص ٩٧.
- (١٨) إيضاح الفوائد ج ٢: ص ٤٠٩.
- (١٩) المختصر النافع: ص ١٥٩.
- (٢٠) الكافي ج ٧: ص ٣٨، الحديث ٣٨.
- (٢١) المهذب ج ٢: ص ٩٢.
- (٢٢) جامع المقاصد ج ٩: ص ٧٠.
- (٢٣) القواعد ج ١: ص ١٤٤.
- (٢٤) المناهل: ص ٣٢٠ (التنبيه السادس).
- (٢٥) إيضاح الفوائد ج ٣: ص ٦٣١.
- (٢٦) المهذب البارع ج ٤: ص ١٠٦.
- (٢٧) القواعد ج ٢: ص ١٢٨.
- (٢٨) الفقيه ج ٣: ص ١٥٤، الحديث ٣٥٦٣.
- (٢٩) الوسائل ج ١٥: ص ٤٢١، الباب ١١ من أبواب العدد.
- (٣٠) المهذب البارع ج ٤: ص ١٠٠.
- (٣١) المبسوط ج ٦: ص ١٨٦.
- (٣٢) الرياض ج ٢: ص ٢٣٧.
- (٣٣) الوسائل ج ١٣: ص ٥٢، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٣.
- (٣٤) الرياض ج ٢: ص ٢٣٧.
- (٣٥) الجواهر ج ٢٢: ص ٣٧٦.
- (٣٦) الوسائل ج ١٣: ص ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.
- (٣٧) المناهل: ص ٣١٩.
- (٣٨) المحقق ج ١٨: ص ٤٤٨.
- المناهل: ص ٣١٩؛ الجواهر ج ٢٢: ص ٣٧٥.
- (٣٩) غاية المراد: ص ٨٩.
- (٤٠) مقاييس الأنوار: ص ١٦٦، ١٦٥.
- (٤١) الوسائل ج ١٦: ص ١٠٦، الباب ٥ من أبواب الاستيلاء، الحديث ٣.
- (٤٢) الجواهر ج ٢٥: ص ٣٢٠.
- (٤٣) مقاييس الأنوار: ص ١٦٧.

- ٤٤) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٦٠.
- ٤٥) السرائر ج ٣: ص ٢٢.
- ٤٦) الوسائل ج ١٩: ص ٧٦، الباب ٤٣
من أبواب القصاص في النفس.
- ٤٧) الفقيه ج ٣: ص ١٢٤، الحديث
٣٤٦٨.
- ٤٨) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٦٠.
- ٤٩) مقابس الأنوار: ص ١٦٩.
- ٥٠) التهذيب ج ١٠: ص ٢٠٠، الحديث
٧٩١.
- ٥١) الفقيه ج ٤: ص ١٦٢، الحديث
٥٣٦٧.
- ٥٢) التهذيب ج ١٠: ص ٢٠٠، الحديث
٧٩٣.
- ٥٣) كنز العرفان ج ٢: ص ١٢٩.
- ٥٤) نزهة الناظر: ص ٨٢.
- ٥٥) السرائر ج ٢: ص ٤١٨.
- ٥٦) الإرشاد ج ١: ص ٣٩٣؛ القواعد
ج ١: ص ١٦٠.
- ٥٧) اللمعة الدمشقية: ص ١١٢.
- ٥٨) الروضة البهية ج ٣: ص ٣٦١.
- ٥٩) المدارك ج ٥: ص ٣١.
- ٦٠) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٦١.
- ٦١) الخلاف ج ٣: ص ٢٥٣.
- ٦٢) النهاية: ص ٤٣٣.
- ٦٣) المقنعة: ٦٢٢، المراسم: ص ١٩٢.
- ٦٤) مقابس الأنوار: ص ١٩٠.
- ٦٥) جامع المقاصد ج ٥: ص ١٤٦.
- ٦٦) الرياض ج ١: ص ٥١٣.
- ٦٧) جامع المقاصد ج ٤: ص ٧٤-٧٥.
- ٦٨) المختلف ج ٧: ص ٤٤٣.
- ٦٩) السرائر ج ٣: ص ٣٥٨.
- ٧٠) القواعد ج ١: ص ١٥٩.





مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مسألة: الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم

فإن الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة (٣٢١٧) كما في جامع المقاصد و في التذكرة: أنه إجماع، و في المبسوط (٣٢١٨) الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء. و عن الغنية: أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه تحفظاً مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء و الطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف. و استدل في التذكرة على ذلك بأنه: "نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر" (٣٢١٩)،

٣٢١٧. يعني: أعم من الإيجاب الكلي كما هو المشهور أو الإيجاب الجزئي، لعدم اعتبارها فيما إذا ضمنه البائع بالمعنى الذي تعرفه فيما بعد، كما نسب إلى الإسكافي، أو فيما إذا لم يكن هناك خديعة، كما يظهر من الفاضل القطيفي، حيث حكم بالصحة مع عدم القدرة على التسليم و التسلم مع علم المشتري بالحال و رضاه.

٣٢١٨. لا يجدي هذا إلا بعد الجزم بأن المناط عنده عدم القدرة على التسليم، حيث إن دعوى الإجماع على عدم جواز البيع في شيء لا يوجب دعواه في كل ما يشترك معه في جهة إلا أن يكون مناط الإجماع فيه تلك الجهة.

٣٢١٩. هذا هو العمدة في المقام قبال الإطلاقات المقتضية لعدم اعتبار القدرة على التسليم، لقوة احتمال استناد الجمعين - كلاً أو بعضاً - إلى هذا أو غيره مما استدل به على المقام، لا إلى دليل تعبدي آخر وصل إليهم و خفي علينا، فتأمل. و أما الوجوه الآخر فستأتي المناقشة فيها واحداً بعد واحد.

و هذا أيضاً قابل للجدشة فيه من حيث الدلالة، و ذلك لأنه لا ريب في أن المراد من الغرر في هذا النبوي متحد معه في النبوي الآخر الخالي عن لفظ البيع، و من المعلوم أن المراد منه في الثاني بقريئة تعلق النهي به لا بد أن يكون فعلاً اختيارياً للمكلف، و هو من بين المعاني المذكورة للغرر لغة منحصر في الخديعة، لأن ما عداها منها - كالغفلة و الخطر بمعنى احتمال الهلاك - ليس كذلك، و هو واضح. فالمراد منه في النبوي المشتمل على لفظ البيع هو الخديعة، فيكون هو في كلا الخبرين من «غره» متعدياً لا من «غره» لازماً و يكون إضافة البيع إليه من إضافة الظرف إلى المظروف، كما في صوم الوصال و نحوه. و لا ينافي كونه في الخبر بمعنى

و هذا غرر (٣٢٢٠)، و النهي هنا يوجب الفساد إجماعاً على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح ٢، و اشتهاى الخبر بين الخاصة و العامة يجبر إرساله. أما كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و أهل اللغة ٢، حيث مثلوا (٣٢٢١)

الخديعة تمثيل أهل اللغة لبيع الغرر ببيع الطير في الهواء و السمك في الماء، إذ ليس في كلامهم إطلاق من هذه الجهة، و إنما هم في مقام بيان ما يتحقق به بيع الغرر في الجملة قبال عدم تحققه به أصلاً، فلا ينافي اعتبار ما يتحقق به الخديعة.

كما لا إطلاق فيه بالقياس إلى جهة اعتيادهما العود و عدمه، و إنما المراد منه خصوص الثاني. و كون الممثل - بالفتح - هو الغرر لو اقتضى الاختصاص بصورة عدم الاعتقاد فليقتضى الاختصاص بصورة الخديعة. و لا ينافيه أيضاً ما روي عن أمير المؤمنين عليه و علي أولاده أفضل الصلاة و السلام: «أله - أي: الغرر - عمل ما لا يؤمن معه من الضرر». بل يؤيده أو يدل عليه، فإنه تفسير للغرر لا لبيع الغرر، فلو كان بمعنى الخطر و احتمال الهلاك و لو لم يكن هناك خدع لكان معنى بيع الغرر في النبوي - بملاحظة التفسير العلوي - بيع فيه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، و لا ينطبق هذا على بيع غير مقدور التسليم مطلقاً و لو مع تجرّده عن الخديعة، كما إذا علم البائع بعدم القدرة و جهل المشتري به، و لم يبينه للمشتري مع سؤاله أو مطلقاً حتى بدون السؤال، على إشكال في صدق الخديعة بدون السؤال، فافهم.

فغاية ما يدل عليه النبوي أنّ البيع المشتمل على الخديعة من جهة من الجهات منهي عنه، فبضميمة أنّ النهي للإرشاد - كما لا يبعد - أو للتحريم المولوي و لكنّه يدل على الفساد في المقام إجماعاً، على ما استظهر المصنّف التصريح به من الإيضاح، يدل على اعتبار عدم الخديعة. و أين هذا من اعتبار القدرة على التسليم؟ لأن النسبة بينهما عموم من وجه. و بما ذكرنا تظهر الخدشة في الاستدلال به على جملة من الشروط. و لعلّه يأتي لذلك تنمّة في خيار الغبن و الرؤية، فتدبر جيّداً.

٣٢٢٠. هذا الكلام من المصنّف لا العلامة. و قد مرّ الكلام في صدق الغرر في النبوي بمجرّد عدم القدرة على التسليم، و قلنا إنّ لا بدّ في صدقه من تحقق ما يوجب الخديعة.

٣٢٢١. يعني: الفقهاء و أهل اللغة. و قد عرفت عدم دلالة تمثيل أهل اللغة بذلك على نفي اعتبار الخديعة في مفهوم الغرر في النبوي.

للغرر بيع السمك في الماء و الطير في الهواء؛ مع أن معنى الغرر - على ما ذكره أكثر أهل اللغة - صادق عليه (٣٢٢٢)، و المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام (٣٢٢٣): "أنه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر". و في الصحاح (٣٢٢٤): الغرة: الغفلة و الغار: الغافل، و أغره، أي: أتاه على غرة منه، و اغتر بالشئ، أي: خدع به، و الغرر: الخطر، و هي رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر؛ و هو مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء إلى أن قال: و التغرير: حمل النفس على الغرر، انتهى. و عن القاموس ما ملخصه: غره غراً و غروراً و غرة بالكسر فهو مغرور و غرير كأمير: خدعه و أطمعه في الباطل إلى أن قال: غرر بنفسه تغريراً و تغرة، أي: عرضها للهلكة، و الاسم الغرر محرّكة إلى أن قال: و الغار: الغافل، و اغتر: غفل، و الاسم الغرة بالكسر، انتهى. و عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة: أنه هي عن بيع الغرر، و هو ما كان له ظاهر يغتر المشتري، و باطن مجهول. و قال الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة (٣٢٢٥) و لا ثقة،

٣٢٢٢. يعني بهذا المعنى: الخطر. وفيه منع كونه في النبوي بهذا المعنى، لما عرفت، و لأنه لو كان بذاك المعنى لزم إما الالتزام بطلان بيع كل ما فيه الخطر و احتمال الهلاك، كالمريض بمرض شديد و المحتمل فيه الحرق أو الغرق و ما أشبه ذلك، أو بالتخصيص بلا مخصص، و كلاهما كما ترى. هذا، مع إمكان منع كونه معنى للغرر، حيث إنه لا يصح استعماله بما له من المعنى الارتكازي فيما يصح فيه استعمال الخطر، مثلاً يقال: في الطريق خطر، و في الصوم خطر و لا يقال: غرر، فإطلاقه عليه لا بدّ و أن يكون بنحو من العناية.

٣٢٢٣. يعني: مع أن المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام أن «الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر» و من المعلوم أنه صادق على بيع غير مقدور التسليم و شرائه، إذ لا يؤمن من ورود الضرر على المشتري من جهة احتمال ذهاب ثمنه بلا عوض يصل إليه. هذا، و قد مرّ أن مقتضاه اعتبار الخديعة في مفهوم الغرر.

٣٢٢٤. الأنسب الفاء بدل الواو كما لا يخفى.

٣٢٢٥. لعل مراده من عدم العهدة عدم ضمان البائع للمبيع، أي: بيع ما كان بلا ضمان من البائع للمبيع و لا ثقة منه به وجوداً أو حصولاً أو وصفاً كمّاً أو كيفاً، و لازمه جواز بيع غير المقدور مع ضمان البائع له، فيوافق ما حكى القول به على الإسكافي.

و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول، و قد تكرر في الحديث و منه حديث مطرف: "إن لي نفساً واحدة، و إني لأكره أن اغرر بها"، أي أحملها على غير ثقة (٣٢٢٦)، و به سمي الشيطان غروراً؛ لأنه يحمل الإنسان على محابته، و وراء ذلك ما يسوؤه^٦، انتهى. و قد حكى أيضاً عن الأساس و المصباح و المغرب^٧ و المجمل^٨ و المجمع تفسير الغرر بالخطر مثلاً له في الثلاثة الأخيرة بيع السمك في الماء و الطير في الهواء. و في التذكرة: أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين، و مراده من التفسير التوضيح بالمثال، و ليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير (٣٢٢٧) كما يظهر بالتأمل. و بالجملة، فالكل متفقون على أخذ "الجهالة" (٣٢٢٨) في معنى الغرر، سواء تعلّق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله في يد من انتقل إليه أم بصفاته كما وكيفاً.

و ربّما يقال (٣٢٢٩): إن المنساق من الغرر المنهي عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه؛ ضرورة حصوله في بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان في بحر و نحوه بل هو أوضح شئ في بيع الثمار (٣٢٣٠) و الزرع و نحوهما. و الحاصل: أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال

٣٢٢٦. يعني: أحملها على أمر مع عدم الوثوق بسلامتها فيه.

٣٢٢٧. أمّا وجه توهم المنافاة فهو أنّه ليس في بيع الطير في الهواء ما يكون له ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول. و أمّا وجه عدم المنافاة فلم يظهر لي بعد التأمل، إلّا أن يقال: إن مراده من الظاهر احتمال عدم الهلاك، و من الباطن احتمال الهلاك، فتأمل.

٣٢٢٨. نعم، متفقون عليه في الجملة، لأنهم بين من فسّره بالخطر و هو احتمال الهلاك و الجهل بها، و بين من أخذ في تعريفه الجهل بالباطن كالتهاية، أو عدم الوثوق كالأزهري، و بين من فسّره بالثالين و حصول المبيع فيهما مجهول. و أمّا تعميمهم الجهالة على ما ذكره بقوله: «سواء تعلّق...» فإنّما يدلّ عليه ما في كلماتهم من الإطلاق لو تمت مقدّماته، لكنّه منظور فيه.

٣٢٢٩. القائل صاحب الجواهر^٩.

٣٢٣٠. أي: الخطر من حيث الجهل بالتسليم.

شرائط العوضين: القدرة على التسليم ٣٩٧
بالنسبة إلى التسلم و عدمه، خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر. وفيه: أن الخطر من حيث
حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا وجه لتقييد كلام
أهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين. و احتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهالة
صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده، يدفعه ملاحظة اشتها (٣٢٣١) التمثيل بهما في
كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات.

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوي المذكور على اعتبار
القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: و لما انفردت به
الإمامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة، و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث
يقدر عليه المشتري، و خالف باقي الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على
كل حال، إلى أن قال: و يعول مخالفونا في منع بيعه على أنه بيع غرر، و أن نبينا ﷺ نهي عن
بيع الغرر إلى أن قال: و هذا ليس بصحيح؛ لأن هذا البيع يخرج عن أن يكون غرراً؛
انضمام غيره إليه، انتهى. و هو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوي على اشتراط
القدرة على التسليم. و الظاهر اتفاق أصحابنا - أيضاً - على الاستدلال به له، كما يظهر
للمتتبع، و سيجئ في عبارة الشهيد التصريح به. و كيف كان، فالدعوى المذكورة لما
لايساعدها اللغة و لا العرف و لا كلمات أهل الشرع.

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد، حيث قال: الغرر [لغة] ما كان له
ظاهر محبوب و باطن مكروه، قاله بعضهم (٣٢٣٢)، و منه قوله تعالى: ﴿مَتَاعُ الْغُرُورِ﴾^{١٠}،
و شرعاً هو (٣٢٣٣) جهل الحصول.

.....
٣٢٣١. تمثيل الفقهاء بذلك للعجز عن التسليم لا يصير قرينة على إطلاق كلام أهل
اللغة و عموم الجهل فيه للجهل بالحصول.

٣٢٣٢. قاله في القاعدة الخامسة و المأتين. و ضمير «بعضهم» راجع إلى اللغويين
المستفاد من قوله: «لغة».

٣٢٣٣. لعل مراده أن الغرر المنهي عنه شرعاً هو الجهل بالحصول، فتأمل، فإنه مطالب
بالدليل. ثم إن مراده من نفي الغرر في قوله: «فليس غرراً» نفيه شرعاً.

و أما المجهول المعلوم الحصول و مجهول الصفة فليس غرراً، و بينهما عموم و خصوص من وجه (٣٢٣٤)، لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الآن، و وجود الجهل بدون الغرر في المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر. و قد يتوغل في الجهالة كحجر لا يدري أذهب أم فضة أم نحاس أم صخر، و يوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفة. و يتعلق الغرر و الجهل تارة (٣٢٣٥) بالحصول كالعبد الآبق المجهول الوجود، و تارة* بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود**، و بالجنس كحب لا يدري ما هو (٣٢٣٦) و سلعة من سلع مختلفة، و بالنوع كعبد من عبيد (٣٢٣٧)، و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع إلى مبلغ السهم، و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين (٣٢٣٨)، و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب. و لو اشترط*** أن يبدو الصلاح لاحالة كان غرراً

٣٢٣٤. لوجود الغرر الشرعي و هو الجهل بالحصول بدون الجهل بالصفة، كما في العبد الآبق إذا كان...، و وجود الجهل بالصفة بدون الغرر الشرعي - أي: بدون الجهل بالحصول - كما في المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر بالكيل و الوزن و العدد، و قد يتوغل المبيع في جهالة الصفة كحجر... .

٣٢٣٥. لعل الجهل عطف تفسير للغرر، و المراد منه مطلق الجهل لخصوص الجهل بالحصول، و إلا لم يصح التقسيم، فيكون هذا قرينة على أن المراد من الغرر هنا غير ما خصه أولاً بالجهل بالحصول.

٣٢٣٦. يعني: بحسب الجنس. و كذا المراد من الاختلاف في سلع مختلفة هو الاختلاف في الجنس.

٣٢٣٧. يعني: عبيد مختلفة بحسب النوع.

٣٢٣٨. يعني: الاختلاف في القيمة. و لأرى وجهاً لهذا التوصيف إلا ما يظهر من كلامه في شرح الإرشاد من عدم الغرر مع الاختلاف في القيمة.

* في بعض النسخ: و أخرى. ** في بعض النسخ زيادة: و الطير في الهداء.

*** في بعض النسخ: و لو شرط من العقد.

شروط العوضين: القدرة على التسليم ٣٩٩
 عند الكل (٣٢٣٩)، كما لو شرط في العقد صيرورة الزرع سنبلًا. و الغرر قد يكون بما له
 مدخل ظاهر في العوضين و هو ممتنع إجماعاً. و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كاس
 الجدار (٣٢٤٠) و قطن الجبة (٣٢٤١)، و هو معفو عنه إجماعاً، و نحوه اشتراط الحمل. و
 قد يكون* بينهما (٣٢٤٢) و هو محل الخلاف كالجزاف في مال الإجارة و المضاربة و الثمرة
 قبل بدو الصلاح و الأبق بغير ضمنية، انتهى^{١١}.

و في بعض كلامه تأمل (٣٢٤٣) ككلامه الآخر في شرح الإرشاد،

.....

٣٢٣٩. لأنه مع ذلك الشرط يكون مجهول الحصول، و هو غرر عند كل الأصحاب،
 بخلافه بدون الشرط، فإنه جهل بصرف البقاء، و هو غرر عند بعض الأصحاب.
 ٣٢٤٠. يعني به أسفل الجدار الداخل في الأرض المبني بالحجارة أو الآجر غالباً.
 ٣٢٤١. الخنطة من غلط النسخة، و الصواب بدلها الجبة بالجيم المضمومة و فتح الباء المشددة.
 ٣٢٤٢. أي: بين كونه مما له مدخل ظاهر في العوضين و لا يتسامح به، و بين كونه مما
 يتسامح به، و هو محل الخلاف، كالجزاف...
 ٣٢٤٣. من هذا البعض تخصيصه الغرر بالجهل بالحصول، إذ قد عرفت أنه أعم منه و
 من الجهل بالصفات كمّاً و كيفاً.
 و منه دعوى ثبوت الحقيقة الشرعية في لفظ الغرر. إذ الظاهر أنه باقٍ على معناه اللغوي،
 بل ربّما يدعى الاتفاق على عدمها في باب المعاملات التي منها الغرر.
 و منه التهافت بين تخصيص الغرر في أوّل كلامه بالجهل بالحصول، و بين تعميمه له و
 للجهل بالصفات في آخر كلامه، بقوله: «و يتعلّق الغرر و الجهل تارة بالوجود...»، حيث إن
 الجهل بالجنس و النوع و القدر، وكذا ما له دخل ظاهر في العوضين - يعني: في مالتيهما - و
 كذا الجهل بأسّ الجدار و أصله أنه حجر أو مدر أو حصّ أو طين، و الجهل بقطن الثوب و
 الجبة جديد أو عتيق، كلّها من قبيل الجهل بالصفات. إلا أن يقال - كما أشرنا إليه - من أن
 المراد من الغرر في ذيل العبارة معناه اللغوي، و عطف الجهل عليه للتفسير، كما يدلّ عليه
 التقسيم، ضرورة أن معنى الجهل بالحصول لا يتطرّق عليه التقسيم.

* في بعض النسخ زيادة: قد يكون مردداً.

حيث ذكر في مسألة تعيين الأثمان بالتعيين* عندنا. قالوا يعني المخالفين من العامة: تعيينها**
غرر، فيكون منهياً عنه. أما الصغرى، فلجواز عدمها (٣٢٤٤) أو ظهورها مستحقة فيفسخ
البيع. و أما الكبرى، فظاهرة إلى أن قال: قلنا نمنع الصغرى، لأن الغرر إجمال*** محتسب
عنه (٣٢٤٥) في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه، و ما ذكره لا يخطر ببال فضلاً عن اللوم
عليه^{١٢}، انتهى. فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الآبق (٣٢٤٦)

.....

و منه جعله الجراف - إلى آخر ما ذكره من الأمثلة - من محل الخلاف في كون الغرر
فيها مما يتسامح فيه أو مما لا يتسامح، و الحال أنه ينبغي القطع بكونه فيها من الثاني. و أما
التأمل في كلامه في شرح الإرشاد فقد تعرض لوجهه بقوله: «فإن مقتضاه أنه لو اشترى...».

٣٢٤٤. أي: عدم الأثمان التي عيّنت بالتعيين الشخصي، كما إذا كان عند شخص دينار
في كيسه فاشترى به متاعاً من شخص، فقال صاحب المتاع: بعثك هذا المتاع بهذا الدينار الذي في
كيسك و قبله المشتري، إذ من الجائز عدم الدينار حال العقد لجواز سقوط من كيسه أو سرقة.

٣٢٤٥. يعني: أن الغرر عبارة عن احتمال عدم الحصول احتمالاً عقلاً عتد به و
يجتنب عنه في العرف، بحيث لو ارتكبه أحد وبخه أهل العرف، لامطلق الاحتمال و لو كان
بحيث لا يعتد به، و ما ذكره من جواز العدم و ظهور الاستحقاق للغير لا يخطر بالبال فضلاً عن
كونه بمرتبة يوبخ و يلام على ارتكابه. فلو قال ﷺ: لأن الغرر هو الاحتمال المجتنب عنه في
العرف لكان أحسن.

٣٢٤٦. يمكن دفعه عن كلام الشهيد ﷺ بأن مراده من توصيف الاحتمال - الذي جعله
معنى الغرر - بقوله: «مجتنب عنه في العرف» هو الإشارة إلى مرتبة الاحتمال و تعيينها، و المراد
من اتصاف الاحتمال بذاك الوصف الاتصاف الاقتضائي لو خلّي و نفس الاحتمال مع قطع
النظر عن الخارج عن ذات الاحتمال، الموجب لترجيح الاحتمال المقابل له عليه في مقام العمل،
من النفع الكثير و غيره، فما ذكره من الأمثلة لا يكون نقضاً عليه، حيث إن الاحتمال فيها في
مرتبة يوبخ من ارتكبه عليه في حد نفسه لو لم يكن هناك ما يوجب العذر، فيكون خطراً فيطّل.

** في بعض النسخ: تعيينها.

* في بعض النسخ زيادة: الشخصي.

*** في بعض النسخ: احتمال.

أو الضالّ المرجوّ الحصول بثمن قليل، لم يكن غرراً؛ لأنّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاءً للنفع الكثير، وكذا لو اشترى المجهول المردّد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس؛ بناءً على المعروف من تحقّق الغرر بالجهل بالصفة، وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقّن منه؛ فإنّ ذلك كلّه مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبّخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً. فالأولى: أنّ هذا النهي من الشارع لسدّ باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات و ليس منوطاً بالنهي من العقلاء ليخصّ موردّه بالسفهاء أو المتسفّهة.

ثمّ إنّ قد حكى عن الصدوق في معاني الأخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهليّة كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غرراً، مع أنّه لاجهالة في بعضها (٣٢٤٧) كبيع المنابذة؛ بناءً على ما فسّره به* من أنّه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إليّ الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، و بيع الحصاة بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع. و لعلّه كان على وجه خاصّ (٣٢٤٨) يكون فيه خطر، و الله العالم.

وكيف كان، فلا إشكال في صحّة التمسك باعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور إلّا أنّه أخصّ من المدعى؛ لأنّ ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه

و بالجملة، غرضه أنّ المدار في تحقّق الغرر على تحقّق احتمال مقتضى لصحّة التوبيخ لولا المانع، لا على صحّة التوبيخ الفعلي. و إن شئت قلت: إنّ المدار في الغرر المانع عن صحّة البيع كونه منهيّاً عن الارتكاب عليه بالنهي العقلي الإرشادي الإقتضائي، لا النهي الفعلي الموقوف على فقد المرجّح. و النقض وارد عليه على التقدير الثاني دون الأوّل.

و ممّا ذكرنا ظهر الخدشة في قوله: «فالأولى...»، حيث إنّ اختصاصه بالسفهاء و المسفّهة إنّما يلزم من إناطته بالنهي الفعلي، و قد مرّ أنّ المراد منه الاقتضائي المعلق على عدم ما يرجّح الاحتمال المقابل له عليه، و عليه لا يلزم الاختصاص المذكور كما لا يخفى.

٣٢٤٧. بل في كلّها، حتّى في بيع الملامسة بناءً على أنّها عبارة عن إنشاء البيع باللمس

بالمبيع.

٣٢٤٨. يعني به التفسير الآخر لها، و هو تعيين المبيع بالنبذ و الحصاة و اللمس، بأن

منه عادةً و نحوه ليس في بيعه خطر؛ لأنَّ الخطر إنما يطلق في مقام يحتمل السلامة و لو ضعيفاً، لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة وكون أكل الثمن (٣٢٤٩) في مقابله أكلاً للمال بالباطل بل لا يعدّ مالاً عرفاً و إن كان ملكاً، فيصحّ عتقه، و يكون لمالكه لو فرض التمكن منه، إلاَّ أنّه لا ينافي سلب صفة التمولّ عنه عرفاً؛ و لذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته إلى المالك، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور (٣٢٥٠).

ثمَّ إنّهُ ربّما يستدلّ على هذا الشرط بوجوه آخر:

منها: ما اشتهر عن النبي ﷺ من قوله: "لا تبع ما ليس عندك" بناءً على أنّ "كونه عنده" لا يراد به الحضور؛ لجواز بيع الغائب و السلف (٣٢٥١) إجماعاً، فهي كناية،

يقول: بعثك ما أنبذه إليك أو ألقى الحصة عليه أو ألمسه، إذ بناءً عليه لاشبهة في الجهالة.

٣٢٤٩. في إطلاقهما منع جلي، إذ قد يكون المبيع مع امتناع تسليمه و تسلمه ممّا ينتفع به عادة، كالعبد الآبق، لجواز عتقه في كفارة، فنذل الثمن في مقابله لذلك ليس سفاهة، و ليس أكله في قبالة أكلاً بالباطل. و منه يظهر المنع في سقوطه عن المأثية بالمرّة و إن سقط معظم مآثيته لأجل سقوط معظم الانتفاعات. و سيصرّح بالمنع المذكور في ردّ الاستدلال على المطلب، بأنَّ الغرض من المنع الانتفاع...، و ردّ الاستدلال عليه بأنَّ بذل الثمن على غير المقدور سفه. فالأولى الاستدلال على بطلان البيع في مثل ذلك بالنبويّ بطور الأولوية.

٣٢٥٠. قد تقدّم الإشكال على هذا بلزوم الجمع بين العوض و المعوّض، و ما هو التحقيق من كونه ملكاً للغاصب بعد بذل القيمة و بقائها في ملك المغصوب منه، في أواخر البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه...، فراجع.

٣٢٥١. مجرد جواز ذلك لا يوجب التصرف في معنى «عندك» و تأويله إلى معنى آخر، لإمكان التخصيص، بل هو الظاهر، و إلّا لزم التصرف في ظهور لفظ كلّ عام يلزم ورود التخصيص مع إرادة ظهوره، و الحمل على معنى لا يلزم معه ذلك، كما إذا ورد أنّ إكرام العالم واجب، و دلّ دليل على عدم وجوب إكرام زيد العالم، إذ مع حفظ ظهور العالم في معناه يلزم تخصيصه بالنسبة إلى زيد العالم، فلا بدّ من التصرف فيه بحمله على الإمام (عليه السلام)، و هو كما ترى من وضوح الفساد بمكان. و حينئذٍ لا يصحّ الاستدلال به على اعتبار القدرة على التسليم، لأنَّ

شروط العوضين: القدرة على التسليم ٤٠٣

لا عن مجرد الملك؛ لأن المناسب حينئذٍ ذكر لفظة "السلام" (٣٢٥٢) و لا عن مجرد السلطنة (٣٢٥٣) عليه و القدرة على تسليمه؛ لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها، خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه و لو من نفسه؛ فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هنا، مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء، فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و إن كان غائباً. و على أي حال، فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلتها، أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبايعه لو أراد ذلك. وكيف كان، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن (٣٢٥٤).

و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، و ليس في الأخبار المتضمنة (٣٢٥٥) لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد. نعم، يمكن أن يقال: إن غاية ما يدل عليه

النسبة بينها و بين مفهوم العندية عموم من وجه، و لا يجوز الاستدلال بأحد العامين من وجه على الآخر.

٣٢٥٢. مضافاً إلى جواز بيع الولي و الوكيل إجماعاً.

٣٢٥٣. يعني: و لا السلطنة المجردة عن اعتبار فعليتها حال البيع. و مرجع ذلك إلى مطلق السلطنة أعم من الحاصلة حين العقد و الحاصلة بعده، كما لو باع ثم اشترى. فيكون معنى الحديث على هذا لا تبع ما ليس لك سلطنة عليه أصلاً لاحال العقد و لابعده، و هو منافٍ لاستدلال الفقهاء على البطلان فيما لو باع ثم اشترى مع أنه مورد الروايات، حيث إن البائع له سلطنة عليه بعد الشراء.

٣٢٥٤. مجرد الإمكان غير كافٍ في الاستدلال، بل لابد فيه من الظهور في المعنى المحتمل، و هو غير معلوم.

٣٢٥٥. قد تقدم من المصنف رحمه الله في رد الاستدلال بالنبوي على بطلان بيع الفضولي أن العلامة في التذكرة قال: «إنه عليه السلام ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع

هذا النبوي بل النبوي الأول أيضاً : فساد البيع، بمعنى عدم كونه علّة تامّة لترتب الأثر المقصود، فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده، و لو أبيت إلاّ عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأساً المنافية لوقوعه مراعى، دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجاني عمداً و بيع المحجور لرقاً أو سفه أو فلس، فإنّ البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً عن التسليم و لارجحان لهذه التخصيصات (٣٢٥٦)، فحينئذٍ لا مانع عن التزام وقوع بيع كلّ ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه في زمان لا يفوت الانتفاع المعتدّ به. و قد صرح الشهيد في اللّمة بجواز بيع الضالّ و المجهود من غير إباق مراعى بإمكان التسليم، و احتمله في التذكرة، لكنّ الإنصاف: أنّ الظاهر من حال الفقهاء اتّفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً كما عرفت من الإيضاح.

و منها: أنّ لازم العقد وجوب تسليم (٣٢٥٧) كلّ من المتبايعين العوضين (٣٢٥٨) إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدوراً؛ لاستحالة التكليف بالمتنع (٣٢٥٩)،

الشيء فيمضي فيشتري و يسلمه» فلعلّ نظر المورد في دعوى الاختصاص بما ذكره إلى وروده في ذاك المورد. فيرد عليه حينئذٍ أنّ المورد لا يوجب التخصيص. لكن يضعفه أنّه مبنيّ على كون العموم المستفاد من كلمة «ما» وضعياً، و هو قابل للمنع، لاحتمال أن تكون موصوفة بمعنى «الشيء» لاموصولة بمعنى «الذي» و عليه يكون عمومها إطلاقياً محتاجاً إلى مقدّمات الحكمة، و من جملتها انتفاء القدر المتيقّن في مقام التخاطب، و هو منتفٍ فيه، لكون المورد القدر المتيقّن في ذاك المقام. بل لو سلّمنا أنّ «ما» موصولة منعاً إفادتها للعموم، لا يبتناها على عدم احتمال العهد، و العهد إلى المورد محتمل، فتأمل.

٣٢٥٦. يعني: فيكون محملاً مردداً بين ما يدلّ على الفساد و بين ما لا يدلّ عليه.

٣٢٥٧. يعني: من لازم الحكم المستفاد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ حيث إنّ الحكم لازم الموضوع.

٣٢٥٨. ينبغي أن يقول: كلاً من العوضين.

٣٢٥٩. فمع عدم القدرة على التسليم ينتفي لازم العقد - و هو وجوب التسليم -

و يضعف بآله (٣٢٦٠) إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً، منعاً الملازمة، و إن أريد مطلق وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكّن كما لو تجدد العجز بعد العقد.

و قد يعترض بأصالة (٣٢٦١)

المستلزم لانتفاء ملزومه، و هو صحة العقد.

٣٢٦٠. و بأنّ الدليل لا ينحصر في آية ﴿أَوْفُوا﴾ إذ يكفي دليلاً على الصحة مع عدم القدرة على التسليم إطلاق آيتي حلية البيع و التجارة عن تراض.

٣٢٦١. المعارض و الدافع هو صاحب الجواهر. و حاصل الاعتراض على التضعيف هو اختيار الشكّ الأوّل، بدعوى أصالة الإطلاق و عدم التقييد بالقدرة في طرف الحكم، و قد مرّ أنّ انتفاء اللازم من جهة استحالة التكليف بالمتنع يكشف عن انتفاء الملزوم و هو صحة العقد، و هو المطلوب.

و حاصل ما دفع به الاعتراض المذكور: أنّ الأصل المزبور معارض بأصالة عدم التقييد في طرف الموضوع، للعلم الإجمالي بتقييد واحد من الحكم و الموضوع: لقبح التكليف مع الإطلاق فيهما و استحالة من الحكيم. و لا يخفى أنّ مقتضى هذا الأصل الصحة، لورود القيد حينئذٍ على الحكم و مفادته الصحة، كما أنّ مقتضى الأوّل الفساد، لخروج غير مقدور التسليم عن موضوع الدليل، فبعد التعارض يرجع إلى أصالة الصحة.

و حاصل وجه النظر أمّا في الاعتراض فهو أنّ التقييد الفعلي في ناحية الحكم ممّا لا شكّ فيه، فلا موضوع للأصل، فتأمل. و إمّا في المعارضة فهو أنّ المقام ممّا ينافي ظهور الحكم، مع ظهور الموضوع و لا يمكن الحفظ لكلا الظهورين، و الظاهر ترجيح ظهور الموضوع و التصرف في ظهور الحكم، كما تقدّم منه التصريح بذلك في مسألة بيع نصف الدار، بعكس ما ذكره في تقريب اختصاص معنى النقض - المأخوذ في أخبار الاستصحاب - بموارد الشكّ في الراجع من ترجيح ظهور الحكم على ظهور الموضوع. و قد مرّ ممّا في تلك المسألة منع إطلاق ما ذكره في كلا المقامين، و أنّ الأمر يختلف باختلاف الموارد، فتارة يكون هذا أقوى و أخرى ذاك، و حقّقنا في الاستصحاب عموم الأدلة لموارد الشكّ في المقتضي، نظراً إلى أنّ المصحّح لإسناد النقض نفس اليقين الموجود في جميع الموارد، لا خصوصية المتيقّن من كونه ممّا يبقى لولا الراجع.

و يمكن أن يكون نظره إلى الوجهين اللذين رجّح بهما تقييد المادة على تقييد الهيئة مع

عدم تقيد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط. و في الاعتراض و المعارضة نظر واضح، فافهم.

و منها: أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه و لا يتم إلا بالتسليم. و يضعفه: منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

و منها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً و أكله أكلاً بالباطل. و فيه: أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض* سفه، فافهم.

ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات - كما عرفت - كون القدرة شرطاً كما هو كذلك في التكاليف، و قد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة، حيث حكم (٣٢٦٢) بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفي المشروط (٣٢٦٣) عند انتفاء الشرط.

دوران الأمر بينهما في الواجب المشروط. أحدهما: كون الهيئة استغراقياً، و عموم المادة بدلاً، و الثاني أضعف من الأول، فهو أولى بالتصرف. ثانيهما: أن التصرف** موجب للتصرف في المادة أيضاً، بخلاف العكس، فيدور الأمر بين تقييد و تقييدين و مخالفة أصل و أصليين، و المتعين هو الأول. و قد بين في الأصول فساد كلا الوجهين، فراجع إلى الأصول. فالتحقيق في رد الاستدلال منع دلالة على وجوب التسليم، و أن غاية مدلوله هو إبقاء العقد على حاله و حرمة فسخه. و أمّا وجوب التسليم فموضوعه مال الغير، و إنما يتحقق بعد تأثر العقد في النقل و الانتقال، فإن كان هناك قدرة يتعلّق التكليف به و إلا فلا كما في سائر التكاليف. و قد فصلنا الكلام في المناقشة في دلالة الآية على صحة العقود في أوائل الخيارات، فراجع هناك.

٣٢٦٢. يعني: حيث عبّر بالانتفاء عند الانتفاء الذي هو مفاد الشرط، لا بالانتفاء عند الوجود الذي هو قضية المانعة.

٣٢٦٣. في العبارة شيء كما لا يخفى.

* في بعض النسخ: المعوض. ** كذا في الطبعة الحجرية. و لعل في العبارة سقطاً، وصحيحها

هكذا: أن التصرف في الهيئة موجب للتصرف...

شرائط العوضين: القدرة على التسليم ٤٠٧

و مع ذلك كله فقد استظهر بعض^{١٣} من تلك العبارة (٣٢٦٤): أن العجز مانع لا أن القدرة شرط. قال: و يظهر الثمرة في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ و الضالة، و جعله دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق (٣٢٦٥) العجز. و فيه - مع ما عرفت من أن صريح معاقلة الإجماع

٣٢٦٤. يعني به صاحب الجواهر، و من العبارة عبارة الغنية. و هو استظهره من سائر العبارات أيضاً، و شبه إرادة مانعية العجز من شرطية القدرة في المقام على إرادتها منها في التكليف، فظاهره أنه في باب التكليف لا إشكال في أن العجز مانع لا أن القدرة شرط، و هو كذلك و إلا لما وجب الإقدام على العمل عند الشك في القدرة، و هو فاسد جداً، فلا محيص عن القول بأن العجز مانع.

٣٢٦٥. يعني: جعله دليلاً على أن القدر الذي اتفق العلماء على بطلان البيع فيه هو ما إذا علم العجز عن التسليم فيه، و لا يعم صورة الشك فيه. ثم إن الوجه في ذلك أن الاختلاف في الصحة و البطلان في مسألة العبد الضالّ و الدابة الضالة على وجوه خمسة، أكثرها أقوال ذكرها في الجواهر في المقام، و هو لا يجتمع مع الاتفاق على البطلان في المقام - مع اشتراكهما في اعتبار القدرة على التسليم، أو اعتبار عدم العجز عنه - إلا بحمل الاتفاق في المقام على صورة العلم بالعجز، و حمل الخلاف في تلك المسألة على صورة الشك في العجز، مع جعل العجز في المقامين مانعاً عن الصحة عندهم لا القدرة شرطاً لها، إذ لو حملناها معاً على صورة العلم فعدم الاجتماع واضح، من دون فرق بين شرطية القدرة و مانعية العجز.

و كذا لو حملنا المقام على صورة العلم، و مسألة الضالّ و الضالة على صورة الشك، مع القول بشرطية القدرة في المقامين، لأن الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط، فيرجع إلى أصالة الفساد، لعدم أصل يحرز به وجود الشرط، إذ الفرض ما لم يكن للقدرة حالة سابقة. و هذا بخلافه على القول بمانعية العجز، لإمكان الخلاف حينئذ في صورة الشك مع عدم الحالة السابقة للعجز وجوداً و عدماً كما هو الفرض، لأجل الخلاف في تمامية قاعدة مقتضي و المانع، أي: أصالة عدم المانع عند الشك في وجوده مع وجود المقتضي و عدمها، فمن قال بالأوّل -

كما يظهر من صاحب الجواهر^{رحمته} في غير موضع من كتاب الشهادات على ما بيالي، و يظهر من المصنّف^{رحمته} في خلال الأدلة العقلية التي ذكرها على حجية الظن المطلق، و في مسألة انفعال

خصوصاً عبارة الغنية المتأكدة بالصریح بالانتفاء عند الانتفاء (٣٢٦٦) هي شرطية القدرة - : أن العجز أمر عديمي (٣٢٦٧)؛ لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً (٣٢٦٨) أن يقدر، فكيف يكون مانعاً؟ مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثم لو سلم صحة إطلاق "المانع" عليه (٣٢٦٩) لاثرة فيه، لا في صورة الشك الموضوعي (٣٢٧٠) أو الحكمي ولا في غيرهما؛

الماء القليل من كتاب الطهارة، و أصرّ عليه بعض المحققين، و طبق عليه أخبار الاستصحاب - فهو يقول بالصحة، و من يقول بالثاني فيقول بالفساد. و الحقّ هو الثاني، لعدم الدليل على الأوّل، لما بيّناه في مبحث الاستصحاب من الأصول.

٣٢٦٦. لا بالانتفاء عند الوجود، و قد عرفت التفاوت بين التعبيرين.

٣٢٦٧. فيه نظر، و إلّا فكيف يصير مانعاً عن فعلية التكليف؟ إذ تقدّم عدم إمكان

الالتزام بشرطية القدرة فيها.

٣٢٦٨. «أو» للتنويع لا الترديد. يعني: عدم القدرة من شخص شأن صنفه أو نوعه أو

جنسه القدرة. الأوّل: كالعائد البائع بالمباشرة. و الثاني: كالعائد المعاوض ماله كذلك، فيعمّ الصلح. و الثالث: كمطلق العائد، فيعمّ الوكيل أيضاً.

٣٢٦٩. نظراً إلى أن العدم الذي لا يصح إطلاقه عليه هو العدم المطلق لا المضاف كما

في المقام.

٣٢٧٠. الشكّ في تحقّق موضوع العاجز غير القادر - الخارج عن أدلة الصحة - تارة

يكون بطور الشبهة المصدّقية، بمعنى أن ما وجد في الخارج من الوصف هل هو مصداق لمفهوم القدرة المبين مفهومها، و أنّه عبارة عن عدم التعذّر مثلاً، أو الأعمّ منه و من عدم التعسّر، كما إذا كان العبد في مكان لا يعلم أنّه يتعذّر أو يتعسّر عليه الوصول إليه؟ و أخرى بطور الشبهة المفهومية، بأن يعلم أن ما وجد في الخارج - ككون العبد الآبق في مكان يتعسّر الوصول إليه و لا يتعذّر - هل يصدق عليه القدرة أم لا؟ للشكّ في أن مفهوم القدرة هو الأعمّ من عدم التعذّر و التعسّر فالثاني، أو خصوص عدم التعذّر فالأوّل.

شروط العوضين: القدرة على التسليم ٤٠٩

فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالأصل بقائها، أو لا معه (٣٢٧١) فالأصل عدمها - أعني العجز - سواء جعل القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، و إذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر - كما حكى - أم خصوص التعذر، فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً.

.....

و المراد من الشك الموضوعي هو القسم الأول، و من قوله: «و لا في غيرهما» هو القسم الثاني. و أما الشك الحكمي فالمراد منه ما علم حال الموضوع كالعجز الغير المستمر مثلاً، و شك في حكمه من جهة الشك في أن الخارج عن أدلة الصحة - و هو العاجز - هل قيد بالاستمرار كي لا يخرج، أم لا كي يخرج؟ و من هنا علم أن قوله ﷺ: «فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز...»، مثال للشك في الموضوع، أي: القسم الأول من قسمي الشك في تحقق موضوع الخارج عن الأدلة و قوله: «و إذا شككنا في أن الخارج...» مثال للشك الحكمي. و قوله: «أو شككنا في أن المراد...» مثال للقسم الثاني من الشك في تحقق الموضوع، أعني: ما كان الشك ناشئاً من عدم الإحاطة بالموضوع.

٣٢٧١. يعني: أو لا مع سبق القدرة. و تحته صورتان: إحداهما: سبق عدم القدرة. و الحكم فيها البطلان من دون فرق بين شرطية القدرة و مانعية العجز، لاستصحاب عدم القدرة على الأول، و العجز على الثاني و لو قلنا بأنه أمر وجودي، ضرورة كونه لازماً لعدم القدرة المفروض سبقه على الشك.

و الأخرى: صورة عدم العلم بسبق القدرة و عدمها، و بتقدم أحدهما معيناً على الآخر، مع العلم بطرو كليهما. و الحكم فيها البطلان أيضاً، لكن لأصالة الفساد بعد عدم جواز التمسك بأدلة الصحة، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، لا لأصالة عدم القدرة، لعدم العلم بالحالة السابقة. هذا بناء على كون العجز أمراً عديمياً.

و أما بناء على كونه أمراً وجودياً في تفاوت الحال بين شرطية القدرة فيبطل، لأصالة الفساد كما عرفت، و مانعية العجز، فيبني الصحة و البطلان على مقتضي و المانع فيصح، و عدمها فيبطل. و لعل إلى هذه الصورة ينظر في مورد ظهور الثمرة.

و الحاصل: أن التردّد بين شرطية الشيء و مانعية مقابله إنما يصحّ و يثمر في الضدين مثل الفسق و العدالة، لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل. و أمّا اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ و الضالة فليس لشكّ المالك (٣٢٧٢) في القدرة و العجز و مبنياً على كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً - كما يظهر من أدلّتهم على الصحة (٣٢٧٣) و الفساد - بل لما سيجئ عند التعرّض لحكمها.

ثمّ إنّ العبرة في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم؛ كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد. و يتفرّع على ذلك: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً كما إذا اشترى (٣٢٧٤)

.....

٣٢٧٢. يعني: ليس اختلافهم لأجل كون المالك شاكّاً في قدرته على التسليم و عجزه، حال كون ذلك الاختلاف مبنياً على شرطية القدرة أو مانعية العجز. و حاصل المراد: أن اختلافهم و عدم اتّفاقهم على البطلان ليس لأجل أن موضوع المسألة فيها صورة شكّ المالك في القدرة و العجز مع البناء على مانعية العجز لشرطية القدرة، كما توهمه صاحب الجواهر^(١)، حيث حمل خلافهم فيها على هذه الصورة، و جعله مبنياً على مانعية العجز. و كيف كان، فالصواب هو الاقتصار على ذكر مانعية العجز و ترك ذكر احتمال شرطية القدرة، حيث إنّ صاحب الاختلاف مبنياً* على كون العجز مانعاً فقط. ثمّ إنّ قوله «مبنياً» حال من ضمير «ليس» الراجع إلى الاختلاف.

٣٢٧٣. هذا راجع إلى النفي لا المنفي. و مراده من أدلّة الفساد: حديث نفي الغرر، و الإجماع على اعتبار القدرة على التسليم. و مراده من أدلّة الصحة هو المناقشة في الإجماع بتردّد مدّعيه - كالعلامة في التذكرة - في صحة بيع الضالّ منفرداً، و في الحديث بمنع الغرر مع كون المبيع قبل القبض في ضمان البائع... إلى آخر ما ذكره المصنّف عند التعرّض لحكم المسألة بقوله: «و أمّا الضالّ...».

٣٢٧٤. لعدم الاستحقاق على التسليم، لأنّه موقوف على الملك وقت التسليم، و هو

* كذا في الطبعة الحجرية. و هو غلط قطعاً، و لعلّها تصحيف: نبي... .

من يعتق عليه، فإنه يعتق بمجرد الشراء ولا سبيل لأحد عليه. و فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد، إما لاشتراط تأخير مدة، و إما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً؛ فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها، لكن يشكل على الكشف من حيث إنه لازم من طرف الأصيل (٣٢٧٥)، فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لا يقدر على تحصيله. نعم، هو حسن في الفضولي من الطرفين. و مثله بيع الرهن قبل إجازة (٣٢٧٦) المرقن أو فكّه. بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم (٣٢٧٧)؛ لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر. و لو تعذر التسليم بعد العقد (٣٢٧٨) رجع إلى تعذر الشرط،

ما بعد زمان العقد، و المفروض زواله بمجرد تمام العقد بالانعتاق. قال المحقق الأستاذ الخراساني في تعليقه «و يشكل ذلك بأن انعتاق المبيع على المشتري الموجب لعدم استحقاق التسليم من أحكام البيع، فلا يترتب عليه إلا إذا كان واجداً لشروط الصحة، و منها القدرة على التسليم، فكيف يسقط شرط الصحة بالحكم المترتب على الصحيح؟».

٣٢٧٥. لزومه عليه على الكشف - على تقدير تسليمه، كما تقدّم من المصنف - إنما هو بمعنى صرف وجوب الوفاء، و حرمة نقيضه و التصرف الذي يصدق عليه النقص و ترك الوفاء، لا بمعنى تحقق النقل و الانتقال، فلا ينتقل إليه شيء قبل الإجازة حتى يلزم الفور فيما إذا كان ممّا لا يقدر على تحصيله حين العقد.

٣٢٧٦. يعني: مثل الفضولي بيع الراهن الرهن، فإن كان المشتري منه أصيلاً فهو قبل إجازة المرقن أو فكّ الرهن مثل الفضولي من طرف واحد، و إن كان فضولياً فهو قبلهما مثل الفضولي من الطرفين.

٣٢٧٧. الأولى أن يقول: و كذا لا يعتبر القدرة على تسليم ثمن السلم حين العقد.

٣٢٧٨. يعني: لو تعذر التسليم المعتبر في صحة العقد بعد العقد - كالقبض في الصرف و السلم - رجع إلى تعذر شرط الصحة، فيبطل. و من المعلوم أن تعذر شرط الصحة المتأخر عن العقد حال صدوره - كالقبض في السلم و الإجازة في الفضولي على النقل - غير قادح في صحة العقد، بل لا يقدح في الصحة العلم بتعذره فيما بعد العقد أيضاً مضافاً إلى تعذره حال

و من المعلوم: أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح، بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله، فإن الشروط المتأخرة لا يجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل: أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. و السرّ فيه: أن التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلّقه بغير المقدور و بعبارة أخرى: الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل*، و لهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجذد القدرة بعده، و المفروض أن المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض، حاصل في يد المشتري؛ فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل، و أولى منها بناءً على الكشف.

وكذلك الكلام في عقد الرهن، فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه - بناءً على اشتراط القبض - إنما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب** إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحقيقه بعده، فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرهن أثر العقد أثره، و سيجي الكلام في باب الرهن، اللهم إلا أن يقال: إن المنفي في النبوي*** هو كلّ معاملة تكون بحسب العرف غرراً، فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور، غرر عرفاً؛ لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي، فيصدق الغرر و الخطر عرفاً و إن لم يتحقّق شرعاً؛ إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر، لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً.

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه - لا عن المالك - ما لا يقدر على تسليمه، اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة

العقد، فيما إذا أخطأ العلم عن الراجع و اتفق حصول ذلك الشرط بعد العقد و قبل طرؤ ما يوجب بطلانه، كإنقضاء المجلس في الصرف و السلم و ردّ العقد قبل الإجازة، فإن الشروط المتأخرة عن العقد المعتبرة في صحته لا يجب إحرازها حال العقد، و لا العلم بوجودها فيما بعد العقد.

*** في بعض النسخ: أمر.

** في بعض النسخ: فلا يعتبر.

* في بعض النسخ: النقل.

شرائط العوضين: القدرة على التسليم ٤١٣
شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر، فإنَّ العرف إذا اطلعوا على انعقاد القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً، وهكذا... فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، فتأمل.

ثمَّ إنَّ الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلَّا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إنَّ القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنَّها شرط في أصل صحَّة البيع، فلو قدر على التسليم صحَّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضي بالابتياح مع علمه بعدم تمكُّن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع؛ لعدم القدرة (٣٢٧٩) إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصحَّ بيع المغصوب و نحوه. نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفاً لم يصحَّ المعاوضة عليه بالبيع؛ لأنَّه في معنى أكل مال بالباطل، و ربَّما احتمل إمكان المصالحة عليه. و من هنا يعلم: أنَّ قوله يعني المحقق في النافع: "لو باع الآبق منفرداً لم يصحَّ"، إنما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه أو كونه بحيث لا يتمكَّن منه عرفاً (٣٢٨٠)، و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم، انتهى. و فيه: ما عرفت من الإجماع، و لزوم الغرر الغير المدفوع بعلم المشتري؛ لأنَّ الشارع نهي عن الإقدام عليه إلَّا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة، فيبطل في موضع تحقُّقه و هو عند جهل المشتري، و فيه ما فيه (٣٢٨١).

ثمَّ إنَّ الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين: أنَّ القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلَّا بالتبع، و إنما المقصد الأصلي هو التسليم، و من هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحَّة كما عن الإسكافي و العلامة^{١٤} و كاشف الرموز

.....
٣٢٧٩. يعني: و لا خيار - أي: خيار جواز الفسخ و الرجوع على البائع - من جهة عدم القدرة و تعذر التسليم إذا كان البيع على ذلك، أي: مع الرضا بالابتياح مع علمه بعدم تمكُّن البائع من التسليم، و إنما له الرجوع عليه لأجل التلف قبل القبض لو تلف.

٣٢٨٠. هو بصيغة المجهول، يعني: ليس من شأنه عرفاً أن يقبض.

٣٢٨١. لأنَّ المعنى الشائع للغرر هو الخطر و الإقدام على ما لا يؤمن من الهلاك، مالا

كان أو غيره. هذا، و قد مرَّ التأمل في ظهوره في هذا المعنى، فتأمل.

و الشهيدين و المحقق الثاني، و عن ظاهر الانتصار: أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه لما انفردت به الإمامية، و هو المتجه؛ لأن ظاهر معاهد الإجماع - بضميمة التبّع في كلماتهم و في استدلالهم بالغرر و غيره - مختصّ بغير ذلك. و منه يعلم أيضاً: أنه* لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صحّ وفاقاً للفاضلين^{١٥} و الشهيدين و المحقق الثاني^{١٦} و غيرهم، نعم عن نهاية الإحكام: احتمال العدم، بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم و أن عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث. و فيه: أن العادة باعثة كالعقل مع أن الكلام على تقدير الوثوق.

و لو لم يقدر أحدهما على التحصيل و تعذر عليهما إلا بعد مدة مقدّرة عادة و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد، ففي بطلان البيع؛ لظاهر الإجماعات المحكية (٣٢٨٢) و لثبوت الغرر، أو صحته؛ لأن ظاهر معقد الإجماع التعذر رأساً؛ و لذا حكم مدّعيه بالصحة هنا و الغرر منفي مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة، و جهان، بل قولان، تردّد فيهما في الشرايع، ثم قوّى الصحة، و تبعه في محكي التحرير** و المسالك و الكفاية^{١٧} و غيرها. نعم، للمشتري الخيار مع جهله بفوات (٣٢٨٣) منفعة الملك عليه مدة.

و لو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى الهند لحاجة*** لا يعلم زمان قضائها، ففي الصحة إشكال: من حكمهم (٣٢٨٤) بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء؛ لجهالة وقت تسليم العين. و قد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع.

.....
٣٢٨٢. يعني: على اشتراط القدرة، و لا قدرة هنا.

٣٢٨٣. كأن اشترى بزعم قدرة البائع على تسليمه، ثم تبين عجزه عنه مدة معيّنة عادة.

٣٢٨٤. و من انضباط المدة عادة على وجه يمكن معه دعوى منع الغرر. و هذا هو الأوجه.

* في بعض النسخ بدل «آله»، الجواز.

** في بعض النسخ بدل «التحرير»، السرائر.

*** في بعض النسخ: لأجل حاجة.

شرائط العوضين: القدرة على التسليم ٤١٥

ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة (٣٢٨٥) للمتبايعين؛ لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع و تجددتها بعد ذلك، صح، و لو لم يتجدد بطل، و المعتبر هو الوثوق (٣٢٨٦)، فلا يكفي مطلق الظن و لا يعتبر اليقين. ثم لإشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلا في مجرد العقد؛ فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه. و أما لو كان وكيلا في البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل أجنياً عن هذه المعاملة، فلا إشكال في كفاية قدرته.

.....

٣٢٨٥. إن أراد ما هو الظاهر من هذه العبارة و هو اعتبار القدرة الواقعية و العلم بها واقعا، بحيث لو انفرد أحدهما عن الآخر لم يتحقق الشرط، فيتجه عليه: أولاً: أنه لا دليل على اعتبار ذلك. أما الإجماع فلأن متعلقه اعتبار القدرة الواقعية فقط و لو تجردت عن العلم بها و أما النبوي فلأن مفاده اعتبار القطع و الوثوق بها و لو أخطأ عن الواقع. و دعوى استفادة اعتبار الأول من الأول و الثاني من الثاني يردّها الاستدلال على اعتبار القدرة بالنبوي.

و ثانياً: أنه لا يلزم ما فرعه عليه من صحة البيع في صورة الخطأ و اعتقاد التمكن مع تجددتها، حيث إن قضية اعتبار اجتماع الأمرين هو البطلان مع التجدد أيضاً، لانتفاء شرط الصحة بانتفاء أحد جزئيه.

و إن أراد منه اعتبار العلم بالقدرة و لو أخطأ عن الواقع، كما هو قضية التعليل بالغرر، لأنه دائر مدار العلم وجوداً و عدماً من دون دخالة الإجابة، فيتجه عليه أنه و إن كان يساعد عليه النبوي و عليه يحمل معقد الإجماع - و يقال: إن المراد من القدرة على التسليم في معقده هو القدرة عليه علماً، أي: العلم بها، لأن الظاهر أن مدرك المجمعين كلاً أو جلاً هو النبوي، فتأمل - إلا أن مقتضاه الصحة في الفرع المزبور بكلا شقيه، أعني منهما تجدد القدرة بعد العجز و عدمه، لتحقق الشرط فيهما و هو القطع، فلا وجه للحكم بالبطلان في الشق الثاني.

٣٢٨٦. لاندفاع الغرر بتلك المرتبة لا بأدنى منها، فلذا لا يكفي الظن المطلق، لعدم اندفاعه به، و لا يعتبر اليقين، لاندفاعه بالأدنى منه.

و هل يكفي قدرة الموكل؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك (٣٢٨٧) إذا علم بعجز العاقد (٣٢٨٨)، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. و ربما قيد الحكم (٣٢٨٩) بالكفاية بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل* و رضي المالك** برجوع المشتري عليه، و فرّع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي؛ لأنّ التسليم (٣٢٩٠) المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة، و قدرة المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضي بها حال البيع؛ لأنّ بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقاً بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق في الفضولي (٣٢٩١).

٣٢٨٧. وجه التقييد بعلمه بقدرة الموكل ما تقدّم في العنوان من أن الشرط هو القدرة المعلومة لا الواقعية.

٣٢٨٨. هذا شرط لاعتبار علم المشتري بقدرة الموكل في الاكتفاء بها. و الوجه في اشتراطه به أنّه لو اعتقد قدرة العاقد و في الواقع عاجز لا يشترط علم المشتري بقدرة الموكل في كفايتها، بل يكفي وجودها الواقعي، و ذلك لأنّ اعتبار علمه بها إنّما كان لأجل دفع الغرر، و هو حاصل باعتقاده قدرة العاقد. و القدرة الواقعية المعتبرة أيضاً - كما هو قضية ظاهر العنوان - يكفي فيها قدرة الموكل، و لا يعتبر قدرة خصوص العاقد، إذ المدار على القدرة على التسلم، و القدرة على التسليم مقدّمة صرفة، و هي موجودة مع قدرة الموكل.

٣٢٨٩. يعني: ربّما قيد الحكم بكفاية قدرة الموكل - مضافاً إلى تقييده بعلم المشتري - بما إذا رضي المشتري... و المقيد العلامة الطباطبائي في مصابيح على ما حكى. و قيل: إنّ صاحب الجواهر^(١)، فلا بدّ من المراجعة.

٣٢٩٠. يعني: أن التسليم المعتبر الصحيح المترتب عليه الأثر - و هو التسليم برضا المالك - لا يمكن تحقّقه من العاقد قبل الإجازة، لأنّه قبلها لا بدّ و أن يكون بدون إذن المالك و إلّا يكون إجازة، و هذا النحو من التسليم لا يترتب عليه الأثر.

٣٢٩١. يعني: الشرط الذي ذكره بقوله: «إذا رضي المشتري بتسليم الموكل، و رضي المالك برجوع المشتري عليه» غير متحقّق في الفضولي. أمّا مع الجهل بالفضولية فواضح. و أمّا

شروط العوضين: القدرة على التسليم ٤١٧

و البناء على القدرة الواقعية باطل؛ إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى أن قال:
و الحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد (٣٢٩٢) و بعدها إن وجدت لم تنفع. ثم قال:
لا يقال إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك و أنه لا يخرج عن رأيه، فيتحقق له
بذلك القدرة على التسليم حال العقد؛ لأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضولياً؛
لمصاحبة الإذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال و هما من أنواع الإذن،
فلا يكون* فضولياً و لا يتوقف صحته** على الإجازة، و لو سلمنا بقاءه على
الصفة (٣٢٩٣) فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض. و
فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي، ثم في تفريع الفضولي، ثم في الاعتراض الذي ذكره، ثم
في الجواب عنه أولاً و ثانياً، تأمل بل نظر، فتدبر (٣٢٩٤).

مع العلم بها، فلأن رضا المالك يرجوع المشتري عليه في التسليم يلزم الرضا بالبيع، و هو
يخرجه عن الفضولية، و هو خلف.

٣٢٩٢. يعني: القدرة على التسليم المعتبر المترتب عليه الأثر قبل الإجازة لم توجد. أما
من العاقد، فلعدم إذن المالك فيه. و أما من المالك، فلانتفاء شرط كفايتها، و هو رضا المالك و
المشتري به. و بعد الإجازة إن وجدت - بأن استأذن من المالك في التسليم - لم تنفع في صحة
العقد، لاعتبار القدرة عليه حين العقد لا بعده.

٣٢٩٣. لو سلمنا بقاء العقد على صفة الفضولية، فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي
لا يختصون الحكم بصحته على فرض حصول الوثوق برضا المالك. و الفرق بين هذا و ما قبله
أنه على الأول يكون الحكم بالبطلان من جهة عدم القدرة على التسليم يعنى جميع أفراد
الفضولي، و على هذا يختص بما عدا صورة الوثوق بالإرضاء.

٣٢٩٤. وجه التأمل و النظر، أما في المبنى - أعني: عدم كفاية قدرة المالك الموكّل على
التسليم، و اعتبار رضا المشتري بتسليمه في كفايتها - فهو ما تقدّم في وجه تضعيف الاستدلال
على بطلان الفضولي بعدم القدرة على التسليم، من أن المدار قدرة المالك مطلقاً و لو مجردة عن
التراضي، لعدم الدليل على هذا التقييد مع وجود العمومات، و ارتفاع الغرر المانع عن الرجوع

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفرداً على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة، بل إجماعاً كما عن الخلاف والغنية^{١٨} والرياض وبلا خلاف كما عن كشف الرموز؛ لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف، ومع احتمال بيع غرر منفي إجماعاً نصاً وفتوى خلافاً لما حكاها في التذكرة عن بعض علمائنا، ولعله الإسكافي حيث إن المحكي عنه: أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمنه البائع (٣٢٩٥) انتهى.

إليها بقدرة المالك كذلك.

و أما في التفريع عليه، فلأن اعتبار القدرة في العاقد الوكيل في المعاملة مع لوازمها لا يلزم اعتبارها في العاقد الذي هو أجنبي عنها بالمرّة، وهو الفضولي.

و أما في الاعتراض، فهو ما تقدّم في وجه التأمل في المبني من أن المدار على قدرة المالك لا العاقد. وبالجملة، الاعتراض مبني على تسليم المبني، وإذ لا تسليم فلا اعتراض.

و أما في الجواب الذي ذكره بقوله: «لأن هذا الفرض يخرج عن الفضولي...»، فهو أن مصاحبة الإذن للمعاملة بالنحو الذي ذكره لا يخرجها عن الفضولية، على ما مرّ الكلام فيه في أوّل الفضولي.

و أما في الجواب الثاني الذي ذكره بقوله: «ولو سلّمنا...»، فهو أنه موقوف على ما ذكره من المبني، وقد عرفت النظر فيه.

هذا كلّ مضافاً إلى أنا لو سلّمنا اعتبار القدرة على التسليم في العاقد فهو إنما يقتضي بطلان الفضولي لو كان على طبق القاعدة، و أما لو كان لأجل الدليل الخاصّ على خلاف القاعدة فلا وجه للتفريع والاعتراض والجواب، كما لا يخفى.

٣٢٩٥. الظاهر أن المراد من الضمان ضمان نفس العبد لو تلف أو حصل اليأس من تسليمه، كما فهمه بعض الأساطين على ما حكى عنه، لاضمان ثمنه المسمّى. أما الأوّل فلاّكه لا يكون إلاّ مع قدرة الضامن على التسليم، ومع ذلك يكون الاستثناء منقطعاً، وهو خلاف الظاهر. و أما الثاني فلأنّ الظاهر من قوله: «يضمنه» ضمان نفسه لاضمان ثمنه. ولعلّ نظره في وجه الجواز مع هذا الضمان اندفاع الغرر بذلك، فلا يشمل النبوي المانع عن التمسك بأدلة الصحة. وفيه: - بعد تسليم اندفاع الغرر به - أن دليل عدم الصحة لا ينحصر بذلك، إذ يكفي فيه ما يأتي في المسألة الآتية من الروايات الدالة على اعتبار الضميمة في بيع الآبق،

و قد تقدّم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع: منع اشتراط القدرة على التسليم و قد عرفت ضعفه، لكن يمكن أن يقال بالصحة في خصوص الآبق؛ لحصول الانتفاع به بالعق خصوصاً مع تقييد الإسكافي بصورة ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتي ما فيه (٣٢٩٦)، فالعمدة الانتفاع بعته، و له وجه لولا النصّ الآتي (٣٢٩٧) و الإجماعات المتقدمة، مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا تخرجه عن الغرر.

وكما لا يجوز جعله مثنياً لا يجوز جعله منفرداً ثنائياً؛ لاشتراكهما في الأدلة. و قد تردّد في اللمعة في جعله ثنائياً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً، و إن قرّب أخيراً المنع منفرداً^{١٩}. و لعلّ الوجه: الاستناد في المنع عن جعله مثنياً إلى النصّ و الإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمثنى، دون نفي الغرر (٣٢٩٨) الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق.

إلا أن يناقش في إطلاقها لصورة اشتراط ضمان البائع للعبد بالمعنى المذكور.

٣٢٩٦. يعني بالموصول ما يذكره بقوله: «لكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفيّ في حديث نفي الغرر هو ما كان غرراً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع» انتهى، حيث إن البيع المزبور غرر عرفاً في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع بضمان البائع للمبيع. و فيه: أنه يرد عليه لو كان مراده من الضمان هو ضمان التلف قبل القبض المستفاد من قوله ﷺ: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» الذي مرجعه إلى ضمان الثمن لأجل الانفساخ، لأنه من الأحكام الشرعية للبيع - و قد مرّ منع ذلك، و أن مراده ضمان نفس العبد بقيمته الواقعية بالاشتراط في ضمن العقد، و هو من محمولات المتبايعين لا الشارع فيكون هذا النحو من البيع من أفراد البيع عرفاً، و لا غرر في مثل ذلك عرفاً. فينحصر ردّه بالنصوص في المسألة الآتية لو تمّ إطلاقها للمقام كما أشرنا إليه، و الإجماعات المحكية لو لم يكن مدركها النبويّ أو تلك النصوص، و إلاّ فالحقّ معه.

٣٢٩٧. يعني: في المسألة الآتية.

٣٢٩٨. حتّى يشكل عليه بعدم جواز الفرق بين جعله مثنياً و جعله ثنائياً بالجزم بالبطلان في الأوّل دون الثاني، فإنّ الانتفاع بالعق إن كان مانعاً عن تحقّق الغرر ففي كليهما و إلاّ فكذلك.

و يؤيده (٣٢٩٩): حكمه بجواز بيع الضالّ و المجهود مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق في عدم القدرة على التسليم. و نظير ذلك (٣٣٠٠) ما في التذكرة، حيث ادعى أولاً الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثم قال: و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً إلى أن قال: و قال بعض علمائنا بالجواز، و حكاه عن بعض العامة أيضاً. ثم ذكر الضالّ و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفرداً و* اشتراط الضميمة، فإن التنافي (٣٣٠١) بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، و التوجيه يحتاج إلى تأمل (٣٣٠٢).

٣٢٩٩. يعني: استناده في منع جعله ثمناً إلى النصّ و الإجماع....

٣٣٠٠. يعني: نظير ما في اللمعة من الفرق بين بيع الآبق و بيع الضالّ ما في التذكرة من حيث الظاهر و بدون التأويل، حيث إنه في بيع الآبق حكم بالبطلان على طبق المشهور، و في بيع الضالّ - المراد منه العبد الضالّ - تردّد و احتمل فيه احتمالين، أحدهما: الجواز منفرداً، و منشأه عدم إلحاقه بالآبق، مع منع صدق الغرر مع الانتفاع به في العتق. و الآخر: الجواز مع اشتراط الضميمة، و لازمه عدم الجواز منفرداً، و منشأه إمّا صدق الغرر بدون الشرط، و إمّا الإلحاق بالآبق. و لأجل التفاوت بين العلامة ﷺ و الشهيد ﷺ في حكم الضالّ - بتردد الأول فيه، و جزم الثاني بالجواز، مع اشتراكها في أصل الفرق بينه و بين بيع الآبق - عبّر بالنظير.

٣٣٠١. ليس في العبارة ما يكون معلولاً له، فتأمل فيه. و المراد من الفقرة الأولى دعوى الإجماع على اعتبار القدرة على التسليم، و من الفقرة الثانية وقوع النزاع بين المشهور و بين بعض الأصحاب في صحة بيع الآبق منفرداً و عدم صحته، و من الفقرة الثالثة تردّده في جواز بيع الضالّ منفرداً، و عدم جزمه بالفساد. و أمّا ظهور التنافي بينها فغير محتاج إلى البيان.

٣٣٠٢. يمكن رفع التنافي بين الفقرة الأولى و الثانية، بأنّ مورد الإجماع في الأولى هو الكبرى، و هي اعتبار القدرة على التسليم في مورد لو لاها يلزم الغرر، و النزاع بين المشهور و بين بعض الأصحاب على تقدير أن يكون المراد منه الإسكافي في عبارته المتقدمة - في صورة ضمان البائع إنّما هو في الصغرى - أي: في أن عدم القدرة على التسليم مع فرض ضمان البائع

وكيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه، فيعتبر فيه القدرة على التسليم؟ وجهان بل قولان (٣٣٠٣): من عمومات الصلح و ما* علم من التوسع فيه كجهالة** المصالح عنه إذا تعذر أو تعسر معرفته - بل مطلقاً -، و اختصاص الغرر المنفي بالبيع، و من أن الدائر على السنة الأصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى أنهم يستدلون به في غير المعاوضات كالوكالة فضلاً عن المعاوضات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجمالة، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي ﷺ: أنه نهي عن الغرر. و قد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبن على المسامحة (٣٣٠٤) من الصلح. و ظاهر المسالك - في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن - جواز الصلح عليه ٢٠.

يلزم منه الغرر، فيبطل كما هو المشهور - كما ذهب إليه الإسكافي، و لاتنافي بين الإجماع على الكبرى و النزاع في الصغرى. و أما رفع التنافي بين الأخيرة و بين ما عداها فلم يظهر لي وجهه، فتأمل فيه.

٣٣٠٣. أقواهما عدم الإلحاق، للإطلاقات مع عدم ما يقيدها، إلا ما أرسل في كلماتهم من أن النبي ﷺ نهي عن الغرر، و هو بعد غمض العين عن سنده لا يصلح ذلك، لما عرفت سابقاً من كون المراد منه - من جهة تعلق النهي به - هو الخديعة، و هو أعم من القدرة على التسليم من وجه، و لا يصح الاستدلال بأحد العامين من وجه على الآخر. نعم، يصح الاستدلال به على الفساد في صورة الخديعة لو أجبر سنده، لكنه فرض صرف.

٣٣٠٤. لاوجه للتفصيل، إذ لو كان حديث النهي عن الغرر تاماً سنداً و دلالة فمن المعلوم أن مجرد البناء على المسامحة لا يوجب الجواز، و إلا فلا وجه لترجيح الاشتراط في صورة عدم البناء على المسامحة. إلا أن يقال: بأن نظره في الصلح المبني على المسامحة إلى ما ليس المقصود منه إلا فعل المصالح عنه بجاناً و بلا عوض، إلا أن الفرض قد يتعلق بالنقل بطور اللزوم، فيجعل العوض فيه تحصيلاً للزوم، فهو في الحقيقة هبة بصورة المعاوضة لغرض خاص، فيكون مثل الهبة، فلا يضر فيه الغرر، فتأمل.

و أما الضالّ و المجهود و المغموب و نحوها فما لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز وفاقاً لجماعة، للغرر المنفي المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم إلا أن يوهن بتردد مدّعيه كالعلامة في التذكرة في صحة بيع الضالّ منفرداً، و يُمنع* الغرر - خصوصاً فيما يراد عتقه - بكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع.

و أما فوات منفعته مدّة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، و جهالته غير مضرّة مع إمكان العلم بتلك المدّة كضالة يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك، وكذا في المغموب و المنهوب. و الحاصل: أنّه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضي لانقضاء البيع من أصله، و فرض عدم تسلّط البائع على مطالبته بالثمن (٣٣٠٥)، لعدم تسليم الثمن؛ فإنّه لا خطر حينئذٍ في البيع خصوصاً مع العلم بمدّة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا، و لكن يدفع جميع ما ذكر: أنّ المنفي في حديث الغرر كما تقدّم هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع؛ و لذا قوّينا فيما، سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيرة شرعاً بالتسليم. و من المعلوم أنّ بيع الضالّ و شبهه ليس محكوماً عليه في العرف بكونه في ضمان البائع بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانقضاء بالتلف حكم شرعيّ عارض للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غرراً عرفاً.

و كما ذكر يظهر: أنّه لا يجدي في رفع** الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم، فإنّ تسلّم قبل مدّة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به و إلاّ تحيّر بين الفسخ و الإمضاء - كما استقرّ به

.....

٣٣٠٥. إشارة إلى بطلان ما ذكره بأنّه دوري، نظراً إلى أنّ عدم الغرر عرفاً موقوف على حكم الشارع بالضمان قبل التسليم و عدم التسلّط على مطالبة الثمن، و هو موقوف على صحة البيع، لتوقف الحكم على وجود موضوعه، و هي موقوفة على عدم كونه غرراً عرفاً. و لذا أمر بالتأمّل في السابق قبل قوله: «ثمّ إنّ الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلّا من الفاضل القطيفي».

في اللمعة- فإن ثبوت الخيار حكم شرعيّ عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسلّم* المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له، لكن قد مرّت المناقشة في ذلك بمنع إطلاق العرف** الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعيّ اللاحق للمبيع من ضمانه قبل التسليم و من عدم التسلّط على مطالبة الثمن، فافهم .

و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام، أمكن جوازه؛ لعدم الغرر حينئذ عرفاً و لذا لا يعدّ بيع العين الغير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر؛ لأنّ ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلّط على الردّ. و لعلّه لهذا اختار في محكيّ المختلف تبعاً للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البايع^{٢١}، فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه، و عن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه و إن كان قد يردّ على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمّل (٣٣٠٦).

مسألة: يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة (٣٣٠٧) كما عن الانتصار وكشف الرموز و التنقيح، بل بلا خلاف كما عن الخلاف^{٢٢} حاكياً فيه - كما عن الانتصار - إطباق العامة على خلافه. و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غرراً، حيث حكى احتجاج العامة بـ"الغرر"، فأنكره عليهم مع الضميمة. و فيه إشكال (٣٣٠٨). و الأولى لنا التمسك - قبل الإجماعات المحكية، المعتضدة بمخالفة من جعل الرشد في مخالفته -

٣٣٠٦. إشارة إلى أنّ هذا الإراد في غير محلّه، لأنّ البيع مع هذا الاشتراط من أفراد البيع العرفي، و ليس فيه غرر عرفاً حتّى يتعلّق به النهي، و ليس حال الاشتراط كالأحكام الشرعيّة الطارئة على البيع العرفي حتّى يقال بأنّه مثلها لا يدفع الغرر.

٣٣٠٧. يعني: و لو في صورة رجاء الوجدان و التسليم.

٣٣٠٨. بل منع، لأنّ الغرر الحاصولي بالقياس إلى الآبق لا يرتفع بالضميمة قطعاً. نعم، لو كان المانع هو العجز عن التسليم، و كان غرر الحصول بالنسبة إلى ثمن المبيع من حيث هو، لا يرتفع بالقدرة على تسليم بعضه، لكنّه كما ترى، فتدبّر.

بصحيحة رفاة النحاس: "قال: قلت لأبي الحسن صلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيتهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شرائها إلا أن تشتري منهم ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز" ٢٣. و موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: "في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً، فيقول: "أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا وكذا"، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه" ٢٤. و ظاهر السؤال في الأولى (٣٣٠٩) و الجواب في الثانية: الاختصاص بصورة رجاء الوجدان، و هو الظاهر أيضاً من معاهد الإجماعات المنقولة، فالمأبوس عادةً من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع؛ لأن بذل جزء من الثمن (٣٣١٠)

٣٣٠٩. أما ظهور السؤال في الأولى في صورة الرجاء فلاشتماله على قوله: فاطلبه...»، حيث أنه لا يلقى للطلب مع اليأس. و أما ظهور الجواب في الثانية فيه فلاشتماله على قوله: «فإن لم يقدر على العبد...»، حيث إن عدم القدرة حاصل مع اليأس، فلا معنى لفرضه كما هو قضية حرف الشرط.

٣٣١٠. ضمير «جعله» راجع إلى الجزء و ضمير «يباع» راجع إلى المأبوس. و ضمير «به» راجع إلى الثمن. يعني: جاز جعل جزء الثمن ثمناً واحداً، فيباع ذاك المأبوس عن الظفر به - كالآبق - بذلك الثمن الواحد. و في بعض النسخ فوق هذه العبارة إلى قوله: «جزء مبيع» علامة النسخة و البدل عن قوله: «لنهي عن الغرر السليم عن المخصص». و الظاهر أنها غلط. و في بعض النسخ المصححة من القاري أن المصنف رحمته الله ضرب عليها الخط بقلمه الشريف. وجه الغلطية: أن مقتضى ما ذكره من الملازمة بين جواز جعل الشيء جزء المبيع و بين جواز جعله تمام المبيع جواز بيع الآبق منفرداً عن الضميمة مع رجاء الوجدان، مع أنه باطل إجماعاً و نصاً، بل قد مر أن مدلول النبوي منحصر بهذه الصورة، و لا يصدق مع اليأس، فيعلم من ذلك بطلان الملازمة المذكورة. هذا، مضافاً إلى ما مر سابقاً من منع السفهية و الأكل بالباطل في مثل الآبق المأبوس عن تسليمه، فيما إذا كان صرف المال بإزائه لأجل عتقه في الكفارة أو غيره. فلو لا فحوى حديث النهي عن الغرر كان مقتضى القاعدة الصحة، إذ لا دليل يدل على المأبوس عنه بمنزلة

في عدم جواز بيع الآبق..... ٤٢٥
في مقابله لو لم يكن سفهاً أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله ثمناً* يباع به مستقلاً، فالمانع عن
استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع، للنهي عن الفرر السليم عن المخصّص. نعم، يصحّ
تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط ونحوه.

و أيضاً الظاهر اعتبار كون الضميمة ثماً يصحّ بيعها (٣٣١١)، و أما صحة بيعها
منفردة فلا يظهر من الرواية (٣٣١٢)، فلو أضاف إلى الضميمة من تعذر** تسليمه كفى و
لا يكفي ضمّ المنفعة إلّا إذا فهمنا من قوله ~~الظاهر~~ : «فإن لم يقدر... إلى آخر الرواية» تعليل
الحكم بوجود ما يمكن مقابله بالثمن، فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال
أو كناية عن نقل مال أو حقّ إليه مع الآبق؛ لنلّا يخلو الثمن عن المقابل؛ فتأمل.
ثمّ إنّه لا إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري إلّا أنّه لو بقي على إباقه و صار في حكم
التالف لم يرجع على البائع بشئ و إن اقتضى قاعدة «التلف قبل القبض» (٣٣١٣).

التالف في عدم جواز المعاوضة عليه لاشرعاً و لاعرفاً.
٣٣١١. يعني: الظاهر اعتبار كونها عيناً قبل المنفعة. منشأ الظهور: هو التعبير بالاشتراء
بالنسبة إلى الضميمة أيضاً في الصحيحة و الموثقة، و يعتبر في متعلّق الشراء أن يكون عيناً.
٣٣١٢. يعني: الصحة من جهة القدرة على التسليم. يعني: أمّا القدرة على تسليم
الضميمة المعتبرة في صحّة بيعها منفردة فلم يظهر اعتباره من الرواية. وكيف كان، فالظاهر -
بل المتيقّن - زيادة هذه العبارة، لأنّ قوله: «فإن لم يقدر على العبد كان المال الذي نقده فيما
اشترى معه» صريح في لزوم كونها ثماً يصل إلى المشتري، حتّى عند عدم القدرة على العبد
يكون المال بإزائه. ثمّ على تقدير الصحة كان المناسب ذكرها بعد قوله: «فتأمل». و هو إشارة
إلى المناقشة في فهم المناط و العلّية من قوله: «فإذا لم يقدر...» على نحو يوجب رفع اليد عن
ظهور الشراء في كونها من الأعيان قبل المنافع.

٣٣١٣. نعم، و لكن لو دلّ*** الآبق في حكم التالف، فيكون حينئذٍ عدم الرجوع إلى
البائع في الفرض المذكور - المراد منه حصول اليأس، كما هو قضية قوله فيما بعد: «بل معناها

* في بعض النسخ: مثمناً. ** في بعض النسخ زيادة: ما لا يتعذر.

*** كذا في الطبعة الحجرية. و هو غلط قطعاً. و لعلّه من غلط الناسخ، أو تصحيف لـ: كان.

استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الرواية: أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن*، ليكون المعاوضة على المجموع مراعاةً بحصول الآبق في يده، كما يوهمه ظاهر المحكي عن كاشف الرموز: من أن الآبق مادام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة و لاجزاء مبيع، مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرنا، بل معناها: أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق - الذي هو في حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف (٣٣١٤) - بما يقابله من الثمن.

و لتلف قبل اليأس، ففي ذهابه على المشتري إشكال (٣٣١٥).

.....
أنه لا يرجع بتعذر الآبق...» خارجاً عن القاعدة لأجل المؤثقة. و قد مرّ عدم قيام الدليل على هذا التنزيل شرعاً، و المفروض إمكان الانتفاع به في العتق، و معه يكون عدم الرجوع إلى البائع بما يقابله من الثمن على طبق القاعدة الأولية الثابتة لولا قاعدة التلف قبل القبض، لعدم التلف هنا لاحقيقة و لاحكاماً.

٣٣١٤. هذا متعلق بالرجوع، و «بما يقابله من الثمن» متعلق بـ «لا يرجع».

٣٣١٥. ناشٍ من أن المراد من عدم القدرة على الآبق في المؤثقة الدالة على ذهابه من المشتري - بمعنى عدم رجوعه على البائع فيما قابله من الثمن - هو السالبة بانتفاء المحمول مع وجود الموضوع، فيكون تلفه على البائع دون المشتري، لقاعدة التلف قبل القبض السليمة عن المخصّص، لاختصاصه بصورة وجود المبيع مع عدم القدرة عليه، أو المراد منه الأعمّ منها و من السالبة بانتفاء الموضوع، فيكون تلفه على المشتري، للمؤثقة المخصّصة للقاعدة حيثئذ. و الاحتمال الثاني أقوى، للقطع بأن المناط صرف عدم الوصول، و هو في التلف أقوى.

ثمّ إنّه لا وجه لتقييد التلف بكونه قبل اليأس، إذ لا فرق فيما ذكره من الإشكال في حكم التلف بين كونه قبله أو بعده، حيث إنّ عدم الرجوع إلى البائع بما قابل العبد في حال اليأس - سواء كان لأجل القاعدة الأولية، و هو كون التلف من المالك، و إنّما خرج عنها صورة التلف قبل القبض المنتفي حقيقة و هو واضح، وكذا تنزيلاً لعدم الدليل عليه، أو كان لأجل المؤثقة على خلاف قاعدة التلف قبل القبض، بدعوى أن اليأس بمنزلة التلف، كما اختاره -

و لو تلفت الضميمة قبل القبض: فإن كان بعد حصول الآبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة لا مجموع الثمن؛ لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن مادام آبقاً، لا بعد الحصول في اليد. وكذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم (٣٣١٦) كما لو أرسل إليه طعاماً مسموماً؛ لأنه بمنزلة القبض (٣٣١٧). وإن كان قبله (٣٣١٨)، ففي انفساخ البيع في الآبق تبعاً للضميمة أو بقاءه بما قابله من الثمن، وجهان: من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق؛ لأنه كان سبباً في صحته. ومن أنه كان تابعاً له في الحدوث، فإذا تحقق تملك المشتري له، فاللزام من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه وبين ما يخصه من الثمن لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء، لكن ظاهر النص أنه لا يقابل (٣٣١٩) الآبق بجزء من الثمن أصلاً، ولا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به. ومن هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط، لا اشتراط خيار يخصها. نعم، لو عقد على الضميمة فضولاً ولم يجز مالها، انفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع. ثم لو وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً إما بعد القدرة عليه أو قبلها، كان له الرجوع بأرشه، كذا قيل ٢٥.

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

تفاوتاً في حكم التلف.

٣٣١٦. لم يظهر وجه هذا القيد، فتدبر.

٣٣١٧. فبتلف الضميمة قبل قبضها يرجع بما قابله من الثمن.

٣٣١٨. أي: قبل حصول الآبق في اليد وإتلافه.

٣٣١٩. إن كان مراده من ذلك ظهور النص في كون المعاوضة على تقدير عدم الظفر به، بمعنى عدم الرجوع على البائع بحصته من الثمن، ففيه: أنه حق حيث إن الرواية ليست بصدد بيان أن المعاوضة في صورة عدم القدرة يكون بين الثمن والضميمة، وأما العبد فهو أجنبي عن المعاوضة بالمرّة وإما هو بيان لحكمة ضمّ الضميمة وأنه لا يكون في هذه الصورة صفر اليد، لكنه لا يقتضي كون تمام الثمن في مقابل الضميمة، وعدم توزيعه عليها وعلى العبد في مرحلة المعاوضة، فالمعاوضة بين الثمن وبينهما معاً، كما هو صريح قوله: اشترى هذا وهذا

مسألة: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرًا، فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعًا كما عن المختلف و التذكرة ٢٦، و اتفاقًا كما عن الروضة و حاشية الفقيه للسلطان. و في السرائر في مسألة البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل، بلا خلاف بين المسلمين.

و الأصل في ذلك: حديث "نفي الغرر" المشهور بين المسلمين. و يؤيده: التعليل في رواية حماد بن ميسر عن جعفر (٣٣٢٠) عن أبيه عليه السلام: أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم ٢٧. لكن في صحيحة رفاعة التخاس ما ظاهره المناقاة، قال: "سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلًا تجارية له فباعنيها بحكمي،

بكذا، فالثمن يوزع عليهما. فمقتضى قاعدة التلف قبل القبض بطلان البيع بالقياس إلى الضميمة بحصته من الثمن. و أمّا بطلانه بالقياس إلى العبد أيضًا فلا وجه له إلا دعوى الملازمة في اعتبار الضميمة في صحة بيع الآبق بين الخدوث و البقاء، و هو كما ترى لادليل عليه، فيرجع إلى الأصل المقتضي لعدم الانفساخ فيه. و من هنا ظهر أن الأقوى بقاء البيع و عدم انفساخه بالنسبة إلى الآبق لو فسخه المشتري في الضميمة لخيار يخصّ بها.

٣٣٢٠. وكذا في رواية حماد عن أبي عبد الله عليه السلام بدون إسناده إلى أبيه عليه السلام. و في مرآة العقول للعلامة المجلسي عليه السلام: «أن الخبر يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون المراد عدم معلومية نسبة الدرهم إلى الدينار في وقت البيع و إن كان أثلاً إلى المعلومية. و ثانيهما: أن يكون المراد جهالتهمما بسبب اختلاف الدراهم أو باختلاف الدنانير، و عدم معلوميتهمما عند البيع أو عند وجوب أداء الثمن. و لعل هذا أظهر» يعني: الوجه الثاني. ثم نقل عن المسالك «أنه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار، بأن جعله ثمًا يتحدد من النقد حالاً أو مؤجلاً، أو من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة، فلو علمها صح. و في رواية السكوني إشارة إلى أن العلة هي الجهالة» انتهى. يعني بالرواية ما رواه في التهذيب بسنده عن ابن المغيرة، عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام: «في الرجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل. قال: فاسد، فلعّل الدينار يصير بدرهم» يعني: يحتمل تنزّل الدينار على نحو يساوي الدرهم، فيلزم حين بلوغ الأجل سقوط الثمن عن ذمته. و مقتضى هذه الرواية أن احتمال الترقّي و التنزّل

فقبضتها منه [على ذلك] ثم بعث إليه بألف درهم، فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مستها قبل أن أبعث إليه بألف درهم؟ فقال: أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له. قال: قلت: أرايت إن أصبت بها عيباً بعد أن* مستها؟ قال: ليس عليك أن تردّها عليه و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصّحة والعيب".

لكنّ التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها لصّحة البيع وفساده، فلايتوهم جواز التمسك بها لصّحة هذا البيع؛ إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى (٣٣٢١) لوجوب قيمة مثلها بعد تحقّق البيع بثمن خاص. نعم هي محتاجة إلى أزيد من هذا التأويل (٣٣٢٢)؛ بناءً على القول بالفساد بأن يراد (٣٣٢٣) من قوله: "باعنيها بحكمي" قطع المساومة على أن اقومها على نفسي بقيمتها العادلة في نظري (٣٣٢٤)

.....
حين الأجل الموجب للجهل بالنسبة يوجب الفساد، فتأمل.

٣٣٢١. هذا فقط هو المحتاج إلى التأويل على الصّحة، لأنّ ما عداه من المضامين التي اشتملت عليها كلّها على طبق القاعدة غير محتاج إلى التأويل. و أمّا كيفة التأويل فيما ذكرنا على الصّحة فلم يتعرّض لها هنا اكتفاءً بنقل قول صاحب الحقائق فيما بعد، لأنّ انصراف الثمن إلى القيمة السوقية على الصّحة - كما اختاره هو - عين التأويل؛ لأنّ ظاهرها من حيث الحكم بوجوب قيمة المثل هو بطلان البيع بحكمه.

٣٣٢٢. لأنّ المحتاج إلى التأويل بناءً على الفساد فقرات من الرواية، منها: قوله: «باعنيها». و منها: قوله: «لم يقبلها». و منها: قوله «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ ما نقص» الظاهر في وجوب ذلك عليه.

٣٣٢٣. الجارّ متعلّق بـ«أزيد» باعتبار تضمّنه لمعنى التأويل.

٣٣٢٤. مع كون نظره مأخوذاً فيه بنحو تمام الموضوع، و إلّا فلا يكون وجه لكون الرائد عن القيمة العادلة للبائع فيما إذا كان المبعوث إليه أكثر منها، كما هو قضية قوله: «فهو له». و على هذا يكون عدم قبول البائع لأجل اتّهامه رفاة بالمساعمة و عدم إعمال الدقّة في

- حيث إن رفاعة كان نخاساً يبيع و يشتري الرقيق - فقومها رفاعة على نفسه بألف درهم
إما معاطاة و إما مع إنشاء الإيجاب وكالة و القبول أصالة، فلما مسها و بعث الدرهم لم
يقبلها المالك، لظهور غبن له في البيع (٣٣٢٥)، و أن رفاعة مخطئ في القيمة، أو لثبوت خيار
الحيوان للبائع على القول به. و قوله عليه السلام: "إن كان قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص" إما
أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك (٣٣٢٦)

نظرة، و أنه عين الألف مع علمه بكون قيمتها أزيد منه، و إلا فلا وجه لعدم قبوله بناءً على
كون نظره تمام للموضوع لاجزئه، لأن الخيار - سواء كان لأجل الحيوان أو لأجل الغبن -
لا يقتضي عدم القبول إلا بعد إعماله بالفسخ، إذ بدونه يكون الثمن له، فلا يجوز له الامتناع من
أخذه. و الحمل على إرادة الفسخ ينافية لجوابه عليه السلام، إذ مع الفسخ لا معنى للتقويم. هذا، مضافاً
إلى منع ثبوت خيار الحيوان للبيع*، و منع خيار الغبن فيما إذا كان أو كل الأمر إلى نظر المشتري
مطلقاً، فإن الإقدام على الغبن صادق عليه لو كان هناك غبن، و معه لا خيار. و أما عدم جوابه عليه السلام
بإعمال موازين القضاء فلعله لأجل عدم الحاجة إليه مع وجود طريق إلى كشف الحال.

و مما ذكرنا من كون الوجه في عدم القبول هو الاتهام يظهر أن الرواية على القول
بالصحة لا تحتاج إلى التأويل، إذ التنافي بين وجوب قيمة المثل و بين صحة البيع بثمن خاص
حكم به المشتري و أدى إليه نظره إتما هو فيما إذا اتفقا على عدم المسامحة في نظره، و أما فيما
إذا اختلفا فيه فادعى البائع مسامحته فيه و أنكر المشتري فالتنافي بينهما، حيث إن موضوع
الصحة هو البيع بحكم المشتري، أي: بقيمة أدى إليه نظره الدقيقي الغير المسامحي، و موضوع
الحكم بوجوب رد ما نقص عن القيمة العادلة: صورة التنازع و الاختلاف في إعمال الدقة في
النظر و عدمه، و من المعلوم أن الثاني لاينافي الأول، بل هو مبني عليه، فتأمل.

٣٣٢٥. يعني: بحسب اعتقاده، فلاينافيه الترديد بقوله: «فإن كان قيمتها أكثر...».

٣٣٢٦. المراد منه هنا و في الموضوع الثاني هو المالك الأول. و ضمير «أراد» مثل ضمير
«عليه» راجع إلى المالك الثاني المشتري المستفاد من الكلام. و وجه عدم حاجته إلى الجارية أنه
لو كان له حاجة إليها لما باعها، فيسقط خياره ببذل التفاوت.

شرائط العوضين: العلم بقدر الثمن ٤٣١
إذا أراد إمساك الجارية؛ حيث إن المالك لا حاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت،
وإنما أن يحمل على حصول الحبل بعد المس، فصارت أم ولد تعين عليه قيمتها إذا فسخ
البايع. و قد يحمل على صورة تلف الجارية، و ينفيه قوله ط فيما بعد: "فليس عليك أن
تردها...".

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن إلى القيمة السوقية
لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحقائق (٣٣٢٧) ضعيف. و أضعف منه ما عن الإسكافي
من تجويز قول البايع: "بعثك بسعر ما بعث"، و يكون للمشتري الخيار (٣٣٢٨). و يرده:
أن البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار (٣٣٢٩). و أما بيع خيار الرؤية
فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول
الإسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

مسألة: العلم بقدر الثمن كالثمن شرط، بإجماع علمائنا كما عن التذكرة. و عن
الغنية: العقد على المجهول باطل، بلا خلاف. و عن الخلاف: ما يباع كيلاً فلا يصح بيعه
جزأً و إن شوهده، إجماعاً. و في السرائر: ما يباع وزناً فلا يباع كيلاً، بلا خلاف. و الأصل
في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور. و في خصوص الكيل (٣٣٣٠) و الوزن خصوص
الأخبار المعتبرة: منها: صحيحة الحلبي [عن أبي عبد الله عليه السلام]: "في رجل اشترى من رجل
طعاماً عدلاً بكيل معلوم وأن صاحبه قال للمشتري: اجع متي هذا العدل الآخر بغير كيل؛
فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت؟

.....
٣٣٢٧. نسبة انصراف الثمن إلى القيمة السوقية إلى صاحب الحقائق - مع أنه في كلام
الأردبيلي رحمته - إنما هي من جهة أن نقله عنه مع عدم الإيراد عليه ظاهر في ارتضائه له.

٣٣٢٨. لعل مراده خيار الغبن في صورة ظهور الغبن. و فيه منع الخيار لأجل الغبن في
هذا النحو من البيع، لصدق الإقدام عليه كما أشرنا إليه.

٣٣٢٩. و لو سلم فلا خيار كما عرفت.

٣٣٣٠. هذا عطف على «ذلك» المراد منه العلم بقدر الثمن. يعني: و الأصل في اعتبار
خصوص الكيل و الوزن في المكيل و الموزون خصوص الأخبار المعتبرة.

قال: لا يصلح إلا بكيل. قال: و ما كان من طعام سُميت فيه كيلاً، فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع الطعام". و في رواية الفقيه: "فلا يصح بيعه مجازفة (٣٣٣١)". و الإيراد على دلالة الصحيحة بالإجمال أو باشمالها (٣٣٣٢)

٣٣٣١. بناءً عليه يكون دليلاً على البطلان، و يكون قرينةً على أن المراد من الكراهة الحرمة. و لكن في الوافي نقله عن الفقيه أيضاً بلفظ «لا يصلح». و عليه لا يشكل دلالة على الحرمة و الفساد كما لا يخفى.

٣٣٣٢. «أو» لمنع الخلو. و المورد هو الأردبيلي رحمته الله في شرح الإرشاد. و حاصله: أن قوله عليه السلام: «سُميت فيه كيلاً» - الذي هو وصف للطعام. إمّا ظاهر في إخبار البائع بالكيل، لظهور الوصف في الاحتراز، فهي في هذه الفقرة - و قوله قبل ذلك: «لا يصلح إلا بكيل» - مشتملة على ما هو خلاف المشهور، أعني: عدم كفاية تصديق البائع، فإن المشهور كفايته عن الكيل و الوزن. و إمّا مردّد بينه و بين أن يكون كناية عن كون الطعام مكيلاً في العادة، لتردّد الوصف بين أن يكون للاحتراز و التخصيص و بين أن يكون للتوضيح و التبيين، فهي - مضافاً إلى اشمالها على خلاف المشهور في الفقرة السابقة - بحملة في هذه الفقرة.

و حاصل جواب المصنّف: أن كونه كناية عما ذكر هو الظاهر منه. و لعلّ نظره في وجه الظهور إلى كونه في مقام إعطاء الضابطة الكلية، و معه ليس فيها إجمال و لا اشمال على خلاف المشهور. و لكن فيه: ما استدركه بقوله: «اللهم إلا أن يقال...»، من أنه موجب لحمل الوصف على التوضيح، و الأصل فيه أن يكون للتخصيص، و لا إجمال له إذا كان كناية عما ذكر، إذ ليس للطعام قسم آخر لا يكال و لا يوزن إلا الزرع، و لا يطلق عليه الطعام إلا بالمساحة، فيكون ظاهراً في إخبار البائع، فيكون الإيراد عليه باشمالها على خلاف المشهور وجهاً. إلا أن يقال: نعم لكن فيما إذا لم يكن هناك ما يوجب رفع اليد عن هذا الأصل، لكنّه موجود في المقام، و هو كونه في مقام إعطاء الضابطة الكلية، فإن قضية ذلك مع ملاحظة أن الطعام ليس على نوعين كون الوصف للتوضيح. و لعلّ الأمر بالتأمل إشارة إلى ذلك. و يمكن أن يكون إشارة إلى أنه سلّمنا الإجمال في الرواية، لكنّه غير ضائر في الاستدلال بها، إذ يكفي فيه قوله في الفقرة السابقة: «لا يصلح إلا بكيل» إذ لا مانع من الاستدلال بها إلا مخالفة الشارع،

في جواز بيع المكيل وزناً ٤٣٣
على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع، غير وجيه؛ لأن الظاهر من قوله عليه السلام: "سَمِيَتْ
فيه كَيْلاً" أنه يذكر فيه الكيل، فهي كناية عن كونه مكيلاً في العادة اللهم إلا أن يقال: إن
توصيف الطعام بكونه كذلك - الظاهر في التنويع، مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال و
لا يوزن إلا مثل الزرع قائماً - يبعد إرادة هذا المعنى، فتأمل. و أما الحكم بعدم تصديق
البائع فمحمول (٣٣٣٣)

و سيأتي الجواب عنه.

و بعد هذا كله يشكل الاستدلال بالرواية بأنه مبني على كون «لا يصلح» إرشاداً إلى
الفساد أو ظاهراً في الحرمة، مع دلالة الحرمة في المعاملة على الفساد. و في الكل نظر. فالقدر
المتيقن منها كراهة البيع جزافاً، كما ذهب إليه الشيخ في محكي المبسوط.

٣٣٣٣. أو محمول على ما ذكره صاحب الجواهر من أن إخبار البائع في مورد الرواية
لعله كان مستنداً إلى خدمه، إذ ليس فيها ما يدل على كيله للعدل الآخر، فيحتمل أن يكون
إخباره به مستنداً إلى الخدس الناشي من صرف مقايضة العدل الآخر على العدل الذي كيل، و
عدم تصديق البائع في هذا النحو من الخبر ليس على خلاف المشهور. و لكن يردّ رواية
عبد الملك الآتية الدالة على جواز تصديق الإخبار عن الكيل بمقايضة ما لم يكل على ما كيل،
كما يردّ حمل المصنف أنه لاشاهد عليه في الرواية إلا ما ذكره من عدم الجزاف مع البناء على
إخباره و الاعتماد عليه، و هو ممنوع، إذ مجرد إخبار البائع لا يخرج عن الجهالة التي هي المناط
في الجزاف، فتأمل.

فالأولى في رفع هذا الإيراد أن يقال: إن كونه على خلاف المشهور مبني على دلالة على
الفساد، فإن المشهور صحته معه. و أما بناء على كراهته مع الإخبار فلا، إذ لم يعلم منهم عدم
كراهته مع الإخبار، و لامنافاة بين الاكتفاء به في ارتفاع الحرمة و بين عدمه في ارتفاع
الكراهة.

هذا كله فيما إذا ساعدنا المشهور و صدقناهم في حكمهم بجواز الاكتفاء بإخبار البائع
مطلقاً. و أما لو خطأنهم في ذلك الإطلاق، من جهة عدم دلالة الأخبار على الاعتماد به إلا
في صورة تصديق المشتري له في إخباره و علمه بصدقه فيه، كما هو قضية رواية ابن محبوب، أو
في صورة ائتمان المشتري و وثوقه، كما هو قضية رواية أبي العطار، فلا يضر مخالفتهم للرواية

على شرائه سواء زاد أو نقص خصوصاً إذا لم يطمئن بتصديقه، لاشرائه على أنه القدر المعين الذي أخبر به البائع، فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف. قال في التذكرة (٣٣٣٤): لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل، صحّ عندنا. و قال في التحرير: لو أعلمه بالكيل، فباعه بثمان سواء زاد أو نقص، لم يجوز. و أما نسبة الكراهة إلى هذا البيع، فليس فيه ظهور في المعنى المصطلح يعارض ظهور "لا يصلح" و "لا يصح" في الفساد (٣٣٣٥). و في الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال: "سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن" (٣٣٣٦) بغير كيل و لا وزن؟ فقال: أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مراجعةً، فلا بأس إن اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه، إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن و قلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا**...". و دلالتها أوضح من الأولى (٣٣٣٧). و رواية أبان عن محمد بن حمران، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

حينئذ حتى يكون مما يورد عليها و يحتاج إلى الجواب. نعم، إطلاق عدم الاعتماد به معارض بتلك الروايات فيقيد بها.

٣٣٣٤. غرضه من نقل هذا و كلام السرائر بيان أن ما ذكره من أن الشراء مع إخبار البائع على قسمين - أحدهما: باطل، و هو الشراء بلا اعتماد على قوله، أي: سواء زاد أو نقص، و الآخر: صحيح، و هو الشراء معتمداً على إخباره و بانياً عليه - قد نبّه على أولهما في السرائر، و على ثانيهما في التذكرة، بل ظاهره دعوى الإجماع عليه.

٣٣٣٥. قد علم مما تقدّم أن الأول غير ظاهر في الفساد، و الثاني غير ثابت.

٣٣٣٦. عطف على الطعام من عطف العام على الخاص. و «أن» في قوله: «أن تأتي» مصدرية، و «تشتري» عطف عليه بإسقاط العاطف. يعني: أما إتيانك رجلاً في طعام و شراؤك منه مراجعة فلا بأس... و ذيل الرواية بعد قوله: وكذا: «و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس».

٣٣٣٧. لسلاستها، إمّا لأجل تأمل الأردبيلي في دلالة الأولى من اشتغالها على قوله: «سميت فيه كيلاً» الموجب لتوهم الإجمال أو مخالفة المشهور، و على نسبة الكراهة إلى هذا البيع

اشترينا طعاماً، فزعم صاحبه أنه كاله، فصدّقناه و أخذناه بكيّله؟ قال: لا بأس. قلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال*: أمّا أنت فلا تبعه حتّى تكيله"، دلّت على عدم جواز البيع بغير كيل إلّا إذا أخبره البائع فصّدّقه (٣٣٣٨). و فحوى مفهوم رواية

و لكن مع ذلك يمكن الخدشة في دلالتها أيضاً، بأن غاية ما يدلّ عليه مفهوم الشرط فيها هو ثبوت البأس لو لم يكله البائع، و هو أعمّ من الحرمة، و الحرمة على تقدير إرادتها منه أعمّ من الفساد. إلّا أن يقال: إنّ البأس المتوهم في المورد هو البأس من حيث الصحة و الفساد، لكنّه مشكل.

٣٣٣٨. نعم، لو كان اعتبار الكيل المستفاد من قوله: «لاتبعه حتّى تكيله» بناءً على أنّ النهي للإرشاد، أو دلالة النهي التحريمي على الفساد لأجل اعتباره في صحّة المعاملة، كما هو قضية إطلاق الرواية من حيث كون البيع الثاني بنحو المراجعة أو التولية. و أمّا لو كان اعتباره لأجل دخاله في قبض المكيل، و أنّه فيه يتوقّف على الكيل - كما قال به بعض على ما ستطّلع عليه في مسألة القبض في آخر الكتاب - فلا ربط للرواية بما نحن فيه من لزوم الكيل في صحّة المعاملة قبالة المجازفة، بل يكون من أدلّة اعتبار القبض في المكيل في صحّة بيعه ثانياً. و على هذا لا بدّ من تقييدها بصورة كون البيع بنحو المراجعة، لجملة من الأخبار الصريحة في عدم اعتباره في التولية. و من لحاظ أنّ اعتباره إنّما هو لأجل تحصيل القبض لا لأجل رفع الجهالة و المجازفة، تظهر الخدشة في رواية سماعة التي موردها البيع مراجعة، فتكون أولى بالخدشة.

و منه تظهر الخدشة في مفهوم رواية أبي العطار، فإنّ الحكم بثبوت البأس عند عدم الاطمئنان يحتمل أن يكون لأجل عدم إحراز المشتري شرط صحّة بيع ما يكال ثانياً بعد الشراء - أعني: القبض المتوقّف على الكيل - لعدم إحراز الكيل. يعني: إن لم يحرز كيلك الموجب لعدم إحراز قبضك ففيه بأس، لاحتمال أن يكون بيعاً قبل القبض. أمّا أنّ مورد الرواية بيع ما اشتراه من الغير، فيدلّ عليه صدر الرواية الذي ترك ذكره هنا، و إن شئت الاطلاع عليه فراجع باب الاستحطاط بعد الصفقة من متاجر الوافي. و أمّا المرسلة لابن بكير فيمكن الخدشة في دلالتها بما ذكره بقوله: «و يحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الشراء».

أبي العطار (٣٣٣٩) وفيها: "قلت: فاخرج الكرّ والكّرّين، فيقول الرجل: أعطني به بكيك، فقال: إذا ائتمنتك فلا بأس به". ورسالة ابن بكير عن رجل: "سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجصّ، فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل، فقال: إمّا أن يأخذ كلّه بتصديقه و إمّا أن يكيله كلّه". فإنّ المنع من التبعض المستفاد منه إرشادي محمول على أنّه إن صدّقه فلا حاجة إلى كلفة كيل البعض، و إلّا فلا يجزئ كيل البعض. و يحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء. وكيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار و ما لم يذكر (٣٣٤٠) ممّا فيه إيماء إلى المطلب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل، و تقرير الإمام عليه السلام كما في رواية "كيل ما لا يستطاع عدّه" و غيرها - مع ما ذكر من الشهرة المحقّقة و الاتّفاقات المنقولة - كفاية في المسألة.

ثمّ إنّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي (٣٣٤١)

٣٣٣٩. وجه الفحوى أنّه إذا لم يجز عند إخبار البائع بالكيل مع عدم الايمان، فعند الجزاف بطريق أولى، لكون عدم الايمان عنده أقوى منه عند الإخبار، فتدبر.

٣٣٤٠. أمّا الأخبار الخاصّة المذكورة فقد عرفت المناقشة في دلالتها واحداً بعد واحد. و أمّا ما لم يذكر من الأخبار فلا دلالة فيه، كما اعترف به بقوله «ممّا فيه إيماء على المطلب» حيث إنّ الإيماء غير الدلالة. و أمّا النبويّ فقد مرّ سابقاً أنّ المتيقّن من مدلوله - و هو صورة تحقّق الخديعة - أحصّ من المدّعى. فلم يبق في المسألة إلّا الشهرة و الإجماعات المنقولة، و سبيل الخدشة فيهما واضح.

٣٣٤١. فيه نظر، لأنّ ما ذكره من الأخبار على قسمين، منه: ما لم يجعل الحكم بطلان البيع مع الجهل بمقدار المبيع منوطاً بالغرر، بل جعله منوطاً على الجزاف، و هذا لا مجال فيه للكلام في أنّ الحكم فيه منوط بالغرر النوعي دون الشخصي. و دعوى كون المناط هو الغرر نحالية عن الشاهد. و منه: ما جعل الحكم فيه معلّقاً على الغرر مثل النبويّ، و الظاهر من الغرر فيه هو الشخصي، كما يشهد به ملاحظة أمثاله. فكان الأولى أن يقول: ثمّ إنّ النبويّ و إن كان يقتضي عدم وجوب الكيل و الوزن فيما إذا لم يكن هناك غرر أصلاً لانوعاً و لاشخصاً، كبيع مقدار من الطعام مثلاً، ممّا يقابله في الميزان من جنسه أو من غيره المساوي له في القيمة، فإنّه لا غرر فيه لا في نوعه و لا في شخصه، خلافاً لظاهر المصنّف، فإنّ الظاهر من

شروط العوضين: العلم بقدر الثمن ٤٣٧

و إن كان حكمته (٣٣٤٢) سدّ باب المسامحة المفضية* إلى الوقوع في الغرر كما أنّ حكمة الحكم باعتبار بعض الشروط (٣٣٤٣) في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند إهمال ذلك الشرط. فحينئذٍ فيعتبر التقدير بالكيل و الوزن و إن لم يكن في شخص المقام غرر كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المساوي له في القيمة؛ فإنه لا يتصور هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كلّ من العوضين؛ لأنه مساوٍ للآخر في المقدار.

و يحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيّما الأخبار (٣٣٤٤) على المورد الغالب، و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى كما في الفرض المزبور، وكما إذا كان للمتبايعين حدس قويّ بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، وكما إذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وضع** الميزان مثله كما لو دفع فلساً و أراد به دهناً لحاجة؛ فإنّ الميزان لم يوضع مثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين. و لامنافاة بين كون الشيء من جنس المكيل و الموزون و عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلّته كالحبّتين و الثلاثة من الحنطة أو لكثرتة كزبرة الحديد، كما نبّه عليه في القواعد ٢٨ و شرحها و حاشيتها.

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

قوله: «و إن لم يكن في شخص المقام غرر كما لو باع» أنّ في نوعه غرراً، و ليس كذلك، إلّا أنّ الظاهر من إطلاق الأخبار الخاصّة وجوبه مطلقاً حتّى في المثال المزبور.

٣٣٤٢. في العبارة ركازة، و لو قال: و حكمته لكان حسناً.

٣٣٤٣. كاعتبار تعيين الثمن في البيع و الأجرة في الإجارة، بل القبض في الصرف.

٣٣٤٤. يعني من غير الأخبار المستفاد من «سيّما» معاقدة الإجماعات المنقولة. و على هذا يكون المدار و المناط في الفساد و عدمه وجود الغرر الشخصي و عدمه، على ما صرح به في ذيل العبارة بقوله: «و بالجملة فإنّاطة الحكم بوجوب معرفة مقدار المبيع و كيله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية». لكنّ الشأن في هذا الاحتمال، لأنّه مبنيّ على كون الوجه في اعتبار الكيل فيما يكال هو التجنّب عن الغرر، فحينئذٍ يصحّ دعوى وروده مورد الغالب، و هو صورة عدم اندفاع الغرر إلّا به، و قد مرّ منع ذلك، و أنّ اعتباره تعبّد صرف ثبت بالأخبار الخاصّة،

* في بعض النسخ بدل «المفضية»، المقتضية.

** في بعض النسخ بدل «وضع»، وزن.

و كما ذكرنا يتجّه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة (٣٣٤٥)؛ فإنّها وإن كانت من الموزون - ولذا صرّح في التذكرة بوقوع الربا فيها ٢٩- إلّا أنّها عند وقوعها تُنأى حكمها كالمعدود في أنّ معرفة مقدار ماليتها لا تتوقّف على وزنها، فهي كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن، وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركّبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان وكذا الدرهم و الدينار الخالصان؛

.....

بناءً على تامة دلالتها و الإغماض عن الخدشة فيها بما ذكرنا. و عليه لأرى وجهاً لهذه الدعوى، فافهم.

٣٣٤٥. مراده من الموصول حمل الإطلاقات على الغالب، و قد مرّ الإشكال فيه. و إنّما يتّجه ذلك ممّا ذكرنا من عدم الدليل على اعتبار الكيل و الوزن في صحّة بيع المكيل و الموزون إلّا النبوي، إمّا مطلقاً كما هو المشهور، أو في بعض الصور و لو من باب الأخذ بالقدر المتيقّن كما هو الظاهر، لعدم دلالة الأخبار الخاصة على اعتبارهما كما عرفت. و الغرر مأخوذ في موضوع النبوي، و هو منتفٍ في جميع النقود، من غير فرق بين الفلوس و الدراهم و الدينار، فيما إذا لم يكن فرق في القيمة بين أفرادها من جهة النقصان عن الوزن المقرّر لها و عدمه.

و أمّا لو تفاوتت القيمة، فإن كان الثمن مطلقاً منصرفاً إلى التام صحّ البيع و وجب عليه التبديل. و إن كان شخصياً، بأن قال: بعثك هذا الكتاب بهذا مشيراً إلى دينار خارجي، صحّ البيع و له خيار العيب. و إن جمع بينهما، بأن قال: بعثك هذا الدينار، فإن قصد مدلولي اللفظين بطل البيع، لانتهاء الثمن، لأن الثمن حينئذٍ هو المشار إليه المقيد بكونه فرداً من أفراد الدينار التام، لانصرافه إليه، و هو منتفٍ بانتفاء قيده الناشي من نقصانه. و إن قصد مدلول أحدهما و لم يعلم به فهو من باب تعارض الوصف و الإشارة، فمع عدم المرجّح تكون المسألة من موارد العلم التفصيلي بصحّة البيع، و انتقال المبيع إمّا بإزاء الدينار الخارجي مع خيار العيب، كما هو قضية قصد مدلول اسم الإشارة، و إمّا وصفه بالدينار باعتقاد أنّه دينار تام، أو بإزاء الدينار التام بلا خيار، كما هو قضية قصد مدلول الوصف، و إنّما أشار إليه باعتقاد حضوره، فلا بدّ من إعمال قواعد العلم الإجمالي، فتأمّل في إعمالها بالقياس إلى الثمن في المقام، فإنّه لا يخلو عن صعوبة.

فإنها وإن كانت من الموزون و يدخل فيها الربا إجماعاً إلا أن ذلك لا ينافي جواز جعلها عوضاً من دون معرفة بوزنها؛ لعدم غرر في ذلك أصلاً. و يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بما من دون معرفة الأغلب بوزنها. نعم، يعتبرون فيها عدم نقصها عن وزنها المقرر في وضعها من حيث تفاوت قيمتها (٣٣٤٦) بذلك، فالنقص فيها عندهم بمنزلة العيب؛ و من هنا لا يجوز إعطاء الناقص منها؛ لكونه غشاً و خيانة. و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها حيث إن نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه.

و إلى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة (٣٣٤٧) ابن عبد الرحمن، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبة

٣٣٤٦. يعني: لا من حيث المعرفة بوزنها المقرر. و أما الفلوس و المغشوش فلا يعتبرون فيهما عدم نقصهما عن وزنها المقرر من هذا الوجه أيضاً، لعدم تفاوت قيمتهما بالنقص، فالنقص عن الوزن المقرر لهما ليس بعيب.

٣٣٤٧. يعني: الفرق بين كون الناقص مما تتفاوت القيمة بالنقصان و بين كونه مما لا تتفاوت في جواز إعطاء الأول وفاء عن الثمن التام بدون البيان، لتحقيق الغش فيه دون الأول، لا الفرق بين الفلوس السود و الدراهم و الدنانير، إذ ليس في الصحيحة من الفلوس عين و لأثر، و الموجود فيها الدراهم، و هي منافية لإطلاق ما ذكره في الدراهم من اعتبار عدم نقصانها عن الوزن المقرر لها. فالمناسب لهذه الرواية - بضم فهم المثالية من الدراهم فيها للنقود - هو عنوان المطلب بطور الكلّي، مثل أن يقول: نعم يعتبر في النقود عدم النقص عن الوزن المقرر لو أثر النقص تفاوتاً في القيمة، فلا يجوز إعطاء الناقص بدل التام، و إلا فلا يعتبر، فيجوز إعطاؤه بدلاً عنه.

و كيف كان، قوله: «الحبة و الحبتين» بيان لمقدار النقص، يعني: الناقص بمقدار الحبة. و قوله «عددًا» تمييز عن النحو، و بيان لوجه الشبه المستفاد منه، يعني: إلا أن يكون مدار رواجها في السوق مثل الدراهم الأوضاحية التي تكون عندنا في الحجاز هو العدد لا الوزن، فيجوز حينئذ إعطاء الناقص من دون بيان النقص. و المراد من الدراهم الأوضاحية إما الدراهم

والحبتين؟ قال: لا، حتى تبينه. ثم قال: إلا أن تكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية التي تكون عندنا عدداً ٢٠. و بالجملة، فإناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية، إلا أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة.

ثم إن الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه، حكم المكيل و الموزون، بلا خلاف ظاهر و يشير إليه بل يدل عليه تقرير الإمام عليه السلام (٣٣٤٨) في الرواية الآتية المصراحة بتجوز* الكيل في المعدود المتعذر عدّه. و يظهر من المحكي عن المحقق الأردبيلي المناقشة في ذلك بل الميل إلى منعه و جواز بيع المعدود مشاهدة، و يرده رواية الجوز الآتية (٣٣٤٩).

و المراد بالمعدودات: ما يعرف مقدار ماليتها بأعدادها كالجوز و البيض، بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب (٣٣٥٠). و عدّ العلامة البطّيح و الباذنجان في المعدودات، حيث قال في شروط السلم من القواعد: و لا يكفي** العدّ في المعدودات بل لابدّ من الوزن في البطّيح و الباذنجان و الرمان، و إنّما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة، انتهى. و قد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطّيح و الرمان إذا كان رطباً، لعدم الوزن، و ثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و المشمش أيضاً غير موزونة. و كلّ ذلك محل تأمل؛ لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن. فالظاهر أن تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز و البيض.

.....

الصحيح كما في الوافي، و إمّا الدراهم المغشوشة المحمول عليها من غير جنس الفضة، الموجب لنقص وزن فضتها عن وزن الدراهم الصحيحة، مع رواجها مثل الصحيحة بدون النقصان كما يحتمل، بل لعلّه الظاهر.

٣٣٤٨. يأتي منه عليه السلام أن التقرير غير واضح. هذا، إن أريد من وجوب معرفة العدد ذلك تحقيقاً في الجملة و لو حال التمكن. و أمّا إذا أريد منه ذلك مطلقاً حتى حال التعذر فالرواية صريحة في ردّه و جواز الاكتفاء بالكيل التي نتيحت المعرفة تقريباً لا تحقيقاً.

٣٣٤٩. لادلالة فيها على عدم كفاية المشاهدة إلا بمفهوم اللقب الذي لاحية فيه.

٣٣٥٠. لأن معرفة مقدار ماليتها بالمشاهدة لا بالعدّ.

مسألة: لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلاً؛ لكن تقدم: أن ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي؛ لحكمة سد باب الغرر المؤدي إلى التنازع، المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زيادة على التراضي الفعلي حال المعاملة.

و حينئذ فيقع الكلام و الإشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه، فنقول: اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً و بالعكس و عدمه* على أقوال، ثالثها: جواز المكيل** وزناً دون العكس؛ لأن الوزن أصل الكيل و أضبط، و إنما عدل إليه في المكيلات تسهيلاً. فالحكمي عن الدروس في السلم جوازه مطلقاً، حيث قال: و لو أسلم في المكيل وزناً و بالعكس فالوجه الصحة؛ لرواية وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام، قال: "لابأس بسلف ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن"^{٣١}. و لا يخفى قصور الرواية سنداً بـ "وهب" و دلالة بأن الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكيل (٣٣٥١) و بالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن و بالعكس، و يعضده ذكر الشيخ (٣٣٥٢) للرواية في باب إسلاف الزيت في السمن. فالذي ينبغي أن يقال: إن الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدار بالآخر من حيث جعله دليلاً على التقدير المعبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس.

٣٣٥١. يعني: إسلاف الثمن الموزون في المبيع المكيل و بالعكس، يعني: جعل أحد العوضين في باب السلم من الموزون و الآخر من المكيل. و وجه ظهور الرواية في هذا المعنى: التعبير بقوله: «فيما يكال و فيما يوزن» إذ لو أريد المعنى الثاني الذي ذكره الشهيد لكان حق التعبير أن يقول: بالكيل في الأول و بالوزن في الثاني.

٣٣٥٢. لو كان واحد من الزيت و السمن موزوناً و الآخر مكيلاً. و الظاهر أنهما معاً من الموزون، فذكره في هذا الباب غير مناسب على كلا المعنيين.

و تارة في كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظة تقديره المتعارف.

أما الأول، فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادةً، وقد يكون مما لا يتسامح فيه، أما الأول فالظاهر جوازه (٣٣٥٣)، خصوصاً مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه؛ لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره بما يتعارف فيه، غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه. ويؤيده رواية عبد الملك بن عمرو، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشترى مائة راوية من زيت، فأعرض** راوية أو اثنتين فأزهما***، ثم أخذ سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس"٣٢. استدلل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد ونسبة الباقي إليه وأردفه بقوله: ولأنه يحصل المطلوب وهو العلم. واستدلالة الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر، والتقييد بالتعذر لعله (٣٣٥٤)

٣٣٥٣. ما استظهره هنا وفي القسم الثاني من الجواز - مثل صورة إخبار البائع على المشهور - تمام لو كان هناك دليل على طريقة أحد التقديرين على الآخر مثله في إخبار البائع، لكنه غير ثابت، بل مقتضى الحصر في قوله - في صحيحة الحلبي المتقدمة: - «لا يصلح إلا بالكيل» عدم كفاية الوزن ولو كان بنحو الطريقة إلى الكيل. إلا أن يقال: إن الحصر إضافي بالقياس إلى ما لم يكن هناك تقدير، كما يشهد له قوله في الذيل: «لا يصلح بحازفة».

وكيف كان، لادلالة فيها ولا في غيرها من الأخبار على طريقة أحد الأمرين على الآخر. والذي تدل عليه رواية عبد الملك طريقة وزن شيء في ظرف على وزنه في طرف آخر مماثل له، وكيل شيء في طرف على كيله في مماثله لا طريقة الكيل على الوزن وبالعكس ولا ملازمة بين الأمرين وهذا هو السر في التعبير بالتأييد دون الدلالة. ومع عدم الدليل عليه يكون وجوده كعدمه في عدم خروجه عن الجواز، إذ مجرد البناء على ذلك المقدّر المستكشف بذلك التقدير الآخر - الذي لم يقم دليل عليه - لا يخرج عنه، وإلا لجاز مع البناء على تقدير خاص مطلقاً ولو لم يكن هناك تقدير أصلاً.

٣٣٥٤. هذا بيان لوجه التقييد بالتعذر مع أنه ليس في الرواية اسم من التعذر، كما أن قوله: «ولا يخفى أن هذه العلة...» إيراد على العلامة على تقييده بالتعذر بعد توجيهه.

استنبطه من الغالب في مورد السؤال وهو تعذر وزن مائة راوية من الزيت؛ ولا يخفى أن هذه العلة* - لو سلمت على وجه يقدح في عموم ترك الاستفصال - إنما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أن هذا في الحقيقة تقدير (٣٣٥٥) وليس بجزاف. نعم، ربما ينافي ذلك التقرير (٣٣٥٦) المستفاد من

و محصل الإيراد: أنه لا وجه للتقييد المذكور على كل من تقدير كون الغلبة في مورد الرواية قاذحة في العموم المستفاد من ترك الاستفصال بين صورتي التعذر وعدمه، بأن كانت من الكثرة على حد لا يبقى معه التردد بين الصورتين، و تقدير عدم كونها كذلك. أما على الأول فلأن التقييد بناءً عليه إنما يصح لو كان الحكم بكفاية التقدير بغير المتعارف مخالفاً لعمومات التقدير بالمتعارف، نظراً إلى وجوب الرجوع إليها في غير صورة التعذر حيث لا اختصاص الدليل المخصص لها بمورد الرواية، وهو صورة التعذر بحكم الغلبة، لكن عرفت موافقة الحكم للعمومات، لأنه في الحقيقة تقدير بالمتعارف لا بغير المتعارف. و أما على الثاني فواضح، لأن المفروض حيث لا إفادة الرواية للعموم بحكم ترك الاستفصال، و معه لا معنى للتقييد أصلاً.

و يمكن الانتصار للعلامة رحمته بأن له أن يختار الشق الأول و يقول: إنه وإن كان تقديراً للشيء بما يتعارف تقديره به كالوزن في مورد الرواية، إلا أنه تقدير حدسي لاحققي، و لا دليل على كفايته إلا هذه الرواية، و موردها بحكم الغلبة صورة التعذر، فليقتصر عليها.

٣٣٥٥. يعني: تقدير بما يتعارف، لكن لاحقيقة بل بما هو طريق إلى معرفة وزنه. و في محل البحث كيل ما يوزن طريق إلى معرفة وزنه و بالعكس. و فيه: ما عرفت في الانتصار من أنه و إن كان تقديراً بالمتعارف، إلا أنه تقدير طريق لاحققي، فيحتاج إلى دليل، و هو منحصر برواية عبد الملك، فليقتصر على موردها من طريق وزن البعض إلى وزن البعض الآخر.

٣٣٥٦. يعني: ينافي الاكتفاء بالتقدير بغير المتعارف طريقاً إلى المتعارف مطلقاً - حتى في صورة عدم تعذر المتعارف - التقرير، حيث إن مقتضاه عدم الاكتفاء به إلا في صورة التعذر.

الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجي.

و أما لو كان التفاوت تما لا يتسامح فيه، فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أمانة على ذلك المقدار، لأن ذلك أيضاً خارج عن الجراف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و يتخير المشتري لو نقص. و ما تقدم من صحيحة الحلبي في أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك. هذا كله مع جعل التقدير الغير المتعارف أمانة على المتعارف. و أما كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع المكيل* وزناً على المشهور كما عن الرياض^{٣٣}؛ لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفةً المنهي عنه في الأخبار و معقد الإجماعات، لأن الوزن أضبط من الكيل، و مقدار مالية المكسيلات معلوم به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل. و المحكي - المؤيد بالتبع - : أن الوزن أصل للكيل، و أن العدول إلى الكيل من باب الرخصة؛ و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات. و يشهد لأصالة الوزن: أن المكايل المتعارفة في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن؛ إذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكايل عليه.

و أما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه إشكال، بل لا يبعد عدم الجواز، و قد عرفت عن السرائر: أن ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفة؛ إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه، وعاء منضبطاً، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملء اليد؛ فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة.

ثم إنه قد علم مما ذكرنا: أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر - كالحقة و الرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم خصوصاً الأعاجم - غير جائز؛ لأن مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان، و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله، لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كله في المكيل و الموزون.

و أما المعداد: فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً إليه، فالكلام فيه كما عرفت في

أخويه. و ربّما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: "أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه؛ فيكال بمكيال ثم يعدّ ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به"^{٣٤}. فإنّ ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة، و لم يردعه الإمام عليه السلام بالنتية على أنّ ذلك غير مختصّ بصورة الاضطرار، لكنّ التقرير غير واضح، فلا تنهض الرواية لتخصيص العمومات؛ و لذا قوّى في الروضة الجواز مطلقاً. و أمّا كفاية الكيل فيه أصالةً: فهو مشكل؛ لأنّه لا يخرج عن المجازفة و الكيل لا يزيد على المشاهدة. و أمّا الوزن: فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم في السلم: "إنّه لا يكفي العدّ في المعدودات و إن جاز بيعها معجلاً بالعدّ بل لا بدّ من الوزن": أنّه لا خلاف في أنّه أضبط، و أنّه يغني عن العدّ*. فقولهم في شروط العوضين**: "إنّه لا بدّ من العدّ في المعدودات"^{٣٥} محمول على أقلّ مراتب التقدير. لكنّه ربّما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: "و يكفي الوزن عن العدّ"؛ فإنّه يوهم كونه الأصل في الضبط إلّا أن يريدوا هنا الأصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم.

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيالاً (٣٣٥٧) أو موزوناً. فقد قيل: إنّ الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في

٣٣٥٧. سيأتي أنّ الكلام هنا ليس في تعيين مفهوم المكيل و الموزون لغةً و عرفاً، ضرورة أنّه أمر مبين. و إنّما الكلام في تعيين ما جعل موضوعاً للحكم في المقام و في باب الربا، بمعنى أنّ المراد منهما هل هو المفهوم العربي، أو خصوص مصداق من مصاديقهما، و هو المكيل و الموزون في زمان النبي صلى الله عليه وآله؟ و بعبارة أخرى: أنّ النزاع في أنّ أحدهما في موضوع حكم عدم صحّة البيع إلّا بالكيل و الوزن، و في حكم عدم جواز التفاضل فيما إذا كان الثمن و المثمن من جنس واحد، هل هو بنحو الموضوعيّة في كلا البابين، كي يدور الحكمان مدار تحقّق هذا الموضوع وجوداً و عدماً؟ ففي كلّ زمان يكون الشيء معنوياً بأحد هذين العنوانين لا يجوز التفاضل فيه، و لا يجوز بيعه إلّا بهما في ذاك الزمان من دون مدخلة لزمانه صلى الله عليه وآله، و كلّ زمان لا يكون فيه معنوياً به يجوز التفاضل فيه، و يجوز بيعه بدوئهما و لو كان في زمانه صلى الله عليه وآله معنوياً به؟

أم ليس كذلك، بل كان أخذهما فيه بنحو المعرفة و الطريقة إلى الأشياء الخاصة، كالحنطة و الشعير و الملح و الذهب و الفضة، و أمثال ذلك مما كان مكيلاً أو موزوناً في زمانه ﷺ، أما في كلا البابين، كما هو الذي فهمه المصنف رحمه الله من كلام الأصحاب، كي يختص الحكمان بخصوص الأشياء التي كانت من المكيل أو الموزون و إن تغيرت العادة و انقلبت إلى عدم اعتبار الكيل و الوزن فيها في زمان آخر، أو في خصوص باب الربا، و أما في المقام فقد أخذنا بنحو الموضوعية، كما يظهر من صاحب الجواهر رحمه الله؟ وجوه.

و الذي ينبغي أن يقال: إن الظاهر من الوصف و كذا الصلة إذا أخذنا في موضوع الحكم إنما هو العنوانية في مرحلتَي الحدوث و البقاء، بحيث يكون إرادة المعرفة أو الموضوعية من حيث حدوث الحكم دون بقاءه محتاجة إلى القرينة، و من ذلك الصلة في قولهم ﷺ في أخبار البابين: «ما يكال و ما يوزن» و لازم ذلك دوران الحكمين مدار تحقق هذين العنوانين وجوداً و عدماً. فمن قال بخلاف ذلك في البابين أو في خصوص باب الربا فلا بد له من إقامة دليل عليه، و ليس إلا الإجماع، و فيه: أن الإجماع إن كان على صرف بيان أن المراد منهما في الأخبار هو المصدق الخاص و أما حكمهما فهو على عهدة الأخبار، فبرده أنه لا مجال حينئذ لتسرية الحكمين إلى المكيل و الموزون بعد زمانه ﷺ بعد أن لم يكن كذلك في زمانه ﷺ أو كان مشكوكاً فيه، إذ لا دليل عليها قبال الإطلاقات و العمومات إلا هذه الأخبار، و لا تكون دليلاً عليها فيما ذكر إلا إذا أخذنا بطور العنوانية و الموضوعية، و لا مجال لذلك مع إرادة الطريقة منهما بالقياس إلى ما يكون كذلك في زمانه، لاستلزامه اجتماع اللحاظين المتنافيين مع عدم الجامع بينهما.

و إن كان الإجماع على الموضوع و الحكم كليهما، بأن كان إجماع على أن المكيل و الموزون في زمن النبي ﷺ بالمعنى المذكور - أي: المعرفة - حكمهما كذا و كذا بالاستقلال من دون نظر إلى بيان مفاد الأخبار، ففيه: أنه و إن كانت الأخبار حينئذ تدل على اعتبار الكيل و الوزن فيما علم كونه غير مقدر بهما في عصره ﷺ فضلاً عن ما يشك فيه، إلا أنه يرد عليه - مضافاً إلى أنه خلاف الظاهر من الكلمات، لأن الظاهر منها كونهم بصدد بيان المراد منهما في الأخبار - أن النسبة حينئذ بينهما العموم من وجه، لخصوص الأخبار من حيث المكيل و الموزون، و عمومها من حيث زمن النبي ﷺ و غيره، و الإجماع بالعكس، لاختصاصه بالأشياء

زمن الشارع و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً في بلد يباع كذا و إلا فلا. و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب.

و ربّما منع ذلك بعض المعاصرين قائلين: إنّ دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه عليه السلام على الوجه المذكور، غريبة فإني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين فضلاً عن أن يكون إجماعاً. نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا، لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه عليه السلام في رفع شيء من ذلك و إثباته ^{٣٦}، انتهى. أقول: ما ذكره دام ظله من عدم تعرّض جلّ الفقهاء لذلك هنا - يعني في شروط العوضين - و إنّما ذكروه في باب الربا، حق، إلا أن المدار (٣٣٥٨)

الخاصة المقدّرة بهما في زمانه عليه السلام، و عمومته من حيث تبدّلها إلى تعارف غيرهما من التقدير بالعدد أو المشاهدة و عدمه، فيقع التعارض بينهما في تلك الإشارة الخاصة في زمان تعارف تقديرها بغيرهما فيه، فالمرجع بعد التساقط هو العمومات المقتضية لعدم اعتبار التقدير بهما في صحة بيعهما، و جواز التفاضل في بيعها بجنسها.

و بالجملة، لا يصح الاستناد إلى الإجماع في رفع اليد عن ظهور الأخبار في الموضوعية، و لو صحّ فهو مخصوص بباب الربا كما ذكره صاحب الجواهر، لعدم تمامية ما ذكره الشيخ في وجه عمومته لكلا البابين كما ستعرف، فلا وجه للتعدّي منه إلى المقام. و أمّا أن أحدهما في أخبار الباب من باب الموضوعية، و في أخبار الربا من باب الكشف و المعرفة، كما نفى عنه البعد المولى الأستاذ الخراساني في التعليقة على المتن، ففيه إشكال كما اعترف به أخيراً.

٣٣٥٨. يعني: إلا أن المدار في تطرّق الربا في كلّ شيء في زمان وجوداً و عدماً على اشتراط الكيل و الوزن في صحة بيع ذلك الشيء في ذاك الزمان بعينه - لا في زمان سابق عليه - و عدمه. فكلّ ما اشترط في صحة بيعه الكيل و الوزن ففيه الربا، و فكلّ ما لا يشترط في صحة بيعه ذلك فليس فيه الربا. و لازم هذا الدوران أن ثبوت هذا الشرط في صحة بيع ما دلّ الدليل على ثبوت الربا في بيعه بجنسه مع التفاضل، كما أن لازمه ثبوت الربا فيما دلّ الدليل على اعتبار هذا الشرط في صحة بيعه، و إلا لما كان معنى لإناطة هذا بذاك وجوداً و عدماً.

وجوداً و عدماً في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء، و أكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط (٣٣٥٩) و المعيار فيه هنا - يعني في شروط العوضين - إلا أن الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا (٣٣٦٠) و في ذلك الباب.

و لا يخفى أن هذا - بعد تسليمه - لا يجدي في رد صاحب الجواهر رحمته، لأن غاية نتيجه - بعد ضم كون ما ذكره في بيان المراد من المكيل و الموزون في باب الربا كافياً في المقام إن ما دلّ الدليل على ثبوت الربا في شيء كان مكيلاً أو موزوناً في عصره عليه السلام و صار بعده على خلاف ذلك يشترط في صحة بيعه بعد عصره عليه السلام أيضاً الكيل و الوزن، و أين هذا من كون المراد من المكيل و الموزون في أخبار المقام هو ما كان كذلك في عصره عليه السلام؟ هذا، مضافاً إلى أن لازم ذلك هو الالتزام إما بصحة بيع ذلك الشيء بالكيل و الوزن في زمان تعارف فيه التقدير بغیرهما بحيث لا يرتفع الغرر فيه بالتقدير بهما، و إما بعدم صحة بيع ذلك في ذلك الزمان. و الأول خلاف النبوي. و الثاني خلاف الضرورة من أهل الشرع و العرف.

هذا كله مع أنه غير مسلم، لإمكان أن يناقش فيه باحتمال أن يكون المراد منه عين اشتراط تطرق الربا في شيء وجوداً و عدماً بكونه مكيلاً أو موزوناً، لأن كون الشيء كذلك مساوق لاشتراط صحة بيعه بهما، قد عبر عنه تارة بهذا التعبير و أخرى بذاك. فإن كان المراد منهما ما كان كذلك في زمانه، كما نسب إلى الأصحاب، فيكون الربا في شيء في كل زمان دائراً مدار كونه كذلك في عصره عليه السلام، فكل ما كان مكيلاً أو موزوناً و اشترط في صحة بيعه ذلك في عصره فلا يجوز فيه الربا في جميع الأعصار، حتى في عصر انقلب فيه العنوان و الشرط، بأن صار بعد عصره عليه السلام معدوداً و اشترط في صحة بيعه العدة، فهذا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً و إن كان لا بدّ في صحة بيعه من العدة. و إن كان المراد منهما ما هو كذلك في أي زمان كان، كما هو الظاهر من الأخبار، لكان تطرق الربا في شيء وجوداً و عدماً في كل زمان دائراً مدار كونه كذلك في ذاك الزمان.

٣٣٥٩. يعني لم يذكروا في مبحث شروط العوضين تحديد مورد شرط الكيل و الوزن في صحة البيع، و أنه عبارة عما يكون مكيلاً أو موزوناً في عصره عليه السلام.

٣٣٦٠. إن أريد بذلك أنهم ذكروا هناك في بيان المراد منهما شيئاً يمكن أن يكون هو

في جواز بيع المكيل وزناً ٤٤٩

و أما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا و عدم جريانه في شروط العوضين - كما ذكره - فهو خلاف الواقع : أما أولاً، فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه (٣٣٦١). قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده عليه السلام في شيء المكيل، لم يجز إلا كيلاً في سائر البلاد، و ما كانت فيه وزناً لم يجز إلا وزناً في سائر البلاد، و المكيل مكيل أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة*، هذا كله بلا خلاف. فإن كان ثمة لا يعرف عادته** في عهده عليه السلام حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالمكيل لا يباع إلا كيلاً و ما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزناً، انتهى. و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لاختصاص مبايعة المتماثلين. و نحوه كلام العلامة في التذكرة ٣٧.

و أما ثانياً، فلأن ما يقطع (٣٣٦٢) به بعد التبع في كلماتهم هنا،

المراد منهما هنا فهو مسلم، لكنه لا يجدي كما هو واضح. و إن أريد أنهم ذكروا هناك ما يدل على اتحاد المراد منهما في البابين فلا شاهد له عليه.

٣٣٦١. لاشهادة في عبارة المبسوط على التعميم، إلا إطلاق البيع فيها من حيث كونه بالجنس أو بغيره، و على الأول من حيث وجود التفاضل و عدمه. و هو مشكل مع كون العنوان مخصوصاً بالربا. هذا، مضافاً إلى أنه كيف يمكن الأخذ بإطلاقه، و الحال أن لازمه عدم جواز بيع المكيل في الحجاز - كالخنطة مثلاً - في سائر البلدان في ذاك العصر و في الحجاز في غير ذاك العصر بالوزن فيما إذا كان المتعارف فيه الوزن فقط، بحيث لا يرتفع الغرر في بيعه إلا بالوزن؟ و لا يمكن الالتزام به، لأنه عين الغرر المنهي عنه، فلا بد أن يحمل على التنزيل و التشبيه في عدم جواز التفاضل، يعني: لم يجز بيعه في سائر البلاد إلا حال كونه منزلاً منزلة المكيل في اعتبار عدم التفاضل فيه. و بعبارة أخرى: لم يجز بيعه بغير المكيل إلا كبيعته بكيل في لزوم عدم التفاضل. و لعل في التعبير هنا «لم يجز» و فيما بعد «لا يباع» إشعار بذلك، فتأمل. و مثلها عبارة التذكرة.

٣٣٦٢. ما ذكره حق لا إشكال فيه، إنما الإشكال في قوله أخيراً «فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع...»، لأنه تمام لو كان التحديد لتعيين الظهور من حيث الوضع أو من حيث

و في باب الربا أنّ الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد - أعني المكيل و الموزون - قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحة بيعه جزافاً، و الآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلاً، و يزيده وضوحاً ملاحظة أخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن، فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

و أمّا ثالثاً، فلاّنه يظهر (٣٣٦٣) من جماعة تصريحاً أو ظهوراً: أنّ من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطاً في صحة بيعه. قال المحقق في الشرايع - بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن في الربا تفريعاً على ذلك - : «إنّ لاربا في الماء؛ إذ لا يشترط في بيعه

قرينة عامّة لكلا البابين، لا فيما إذا كان لتعيين ما هو المراد منه بلحاظ قرينة مخصوصة بأحد البابين. فهل ترى من نفسك أن يكون ما ذكره ضابطة للسفر في باب القصر و الإمام، ضابطة له في باب جواز طلاق المسافر امرأته على كلّ حال، و في قوله عليه السلام: «من سافر وحده فهو ملعون»؟ و قد مرّ أنّ الظهور اللفظي بخلاف هذا التحديد، و كونه بلحاظ قرينة عامّة مصادرة.

هذا، مضافاً إلى اختلاف المناط في المسألتين، لأنّ المناط في الباب هو الغرر، و من المعلوم أنّه لامدخلية لخصوص زمان الشارع أصلاً، و إنّما المناسب لهذا المناط هو التعميم و إناطة الحكم بصدق هذا العنوان وجوداً و عدماً مطلقاً في أيّ زمان كان، و المناط في باب الربا التفاضل، و هو بالنسبة إلى إرادة العموم و الخصوص على حدّ سواء. مع أنّه لو كان المناط فيهما أمراً واحداً لنبّه عليه واحد منهم هناك، مع أنّ المناسب حينئذٍ عنوان المسألة في هذا المقام، و إيكال الأمر في باب الربا على ما ذكره في المقام، نظراً إلى اتّحاد الموضوع في المسألتين، و ذلك لتقدّم المقام على الربا طبعاً و في المتون، فتدبر.

٣٣٦٣. محصّله كما ذكره بقوله: «و بالجملة دعوى الملازمة بين تطرّق الربا في شيء و بين اشتراط صحة بيعه بأحد التقديرين» و قد مرّ الجواب عنه في ذيل قوله: «إلاّ أنّ المدار وجوداً و عدماً في الربا...»، بأنّه ليس في كلامهم تصريح و لا ظهور في كون اشتراط صحة بيع شيء بالمكيل و الوزن في ربويّته شرطاً آخر وراء اعتبار كونه مكيلاً أو موزوناً من حيث الجنس، فيحتمل اتّحادهما عندهم في المؤدّى، و إنّما الاختلاف في مجرّد التعبير.

الكيل أو الوزن^{٣٨}. و قال في الدروس: و لا يجري الربا في الماء و إن وزن أو كيل*؛ لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقداً - ثم قال: - وكذا الحجارة و التراب و الحطب، و لاعبرة ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان، لأن الوزن غير شرط في صحته^{٣٩}، انتهى. و هذا المضمون سهل الإصاغة لمن لاحظ كلماتهم، فلاحظ المسالك هنا و شرح القواعد و حاشيتها للمحقق الثاني والشهيد عند قول العلامة: "و المراد بالمكيل و الموزون هنا جنسه و إن لم يدخله لقلته كالحبة و الحبتين من الحنطة أو لكثرتة كالزبرة"، و لازم ذلك (٣٣٦٤) - يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل و الوزن في صحة بيعه - : أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس؛ لثبوت كونه مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول الله ﷺ، لزم أن لا يجوز بيعه جزافاً، و إلا لم يصدق ما ذكره: من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه، و بالجملة، فتلازم الحكمين - أعني دخول الربا في جنس و اشتراط بيعه بالكيل أو الوزن - مما لا يخفى على المتبع في كتب الأصحاب.

و حينئذ فنقول: كل ما ثبت كونه مكيلاً أو موزوناً في عصره ﷺ فهو ربوي في زماننا و لا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً و إن لم يلزم غرر؛ للإجماع، و لما عرفت: من أن اعتبار الكيل و الوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لاشخصه، فهو حكم لحكمة غير مطردة، نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع النزاع، و اعتبار الانضباط في المسلم فيه؛ لأن في تركه مظنة النزاع و التغايب و نحو ذلك. و الظاهر كما عرفت من غير واحد أن المسألة اتفاقية.

٣٣٦٤. فيه: - مضافاً إلى ما ذكرناه في الحاشية السابقة - أنه كما أن لازم هذا الاشتراط عدم جواز بيعه جزافاً، كذلك لازم بطلان بيعه بالكيل و الوزن إذا كان غررياً - للنبوي و الإجماع - بطلان الاشتراط المذكور في الفرض، فيتعارضان، فيقدم هذا، و يتصرف في طرف الاشتراط بالحمل على الاشتراط في عصره ﷺ، الذي مآله إلى أن هذا عبارة أخرى عن اشتراط المكيالية و الموزونية في الربا، و إلا لزم الالتزام إما بصحة البيع الغرري، أو بعدم صحة بيع ذلك أصلاً في ذاك العصر المقدّر بغيرهما، و كلاهما باطل كما أشرنا إليه.

و أما ما علم أنه كان يباع جزافاً في زمانه عليه السلام، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً (٣٣٦٥)، و الظاهر أنه إجماعي كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أن مثل هذا ليس بربوي (٣٣٦٦)، و الشهرة محققة على ذلك. نعم، ينافي ذلك بعض ما تقدم من إطلاق النهي عن بيع المكيل و الموزون جزافاً، الظاهر فيما تعارف كيّله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما، و إن لم يتعارف في غيره. وكذلك قوله عليه السلام: "ما كان من طعام سُميت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفة" الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب و في عرفه و إن لم يكن كذلك في عرف الشارع، اللهم إلا أن يقال (٣٣٦٧): إنه لم يعلم أن ما تعارف كيّله أو وزنه في عرف الأئمة و أصحابهم كان غير مقدّر في زمان الشارع حتى يتحقّق المنافاة. و الأصل في ذلك: أن مفهوم (٣٣٦٨)

٣٣٦٥. يعني: مطلقاً و لو تعارف فيه الكيل و الوزن عندنا.

٣٣٦٦. بضميمة ما ادّعاه من التلازم بين حكمي الربويّة و اشتراط الكيل و الوزن في صحّة بيعه وجوداً و عدماً.

٣٣٦٧. فحينئذ لا يعلم التناهي بينهما حتّى يشكل الحكم باعتبار الكيل و الوزن في صحّة بيع ما تعارف تقديره بهما في زمان، بل بأصالة عدم التخصيص في عموم «ما كان غير مكيل و لاموزون في عصره يصحّ بيعه جزافاً» يحرز عدم تقديره بهما في ذاك العصر، بناءً على جواز التمسك بما في إحراز ذلك، كما هو محتاره عليه السلام أصولاً و فروعاً، إلّا أنه ممنوع، لعدم الدليل عليه كما قرّر في محله.

٣٣٦٨. يعني: و الأصل و الأساس في عدم تحقّق المنافاة بين إطلاق الأخبار المتقدمة و بين عدم اشتراطهما في صحّة بيع ما كان يباع جزافاً في عصره عليه السلام - بمجرّد عدم العلم بأنّ الأشياء التي تعارف كيّلهما أو وزنها في عرف الأئمة عليهم السلام أو أصحابهم كانت غير مقدّرة في زمانه عليه السلام - أن المنافاة مبنية على كون المكيل و الموزون في تلك الأخبار مأخوذاً على نحو الموضوعيّة، إذ بناءً عليه تكون القضية فيها حقيقيّة، فتعمّ كلّ فرد فرض تعنونه بذاك العنوان - أعني: المكيّليّة و الموزونيّة مطلقاً - و لو لم يكن في زمان معنوناً بهما بل كان يباع جزافاً، لكنّ المبني منتفٍ، و إنّما أخذنا فيه بنحو المعرفيّة، فتكون القضية خارجيّة. و عليه يكون الموضوع

المكيل و الموزون في الأخبار لا يراد بهما "كل ما فرض صيرورته كذلك" حتى يعلم ما علم كونه غير مقدّر في زمن الشارع، بل المراد بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم، و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة و لاموزونة في زمن النبي ﷺ.

لكن يرد على ذلك (٣٣٦٩) - مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان " ما يكال و يوزن " - : أنه لا دليل حينئذٍ على اعتبار الكيل فيما شك في كونه مقدّراً في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر (٣٣٧٠)؛ إذ لا يكفي في الحكم حينئذٍ دخوله في مفهوم المكيل و الموزون، بل لابد من كونه أحد المصداق الفعلية في زمان صدور الأخبار، و لا دليل أيضاً على إلحاق كل بلد لحكم نفسه (٣٣٧١) مع اختلاف البلدان.

و الحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور - من كون العبرة في التقدير بزمان النبي ﷺ، ثم بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة إلى نفسه - في غاية الإشكال، فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين وإثبات ما ينفي ذلك من الأحكام المشهورة (٣٣٧٢)

نفس المعنونات - أعني: تلك الأجناس الموجودة في تلك الأزمنة - التي اتفق فيه التقدير بالكيل و الوزن، و لم يعلم كون تلك الأجناس الموجودة في ذاك الزمان - التي هي الموضوع للحكم في الحقيقة - غير مقدّرة بهما في عصره كي تتحقّق المنافاة.

٣٣٦٩. يرد على كون المراد بهما المصداق الفعلي المعنون هو بهما، قبال كون المراد بهما مفهومهما، مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال و يوزن من حيث التعبير بصيغة المضارع الدالة على التجدد و الحدوث، إذ الظاهر منه كل ما هو مصداق له فعلاً و إن لم يكن كذلك في زمان المتكلم السابق عليه.

٣٣٧٠. يعني: في جميع البلدان.

٣٣٧١. بل لابدّ إمّا من اعتبار التقدير بهما في جميع البلدان لو كان مقدّراً بهما في زمان صدور الأخبار، و إمّا من عدم اعتباره كذلك لو لم يكن كذلك فيه، لأنّه إن كان مصداقاً لأحد العنوانين في ذاك الزمان فالأوّل و إلّا فالثاني.

٣٣٧٢. مثل عدم جواز بيع ما يكال و يوزن في عصره جزافاً في غيره، و جواز البيع

بالإجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة. وكذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن.

و كما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة (٣٣٧٣) من التمسك لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المعارف عند الشارع، و لكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان بأن الحقيقة العرقية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، و لكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان، بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه^{٤٠}، انتهى. و ذكر المحقق الثاني أيضاً أن الحقيقة العرقية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها (٣٣٧٤)،

.....

جزافاً في عكس ذلك مع عدم الغرر فيه. و قوله: «بالإجماع المنقول» متعلق بالإثبات.

٣٣٧٣. يعني بالموصول ما ذكره من قوله: «نعم ينافي ذلك بعض ما تقدم - إلى قوله

- فالأولى». و حاصل وجه الضعف: أن اللفظ الواحد لا يتحمل أزيد من معنى واحد، فلفظ «ما يكال و ما يوزن» إن أُريد منهما ما يكون كذلك في زمن الشارع، لوجوب حمل اللفظ على المعنى المتعارف عنده، فلا مجال مع ذلك لأن يراد منهما غير ذلك، و هو ما يكون كذلك في العرف العام و في جميع البلدان أو في العرف الخاص، وإن أُريد منهما ما يكون كذلك في العرف العام، فلا مجال لاحتمال إرادة ما يكون كذلك في عادة بلد الشارع أو غيره، ضرورة أنه ليس إلا استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد، و الجمع بين لحاظ المعرفية في عنوان «ما يكال و ما يوزن» كما هو قضية إرادة زمان الشارع، و لحاظ الموضوعية فيه، كما هو قضية ما عداها.

٣٣٧٤. يعني: يعتبر في رفع اليد عن حمل إطلاق اللفظ على الحقيقة العرقية العامة، و

حملة على الحقيقة العرقية الخاصة، ما كان يعتبر في رفع اليد عن حمل إطلاق لفظ الشارع على المعنى الشرعي و حملة عليها - أي: على الحقيقة العرقية العامة - من فقد المعنى الأول بالمرّة، فلا يكفي التغيير و الانقلاب إلى الآخر بعد وجوده. فكما أن إطلاق اللفظ لا يحمل على الحقيقة العرقية إلا مع فقد المعنى بالمرّة، فلا يحمل عليها فيما كان أولاً ثم تغير و انقلب، بل يحمل على المعنى الشرعي، كذلك عند عدم المعنى الشرعي يحمل اللفظ على المعنى العرفي لو كان، و لا يحمل على العرف الخاص إلا مع فقد المعنى العرفي العام بالمرّة، فلو كانت لللفظ حقيقة عرفية في عصر ثم تغيرت فالواجب الحمل على العرف السابق... و مع ذلك ففي النفس شيء من

في جواز بيع المكيل وزناً ٤٥٥

فلو تغيّرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمتعبر هو العرف السابق، و لا أثر للعرف*
الطارئ؛ للاستصحاب و لظاهر قوله ﷺ: "حكمي على الواحد حكمي على الجماعة" ٤١. و
أما في الأقارير و الأيمان و نحوها، فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء
منها؛ حملاً له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

أقول: ليس الكلام في مفهوم المكيل و الموزون بل الكلام فيما هو المتعبر (٣٣٧٥) في
تحقق هذا المفهوم؛ فإن المراد بقولهم ﷺ: "ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً" أو "لا يباع بعضه
ببعض إلا متساوياً"، إما أن يكون ما هو المكيل في عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكيل في
العرف العام، أو ما هو المكيل في عرف كل مكلف، و على أي تقدير فلا يفيد (٣٣٧٦)
الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بدّ لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي. و إرادة جميع
هذه الثلاثة - خصوصاً مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها (٣٣٧٧)، و خصوصاً مع
كون مرتبة كل لاحق (٣٣٧٨)

فهم العبارة، فتأمل فيه.

٣٣٧٥. يعني: بل الكلام و البحث في تعيين الاصطلاح و العرف الذي هو المتعبر في
تحقق مفهوم المكيل و الموزون في المال الذي يراد ببعده، و في كونه مصداقاً لذلك المفهوم. هذا، و
قد علم مما ذكرنا سابقاً أنّه لا وجه لكون النزاع فيه إلّا إذا أخذ عنوان المكيل و الموزون بنحو
الطريقة و المعرفة إلى المصاديق، و هو خلاف الظاهر بلا قرينة عليه، إذ الظاهر أخذه بنحو
الموضوعية حدوثاً و بقاءً. و الظاهر أنّ المراد منه ما كان كذلك في بلد المعاملة.

٣٣٧٦. على جميع التقادير يفيد الكلام المشتمل على المكيل و الموزون حكم غير المراد
منهما لو كان الحكم الذي أنيط بهما فيه منوطاً بهما وجوداً و عدماً كما هو الظاهر منه، لدلالته
على وجود الحكم عند وجودهما بالمعنى المراد منهما، و عدمه عند عدمه بذلك المعنى، سواء
وجدنا بالمعنى الآخر أم لا.

٣٣٧٧. يعني: ثبوت الحكم باعتبار التقدير بالكيل أو الوزن في هذه الثلاثة.

٣٣٧٨. كما عليه صاحب الحقائق في كلامه الآتي نقله بقوله: «و ما لم يعلم فهو بناء...».

مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه - غير صحيحة، كما لا يخفى.

و لعلّ المقدّس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع و العرف العامّ و العرف الخاصّ؛ معيّلاً باحتمال إرادة الكيل و الوزن المتعارف عرفاً عامّاً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة (٣٣٧٩) مطلقاً (٣٣٨٠)، أو بالنسبة إلى كلّ بلد بلد (٣٣٨١) كما قيل في المأكول والملبوس في السجدة، من الأمر الوارد بهما لو سلّم (٣٣٨٢)، و الظاهر هو الأخير^{٤٢}، انتهى. و قد ردّه في الحقائق: بأنّ الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على عرفهم^{عليه السلام}، فكّل ما كان مكياً أو موزوناً في عرفهم وجب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخّرة، و ما لم يعلم فهو - بناءً على قواعدهم - يرجع إلى العرف العامّ و إلى آخر ما ذكره من التفصيل، ثمّ قال: و يمكن أن يستدلّ للعرف العامّ بما تقدّم في صحيحة الحلبي من قوله^{عليه السلام}: "ما كان من طعام سميت فيه كياً"، فإنّ الظاهر أنّ المرجع في كونه مكياً إلى تسميته عرفاً مكياً. و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم^{عليه السلام}، انتهى. أقول: قد عرفت أنّ الكلام هنا ليس في معنى اللفظ؛ لأنّ مفهوم الكيل معلوم لغة، و إنّما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم.

ثمّ لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حمله على العرف العامّ إذا لم يكن عرف شرعيّ، لا إذا جهل عرفه الشرعيّ؛ قاله لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذٍ على المعنى العرفي بل لا بدّ من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعيّ، و مع العجز يحكم بإجمال

٣٣٧٩. يعني: أو في جملة البلدان و إن لم يكن أكثر، بل و لو كان أقلّ.

٣٣٨٠. يعني: إطلاق مراعاة الكيل و الوزن فيما تعارف التقدير بهما في أكثر البلدان

أو الأقلّ، و لزوم اعتبارهما فيه في جميع البلدان حتّى فيما لم يتعارف فيه الكيل و الوزن.

٣٣٨١. الظاهر أنّه عطف على قوله «عرفاً عامّاً» لا على قوله: «مطلقاً» فافهم.

٣٣٨٢. الجارّ متعلّق بالإرادة. و ضمير التثنية راجع إلى الكيل و الوزن في قوله: «إرادة

الكيل و الوزن». و قوله: «لو سلّم» يعني: لو سلّم ورود الأمر بهما و اعتبارهما في صحّة البيع.

و لأجل هذا نقل في السابق عن المحقّق الأردبيلي أنّه تأمل في دلالة دليل على اعتبارهما في

الصحة.

في جواز بيع المكيل وزناً ٤٥٧
اللفظ، كما هو واضح. هذا كله مع أن الأخبار إنما وصلت إلينا من الأئمة عليهم السلام، فاللزام اعتبار عرفهم لاعرف الشارع (٣٣٨٣).

و أما ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله عليه السلام: "ما سميت فيه كيلاً..." فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم، مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص؛ لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل (٣٣٨٤). وأبعد شيء في المقام ما ذكره في جامع المقاصد من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله...، وبالجملة، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل لكن الظاهر أن كلها متفق عليها.

نعم، اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفة في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا أو أنه يغلب جانب التحريم كما عليه جماعة من أصحابنا^{٤٤}، لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير.

ثم إنه يشكل الأمر فيما لو علم كونه مقدراً (٣٣٨٥) في زمان الشارع لكن لم يعلم.

٣٣٨٣. هذا عجيب من المصنف عليه السلام، لأن كلام صاحب الحقائق ظاهر - بل صريح -

في اعتبار عرف الأئمة عليهم السلام لا اعتبار عرف الشارع عليه السلام.

٣٣٨٤. بما مرسله علي بن إبراهيم بن هاشم التي ينقلها فيما بعد. ولعل الأمر بالتأمل إشارة إلى الخدشة في الاستناد إلى الرواية، لإرسالها، واحتمال كون مضمونها من فتوى علي بن إبراهيم، ولا حجية فيها. قال في مرآة العقول بعد ذكر إرسال الرواية ما لفظه: «و الظاهر أنه فتوى علي بن إبراهيم أو بعض مشايخه استنبطه من الأخبار، وهذا من أمثاله غريب» انتهى. و على هذا لا يبقى دليل على تقدم العرف العام على العرف الخاص - أعني: عرف المتبايعين - الذي يحتمل أن يراد هو من قوله: «سميت فيه كيلاً» بل هو الظاهر من عنوان ما يكال وما يوزن في الأخبار.

٣٣٨٥. قد مرّ هذا في قوله: «وكذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع، و لم يعلم كونه بالكيل أو الوزن». و لكن لم يذكر هناك مختاره، فأعاد الكلام لأجل الإشارة إلى أن المسألة ذات وجوه، و لبيان مختاره من بينها. و من الوجوه: ما قوّاه من اعتبار ما هو أبعد من

أنّ تقديره بالكيل أو بالوزن، ففيه وجوه: أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر، و
 أشكال من ذلك: ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام مع
 لزوم الغرر فيه عند قوم خاص، ولا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدلة
 نفي الغرر؛ لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتدلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث
 يتحرّر عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزّة إلى حيث لا يتسامح فيها، فالأقوى
 وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العدد. و
 بالجملة، فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بني الأمر (٣٣٨٦) في
 مقام استعلام مآل الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجاب
 بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار* ما عنده من الرمان والبطيخ، فإنه لا يجاب إلاً
 بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الخنطة والشعر فربما يجاب بالكيل وربما يجاب بالوزن،
 لكنّ الجواب بالكيل مختصّ بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن؛ إذ الكيل بنفسه غير
 منضبط بخلاف الوزن، وقد تقدّم أنّ الوزن أصل في الكيل.

و ما ذكرنا هو المراد بالكيل والموزن اللذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار
 بالكيل والوزن عند البيع، وبدخول الربا فيهما.

مركز تحقيق فتاوى علماء مصر

الغرر، من الكيل والوزن والعدّة وغيرها. ومنها: تعيين اعتبار التقدير بالكيل، باعتبار أنّ
 الغالب في المقدّرات في زمانه ﷺ كان هو الكيل، فيلحق المشكوك بالغالب. ومنها: تعيين
 اعتبار الوزن، باعتبار أنّه الأصل. ومنها: أنّه ينظر إلى عادة الوقت، نظراً إلى أنّه في حكم
 الجهول رأساً. ومنها: أنّه يتخيّر بين التقديرين، باعتبار عدم المرجّح لأحدهما على الآخر. و
 منها: أنّه يتخلّص بمعاملة لا تقدر فيها الجهالة، مثل الهبة، بل والصلح على الأقوى. وهذا هو
 الأحوط، بل الأقوى، بناءً على كون المدار عصره ﷺ، وأما بناءً على كون المدار عرف
 المتبايعين في جميع الأزمنة والأمكنة - كما هو الظاهر من الأدلّة - فالأقوى ملاحظة عادة
 وقت المعاملة.

٣٣٨٦. الجارّ الأوّل متعلّق بالجعل، والثاني بالتقدير.

و أما ما لا يعتبر مقدار مائته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء و التبن و الخضريات، فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير. فإن اختلف البلاد في التقدير و العدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. و أما بلد عدم التقدير، فإن كان ذلك لا يتبدل الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، و إن كان لعدم مبالغتهم بالغرر و إقدامهم عليه حرصاً* مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم بل يجب مخالفتها، فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيع الغرر و المجازفات كبيع الملاقيح و المضامين و الملامسة و المنازعة و الحصة، على بعض تفاسيرها (٣٣٨٧) و ثمر الشجر قبل الوجود و غير ذلك - لم يرد إلا ردّاً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر و البناء على المجازفات الموجب لفتح أبواب المنازعات.

و إلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن علي بن إبراهيم (٣٣٨٨)

٣٣٨٧. يعني به جعل المبيع الوارد عليه البيع الشيء المقيد بتعلق أحد هذه الأمور الثلاثة به بعد الإنشاء، بأن يقول: بعت ما ألامسه بعد ذلك أو أنبذه أو أطرحه إليك أو ألقى الحصة عليه، فإن المبيع على هذا مجهول عند البيع. و أما التفسير الآخر فهو إنشاء البيع بنفس اللمس و النبذ و إلقاء الحصة كإنشائه بالمعاطاة، و لأجهالة فيه على هذا التفسير. و أما بيع الملاقيح فهو بيع ما في أرحام الأمهات، و بيع المضامين فهو بيع ما في أصلاب الفحول.

٣٣٨٨. لم يعلم المراد من الموصول، بل الرواية منافية لما ذكره، فإنه ذكر أن المدار على بلد التقدير، و مرجعه إلى ملاحظة العرف الخاص و إن كان العامة على خلافه، و الرواية على العكس دالة، فتأمل.

ثم إن المنقول عن الكافي في حاشية مرآة العقول مشتمل على كلمة «عن أبيه» بعد إبراهيم. قال شيخنا: «باب فيه جمل من المعاوضات. علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن رجاله ذكره، قال: «الذهب بالذهب و الفضة بالفضة وزناً بوزن سواء، ليس لبعضه فضل على بعض...» إلى آخر الحديث. و هو طويل يقرب مقدار ثلث الصفحة الكبيرة. و يساعد على وجودها فيه قوله في السابق: «لمقطوعة ابن هاشم الآتية» إذ لولاها لا يكون المراد منها هذه الرسالة، لأن المقطوعة

عن أبيه عن رجاله، ذكره في حديث طويل، قال: "و لا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة، و لا يؤخذ فيه بالخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم؛ لأن أصل اللحم أن يوزن و أصل الجوز أن يعدّ".

و على ما ذكرنا (٣٣٨٩) فالعبرة ببلد* وجود المبيع لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين. و في شرح القواعد لبعض الأساطين: ثم الرجوع إلى العادة مع اتفاقها اتفاقاً، و لو اختلف فلكل بلد حكمه كما هو المشهور. و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين؟ الأقوى الأول. و لو تعاقدوا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما. و لو اختلفا رجح الأقرب، أو الأعظم، أو ذو الاختيار على ذي الجراف، أو البائع في مبيعته و المشتري في ثمنه، أو بينى على الإقراع (٣٣٩٠) مع الاختلاف و ما اتفقا عليه مع الاتفاق، أو التخيير (٣٣٩١)، و لعله الأقوى. و يجري مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان. و الأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو

حينئذ تكون لابن إبراهيم لا لابن هاشم، إلا أن يكون من باب تسمية الشخص باسم جدّه.

٣٣٨٩. من أن لكل بلد حكم نفسه في صورة اختلاف البلدان.

٣٣٩٠. هذا عطف على قوله: «رجح...». يعني: أو بينى في صورة اختلاف بلدي

المتعاقدين على الإقراع في تعيين أحد البلدين مع اختلافهما في إجراء حكم كل واحد منهما حكم بلده عليه، و بينى على حكم البلد الذي اتفقا على إجراء حكمه عليه مع الاتفاق بينهما على ذلك.

٣٣٩١. الظاهر أن هذا عطف تفسير على «ما اتفقا عليه» يعني: أو بينى على التخيير

في تعيين البلد من بلديهما. هذا بناءً على كون العطف بالواو. و أمّا بناءً على كونه «أو» فهو عطف على الإقراع، يعني: أو بينى على التخيير في تعيين البلد، فقد يتفقان في اعتبار بلد واحد و قد يختلفان. و يشكل حينئذ بآته في صورة الاتفاق لا يكون إلا عين ما ذكره في قوله: «و ما اتفقا عليه...». و في صورة الاختلاف لا يريد أحدهما إلا خلاف ما يريده الآخر، فلا يتمشى منهما إيقاع البيع، فلا يكون وجه لجعل هذا عدلاً للإقراع.

في إخبار البائع بمقدار المبيع..... ٤٦١
معاطاة (٣٣٩٢) ونحوها. ولو حصل الاختلاف في البلد الواحد على وجه التساوي
فالأقوى التخيير، ومع الاختصاص بجمع قليل إشكال، انتهى.

مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور، وعبارة التذكرة
مشعرة بالاتفاق عليه ويدل عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة. وما تقدم من صحة
الحلي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة إيقاع المعاملة غير مبنية على المقدار
المخبر به وإن كان الإخبار داعياً إليها، فإنها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر، وقد تقدم عن
التحرير ما يوافق ذلك.

ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار (٣٣٩٣) كما يشهد به
الروايات المتقدمة، فلم يفد ظناً فإشكال: من بقاء الجهالة الموجبة للغرر، ومن عدم
تقييدهم الإخبار بإفادة الظن ولا المخبر بالعدالة. والأقوى (٣٣٩٤) بناءً على

٣٣٩٢. بناءً على عدم اعتبار شرائط صحة البيع في المعاطاة، وإلا - كما لعلة الأقوى
على ما هناك - فلا يمكن التخلص بها.

٣٣٩٣. العبارة من هنا إلى قوله: «و الأقوى» قد تضمنت أموراً:
الأول: إن الإخبار طريق إلى المقدار من باب التعبد العرفي العقلاني، لا من باب إفادته
الظن، فضلاً عن إفادته الوثوق والاطمئنان، كما يدل عليه قوله: «فلو لم يفد ظناً
فإشكال...»، إذ لو كان طريقاً فيما إذا أفاد الظن لم يكن مجال لذلك كما لا يخفى.
و الثاني: الاستشهاد على ذلك بالروايات المتقدمة.

و الثالث: أنه لا إشكال فيما إذا أفاد الظن، لعدم الإشكال في ارتفاع الغررية حينئذ.
و في الكل نظر. أمّا الأول فلمنع طريقته عندهم إلا فيما إذا أفاد الوثوق. و أمّا الثاني
فلما مرّ من المناقشة في دلالة الإخبار على اعتبار الأخبار في صحة المعاملة. و على تقدير دلالتها
على ذلك لا بدّ من تقييد ما يدل عليه إطلاقه، مثل قوله: «صدقناه و أخذناه بكيه» لو كان له
إطلاق - بأن كان بمعنى: حكمنا و بنينا على صدقه مطلقاً و لو لم يحصل منه العلم أو الوثوق
بالصدق، لا بمعنى: اعتقدنا صدقه في إخباره - بمفهوم قوله في رواية أبي العطار: «و إذا ائتمنتك
فلا بأس» لأن الظاهر من الائتمان الوثوق والاطمئنان.

٣٣٩٤. يعني: الأقوى في صورة عدم إفادة الظن - التي هو مورد الإشكال - هو

اعتبار التقدير و إن لم يلزم الغرر الفعلي: هو الاعتبار*.

نعم، لو دار الحكم مدار الغرر كفى في صحة المعاملة إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به و إن كان مجهولاً. و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار؛ فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد، فيقول: بعثك هذه الصبرة على أنها كذا وكذا صاعاً، و على كل تقدير (٣٣٩٥) حكمنا** فيه بالصحة.

.....

التفصيل بين أن يكون الغرر حكمة لاعتبار الكيل و الوزن فيعتبر، و وجهه واضح، و بين كونه علة فلا يعتبر، بل يكفي البناء على الإخبار في الصحة، لاندفاع الغرر بهذا البناء، نظير اندفاعه بالتوصيف في بيع العين الغائبة.

و فيه: أن ما يدل على الاعتماد على إخبار البائع عن المقدار فيما يكال و يوزن - و هو ما مرّ من الأخبار الخاصة - لو سلّمت دلالتها عليه ليس فيها من الغرر أثر حتى يقع الكلام في كونه حكمة فيحكم بكذا أو علة فيحكم بكذا، بل ظاهرها - على تقدير تسليم أصل دلالتها، ثم إطلاقها من حيث إفادة الوثوق و عدمها - جواز الاعتماد على الإخبار و عدم لزوم الاعتبار، سواء كان هناك غرر أم لا، و هذا عين ما استشكل في صحته من جهة بقاء الغرر و عدم اعتباره بإخباره.

و النبويّ و إن كان ظاهراً في علة الغرر و دوران الحكم مدار الغرر الفعلي وجسوداً و عدماً، إلا أنه ليس فيه تعرض لجواز الاعتماد على الإخبار، فلا بدّ في الحكم بارتفاع الغرر بمجرد البناء على إخباره و عدمه من مراجعة الوجدان، و قضيتها العدم، و إلا لكان اللازم صحة البيع بمجرد البناء على مقدار خاصّ و لو لم يكن هناك إخبار من البائع، و هو كما ترى، و إلا لزم لغوية اعتبار التقدير و عدم الحاجة إليه في الصحة إلا في مورد نادر.

و أمّا بيع الغائب بالوصف فهو إمّا تعبد على خلاف قاعدة نفي الغرر لو كان هناك دليل عليه، و سيأتي في خيار الرؤية أنه لا دليل عليه، أو مقيد بما إذا حصل الوثوق بالتوصيف بوجود الوصف كما هو الغالب، على ما في تعليقه الأستاذ رحمته.

٣٣٩٥. يعني: و على كل تقدير من تقديري اندفاع الغرر بالبناء المذكور و عدمه

في إخبار البائع بمقدار المبيع..... ٤٦٣

فلو تبين الخلاف، فلما أن يكون بالنقيصة و إما أن يكون بالزيادة. فإن كان بالنقيصة تحيّر المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء، بل في جامع المقاصد: احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنه كتان بان طناً. ثم ردّ يكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنما الفأنت الوصف. لكن يمكن أن يقال: إن مغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية لا تشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده؛ لاشتراكهما في أصل الحقيقة، بخلاف الجزء و الكل، فتأمل (٣٣٩٦)؛ فإن المتعين الصحة و الخيار.

ثم إنه قد عبر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصة بقوله: "تخيّر المغبون"، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض أن هذا ليس من خيار فوات الوصف (٣٣٩٧) أو الجزء، معللاً بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد. و يدفعه: تصريح العلامة في هذه المسألة من التذكرة: بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص (٣٣٩٨). و في باب الصرف من القواعد: بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تحيّر المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن^{٤٥} (٣٣٩٩). و تصريح جامع المقاصد في المسألة الأخيرة بابتائها على المسألة المعروفة

..... من تحقيق كميتر علوم

فالحكم في المسألة عند المشهور هو صحة البيع بإخبار البائع بالمقدار. أمّا على التقدير الأوّل فواضح. و أمّا على الثاني فلأنّ النسبة بين إطلاق الأخبار الدالة على جواز الاعتماد على إخبار البائع و النبويّ عموم من وجه، و المرجع بعد التساقط في مورد التعارض - و هو صورة الإخبار الغير الموجب للظن - هو العمومات مقتضية للصحة.

٣٣٩٦. إشارة إلى فساد التوجيه، و أنّ الجزء و الكل مشتركان في أصل الحقيقة، ضرورة أنّ الحنطة الخارجية لا تختلف حقيقتها بنقصان مكيال منها و عدمه، و إنما الاختلاف بينهما في وصف راجع إلى الكم لا کیف.

٣٣٩٧. بل من خيار الغبن.

٣٣٩٨. و من المعلوم أنه لا يرجع بالناقص في خيار الغبن.

٣٣٩٩. و من أنه لا يصحّ ذلك في خيار الغبن.

وهي* "ما لو باع متساوي الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل"، و من المعلوم أن الخيار في تلك المسألة إما لفوات الوصف و إما لفوات الجزء على الخلاف الآتي.

و أما التعبير بـ "المغبون" فيشمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقص، نظير تعبير الشهيد في اللعة عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تحير المغبون منهما^{٤٦}.

و أما ما ذكره: من أن الخيار إما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد، ففيه: أن ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع**، ككتابة العبد و خياطته، و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع - كمقدار معين من*** الكيل أو الوزن أو العدة - فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد، فإن هذا أولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة (٣٤٠٠) ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين.

وكيف كان، فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف و إنما الإشكال في أن المتخلف في الحقيقة هل هو جزء**** المبيع أو وصف من أوصافه؟ فلذلك اختلف في أن الإمضاء هل هو بجميع الثمن أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟ و تمام الكلام في موضع تعرض الأصحاب للمسألة.

ثم إن في حكم إخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف: كل ما يكون طريقاً عرقياً إلى مقدار المبيع و وقع العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقاً إلى عدّه أو وزنه.

مسألة: قال في الشرايع: يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة و إن لم يمسحاً، و لو مسحاً كان أحوط؛ لتفاوت الغرض في ذلك و تعدد إدراكه بالمشاهدة^{٤٧}، انتهى.

.....
٣٤٠٠. تعليل للأولوية.

* في بعض النسخ زيادة: و هي مسألة. ** في بعض النسخ: العقد. *** في بعض النسخ

زيادة: حيث. **** في بعض النسخ زيادة: من.

و في التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم إجماعاً. و صرح في التحرير* بجواز بيع قطع الغنم و إن لم يعلم عددها. أقول: يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد (٣٤٠١)، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب و عدد قطع الغنم. و الاعتماد في عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة. و بالجملة، فإذا فرضنا أن مقدار مالية الغنم قلة و كثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار في المكيل و الموزون و المعدود و كذا الحكم في عدد الأذرع و الطاقات في الكرايس** و الجربان في كثير من الأراضي المقدرة عادة بالجريب. نعم، ربما يتفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكرايس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع نظير إخبار البائع، و ليس هذا معنى كفاية المشاهدة.

و تظهر الثمرة في ثبوت الخيار؛ إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التخمين به من المشاهدة، إلا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع طولاً و عرضاً. و بالجملة، فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصي، إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به و لو لم يكن غرر، كما استظهرناه في المكيل و الموزون، فافهم.

مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجمعة الصيعان أو متفرقتها، أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيدين و شبه ذلك، يتصور على وجوه: الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعياً من الجملة مقدراً بذلك العنوان، فيريد بالصاع مثلاً من صبرة تكون عشرة أصوع عشرها، و من عبد من العبيدين نصفهما، و لإشكال في صحة ذلك و لا في كون المبيع مشاعاً في الجملة (٣٤٠٢)،

٣٤٠١. موضوع حكمهم بالجواز مع المشاهدة ما يرتفع بها الغرر فيه، كما في الثوب المخيط و القرى، لامطلقاً و لو لم يرتفع الغرر بها، كما في الثوب الغير المخيط و بعض الأراضي في بعض الأمكنة و البلاد، و عليه لإشكال.

٣٤٠٢. أي: في جملة الصبرة و مجموعها، و كذا في العبيدين.

و لافرق بين اختلاف العبدین فی القيمة و عدمه، و لا بین العلم بعدد صیغان البصرة و عدمه، لأنّ الكسر مقدّر بالصاع فلا یعتبر العلم بنسبته إلى المجموع. هذا، و لكن قال فی التذكرة: و الأقرب أنّه لو قصد الإشاعة فی عبد من عبدین أو شاة من شاتین بطل، بخلاف الذراع من الأرض^{٤٨}، انتهى. و لم یعلم وجه الفرق* إلاّ منع ظهور الكسر المشاع من لفظ "العبد" و "الشاة".

الثانی: أن یراد به بعض مردّد بین ما یمکن صدقه علیه من الأفراد المتصورة فی المجموع نظیر تردّد الفرد المنتشر بین الأفراد، و هذا یتضح فی صاع من الصیغان المتفرقة. و لإشکال فی بطلان ذلك مع اختلاف المصادیق فی القيمة کالعبدین المختلفین؛ لآله غرر؛ لأنّ المشتري لا یعلم بما یحصل فی یده منهما. و أمّا مع اتّفاقهما فی القيمة کما فی الصیغان المتفرقة، فالمشهور أيضاً کما فی کلام بعض المنع بل فی الریاض نسبه إلى الأصحاب^{٤٩}، و عن المحقّق الأردیلبی^{٥٠} أيضاً نسبة المنع عن بیع ذراع من کرپاس مشاهد من غیر تعین أحد طرفیه إلى الأصحاب.

و استدلّ علی المنع بعضهم بالجهالة التي یبطل (٣٤٠٣) معها البیع إجماعاً. و آخر: بأنّ الإبهام فی البیع مبطل له لا من حیث الجهالة. و یؤیّده أنّه حکم فی التذكرة - مع منعه (٣٤٠٤) عن بیع أحد العبدین المشاهدین المتساویین -

٣٤٠٣. یعنی: الجهالة و عدم تعین المبیع عند المتبايعین، سواء کان له تعین فی الواقع، کما فی الفرض الآتی نقله من التذكرة، أعنی: فرض تلف أحدهما عند البیع، أم لا کما فی صورة وجودهما، فحینئذ تكون الجهالة أعمّ من الإبهام. و نظر المستدلّ بذلك علی عدم التعین عند المتبايعین لا إلى عدم التعین الواقعی، و نظر المستدلّ بالإبهام إلى العکس.

٣٤٠٤. یعنی: یؤیّد کون المبطل هو الإبهام لا الجهالة، إذ لو کان جهة البطلان هو الجهالة لکان اللازم هو الحکم بالبطلان فی بیع الباقي بعد تلف أحدهما، لوجود الجهالة، بخلاف ما إذا کان جهته الإبهام فی الفرض. و لعلّ الوجه فی التعبير بالتأیید احتمال أن یکسون وجه البطلان عنده فی صورة بیع أحدهما اجتماع الجهالة و الإبهام معاً.

في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء ٤٦٧

بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي و لم يدر أيهما هو، صحّ خلافاً لبعض العامة. و ثالث: بلزوم الغرر. و رابع: بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محلّ تقوم به - كسائر الصفات الموجودة في الخارج - و أحدهما على سبيل البذل غير قابل لقيامه به؛ لأنه أمر انتزاعي من أمرين معيّنين. و يضعف الأول بمنع المقدمتين؛ لأن الواحد على سبيل البذل غير مجهول؛ إذ لا تعين (٣٤٠٥) له في الواقع حتّى يجهل، و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غرر، غير مسلم. نعم، وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين. ففي السرائر بعد نقل الرواية (٣٤٠٦) التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيدين، قال: إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم؛ لأن المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بغير خلاف ٥٠، انتهى. و عن الخلاف في باب السلم: أنه لو قال: "أشتري منك أحد هذين العبدین أو هؤلاء العبيد" لم يصحّ الشراء. دليلنا: أنه بيع مجهول فيجب أن لا يصحّ، و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدین و لأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع. و قد ذكرنا هذه المسألة في البيوع و قلنا: إن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین،

..... من تحقیق تکوین علوم اسلامی

٣٤٠٥. فيه نظر، إذ ليس المراد من المجهول ما جهل تعينه عند المتبايعين، بناءً على كون الجهل ضدّاً للعلم حتّى يكون من قبيل الموجبة التي لا بدّ فيها من وجود الموضوع في الواقع، و هو تعين المبيع، و لا ما لم يعلم تعينه عندهما، بناءً على كونه نقيضاً له، حتّى يكون من السالبة الظاهرة في المنتفية المحمول، حتّى لا يصدق على الواحد المرّد، بل المراد منه ما لم يتعين عندهما و لو لم يكن له تعين واقعي، فيصدق عليه أيضاً، كما يظهر من معاهد الإجماعات على ما اعترف به، فمنع هذه المقدمة ليس في محله.

٣٤٠٦. ظهور صدق المقدمة الثانية - و هي مبطلية الجهالة مطلقاً و لو لم يكن هناك غرر - من السرائر و الخلاف محلّ نظر، لأنّ كلامهما في صورة لزوم الغرر من الجهالة، لأنّ مورد كلام السرائر - على ما قبل - هو المختلف الأجزاء غالباً في القيمة، و هو صورة اختلاف قيمة العبدین. و أمّا الخلاف فلاّنه نصّ بذلك في دليله الثاني. فصدق المقدمة الثانية في مورد كلامهما لا يقتضي صدقها عندهما في مورد كلامنا، و هو صورة عدم اختلاف القيمة.

فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية، و لم يقس غيرها عليها، انتهى. و عبارته المحكية في باب البيوع هي: أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبداً من عبيدين على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء، أنه جائز، و لم يرووا في الثوبين شيئاً. ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة، و قوله ﷺ: "المؤمنون عند شروطهم" ٥١، انتهى. و سيأتي أيضاً في كلام فخرالدين أن عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد إجماعاً.

و ظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة وكون مثلها قاذحة اتفاقاً مع فرض عدم نص بل قد عرفت ردّ الحلّي للنصّ المجوّز بمخالفته لإجماع الأمة. و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأوّل يظهر حال الوجه الثاني (٣٤٠٧) من وجوه المنع أعني كون الإبهام مبطلاً. و أمّا الوجه الثالث، فبرّدّه منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة؛ و لذا يجوز الإسلاف في الكلّي من هذه الأفراد (٣٤٠٨)، مع أن الانضباط في السلم أكد. و أيضاً فقد جوزوا بيع الصاع الكلّي من الصبرة (٣٤٠٩)، و لافرق بينهما من حيث الغرر قطعاً؛ و لذا ردّ في الإيضاح (٣٤١٠) حل الصاع من الصبرة على الكلّي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعاً ٥٢. و أمّا الرابع، فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي، فإنّ الكلّي المبيع سليماً أو حالاً مملوك للمشتري، و لاوجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أن الملكية أمر اعتباري يعتبره العرف و الشرع أو أحدهما في موارده و ليست صفة وجوديّة متأصلة كالحموضة و السواد؛ و لذا صرّحوا بصحّة الوصيّة بأحد الشئيين، بل لأحد الشخصين و نحوهما. فالإنصاف كما اعترف به جماعة ٥٣ أوّهم المحقق الأردبيلي، عدم دليل معتبر على المنع.

٣٤٠٧. يعني: من حيث الكبرى و هو مبطلية الإبهام. و أمّا من حيث الصغرى -

أعني: صدق المبهمة على الواحد المرّد - فلا إشكال فيه.

٣٤٠٨. يعني: الكلّي المنتزع من هذه الأفراد المتفقة في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة.

٣٤٠٩. و هو القسم الثالث الذي يأتي عنوانه فيما بعد.

٣٤١٠. يعني: لأجل عدم الفرق بين الكلّي و الفرد المرّد في الغرر، ردّ في الإيضاح....

قال في شرح الإرشاد - على ما حكى عنه - بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أي الطرفين، قال*: و فيه تأمل، إذ لم يقيم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي طرف أراد المشتري أو من أي جانب كان من الأرض، فما المانع بعد العلم بذلك؟ انتهى. فالدليل هو الإجماع (٣٤١١) لو ثبت و قد عرفت من غير واحد نسبه إلى الأصحاب.

قال بعض الأساطين في شرحه على القواعد - بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض، الراجع إلى بيع الكسر المشاع - قال**: و إن قصدا معينا*** (٣٤١٢) أو كلياً لا على وجه الإشاعة (٣٤١٣) بطل؛ لحصول الغرر بالإهمام في الأول و كونه بيع المعلوم (٣٤١٤)، و باختلاف الأغراض في الثاني غالباً، فيلحق به النادر، و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال: و الظاهر بعد إمعان النظر و نهاية التبع أن الغرر الشرعي لا يستلزم الغرر العرفي و بالعكس، و ارتفاع الجهالة في الخصوصية (٣٤١٥)

٣٤١١. يعني: الدليل على البطلان ليس الأدلة المتقدمة، لعدم تماميتها، بل الإجماع لو ثبت، لكنه على فرض ثبوته لا يجدي، لقوة احتمال استناد الكل أو الجمل إلى تلك الأدلة. ٣٤١٢. أي: موجوداً خارجياً من غير تعيين له في الخارج بل كان مردداً بين شيئين أو أشياء. فالمراد من تعيينه تشخيصه الخارجي ببال الكلي، و المراد من عدم تعيينه هو التردد، فلو قال: إن قصداً فرداً مردداً لكان أحسن.

٣٤١٣. يعني: كلياً في المعين.

٣٤١٤. هذا عطف على الإهمام. و يحتمل عطفه على الحصول. و «باختلاف الأغراض» يحتمل أن يكون عطفاً على الكون. و يحتمل أن يكون عطفاً على «بالإهمام». و عليه، كان الأولى إسقاط الجار. و ضمير «به» راجع إلى الغالب. و ضمير «فيه» إلى الثاني، المراد منه بيع الكلي على وجه الإشاعة.

٣٤١٥. يعني: ارتفاع الجهالة في الخصوصية الشخصية للمبيع في بيع الكلي لا على وجه الإشاعة، من جهة عدم اعتبار الخصوصية الخارجية. و التشخيص الخارجي في المبيع في

قد لا يثمر مع حصولها في أصل الماهية و لعلّ الدائرة في الشرع أضيق، و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين (٣٤١٦)، و فهم الأصحاب مقدّم؛ لأنهم أدري بمذاق الشارع و أعلم، انتهى. و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع: على المشهور من المنع، لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصحّ البيع؛ لاتفاقهما على بطلانه. و لو اختلفا فادّعى المشتري الإشاعة فيصحّ البيع، و قال البائع: أردت معيّناً (٣٤١٧)، ففي التذكرة: الأقرب قبول قول المشتري؛ عملاً بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين^{*}، انتهى. و هذا حسن لو لم يتسألما على صيغة ظاهرة في أحد المعنيين^{*}، أمّا معه فالمتبع هو الظاهر و أصالة الصحة لا تصرف الظواهر^{**} (٣٤١٨).

الفرض المذكور لا يثمر في رفع الغرر في البيع المذكور، و ذلك لحصول الجهالة في الماهية و الكلّي لا على وجه الإشاعة، من جهة اختلاف الأغراض بين أفراد هذا الكلّي و أجزاء ما جعل مخرجاً لهذا الكلّي، كالصيرة و الطاقة.

٣٤١٦. التثنية بطريق التوزيع، يعني: عموم من وجه، و خصوص من وجه. أمّا عموم مصطلح الشرع في الغرر فلو جوده في بيع شيء مكيل أو موزون بمثله في المقدار و القيمة بدون الكيل و الوزن، بدون الغرر في مصطلح العرف، لانتفاء الغرر فيه عرفاً. و أمّا عموم مصطلح العرف في الغرر فلو جوده في بيع الآبق مع الضميمة، دون الغرر في مصطلح الشرع، لانتفاء الغرر فيه شرعاً. و مع ذلك لعلّ دائرة المعاملات الخالية عن الغرر الشرعيّ - أي: المحكومة بالصحة - أضيق و أقلّ من دائرة المعاملات الخالية عن الغرر العرفي، لأنّ المعاملات المشتملة على الغرر الشرعيّ - أي: المحكومة بالبطلان لأجل الغرر الشرعيّ - أوسع و أكثر من المعاملة المشتملة على الغرر. و من هنا يظهر أنّه لو قال و لعلّ الدائرة في الشرع أوسع لكان أحسن، فافهم.

٣٤١٧. يعني: فرداً لكن من غير تعيين له، فيبطل.

٣٤١٨. لحكومة الأمانة التي منها الظواهر على الأصل العملي الذي منه أصالة الصحة،

و أما أصالة عدم التعيين فلم أتَحَقَّقْهَا (٣٤١٩). و ذكر بعض من قارب عصرنا: أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم* الإشاعة كان حل الفعل على الصحة قرينة صارفة. و فيه نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل: أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة. و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثاني - كما حَقَّقْهُ في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرَّق الصيعان و قال: بعثك أحدها - : أن المبيع هناك واحد (٣٤٢٠) من الصيعان المتميزة المتشخصة غير معين،

بناءً على مختاره من كون حجة الأول من باب الكشف و الثاني من باب التعبد. و أما بناءً على اعتبار الثاني من باب الغلبة - الذي لازمه كونه أيضاً من الأمارات - فلا ينبغي الإشكال في قدحها في الظواهر، فإنها حينئذٍ تصير قرينة على خلاف الظاهر. و لعلّه إلى هذا ينظر بعض من قارب عصره فيما ذهب إليه. و كذلك ينبغي قدحها فيها فيما إذا كان الظاهر حجة من باب الظن الشخصي، أو من باب السببية المقيدة بعدم قيام ظنّ على خلافه فيما إذا حصل هناك ظنّ من أصالة الصحة. لكنّ التحقيق حجة الظواهر من باب أصالة الظهور مطلقاً و لو قام ظنّ غير معتبر على خلافه، و حجة أصالة الصحة من باب التعبد عند عدم العلم بالواقع، فيكون الظاهر حاكماً عليها. و لهذا تنظر فيما ذكره بعض من قارب عصره.

٣٤١٩. نفي تحقّقها يتمّ لو كان مورد كلام العلامة ﷺ صورة كون الكلام ظاهراً في التعيين، حيث إنّ الأصل لابدّ فيه من الشكّ، و مع ظهور الكلام في التعيين لا يبقى شكّ فيه تعبداً حتّى يرجع إلى أصالة عدمه. لكنّ يحتمل أن يكون كلامه فيما إذا لم يكن ظهور لا في هذا و لا في مقابله، و عليه لا يتمّ نفي تحقّقها، إذ بناءً عليه يشكّ في تعيينه في قصده، أي: أصالة عدم إرادته للتعين. نعم، يرد عليه أنّ الأثر مترتب على إرادة الإشاعة، و هو لازم عقلي لعدم إرادة التعين، فلا يثبت بأصالة عدمه إلّا على الأصل المثبت، مضافاً إلى معارضتها لأصالة عدم إرادة الإشاعة.

٣٤٢٠. «هناك» إشارة إلى الثاني. و المراد من الواحد، الواحد الخارجي الموجود في الخارج. و قوله: «غير معين» صفة للواحد.

فيكون بيعه مشتملاً على الغرر (٣٤٢١). وفي هذا الوجه أمر كلّي غير متشخص ولامتميز بنفسه (٣٤٢٢)، ويتقوّم بكل واحد من صيغان الصبرة ويوجد به؛ ومثله ما لو قسّم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين. ولو باع ربعا قبل القسمة صحّ و تنزّل على واحد منها مشاعاً (٣٤٢٣)؛ لأنّه حينئذٍ أمر كلّي. فإن قلت: المبيع في الأولى أيضاً أمر كلّي. قلنا: ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيغان المتشخصّة، مبهم بحسب صورة العبارة، فيشبه الأمر الكلّي وبحسب الواقع جزئي غير معيّن و لامعلوم. و المقتضي لهذا المعنى هو تفريق الصيغان و جعل كلّ واحد منها برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً على شخصي غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياه و أحد العبيد. و لو أنّه قال: بعتك صاعاً من هذه (٣٤٢٤) شايعاً في جملتها، لحكمنا بالصحة، انتهى. و حاصله: أنّ المبيع مع التردد جزئي حقيقي، فيمتاز عن المبيع الكلّي الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة. و في الإيضاح: أنّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلّي المقيد بالوحدة و بين الفرد المنتشر.

ثمّ الظاهر صحة بيع الكلّي بهذا المعنى كما هو صريح جماعة منهم الشيخ و الشهيدان و المحقّق الثاني و غيرهم، بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا في تنزيل الصاع من الصبرة على الكلّي أو الإشاعة. لكن يظهر بما عن الإيضاح وجود الخلاف في صحة بيع الكلّي و أنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلّي بهذا المعنى،

.....

٣٤٢١. مرّ من المصنّف رحمه الله منع الغرر فيه، و أنّ دليل البطلان هو الإجماع لو ثبت.

٣٤٢٢. يعني: غير متشخص بالتشخيص الفردي، و لامتيز بنفسه بدون الخصوصيات الوجوديّة و الشخصيات الفرديّة.

٣٤٢٣. يعني: مشاعاً في تلك الجملة. و المراد بالإشاعة الإفراديّة و المصادقيّة التي هي عبارة عن دوران الكلّي بين المصاديق، دون الإشاعة الأجزائيّة التي هي عبارة عن اشتراك الشريكين في كلّ جزء فرض من العين، كما في الوجه الأوّل، أعني: الكسر المشاع. فلا يشكل عليه أنّ الفرض هو الفرق بين الوجه الثاني و بين الثالث، و التنزيل على الواحد المشاع يقتضي صرف الكلام إلى الوجه الأوّل.

٣٤٢٤. أي: الصيغان المتفرقة.

٤٧٣..... في بيع صاع من صبرة
و الكلّي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمة. قال في الإيضاح في ترجيح التنزيل على
الإشاعة: إنه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معيّناً فلا يكون معلوم العين، وهو الغرر الذي يدلّ
النهى عنه على الفساد إجماعاً؛ ولأن أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجّح* من غير
مرجّح، ولا بعينه هو المبهم، وإبهام المبيع مبطل، انتهى. وتبعه بعض المعاصرين^{٥٦} مستنداً
تارة إلى ما في الإيضاح من لزوم الإبهام والغرر، وأخرى إلى عدم معهوديّة ملك الكلّي في
غير الذمة لا على وجه الإشاعة، وثالثة باتّفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناة من بيع الثمرة
على الإشاعة. ويردّ الأوّل: ما عرفت من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم في
الكلّي. والثاني: بآئه معهود في الوصيّة والإصداق؛ مع أنّه لم يفهم مراده من المعهوديّة، فإنّ
أنواع الملك - بل كلّ جنس - لا يعهد تحقّق أحدها في مورد الآخر إلّا أن يراد منه عدم
وجود مورد يقيني حكم فيه الشارع بملكيّة الكلّي المشترك بين أفراد موجودة، فيكفي في
ردّه النقض بالوصيّة وشبهها. هذا كلّ مضافاً إلى صحيحة الأطنان** الآتية، فإنّ موردها
إمّا بيع الفرد المنتشر وإمّا بيع الكلّي في الخارج (٣٤٢٥). وأمّا الثالث: فسيأتي الكلام فيه
إن شاء الله تعالى.

مسألة: لو باع صاعاً من صبرة، فهل يتولّى على الوجه (٣٤٢٦)

..... مركز تحقيقات حقوق وعلوم اسلامی

٣٤٢٥. على الثاني يكون موردها عين محلّ البحث. وعلى الأوّل تدلّ على الصحّة في
محلّ البحث بالأولويّة، لأنّ كلّ من قال بالصحّة فيه قال بما في المقام، ولا عكس. وعدم العمل
بما في موردها على الأوّل لا يوجب حجّيتها في المقام، لأنّ الملازمة بين المدلول المطابقي و
الالتزامي إنّما هي في أصل مرحلة التحقق لا في مرحلة الحجّية، فيمكن كون اللفظ حجّة في
مدلوله الالتزامي مع عدم كونه حجّة في مدلوله المطابقي لجهة من الجهات، فتأمل، فإنّه مشكل
في مثل المقام ممّا إذا كان عدم حجّيته فيه لأجل الإعراض، نعم لا بأس به إذا كان لأجل
المعارضة.

٣٤٢٦. ينبغي أن يكون محلّ النزاع في المسألة «ما علم أنّه لم يرد من بعثك صاعاً من
صبرة مثلاً» إلّا مدلوله الظاهر فيه أيّ شيء كان، نظير ما تقدّم في تحرير محلّ النزاع في بيع

نصف الدار من صورة العلم بأنه لم يقصد من «بعت نصف الدار» إلّا مفهوم هذا اللفظ، أي: ما هو ظاهر فيه، فالنزاع في تعيين ظهور اللفظ كي يعلم المراد منه، فالشك في المراد ناشٍ من الشك في الظهور، بحيث لو علم به لما بقي شك في المراد.

و الوجه فيما ذكرناه أنه لا معنى لهذا العنوان فيما إذا علم قصد الإشاعة أو الكلّي في الخارج أو الفرد المنتشر بعد ما تقدّم الكلام في حكمها تفصيلاً. وكذا لا معنى له فيما إذا قصد أحد الوجهين: الإشاعة أو الكلّي في الخارج، و شك في تعيينها، لأنه لا يخلو إمّا أن يكون الشك للمتعاقدين، كما إذا نسيا أن قصدهما كان على طبق ظاهر اللفظ أو على خلافه، و إمّا أن يكون لثالث غيرهما. و على الأوّل لا معنى للرجوع إلى الظهور، كما هو قضية الاستدلال في جامع المقاصد بالتبادر و السبق إلى الفهم، بل لابدّ من المشي على قواعد العلم الإجمالي بوقوع المعاملة على أحد النحويين. و على الثاني فيمّا أن يكون الثالث الشاك هو القاضي بأن اختلفا في كيفية ما أوقعاه من المعاملة و ترافعا إليه، أو يكون شخص آخر غير القاضي. و على الأوّل لابدّ من إعمال موازين القضاء، من البينة و اليمين لو كان المورد من موارد الدعوى و الإنكار، و التحالف لو كان من موارد التداعي. و على الثاني لابدّ من أن يعمل بمقتضى علمه الإجمالي بوقوع المعاملة بإحدى الكيفيتين، و ملاحظة شرائط تنجيزه و عدمه، من الابتلاء و من حيث الانحلال و عدمه.

و بالجملة، ليس النزاع هنا في الشبهة الموضوعيّة، أي: تشخيص مراد المتعاملين بعد الفراغ عن حكم مرادهما، و إنّما النزاع في حكم الشبهة الحكميّة الناشئة من الشبهة في تعيين ظهور اللفظ بعد الفراغ عن إرادة ما يكون اللفظ ظاهراً فيه. و الحقّ فيه الحمل على الكلّي في الخارج، لما ذكره المحقّق الثاني من ظهور اللفظ فيه، لتبادره إلى الفهم، و من خير الأطنان المذكور في المتن.

وجه الدلالة: أنّ مورده صورة قصد مدلول اللفظ المذكور فيه، و مع ذلك قد حكم الإمام عليه السلام فيه في مفروض السؤال - و هو ما تلف ما عدا مقدار المبيع - بحكمين، بأحدهما بالدلالة المطابقة، و هو كون التالف من البايع خاصّة، و بالآخر بالدلالة الالتزاميّة، و هو صحّة هذه المعاملة. فمن الحكم الأوّل يعلم عدم ظهوره في الكسر المشاع، لأنّ الحكم فيه كون التلف منهما بالثلث و الثلثين لا من البايع خاصّة. و من الحكم الثاني يعلم عدم ظهوره في الفرد

الأول من الوجوه الثلاثة المقدمة - أعني: الكسر المشاع - أو على الوجه الثالث وهو الكلّي، بناءً على المشهور من صحته؟ وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ والشهيدين والمحقق الثاني^{٥٧} وجماعة. واستدلّ له في جامع المقاصد: بأنّه السابق إلى الفهم برواية بريد بن معاوية عن أبي عبد الله^{عليه السلام}: "عن رجل اشترى* عشرة آلاف طنّ من أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طنّ، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طنّ. فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، و وكلّ من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طنّ و بقي عشرة آلاف طنّ، فقال^{عليه السلام}: العشرة آلاف طنّ التي بقيت هي للمشتري، و العشرون التي احترقت من مال البائع^{٥٨}. و يمكن دفع الأول: بأن مقتضى الوضع في قوله (٣٤٢٧):

المنتشر، للإجماع على البطلان فيه. إلّا أن يناقش في ذلك و يقال: إنّ غاية ما يستفاد من حكم الإمام^{عليه السلام} بما ذكر من الحكمين إرادة الكلّي في الخارج من اللفظ المذكور، و هو أعمّ من ظهوره فيه كما هو المدعى، و لادلالة للأعمّ على الأخصّ. هذا مع ما مرّ من الخدشة في الإجماع على البطلان في الفرد المنتشر، فالعمدة هو التبادر.

٣٤٢٧. إن أراد به أنّه مقتضى وضع لفظ الصاع من حيث هو، ففيه: أنّ مقتضاه فيه كسائر أسماء الأجناس إرادة الجنس دون الفرد.

و إن أراد أنّه مقتضى وضعه بلحاظ اقترانه بالتنوين، و إن شئت قلت: مقتضى وضع التنوين، ففيه: أنّه يتمّ لو كان التنوين للتنكير، و كان النكرة موضوعة للفرد المنتشر، و من الممكن كونه للتمكّن. و التحقيق: وضع النكرة للكلّي المقيد بالوحدة، لما قرّر في الأصول.

و إن أراد أنّه مقتضى وضعه بلحاظ اقترانه بكلمة «من» في قوله «من صبرة» ففيه: أنّها إن كانت للتبعض - كما هو الظاهر - فلا ظهور فيه في الفرد المنتشر، لملائمته مع الكلّي في المعين أيضاً، بل هو الظاهر منه، لأنّ إرادة الفرد تحتاج إلى لحاظ تجزئة الصبرة إلى الصيعان و

* في بعض النسخ زيادة: من رجل.

"صاعاً من صبرة" هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً أن المشهور بل الإجماع على بطلانه. و مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدّر بصاع، و ظاهره حينئذ الإشاعة؛ لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه. و أما الرواية فهي أيضاً ظاهرة في الفرد المنتشر، كما اعترف به في الرياض. لكن الإنصاف: أن العرف يعاملون في البيع المذكور معاملة الكلّي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، و هذه أمانة فهمهم الكلّي. و أما الرواية، فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلّي لأجل القرينة الخارجية (٣٤٢٨) و تدلّ على عدم الإشاعة من حيث (٣٤٢٩) الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مالاً للمشتري. فالقول الثاني لا يخلو من قوّة بل لم نظفر بمن جزم بالأوّل و إن حكاها في الإيضاح قولاً.

ثمّ إنّه يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور: أحدها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع؛ لأنّ المفروض أن المشتري لم يملك إلاّ الطبيعة المعرّاة عن التشخيص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيّة فإذا طالب بخصوصيّة زائدة على الطبيعة فقد طالب ما*

.....

تصوّرها أفراداً عديدة، و هو خلاف الأصل. و إن كانت للنشوء فالظاهر منه الكلّي في المعين، لأنّ الصبرة و إن كان لها ظهور في التمام قبال البعض، إلاّ أن لازم كون الصاع من تمامها قبال بعضها هو الإشاعة، بمعنى إخراج الصاع من جميع الصبرة لا من بعضها دون البعض الآخر. و قد أشار إليه بقوله: «و ظاهره الإشاعة، لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه» إذ يكفي في صحّة كونه منها كونه من طرف خاصّ منها، إذ المدار في تحقّق كون شيء مخرجاً لشيء آخر كونه جزئه على التوسعة.

و بالجملة، لفظ الصاع - الذي هو اسم جنس و موضوع للجنس و الكلّي بناءً على كون تنوينه للتمكّن، أو موضوع للكلّي المقيد بالوحدة على التحقيق في وضع النكرة بناءً على كونه للتكثير - الظاهر منه فيما أتصل بكلمة «من صبرة» هو الصاع الكلّي الخارج منها و هذا هو السرّ فيما اعترف به أخيراً بقوله: «لكنّ الإنصاف أن العرف...».

٣٤٢٨. يعني بما الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر.

٣٤٢٩. يعني: يدلّ من حيث الحكم على عدم الإشاعة بالكسر المشاع، لما تقدّم من أن

في بيع صاع من صبرة ٤٧٧

ليس حقاً له. وهذا جارٍ في كلٍّ من ملك كلياً في الذمة أو في الخارج، فليس لمالكه اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي؛ ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدّد (٣٤٣٠) يملكه الميت، كعبد من عبيده و نحو ذلك، إلا أنه قد جزم المحقق القمي^{رحمته} في غير موضع من أجوبة مسائله: بأن الاختيار في التعيين بيد المشتري^{٥٩} ولم يعلم له وجه مصحح، فيأليته قاس ذلك على طلب الطبيعة! حيث إن الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور و استحقها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون أخرى، وكذلك مسألة التملك كما لا يخفى. و أمّا على الإشاعة: فلا اختيار لأحدهما لحصول الشركة، فيحتاج القسمة إلى التراضي.

و منها: أنه لو تلف بعض الجملة و بقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه، لأن كل فرد من أفراد الطبيعة و إن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع و إقباضه، فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود، و هذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة إلى اختيار و إقباض، فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

و منها: أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر، فالظاهر أنه إذا بقي (٣٤٣١)

الحكم المذكور منافع للإشاعة.

٣٤٣٠. الاستشهاد بذلك فيما إذا كان الموصى به كلياً في الخارج، و كانت الوصية تملكية، بأن قال: واحد من هذه العبيد لزيد، و إلا فلو كانت الوصية عهديّة، بأن قال: أعطوا زيدا أحد عبيدي، أو كان الموصى به الفرد المرّد الذي تقدّم أنّهم صرّحوا بجواز تملكه في الوصية، فأمر التعيين و إن كان أيضاً بيد الوارث إلا أنه غير مربوط بمحل البحث.

٣٤٣١. فيما ذكره نظر، لأن البيع ثانياً و إن كان ينحصر مصاديقه القابلة لانطباقه عليها فيما عدا المبيع أولاً من حين صدور البيع الثاني، إلا أن المبيع أولاً يطرد عليه ذلك - أي: انحصار مصاديقه فيما عدا المبيع ثانياً - من حين صدور البيع الثاني بعد أن لم يكن كذلك قبله،

صاع واحد كان للأول، لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سارٍ في مال البائع وهو ما عدا الصاع من الصبرة، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض وهذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة.

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض (٣٤٣٢)، وأما إذا قبض، فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري، وإن قبض في ضمن الباقي - بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاءً، والباقي أمانة - حصلت الشركة (٣٤٣٣)، لحصول ماله في يده وعدم توقفه على تعيين وإقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقه في الباقي، فحينئذٍ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح، فيحسب عليهما.

فبعد زمان البيع الثاني يكون كل واحد من الصيعان المشتمل عليها الصبرة قابلاً لتطبيق البائع كل واحد من الصاعين المبيعين عليه في عرض واحد، ويكون البائع مخيراً في جعل كل واحد منها مصداقاً لكل واحد من المبيعين على نحو التخيير بينهما في عرض واحد، بعد أن كان مخيراً في جعله مصداقاً للمبيع الأول. فكلما تلف من الصبرة ونقص من الصيعان تنطبق أطراف ما كان التخيير في جعله مصداقاً لأحد المبيعين حتى لا يبقى إلا مصداق واحد، فيتعين جعله مصداقاً لأحدهما لا بعينه، فلاوجه لتخصيصه بالأول، بل البائع مخير في جعله مصداقاً لأحدهما كما كان مخيراً فيه قبل التلف والمحصار المصداق فيه.

٣٤٣٢. بل ما لم يتعين في ضمن فرد، وبين التعيين وبين الإقباض عموم من وجه، لتحقق الأول دون الثاني في التعيين قبل الإقباض، والعكس في إقباض الجميع بدون تعيين فرد للمبيع الكلي.

٣٤٣٣. فيه نظر، إذ لاوجه له إلا لزوم الترجيح بلا مرجح لولاه، وهو مبني على مال المشتري بهذا النحو من الإقباض، وهو ممنوع، لأنه لا يكون بيده إلا بعد خروجه عن الكلي، و إنقلابه إلى الشخص الخارجي كذلك إلا بالتعيين، إما بتعيين البائع أو المشتري برضا البائع، وإما بالتعيين القهري، كما إذا تلف ما عدا مقدار المبيع، والمفروض انتفاء الكل، فلا يكون ماله بيده، فيكون كل ما في يده للبائع، فيحسب التالف عليه قبل التعيين كما فيما قبل القبض. ومنه يظهر منع صدق الوفاء على هذا الإقباض المجرد عن التعيين.

في بيع صاع من صبرة ٤٧٩

و الحاصل: أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً (٣٤٣٤) ملكاً فعلياً للمشتري، و الملك الفعلي له حينئذ هو الكلّي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه* محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه، فيحسب على البائع. بخلاف التالف بعد الإقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً، لتحقيق الإقباض (٣٤٣٥)، فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع و المشتري على حد سواء. نعم، لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض.

هذا كله مما لا إشكال فيه، و إنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرتالاً معلومة: أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه. و ظاهر ذلك تنزيل الأرتال المستثناة على الإشاعة و لذا قال في الدروس: إن في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة^{٦٠}، و حينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين حيث إن مسألة الاستثناء (٣٤٣٦) ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. و المشهور هنا التنزيل على الكلّي بل لم يعرف من جزم بالإشاعة. و ربما يفرق (٣٤٣٧) بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلّي و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة. و فيه: أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدي عن مورده إلى مسألة الاستثناء، أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة (٣٤٣٨)،

.....

٣٤٣٤. الأول فيما إذا كان الجزء المعين بمقدار المبيع، و الثاني فيما إذا كان أزيد منه.
٣٤٣٥. بل غير حاصل فعلاً، لعدم كفاية الإقباض المحرّد عن التعيين المفروض انتفائه كما عرفت.

٣٤٣٦. و الحال أن المبيع فيها - كمسألة بيع صاع من صبرة - بعض من جملة تعلق به البيع و بقي الآخر في ملك البائع المالك.

٣٤٣٧. هو صاحب الجواهر.

٣٤٣٨. يعني: بيان الفارق بين مورد الصحيحة و بين مسألة الاستثناء، و بيان وجه

* في بعض النسخ بدل «جزئه»، ضرره.

و إن اقتصر على مورده لم يتعدّ إلى غير مورده حتّى في البيع إلّا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدي و بين مسألة الاستثناء. و بالجملة، فالنصّ بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدي عن مورده الشخصي.

و أضعف من ذلك: الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة (٣٤٣٩) في مسألة الاستثناء؛ لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص. و أضعف من هذين، الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاة و غيرها لما يحمل الكلّي فيها على الإشاعة و بين البيع، باعتبار القبض في لزوم البيع (٣٤٤٠) و إيجابه على البائع، فمع وجود فرد يتحقّق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري؛ إذ هو شبه الكلّي في الذمّة (٣٤٤١). و فيه - مع أنّ إيجاب القبض متحقّق في مسألتَي الزكاة و الاستثناء -: أنّ إيجاب القبض على البائع يتوقّف على بقائه؛ إذ مع عدم بقائه كلاً أو بعضاً يفسخ البيع في التالف و الحكم بالبقاء يتوقّف على نفي الإشاعة، فنفي الإشاعة بوجوب

خروج مسألة الاستثناء عن القاعدة المستفادة من الصحيحة. و يمكن أن يختار هذا و يقال في وجه الفرق بأنّ مفاد الاستثناء إبقاء الملكية السابقة على البيع في المقدار المستثنى، غاية الأمر كانت قبل البيع في ضمن ملكيّة الكلّ، و صارت فيه بعد البيع مستقلّة، و هذا غير قابل لأن يكون بنحو الكلّي في المعين، بل ينحصر في كونه بنحو الإشاعة، و إلّا لم يكن إبقاء الملكية بل كان إحداثاً للملكيّة الجديدة، إذ لم يكن ملك البائع للمستثنى قبل البيع من قبيل ملك الكلّي في المعين. و هذا بخلاف بيع صاع من صبرة، فإنّ مفادَه تملك الكلّي في المعين على ما قوّاه فيما سبق. فالمستفاد من الرواية و إن كان حكم القاعدة، إلّا أنّ اللازم منه التعدي إلى ما كان ممثلاً لموردها لا إلى غيره.

٣٤٣٩. في التضعيف نظر، لأنّ دعوى القطع بعدم استنادهم إلى نصّ خاصّ - مع أنّها مجازفة - معارضة بالقطع بعدم استنادهم إلى التشهّي الصرف، بل لعلّ هذا أرجح من ذاك، فافهم.

٣٤٤٠. الجارّ متعلّق بالفرق، و الإيجاب عطف على الاعتبار.

٣٤٤١. فمادام يمكن تحصيل فرد منه يجب.

في بيع صاع من صبرة ٤٨١
الإقباض لا يخلو عن مصادرة (٣٤٤٢) كما لا يخفى. و أما مدخلة القبض في اللزوم فلا
دخل له أصلاً في الفرق.

و مثله في الضعف لو لم يكن عينه - ما في مفتاح الكرامة من الفرق: بأن التلف من
الصبرة (٣٤٤٣) قبل القبض، فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و إن بقي قدره، فلا ينقص
المبيع لأجله، بخلاف الاستثناء، فإن التلف فيه بعد القبض، و المستثنى بيد المشتري أمانة على
الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما، و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا، بخلاف البائع
هناك^{٦١}، انتهى. و فيه - مع ما عرفت من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب
تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به؟ - أنه: إن أريد من
كون التلف في مسألة الاستثناء بعد القبض: أنه بعد قبض المشتري (٣٤٤٤)؟ ففيه: أنه
موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري و لا كلام فيه و لا إشكال، و إنما
الإشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع و البائع في مسألة الاستثناء، حيث إن كلا
منهما يستحق مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقه،



.....
٣٤٤٢. بل دور مضمّر. مركز تحقيق علوم إسلامي

٣٤٤٣. يعني: أن مورد حكم المشهور بكون التالف على البائع فقط - في مسألة بيع
صاع من صبرة - صورة كون التلف قبل قبض الصاع المبيع، و مورد اتفاق الأصحاب على
حساب التالف على البائع و المشتري بحسب حصّتهما - في مسألة الاستثناء - صورة كون
التلف بعد قبض المشتري تمام الثمرة، المستثنى منه بعنوان أخذ حقه و ماله، و المستثنى بعنوان
الأمانة، على تحقّق الملك للبائع بالنسبة إلى هذا المستثنى ملكاً فعلياً، الحاصل بقبض مقدار حقه
المتحقّق بمجرّد كونه في يده في ضمن الكلّ بعد العقد. و إن شئت قلت: بعد قبض البائع حقه
في ضمن الكلّ، و إقباض الكلّ للمشتري، الموجب لكونه بالنسبة إلى ما عداه إيفاءً. هذا بناءً
على كون ملك البائع للمستثنى ملكاً جديداً حاصلاً من شرائه من مشتري الثمرة، كما يظهر
من المصنّف. و أما بناءً على أنّه عين الملك السابق، و أن مفاد الاستثناء إبقائه في ملكه كما هو
الحقّ، فلا وجه لاعتبار القبض فيه أصلاً.

٣٤٤٤. أي: قبضه حقه - و هو المستثنى منه - في ضمن قبض الجميع.

فكيف يحسب نقص التالف* على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقه**
الكلي.

و إن أريد من كون التلف بعد القبض: أن الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك، فإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع مالا مشتركا، فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشتري، فلاشتراك كان (٣٤٤٥) قبل القبض.

٣٤٤٥. قبل قبض المشتري الثمرة، لأنه كان في يده و قبضه في ضمن الكل بعد العقد و قبل الدفع إلى المشتري، و هذا المقدار من القبض كافٍ في تملك مالك الكلي للفرد فعلاً.
و حاصل الجواب: منع كفاية ذلك فيه: بل لا بد فيه من كونه بإقباض مالك الكل، و هو المشتري في مسألة الاستثناء.

هذا، و فيه: أنه و إن كان يعتبر في صحة قبض الكلي أن يكون بإقباض مالك الكل، إلا أن كون مالك الكل في تلك المسألة هو المشتري ممنوع، لأنه مبني على كون المبيع فيها تمام الثمرة، و أن الاستثناء وقع بعد صيرورة تمامها ملكاً للمشتري، بحيث يكون البائع قد استثنى من الثمرة الأبطال بعد بيعها و نقلها إلى المشتري في ضمن الكل، و لا يخفى أن الاستثناء لا يفيد هذا المعنى، و إنما مفاده كون المبيع غير الأبطال، و أن الأبطال باقية في ملك البائع بالملك الذي كان له قبل البيع، فيكون مالك الملك حينئذٍ في مسألة الاستثناء - مثل مسألة بيع صاع من صبرة - هو البائع، فتكون الثمرة بيده قبضاً لا يحتاج إلى إقباض المشتري، و إنما يحتاج إلى ذلك في صحة قبض المشتري ماله، و هو المستثنى منه، لكن في لزوم ملكه الفعلي لا في فعلية ملكه، لأن اشتراه مال شخصي، و هو الثمرة الخارجية المحدودة بحد الاستثناء، لا كلي في المعين، فبعد إقباضه إلى المشتري تمام الثمرة يصير المستثنى بيد المشتري أمانة، و المستثنى منه ملكاً فعلياً له. فالثمره بعد قبض المشتري إياها مشتركة بينهما، لمسألة بطلان الترجيح بلا مرجح لو صححت في المقام كما عليها المصنف رحمه الله. فكل ما تلف فتلف منهما مثل مسألة بيع صاع من صبرة بعد قبض جميع الصبرة، بلا فرق بينهما، لا في كون الملك من قبيل الكلي في المعين حين المعاملة، و لا في الإشاعة فيما بعد القبض الموجب لحساب التالف عليهما.

في بيع صاع من صبرة ٤٨٣

ففيه: أن الإشكال بحاله؛ إذ يبقى سؤال الفرق (٣٤٤٦) بين قوله: "بعتك صاعاً من هذه الصبرة" و بين قوله: "بعتك هذه الصبرة - أو هذه الثمرة - إلا صاعاً منها"، و ما

هذا كله بالقياس إلى ما بعد القبض في المسألتين. و أما بالقياس إلى ما قبله فلا فرق بينهما أيضاً في كون ملك البائع في مسألة الاستثناء و ملك المشتري في مسألة بيع صاع من صبرة كلياً في المعين حين العقد، إلا أنه باقٍ على كليته بعد البيع أيضاً في مسألة بيع الصاع، و عدم تشخصه في ضمن الخارج، الذي لازمه عدم حساب التالف على مالكة أصلاً، بخلافه في مسألة الاستثناء، فإنه و إن كان كلياً في مرحلة تعلق البيع إلا أنه بمجرد تحقق البيع يخرج عن الكلية إلى الجزئية، الذي لازمه الإشاعة بمقدمة بطلان الترجيح بلا مرجح. و الفرق بينهما من هذه الجهة: هو أن سبب الخروج عن الكلية - أعني: تحقق القبض من مالك الكلي بناءً على ما ذكره المصنف من خروج الكلي بذلك عن الكلية - موجود في مسألة الاستثناء، لما مرّ أن ماله بيده مقارناً للبيع، و هو قبض، و لاجابة في كونه قبضاً إلى إقباض المشتري، بخلاف بيع الصاع. و لو فرض وجود ذلك في مسألة بيع الصاع، بأن فرضنا كون الصبرة المبيع منها صاع في قبض المشتري حال العقد، لقلنا بالإشاعة فيها أيضاً.

و بالجملة، إشكال الفرق بين المسألتين منحصر بما قبل القبض. و يندفع: بأن الفرق بينهما بوجود سبب التنزيل على الإشاعة - أعني: تحقق القبض من مالك الكلي - الموجب لانقلابه إلى الجزئي في مسألة الاستثناء، و عدم وجوده في المسألة الأخرى. و لك أن تقول بالإشاعة في مسألة الاستثناء من أول الأمر و من حين الاستثناء، بلحاظ وقوعه حال كونه بيده و في قبضه الموجب للإشاعة، فيكون قرينة على إرادتها، بخلاف مسألة بيع الصاع، فيحمل على معناه العرفي، و هو الكلي في المعين، لانتفاء هذه القرينة فيها.

هذا، لكنه مبني على كون قبض ما يشمل على مقدار الكلي مخرجاً له عن الكلية إلى الجزئية، و قد مرّ الإشكال فيه. فالتحقيق في رفع الإشكال أن يقال: إنه مبني على كون ملك البائع للمستثنى بنحو الكلي في المعين، و هو مبني على كون مفاد الاستثناء ملكية جديدة، و هو اشتباه صرف، و إنما مفاده إبقاء الملكية السابقة، و هو منحصر بأن يكون بنحو الإشاعة في الكل، لتحقيقه في السابق، بخلاف الكلي في المعين كما لا يخفى.

٣٤٤٦. قد تقدّم بيان الفرق بينهما.

الموجب للاشتراك في الثاني دون الأول؟ مع كون مقتضى الكلّي عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكه إلا بعد إقباض مالك الكلّ الذي هو المشتري في مسألة الاستثناء، فإنّ كون الكلّ بيد البائع المالك للكلّي لا يوجب الاشتراك. هذا، مع أنّه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشتري إلاّ بإذن البائع، كما يشعر به فتوى جماعة (٣٤٤٧) منهم الشهيدان و المحقق الثاني بأنّه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي.

و يمكن أن يقال: إنّ بناء المشهور في مسألة استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعة قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود - كما ينسب عنه (٣٤٤٨) فتوى جماعة منهم: بأنّه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصّة البائع في الباقي.

٣٤٤٧. يعني: يشعر بعدم الاشتراك. و وجه الإشعار: أنّه بناءً على الاشتراك بمجرّد العقد لا وجه لوجوب أدائه من خصوص الباقي، بل يتخيّر بينه و بين أدائه من غيره كما في سائر موارد الضمان. و يمكن أن يقال: بأنّ الوجه فيه مع الاشتراك كونه أقرب إلى التالف من غيره. بل يمكن أن يقال: بأنّه يدلّ على الاشتراك، إذ مقتضى تخصيصهم الحكم بصورة التفريط أنّه مع عدمه لا يجب أدائه من الباقي، و حينئذٍ فإمّا أن يجب أدائه من غيره، و إمّا أن لا يجب أدائه بالمرّة، بمعنى عدم ضمانه له و ضمانه من كيس البائع و تلفه منه. و لا مجال للأوّل، لأنّ حقّ البائع إن كان من قبيل الكلّي في المعين كما تقول فلا بدّ من أدائه من خصوص الباقي، و إن كان بنحو الإشاعة فكذلك أيضاً، لما مرّ من كون الباقي أقرب إلى التالف، فتعين الثاني، و هو من لوازم الإشاعة، إذ معناه كون التالف من البائع بمقدار حصّته، و لا يكون ذلك إلاّ مع الإشاعة، فتأمّل كي تعرف أنّ ما ذكره بعض المحقّقين في هذا المقام لم يقع في محله.

هذا كلّّه مضافاً إلى أنّه لم يفت الثانيان من هؤلاء الجماعة بكون الأداء من خصوص الباقي، و إنّما أفتيا بمجرّد الضمان مع التفريط، و هو أعمّ من ذلك.

٣٤٤٨. أي: عن عدم الإشاعة و الاشتراك في الثمرة الموجودة مادامت موجودة و لم يتلف منها شيء، و كون الثمرة بتمامها في هذا الحال للمشتري، و كون مال البائع في هذا الحال - و هو المستثنى - كلياً في المعين. و أمّا وجه الإنباء عن ذلك فقد تقدّم - مع ما فيه - في شرح قوله: «كما يشعر...».

في بيع صاع من صبرة ٤٨٥
و يؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء أرتال معلومة من الثمرة على استقلال المشتري
في التصرف و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء - فالمسألتان مشتركتان في التنزيل
على الكلّي، و لا فرق بينهما إلا في بعض ثمرات التنزيل على الكلّي و هو حساب التالف
عليهما. و لا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلّي المستثنى هو
الكلّي الشايع فيما يسلم للمشتري (٣٤٤٩)،

٣٤٤٩. يمكن أن يكون المراد أن المتبادر من المستثنى في مسألة الاستثناء هو الكلّي
الشايع بالنسبة إلى خصوص ما يسلم للمشتري و يبقى له بعد تلف ما تلف، بمعنى شيوع الكلّي
في خصوص أفراد ما يبقى سالماً له، و الكلّي المشاع بالنسبة إلى خصوص التالف، لا الشايع في
مطلق الموجود حال العقد بالمعنى المذكور، أعني: شيوع الكلّي في أفرادها كما في مسألة بيع
صاع من صبرة، حتى يحسب التالف على المشتري خاصة، لا عليه و على البائع معاً، حتى
يشكل بأنه ما الوجه في حساب التالف عليهما في مسألة الاستثناء؟ و لا الكلّي المشاع في مطلق
الموجود، أعني: الكسر، حتى يرتفع إشكال حساب التالف عليهما في مسألة الاستثناء، ضرورة
أنه حينئذ على طبق القاعدة، و يشكل بعدم جواز التصرف في الثمرة إلا بإذن البائع، كما هو
قضية الإشاعة و الشركة، مع أنه خلاف السيرة المستمرة.

فحاصل الفرق بين المسألتين: دعوى تبادر الكلّي الشايع في الموجود بعد العقد بالمعنى
المذكور في مسألة بيع الصاع، و مقتضاه اختصاص التالف بالبائع، و دعوى تبادر الكلّي المشاع
- بمعنى إشاعة الجزء في الكل - بالنسبة إلى التالف، و الكلّي الشايع بالمعنى المذكور بالنسبة إلى
المقدار الباقي بيد المشتري بعد تلف ما تلف. و مقتضاه من الجهة الأولى حساب التالف عليهما
لو كان التلف بغير تفريط المشتري، لفرض الإشاعة و الشركة بالنسبة إليه، و من الجهة الثانية
عدم الحاجة إلى إذن البائع في جواز تصرف المشتري في الثمرة، لفرض كلية حقه و عدم إشاعته
في الثمرة إشاعة الجزء في الكل، فتأمل فلعلك تظفر على توجيه آخر، و إلا فظاهره من كون
المستثنى بتمامه شايعاً فيما يسلم للمشتري يقتضي اختصاص التالف بالمشتري، مثل فرض كونه
شايعاً في مطلق الموجود وقت العقد، و هو خلاف المقصود.

هذا، و لكن يرد على ما ذكرنا أن الاستثناء أمر واحد يتبادر منه معنيان باعتبار حالتي
التلف و البقاء، فإن كان المتبادر منه الكلّي في المعين فكيف ينقلب إلى الإشاعة في المقدار

لامطلق الموجود وقت البيع. و إن كان بنائهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه في ذلك: أن المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلّي، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع، فمعنى "بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً منها": "بعتك الكلّي الخارجيّ الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع" فهو كلي كنفس الصاع، فكلّ منهما مالك لعنوان كلي، فالموجود مشترك بينهما؛ لأن نسبة كلّ جزء منه إلى كلّ منهما على فحج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح؛ وكذا التالف نسبته إليهما على السواء، فيحسب عليهما. و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإن مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلي في قولنا: "بعتك صاعاً من هذه الصبرة"؛ إذ لم يقع موضوع الحكم* في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع. فإن قلت: إن مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً في الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع. قلت: نعم و لكن ملكيّة البائع له ليس بعنوان كلي حتى يبقى ما بقي** ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقاً*** على هذا العنوان و على عنوان الصاع على فحج سواء، ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجى الاشتراك، فإذا لم يبق إلا صاع (٣٤٥) كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالاً له و لا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل. هذا ما خطر عاجلاً بالبال و قد أوكلنا تحقيق هذا المقام - الذي لم يبلغ إليه ذهني القاصر - إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل في المعائر. قال في الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد: إن أقسام بيع الصبرة عشرة؛ لأنها إما أن تكون معلومة المقدار أو مجهولة، فإن كانت معلومة صحّ بيعها أجمع، و بيع جزء منها معلوم مشاع، و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه، و بيعها كلّ قفيز بكذا، لا**** بيع كلّ قفيز منها بكذا. و المجهولة كلّها باطلة إلا الثالث، و هو بيع

التالف بالتلف؟ و على فرض الإمكان لاريب في أنّه خلاف الظاهر فضلاً عن ظهوره و تبادره. ٣٤٥٠. الظاهر أن هذا تفريع على ما قبل السؤال و الجواب.

** لم يرد «ما بقي» في بعض النسخ.

* في بعض النسخ: موضوعاً لحكم.

**** في بعض النسخ بدل «لا»، إلا.

*** في بعض النسخ: مصداقاً لهذا العنوان و عنوان الصاع.

مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه. و لو لم يعلم باشتغالها عليه، فظاهر القواعد و المحكي عن حواشي الشهيد و غيرها عدم الصحة و استحسنة في الروضة، ثم قال: و لو قيل بالاكتفاء بالظن باشتغالها عليه كان متجهاً^{٦٢}. و المحكي عن ظاهر الدروس و اللمعة الصحة، قال فيها: فإن نقصت تخير بين أخذ الموجود منها بمحضته من الثمن و بين الفسخ، لتبعض الصفقة. و ربما يحكي عن المبسوط و المحكي* خلافة^{٦٣} (٣٤٥١)، و لا يخلو عن قوة و إن كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الغرر** (٣٤٥٢) بالخيار؛ لما عرفت غير مرة: من أن الغرر إنما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

و إن قيل: عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر. قلنا: نعم، إذا بني العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود، و أما إذا بني على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفاً، و ربما يحتمل الصحة مراعى بتبين اشتغالها عليه. و فيه: أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتغال. هذا، و لكن الأول بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة إلا*** مع العلم بالاشتغال أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهة استصحاب الاشتغال. و أما الرابع مع الجهالة - و هو بيعها كل قفيز بكذا - فالحكي عن جماعة^{٦٤} المنع. و عن ظاهر إطلاق المحكي من عبارتي المبسوط و الخلاف أنه لو قال: "بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم" صح البيع. قال في الخلاف: "لأنه لا مانع منه، و الأصل جوازه". و ظاهر إطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتغال. و عن الكفاية: نفى البعد عنه^{٦٥}؛ إذ المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن كما يمكن أن يعرف، بأن تكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزاتها،

٣٤٥١. أي: البطلان الذي هو خلاف الصحة.

٣٤٥٢. هذا راجع إلى ما يستفاد من التنظر في تعيين القول بالبطلان، أعني: احتمال

الصحة. يعني: و يحتمل فيه الصحة لا لتدارك الغرر... .

** في بعض النسخ: الضرر.

* في بعض النسخ: عن المبسوط و الخلاف.

*** في بعض النسخ بدل «إلا»، لا.

قال: و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة (٣٤٥٣). وفيه نظر (٣٤٥٤).

.....

٣٤٥٣. قيل: ليس في الكفاية* من ذكر هذا أثر، فلا بد من المراجعة.

٣٤٥٤. لمنع كفاية المشاهدة فيما لا يندفع به الغرر إلا بالوزن و الكيل و العدّ و الزرع.



مركز تحقيقات فقهية إسلامية

* هذا الاعتراض لعلّه على نسخة المحشّي من وجود «الكفاية» بدل «التذكرة». ولكنّ الموجود في المصحّح «التذكرة».

المصادر:

- (١) التذكرة ج ١: ص ٤٦٦.
- (٢) إيضاح الفوائد ج ١: ص ٤٣٠.
- (٣) ————— صحاح ج ٢: ص ٧٦٨، مادة «غرر».
- (٤) الصحاح ج ٢: ص ٧٦٨-٧٦٩.
- (٥) القاموس المحيط ج ٢: ص ١٠٠-١٠١، مادة «غرّة».
- (٦) النهاية (لابن الأثير) ج ٣: ص ٣٥٥-٣٥٦، مادة «غرر».
- (٧) المغرب: ص ٣٣٨.
- (٨) مجمل اللغة (لابن الفارس): ص ٥٣٢، مادة «غرر».
- (٩) الانتصار: ص ٢٠٩.
- (١٠) آل عم ————— ران (٣): ١٨٥؛ الحديد (٥٧): ٢٠.
- (١١) القواعد و الفوائد ج ٢: ص ١٣٧-١٣٨.
- (١٢) غاية المراد: ص ٩٣.
- (١٣) الجواهر ج ٢٢: ص ٣٨٥.
- (١٤) المختلف ج ٥: ص ٢١٦.
- (١٥) الشرايع ج ٢: ص ١٧؛ القواعد ج ١: ص ١٢٥؛ التذكرة ج ١: ص ٤٦٦.
- (١٦) جامع المقاصد ج ٤: ص ٩٢.
- (١٧) كفاية الاحكام: ص ٩٠.
- (١٨) الغنية: ص ٢١١-٢١٢.
- (١٩) اللمعة الدمشقية: ص ١١١.
- (٢٠) المسالك ج ٤: ص ٢٤.
- (٢١) المختلف ج ٥: ص ٢١٦.
- (٢٢) الخلاف ج ٣: ص ١٦٨.
- (٢٣) الوسائل ج ١٢: ص ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.
- (٢٤) الوسائل ج ١٢: ص ٢٦٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.
- (٢٥) الخدائق ج ١٨: ص ٤٣٨.
- (٢٦) المختلف ج ٥: ص ٢٤٣-٢٤٤؛ التذكرة ج ١: ص ٤٧٢.
- (٢٧) الوسائل ج ١٢: ص ٣٩٩، الباب ٢٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.
- (٢٨) القواعد ج ١: ص ١٤١.
- (٢٩) التذكرة ج ١: ص ٤٧٧.
- (٣٠) الفقيه ج ٣: ص ٢٢٣، الحديث: ٣٨٣٠.
- (٣١) الوسائل ج ١٣: ص ٦٣، الباب ٧ من أبواب السلف، الحديث ١.
- (٣٢) الكافي ج ٥: ص ١٩٤، الحديث ٧.
- (٣٣) الرياض ج ١: ص ٥١٥.
- (٣٤) الوسائل ج ١٢: ص ٢٥٩، الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه.

- (٣٥) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٢٢٤.
- (٣٦) الجواهر ج ٢٢: ص ٤٢٧-٤٢٨.
- (٣٧) التذكرة ج ١: ص ٤٨٣.
- (٣٨) الشرايع ج ٢: ص ٤٥.
- (٣٩) الدروس ج ٣: ص ٢٩٧.
- (٤٠) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٢٢٨-٢٢٩.
- (٤١) عوالي اللآلي ج ٢: ص ٩٨؛ الحديث ٢٧٠.
- (٤٢) مجمع الفائدة ج ٨: ص ١٧٧.
- (٤٣) الحدائق ج ١٨: ص ٤٧١-٤٧٢.
- (٤٤) النهاية: ص ٣٧٨؛ المراسم: ص ١٧٩.
- (٤٥) القواعد ج ١: ص ١٣٣.
- (٤٦) اللمعة الدمشقية: ص ١١٣.
- (٤٧) الشرايع ج ١: ص ١٨.
- (٤٨) التذكرة ج ١: ص ٤٧٠.
- (٤٩) الرياض ج ١: ص ٥١٥.
- (٥٠) السرائر ج ٢: ص ٣٥٠.
- (٥١) الخلاف ج ٣: ص ٣٨.
- (٥٢) إيضاح الفوائد ج ١: ص ٤٣٠.
- (٥٣) الحدائق ج ١٨: ص ٤٨٠.
- (٥٤) التذكرة ج ١: ص ٤٧٠.
- (٥٥) جامع المقاصد ج ٤: ص ١٠٣.
- (٥٦) الجواهر ج ٢٣: ص ٢٢٢-٢٢٣.
- (٥٧) جامع المقاصد ج ٤: ص ١٠٥.
- (٥٨) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.
- (٥٩) جامع الشتات ج ٢: ص ٩٥، المسألة: ٧٢.
- (٦٠) الدروس ج ٣: ص ٢٣٩.



مرکز تحقیقات کتابت و نشر علوم اسلامی

مسألة: إذا شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها، فإن اقتضت العادة تغييرها (٣٤٥٥) عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصح بيع الغائب؛ لأن الرؤية القديعة غير نافعة. وإن اقتضت العادة بقائها عليها فلا إشكال في الصحة ولا خلاف* أيضاً إلا من بعض الشافعية. وإن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغيير (٣٤٥٦) والبناء عليها في العقد، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل والوزن؛ لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها. و لو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أمانة على خلافه،

٣٤٥٥. المراد من ذلك صورة القطع بالتغير، و من مقابله صورة القطع بعدم التغير، لأنه قضية المقابلة بينهما و بين قوله: «و إن احتمل الأمران...». و على هذا فالحكم فيهما ما ذكره في المتن.

٣٤٥٦. في إطلاقه و لو لم يفد الوثوق منه، إذ لا يخلو الحال عن أن نقول بحجية الاستصحاب إما من باب الظن الفعلي، كما يساعد عليه قوله: «لأن الأصل من الطرق التي تعارف التأويل عليها» سيما بعد ملاحظة قوله: «و لو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أمانة على خلافه، فإن بلغت قوة الظن...»، وجه المساعدة ظاهر، و إما من باب الأخبار. و على التقديرين لا يجدي في المقام، لأن موضوع الصحة انتفاء الغرر، و من المعلوم أنه لا ينتفي إلا بالوثوق و الاطمئنان بعدم التغير، و هو لا يثبت باستصحاب عدم التغير. أما على الأول فلائنه بناءً عليه و إن كان من الطرق التي يتعارف التعويل عليها في إثبات المستصحب و لوازمه مطلقاً و إن لم تكن شرعية مثل سائر الأمارات، إلا أنه لا يثبت به موضوع الصحة، و هو عدم الغرر، لأنه لا بنفسه مستصحب و لا لازم له، أما الأول فلأن المستصحب عدم التغير. و أما الثاني فلأن عدم الغرر لازم الوثوق بعدم التغير الواقعي لا لنفس العدم المذكور. و أما على الثاني فلما ذكر، مضافاً إلى عدم حجية الميثب منه بناءً عليه.

هذا بناءً على مذاق المصنف في أخبار الاستصحاب، من أن مفادها تنزيل المستصحب منزلة الواقع في الآثار المترتبة على الواقع. و أما بناءً على الحق الذي حققناه في محله من أن

فإن بلغت قوة الظن حداً يلحقه بالقسم الأول - وهو ما اقتضى العادة تغييره - لم يجوز البيع وإلا جاز (٣٤٥٧) مع ذكر تلك الصفات، لا بدونه؛ لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها بل يمكن القول بالصحة في القسم الأول (٣٤٥٨) إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغواً، لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة.

وكيف كان، فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فأنكشف التغير تحيّر المغبون (٣٤٥٩)

مفادها تنزيل الشك منزلة القطع، و بعبارة أخرى تنزيل زوال القطع منزلة بقاءه، فلا ريب في جواز الاعتماد على أصالة عدم التغير، لتحقق القطع بعدم التغير و عدم الغرر به لكن تعبداً لاحقية.

٣٤٥٧. بل لم يجوز، لأجل الغرر للتحقق في المقام على ما فهموه من النبوي، و مجرد ذكر الصفات ما لم يفد الوثوق بها لا يرفعه. و لا يجوز قياسه على بيع الغائب بالوصف إلا فيما إذا كان جوازه على طبق القاعدة، أي: لأجل ارتفاع الغرر به، و هو ممنوع، لاحتمال كونه لأجل قيام دليل خاص عليه كالإجماع.

٣٤٥٨. يعني به ما ذكره بقوله: «فإن بلغت قوة الظن حداً يلحقه بالقسم الأول».

٣٤٥٩. مع انكشاف تغير المبيع حال البيع عما وقع عليه من الصفات بزيادة أو نقصان يطل البيع، أو يصح بلا خيار، أو معه، فيه وجوه المشهور هو الأخير. و حكى القول بالثاني في الجواهر عن بعض. و احتمل الأول في النهاية. و الظاهر هو الثاني، لعمومات الصحة و اللزوم، مع عدم ما يدل على البطلان أو الخيار.

أما الأول فلأن غاية ما يقال في وجه البطلان ما ذكره المصنف توجيهاً لاحتمال البطلان، و حاصله: أن ما وقع عليه العقد - و هو الواجد للصفات - لم يكن موجوداً، و ما كان موجوداً - و هو الفاقد للصفات - لم يقع عليه العقد.

و فيه: أن موضوع البحث هو المعاملة على المرئي في السابق باعتقاد بقاءه على ما رآه عليه، من دون أن يكون هناك توصيف في متن العقد أو في خارجه، حتى يكون المبيع هو الموصوف المقيد بالوصف، فيقال: إن المقيد ينتفي بانتفاء قيده، و لازمه أن الموجود الفاقد للوصف لم يقع العقد عليه حتى يقال بصحته، فالذي تخلف في الفرض هو الاعتقاد، و هو لا يوجب عدم وقوع العقد

- و هو البائع إن تغيّر* إلى صفات زادت في مآلته، والمشتري إن نقصت عن تلك الصفات - لقاعدة "الضرر"، و لأن الصفات المبني عليها في حكم الصفات المشروطة، فهي من قبيل تخلف الشرط كما أشار إليه في نهاية الأحكام و المسالك بقولهما: الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي، فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

و توهم أن الشروط إذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد، مدفوع بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيورها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد. و الصفات المرئية سابقاً حيث إن البيع لا يصح إلا مبنياً عليها كانت دخولها (٣٤٦٠)

على الموجود الفاقد للوصف المعتقد وجوده فيه اعتقاداً مستنداً على رؤيته عليه في السابق، كما لا يوجب عدم وقوعه عليه لو اعتقد وجوده فيه لأجل أمر آخر غير الرؤية.

و أما الثاني فلعدم الدليل عليه، لأن الخيار المحتمل هنا إما أن يكون لأجل تخلف الوصف كما يحتمل، أو لأجل تخلف الشرط كما هو الظاهر من النهاية و المسالك، أو لأجل الغبن. و الكل متنفذ. أما الأول و الثاني لتوقفهما على التوصيف و الاشتراط في متن العقد أو قبل العقد و إيقاع العقد مبنياً عليه، و المفروض انتفاءهما، لما مرّ أنه ليس إلا المعاملة على ما رآه سابقاً، فالمتخلف فيه ليس إلا الاعتقاد - أي: الداعي - و هو لا يوجب الخيار.

و أما الثالث فلأن التغير أعم من الغبن من وجه، إذ قد يكون هناك تغير بلا غبن، كما اشتراه بقيمة المتغير، و قد يكون الأمر بالعكس، كما إذا اشتراه بأقل منها أو أزيد. إلا أن يقال: إنه خيار مستقل غير الخيارات الثلاثة. و يردّه عدم الدليل عليه إلا قوله في رواية جميل الواردة في شراء الأرض: «لو قلب منها - يعني: الأرض - و نظر إلى تسع و تسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة لم يرها، لكان فيه خيار الرؤية» و لادلالة له عليه إلا بحمله على شراء القطعة الغير المرئية من جهة اعتقاده كونها مثل القطعات المرئية، و هو في حيز المنع، لاحتمال شرائها بالتوصيف أو الاشتراط، فتأمل. فلم يبق إلا دعوى الإجماع، و فيه ما فيه.

٣٤٦٠. قد علم مما ذكرنا في الحاشية السابقة أن مجرد البناء على وجود الصفات، الناشئ من الاعتقاد بوجودها، المسبب عن الرؤية السابقة، المتوقف عليه الصحة، لا يوجب

في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية؛ ولذا لو لم يكن البيع عليها و لم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً، فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجة لا يجب ملاحظتها في العقد. واحتمل في نهاية الأحكام البطلان، ولعله لأن المضي على البيع وعدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاء بالعقد واجب، فلا خيار وإن لم يكن وفاء لم يدل دليل على جوازه. وبعبارة أخرى: العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته وإلا فلا وجه للخيار مع أصالة اللزوم.

و يضعفه: أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع - إما بناء العقد عليها (٣٤٦١) وإما بذكرها في متن العقد - لاتعدّ مقومات للعقد كما أنها ليست** مقومات المبيع، ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار؛ دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. و تمام الكلام في باب الخيارات إن شاء الله.

فرعان

الأول: لو اختلفا في التغير*** (٣٤٦٢) فادّعاه المشتري؛

دخولها في العقد فضلاً عن كونه أولى من دخول الشرط. فكل شرط أو وصف لا بدّ في ترتب أثر الخيار على تحلّفه من الذكر اللفظي، من دون فرق بين ما يعتبر الاعتقاد بوجوده في صحة العقد وبين غيره. ففي القسم الأول إن اعتقد بوجوده في المبيع حين البيع صحّ البيع، لارتفاع الغرر باعتقاده، فإن ذكر مع ذلك في العقد فتحلّفه يوجب الخيار على المعروف بين الأصحاب، وإلا فلا.

٣٤٦١. قد مرّ أن مجرد ذلك لا يوجب اعتبارها فيه، لا بطور المقوم حتى يطل، ولا بطور الحقّ الزائد كي يكون له الخيار لحديث نفي الضرر، إلا أن يقال: إن تحلّف الداعي ضرر أيضاً، لكنّه كما ترى.

٣٤٦٢. يعني: لو اختلفا في تحقّق تغيّر المبيع بنقصانه عمّا وقع عليه المشاهدة قبل البيع من الأوصاف، بأن اختلفا في أنّه كان سميئاً حين المشاهدة فتغيّر سمّه إلى الهزال قبل البيع، فوقع

** في بعض النسخ زيادة: من.

* في بعض النسخ زيادة: من.

*** في بعض النسخ: التغيّر.

في بيع العين المشاهدة في زمان سابق ٤٩٥

ففي المبسوط و التذكرة^٢ و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك: تقديم قسول المشتري، لأن يده على الثمن كما في الدروس (٣٤٦٣)،

البيع على المهزول، فادّعاه المشتري و قال: إنّه كان سميناً فلي الخيار، و أنكره البايع و قال: إنّه كان مهزولاً حين المشاهدة فليس له الخيار. و الخلاف في تقديم قول المشتري المدّعي للتغيّر - كما في المبسوط و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك - أو تقديم قول البايع المدّعي لعدمه - كما قوّاه في الجواهر، و اختاره الأستاذان في حاشيتهما على المتن: المولى الأستاذ المحقّق اليزدي^{رحمته} في مسألة خيار الرؤية، و المولى الأستاذ المحقّق الخراساني في المقام، و هو الأقوى، لما تعرف الوجه فيه - إنّما هو ناشٍ من الاختلاف في تعيين ما هو الموجود في المسألة الذي يكون موافقه منكراً و مخالفه مدّعياً من الأصل الجاري فيها، و الحجّة المعمول بها لولا التخاصم في البين، و من هنا يتمسك كلّ من الطرفين بما يتوهم وجوده فيها من الأصل و الحجّة.

٣٤٦٣. هذا أحد الأدلّة على تقديم قول المشتري. و هو بظاهره فاسد، ضرورة أن قول ذي اليد يقدّم فيما إذا كانت أمانة على مالكيّة ذبها، و هو موقوف على الشكّ في كون ما في يده ملكاً له أو لغيره، و لاشكّ في أنّه للبايع بمقتضى تحقق المعاوضة المتفق عليها.

و توجيهه بما ذكره المصنّف بقوله: «إلا أن يقال إن وجود الناقل...» غير وجيه، تنظر فيه المصنّف^{رحمته} في أحكام الخيار من المتن، من جهة عدم الدليل المخصّص لعموم سلطنة الناس على أموالهم. و ثبوت الخيار للمشتري لا يصلح لتخصيصه. أمّا بناءً على تعلّقه بالعقد - كما هو الظاهر على ما يأتي في الخيارات - فواضح. و أمّا بناءً على تعلّقه بالعين فكذلك، لأنّه إنّما يمنع البايع عمّا يوجب زوال حقّ المشتري، و هو غير التسلم.

و بالجملة، ليس الخيار مانعاً عن الأخذ بالعموم. و إعماله بالفسخ يزيل موضوعه، و هو غير التخصيص. و لو سلّم فالشكّ في وجوب التسليم على المشتري مسبّب عن الشكّ في ثبوت الخيار، و مع نفي الخيار بالأصل - بالتقريب الذي تطلّع عليه إن شاء الله - يزول الشكّ عنه. و لو سلّم عدم جريان أصالة عدم تحقّق سبب الخيار فالمرجع أصالة بقاء الملكيّة الحاصلة بالعقد، و عدم زواله بفسخ المشتري. هذا كلّه، مضافاً إلى أنّ النزاع في المقام ليس في مجرد سلطنة البايع على مطالبة ماله عن المشتري، لخلوّه عن الثمرة كما لا يخفى.

و بالجملة، لا وقع لهذا التوجيه. فيحتمل أن يقال: إنّ مراده من اليد قاعدة أماريتها على

و هو راجع إلى ما في المبسوط (٣٤٦٤) و السرائر: من أن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منه إلا بإقراره أو بيّنة تقوم عليه، انتهى.

.....

الملك عند الشكّ في مالكيّة ذبيها، مع فرض كون محلّ الكلام صورة تحقّق الفسخ من المشتري، بناءً على حصوله بمجرّد الكراهة الباطنيّة مقرونة بوجود ما يكشف عنها، مثل التخاصم في المقام كما لا يبعد، بضميمة البناء على شيء آخر لعلّه الحقّ، و هو حجّة اليد و تقديمها على الاستصحاب مطلقاً، حتّى فيما اعترف ذو اليد بكون ما بيده لخصمه قبل دعواه، و أنّه بمجرّد الاعتراف بذلك لا ينقلب ذو اليد مدّعياً. و تحقيق ذلك موكول إلى باب القضاء. فعلى هذا لا بأس بتقديم قول المشتري، لموافقته لليد الحاكمة على الأصل الجاري في المسألة لولاها، و لو كان الشكّ في صحّتها مسبباً عنه كما في المقام، فإنّ الشكّ في صحّة اليد و كونها يد مملوك مسبّب عن ثبوت الخيار له. إلاّ أن يقال: إنّ اليد أمانة الملك فيما إذا شكّ في الملك و عدمه من حين حدوثها، لا فيما إذا كانت مسبوبة بما يعلم بكون ما في اليد لغير ذبيها كما في المقام، حيث إنّها قبل الفسخ كانت يد أمانة، فيرجع فيه إلى استصحاب حال اليد، و لذا لا يعتدّ باليد فيما إذا كانت مسبوبة بالغصب، فتأمل.

و كيف كان، فلعلّ التمسكّ باليد بالتقريب الذي ذكرناه هو المراد ممّا في المبسوط و السرائر من أن المشتري...، بأن يكون معناه: أن المشتري هو الذي ينتزع عنه الثمن الذي يده عليه، و لا يجوز انتزاعه عنه، لأنّه ملكه بظاهر يده، إلاّ أن يسقط يده عن الحجّة، إمّا باعترافه بكونه للبايع فعلاً، أو بقيام البيّنة عليه. لا ما فهمه المصنّف من التمسكّ بأصالة البرائة عن الثمن، المراد منها أصالة البرائة عن وجوب تسليمه، كي يكون معنى كلامهما: أن المشتري هو الذي يجبر شرعاً على تسليم الثمن، و لا يجبر أحد على فعل إلاّ مع وجوبه عليه، و وجوب التسليم على المشتري غير معلوم، فالأصل برائة ذمّته عنه، فلا يجوز الانتزاع منه بدون رضاه، إلاّ إذا أقرّ بوجوبه عليه أو قام به البيّنة. و الشاهد على أنّه فهم ذلك جعل استدلال العلامة بأصالة البرائة عن الثمن تابعاً للشيخ رحمه الله، ضرورة أنّه لا يكون هناك تبعيّة إلاّ أن يكون مراد الشيخ من العبارة المذكورة ما نسبنا فهمه منها إلى المصنّف رحمه الله، حيث إنّ تأويل كلامهما إلى ما ذكرنا أقرب ممّا حمّله المصنّف عليه.

في بيع العين المشاهدة في زمان سابق ٤٩٧
و تبعهما العلامة (٣٤٦٥) أيضاً في صورة الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه رؤية*، حيث تمسك بأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبيّنة. ولأنّ البائع يدعي (٣٤٦٦) علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به، و الأصل عدمه كما في التذكرة.

إلى التمسك بأصالة البرائة على ما مرّ في الحاشية السابقة. و لكن علم بما ذكرنا هناك احتمال إرادتهما ما هو ظاهر عبارة الدروس من التمسك باليد الكاشفة عن الملك، عكس ما ذكره المصنّف رحمه الله.

٣٤٦٥. قد مرّ أن تبعيته للشيخ في التمسك بأصالة البرائة إنّما تتم لو كان مفاد كلام الشيخ التمسك بالأصل، و هو غير معلوم، لما عرفت من احتمال أن يكون مفاده التمسك باليد مثل الدروس.

٣٤٦٦. هذا وجه آخر لتقدم قول المشتري. و فيه: ما لا يخفى، لأنّ الضمير في قوله: «و الأصل عدمه» إن كان راجعاً إلى الرضا به، أي: بالمبيع الموصوف بالوصف الموجود كالهزال مثلاً، ففيه: أنّ قضيتة البطلان. و إن كان راجعاً إلى علمه بالمبيع...، أي: رؤية المشتري المبيع بذلك الوصف الموجود، و إنّما عبر عن الرؤية بالعلم لترتبه عليها، ففيه: أنّ الغرض منه إن كان إثبات الخيار الذي هو من قبيل الحقّ المقابل للحكم، ففيه: أنّه مثبت، ضرورة أنّه معلق على تخلف الوصف المرئي المتوقف على رؤيته على خلاف ذاك الوصف الموجود. و من المعلوم أنّ نفي رؤيته كذلك بالأصل لا يثبت رؤيته بنحو آخر.

و إن كان الغرض منه مجرد نفي لزوم من باب نفي الحكم بنفي الموضوع، ففيه: أنّه يتم لو كان موضوع اللزوم هو العقد على المرئي بالوصف الموجود و هو الهزال، فبأصالة عدم وقوع العقد على ذاك ينفي موضوع اللزوم فينفي حكمه، و لا يحتاج إلى إثبات وقوعه على المرئي بالوصف المفقود كالسمن، كي يشكل عليه بأنّه مثبت. لكنّه ممنوع، لأنّ موضوع اللزوم هو العقد على هذا الموجود الخارجي مطلقاً، بأيّ وصف رآه المشتري في السابق، و إنّما خرج عن هذا ما لو وقع العقد على ما رآه سميناً في السابق، فبعد ملاحظة خروج ذلك يكون موضوع

و لأن الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد^٣.

و يمكن أن يضعف الأول: بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانة، غاية الأمر أنه يدعي سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبّهه باليد إلا أن يقال: إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن، بناءً على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة، و لم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثلن في مدة الخيار و إن تسلّم الآخر، و حينئذٍ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على أخذ الثمن، فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تمّ، كما سيجي (٣٤٦٧).

و الثاني - مع معارضته بأصالة عدم (٣٤٦٨) علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتى يكون حقاً له يوجب الخيار-: بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم يجز أصالة عدم علمه بهذا الوصف.

.....
اللزوم هو العقد على الموجود الخارجي الغير المرئي سميّاً لا المرئي مهزولاً، فيكون مركباً من أمر وجودي، و هو العقد على الموجود الخارجي، و أمر عديمي، و هو عدم رؤيته سميّاً في السابق، و الأول محرز بالوجدان، و الآخر بالأصل، فيترتب عليه اللزوم. فيكون الوجه تقدم قول البائع، لموافقه للأصل. و لا يعارضه أصالة عدم رؤيته بالوصف الموجود و هو الهزال، لأنه مثبت.

٣٤٦٧. يعني: لكنّه غير تامّ كما سيجيء. و يشير بالموصول إلى ما ذكره بعد ذلك بقوله: «و الحاصل أن هنا أمرين، أحدهما: عدم تقيّد متعلّق العقد...». و محصول ما ذكره: أن سبب الخيار تقيّد متعلّق العقد بالسمن و لو بالبناء على رؤيته كذلك في السابق، و أصالة عدمه لو جرت تنفع في نفي الخيار و إثبات اللزوم، إلا أنّها لا تجري، لعدم الحالة السابقة له. و نظره في نفيها إلى ما ذكره قبل ذلك بقوله: «و لكنّه - أي: البناء على الرؤية السابقة حين العقد - ليس شيئاً مستقلاًّ حتى يدفع بالأصل...». و فيه: كما أنّه لا يعتبر في وجود الحالة السابقة كونه التزاماً آخر، بل يكفي فيه لحاظه قيداً في المبيع، و هو مشكوك، و الأصل عدم لحاظ الوصف المفقود و اعتباره في المبيع.

٣٤٦٨. للعلم الإجمالي برؤيته على أحد الوصفين. و فيه: ما مرّ أنّه مثبت، فلا يجري

في بيع العين المشاهدة في زمان سابق ٤٩٩

و الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً و لذا يجوز له إمضاء العقد، و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد. و لأجل ما ذكرنا قوياً بعض (٣٤٦٩) تقديم قول البائع. هذا، و يمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف (٣٤٧٠)

حتى يعارض أصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر.

٣٤٦٩. يعني به صاحب الجواهر، و قد عرفت أنه الأقوى.

٣٤٧٠. يعني: أن أخذ الوصف المشاهد في المبيع و لحاظه في العقد هل هو بنحو تعدد المطلوب، أو بنحو وحدة المطلوب؟ و إن شئت قلت: إن المبيع الملحوظ فيه وصف كذا هل هو من قبيل المركب الانحلالي و العموم الاستغراقي، أو المركب الارتباطي و العموم المجموعي؟ و مرجع الاختلاف بينهما على الأول إلى الاختلاف بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين، فالبائع يدعي أن متعلق العقد هو الأقل، و المشتري يدعي أن متعلقه الأكثر، و الأصل - و هو أصالة عدم اعتبار الزائد - مع البائع. و على الثاني إلى الاختلاف بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، و الأصل الذي يصح إجرائه في المقام لوجود أثر مترتب عليه - و هو أصالة عدم ورود العقد على الأقل المترتب عليه اللزوم - مع المشتري، لأن الذي يكون للبائع إما أصالة عدم اعتبار الزائد، و إما أصالة عدم ورود العقد على الأكثر. و الأول غير جارٍ، لعدم الحالة السابقة، من جهة عدم كونه التزاماً آخر وراء الالتزام بنقل العين الخارجي. و الثاني أيضاً غير جارٍ، لأنه مثبت لأن اللزوم غير مترتب على عدم تعلقه بالأكثر، و إنما هو مترتب على تعلقه بالأقل، و هو لازم عقلي، لعدم تعلقه بالأكثر بعد العلم الإجمالي بتعلقه بأحدهما.

لكن الإنصاف أنه من قبيل الثاني، أي: بنحو وحدة المطلوب و المركب الارتباطي بالنسبة إلى جميع الأحكام، التي منها عدم جريان أصل يترتب عليه اللزوم عند الشك في تعلقه على الأكثر أو الأقل، إلا حكم ثبوت الخيار بتخلف الوصف الملحوظ في المبيع و عدم بطلان العقد، به لأجل قيام إجماع أو غيره على ذلك على خلاف القاعدة المقتضية للبطلان.

و الحاصل: أن ما استند إليه في تقديم قول المشتري - أن المبيع الملحوظ فيه وصف خاص كالسمن و لو لأجل البناء عليه من جهة المشاهدة - من قبيل المركب الارتباطي، و المعبر في جريان أصالة عدم لحاظ الوصف هو استقلال الاعتبار فيه، و عموم المركب منه و من

الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها في العقد، فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين - كما عرفت عن النهاية و المسالك - و لذا لا يحصل من فقدانها إلا خيار لمن اشترطت له و لا يلزم بطلان العقد، أو أنها مأخوذة في نفس العقود عليه بحيث يكون العقود عليه هو الشيء المقيد؛ و لذا لا يجوز إلغائها في العقود عليه كما يجوز إلغائها غيرها من الشروط؟

فعلى الأول: يرجع النزاع في التغير و عدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه، و الأصل مع البائع. و بعبارة أخرى: النزاع في أن (٣٤٧١) الموصوف انحلالياً و استغراقياً.

و فيه نظر، أما أولاً: فلأن الظاهر من العرف أن اعتبار الوصف في المبيع إنما هو بنحو تعدد المطلوب. و الشاهد على ذلك أن التزامهم بالخالي عن الوصف عند التخلف إنما هو من جهة الالتزام بأصل المعاملة، لا أنه نشأ من معاملة أخرى بعد بطلان الأولى. و على هذا تكون أصالة عدم لحاظ القيد - الموجب تخلفه للخيار - مع البائع، فتأمل.

و أما ثانياً: فلأنه لافرق على التحقيق في جريان الأصل في نفي لحاظ الزائد بين دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين - كما هو قضية الاحتمال الأول - و بين دورانه بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، كما هو قضية الاحتمال الثاني، إذ لا يعتبر في جريان الأصل أن يكون مورده بنحو الاستقلال مورداً لإلزام خالقي كما في التكاليفات، أو مخلوقي كما في العقود و المعاملات، بل يكفي فيه مجرد الدخالة في متعلق الإلزام و الالتزام. و لذا ذهب غير واحد من المحققين - و منهم المصنف - إلى البرائة و عدم وجوب الاحتياط في الشك في الأجزاء و الشرائط، فلو كان الاستقلال معتبراً في جريان الأصل للزم المعاملة معاملة المتبايعين في وجوب الاحتياط، و لافرق في الأصل من هذه الجهة بين البرائة و الاستصحاب. فالتحقيق جريان أصالة عدم لحاظ الوصف المفقود الموجب للخيار، فينتفي الخيار، لانتفاء سببه بالأصل، فيثبت اللزوم، لثبوت موضوعه - و هو العقد - على الموجود الخارجي الذي ليس فيه سبب الخيار أحد جزئيه بالوحدان و الآخر بالأصل.

٣٤٧١. الظاهر وقوع الغلط في النسخة، و الصواب بدل هذا: و على الثاني النزاع في

أن....

العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا*؟ لكن الإنصاف: أن هذا البناء في حكم الاشتراط (٣٤٧٢) من حيث ثبوت الخيار، لكنه ليس شيئاً مستقلاً (٣٤٧٣) حتى يدفع عند الشك بالأصل بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفاً بهذا الوصف، وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متصفاً بذلك الوصف، فهو قيد ملحوظ في المفقود عليه نظير الأجزاء، لا شرط ملزم في العقد؛ فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه والأصل عدمه. و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز، مدفوعة: بأن عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد على العين الغير المقيدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيدة، وهو غير جائز كما حقق في الأصول.

و على الثاني: يرجع النزاع إلى وقوع** العقد و التراضي على الشيء المطلق (٣٤٧٤)

٣٤٧٢. يعني: لكن الإنصاف هو الثاني، وهو كونه من قبيل التقييد و وحدة المطلوب، فيكون دوران الأمر بين وقوع العقد على الشيء الملحوظ فيه الوصف و بين وقوعه على فاقد الوصف من دوران الأمر بين المتباينين لا الأقل والأكثر.

٣٤٧٣. قد سبق أن الظاهر من مراجعة العرف أنه التزام زائد على الالتزام بأصل البيع، فعند الشك يدفع بالأصل. و سبق أيضاً أنه يدفع بالأصل على تقدير كونه قيداً و عدم كونه التزاماً مستقلاً.

٣٤٧٤. نعم، لكنه مسبب عن النزاع في لحاظ الوصف المفقود في المبيع و تقييده به حين الإنشاء و عدمه، و هو مسبب عن رؤية ذلك على الوصف المفقود و عدمها، و الأصل مع البائع، لأن الأصل عدم رؤيته به و عدم لحاظه، فيترتب عليه نفي الخيار. و لا يعارضه أصالة عدم رؤيته على الوصف الموجود، و أصالة عدم لحاظ ذات المبيع مطلقاً، لأنها من الأصل المثبت، و هو ظاهر.

و لو أغمضنا عن مسألة السببية - بعكس ما ذكره المصنف - نقول: إن الأصل أيضاً

بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه، و الأصل مع المشتري.
و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشئ الموصوف بالصفة المفقودة، مدفوعة: بأنه لا يلزم من عدم تعلّقه بذلك تعلّقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فاللزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلّق العقد بهذا و هو غير ثابت و الأصل عدمه؛ و قد تقرّر في الأصول أنّ نفي أحد الضدّين بالأصل لا يثبت الضدّ الآخر ليرتب عليه حكمه.
و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم؛ حيث إنّ المبيع ملك المشتري (٣٤٧٥)، و الثمن ملك البائع اتفاقاً، و إنّما اختلافهما في تسلّط المشتري

مع البائع، و هو أصالة عدم وقوع العقد على المقيد بالوصف المفقود و هو السمن مثلاً، الذي هو الملاك في سبب الخيار، و هو تخلف الوصف. و لا يعارضها أصالة عدم وقوعه على المطلق، بحيث يشمل الفاقد و الواحد، لأنّه لا يلزم من عدم تعلّقه بالمطلق، تعلّقه بالوصف المفقود حتى يثبت الخيار للمشتري إلّا بالملازمة العقلية بين انتفاء أحد الضدّين و ثبوت الآخر، و الأصل لا يثبت ذلك.

و الوجه في عكس التقريب ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على المطلق حتى ينفي بالأصل التسليم عن معارضة أصالة عدم وروده على المقيد بالمفقود، لكونها مثبتة، و إنّما موضوعه - بعد ملاحظة الجمع بين أدلة لزوم مطلق العقد و دليل الخيار بتخلف وصف - ما وقع عليه العقد.

و بالجملة، لزوم المعاملة متفرّع على انتفاء سبب الخيار، فالشكّ في اللزوم و عدمه مسبّب عن الشكّ في وجود سبب الخيار و عدمه، و هو مسبّب عن وقوع العقد على الموصوف بالوصف المفقود و عدمه، و الأصل عدمه. و ليس الأمر بالعكس، و ذلك لأنّ اللزوم يكفي في ترتبه على المعاملة بمجرد الشكّ فيه، بناءً على أنّ المدرك في قاعدة اللزوم استصحاب الأثر الحاصل من المعاملة كما هو الحقّ، لعدم ثباته ما عداه على ما تفصّل عليه في أوّل الخيارات، فيكفي في لزوم المعاملة في مسألتنا الشكّ في وقوع العقد على المطلق أو المقيد، و لا يلزم إحراز وقوعه على الأوّل، و من المعلوم أنّ هذا الشكّ مسبّب عن الشكّ في تحقق سبب الخيار، و الأصل عدمه.

في بيع العين المشاهدة في زمان سابق ٥٠٣
على الفسخ، فينفي بما تقدّم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد: أنّ الشكّ في اللزوم و عدمه
من حيث الشكّ في متعلّق العقد، فإنّا نقول: الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود (٣٤٧٦)
حتّى يثبت اللزوم، و هو وارد على أصالة اللزوم.

و الحاصل أنّ هنا أمرين: أحدهما عدم تقييد* متعلّق العقد بذلك الوصف المفقود و
أخذه فيه. و هذا الأصل ينفع في عدم الخيار لكّنه غير جارٍ؛ لعدم الحالة السابقة (٣٤٧٧).
و الثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذلك الوصف المفقود. و هذا جارٍ غير
نافع (٣٤٧٨) نظير الشكّ في كون الماء المخلوق** دفعة كراً من أصله،

.....
٣٤٧٦. الأولى أن يقول: و الأصل عدم... . ثمّ إنّه قد مرّ أنّ الأمر بالعكس، و أنّ
الأصل عدم تعلّق العقد بالموصوف بالوصف المفقود حتّى يثبت الخيار على خلاف قاعدة
اللزوم.

٣٤٧٧. إن أراد من متعلّق العقد - كالفرس مثلاً - المبيع بوصف كونه مبيعاً و معقوداً
عليه، فعدم الحالة السابقة لعدم تقييده بالوصف المفقود كالسمن مثلاً، ففيه: أنّه مسلّم لا ريب
فيه، ضرورة أنّه لم يكن في زمان كان مبيعاً و لم يكن فيه مقيداً به ثمّ شكّ في زمان آخر في
طروّ التقييد عليه، لأنّه من حين أصل وجوده وجد إمّا مقيداً أو إمّا غير مقيد، لكن لا يلزم في
جريان أصالة عدمه تحقّق الحالة السابقة، لعدمه بذلك المعنى.

و إن أراد منه ذات المبيع - و هو الفرس - بحيث إنّ معنى عدم تقييده به عدم أخذه في
متعلّق العقد و عدم لحاظه قيداً للفرس في مقام إيراد الإنشاء عليه، ففيه: أنّ نفي تحقّق الحالة
السابقة بذلك المعنى ممنوع عليه أشدّ المنع، و لذا لا بأس بأصالة عدم التقييد بقيد خاصّ في الأمور
التكليفية، كما إذا شكّ في تقييد الرقبة بالإيمان من جهة الشكّ في أنّ ما أوجبه المولى من عتق
الرقبة هل قيدها بكونه مؤمنة أم لا؟ و لم يكن هناك إطلاق يتمسّك به، فإنّه يرجع في نفيه إلى
أصالة عدم تقييدها به و عدم لحاظه قيداً لها.

٣٤٧٨. نعم، غير نافع لكونه مثبتاً، و لكن فيما إذا كان موضوع الأثر هو وقوع العقد
على المطلق، و كان الأثر المترتب عليه اللزوم، و أمّا لو كان الموضوع وقوع العقد على المقيد

فإن أصالة عدم كَرَيْتِه نافعة غير جارية، و أصالة عدم وجود الكَرَجارية غير نافعة في ترتب آثار القلة على الماء المذكور، فافهم و اغتتم.

و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الأصول العملية المتقدمة، مثل ما دلّ على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض و عموم: "لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه" و عموم: "الناس مسلطون على أموالهم"، بناءً على أنها تدلّ على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع؛ لأنّ المفروض صيرورته ملكاً له؛ إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شكّ في ذلك فالأصل عدم (٣٤٧٩) دفع العوض. و هذا هو الذي تقدّم: من أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه، فإنّ عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف (٣٤٨٠).

فإن قلت: لا دليل على كون الخارج من العمومات المذكورة معنواً بالعنوان المذكور بل نقول: قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع، فإذا شكّ في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. قلت: السبب في الخيار و سلطنة المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية (٣٤٨١) منطبقة على ما وقع العقد عليه. و بعبارة أخرى: هو عدم وفاء البائع

.....
بالوصف المفقود، و كان الأثر هو الخيار، ففي أصالة عدم وقوع هذا العقد الشخصي على المقيد به - و لو بطور «ليس» التامة المترتب عليها نفي الخيار بلا واسطة - تمام النفع، و قد علم في الحواشي السابقة أنّ الظاهر هو الثاني.

٣٤٧٩. لكنّه مسبّب عن الشكّ في وقوع المعاملة على ذاك الذي لم يدفع، و هو الموصوف بالوصف المفقود، و الأصل عدم وقوعها عليه. و مع هذا لا مجال لأصالة عدم دفع العوض، الذي هو المراد بما تقدّم سابقاً من أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه.

٣٤٨٠. فيه - مضافاً إلى ما تقدّم من تسبّب الشكّ فيه من الشكّ في كون الوصف المفقود حقاً له، الناشي من أخذه في متعلّق العقد حين الإنشاء - أنّه لا يثبت إلاّ على القول بالأصل المثبت، فتدبر.

٣٤٨١. يعني: فيكون موضوع الخيار أمراً عديمياً يثبت بأصالة العدم. و فيه: أنّ موضوع

بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية، كما أن السبب في لزوم العقد تحقق مقتضاه: من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري. والأصل موافق للأول ومخالف للثاني. مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنها سمينة فبانت مهزولة، فالموجب للخيار هو: أنه لم ينتقل إليه في الخارج ما عقد عليه وهو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإن ذلك لا يقتضي الجواز وإنما يقتضي للجواز عدم انطباق (٣٤٨٢) العين الخارجية على متعلق العقد، ومن المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك. فقد تحقق مما ذكرنا: صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، وكذا صحة ما في التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما ألزم. نعم ما في المبسوط والسرائر والدروس (٣٤٨٣) من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن،

الخيار تخلف الوصف، وهو أمر متزع من وقوع العقد على الموصوف بالوصف المفقود، كما أن موضوع اللزوم عدم تخلف الوصف المسبب عن عدم وقوع العقد عليه، فالأصل موافق للثاني ومخالف للأول.

٣٤٨٢. نعم، لكنه متقوم بتعلق العقد على السمين، والأصل عدمه. فقد تحقق مما ذكرنا عدم صحة أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، لأنه مسبب عن كون السمين مثلاً حقاً له، وهو مسبب عن لحاظه في المبيع حين الإنشاء، والأصل عدمه. وكذا عدم صحة ما في التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء بما ألزم به، لأن التزامه بهذا الموجود معلوم في الجملة وإلا كان العقد باطلاً، وإنما الشك في تقيد الموجود بوصف السمين مثلاً ولحاظه فيه، والأصل عدمه.

٣٤٨٣ يعني: أن كل واحد من أصالة عدم الحق وأصالة عدم الالتزام بتملك الموجود يناسب أصالة اللزوم في العقد عند الشك في لزومه وجوازه من حيث الشبهة الموضوعية أيضاً كما في المقام، إذ لامنافاة بين كون الأصل لزوم العقد في حد ذاته وكون الأصل جوازه لأجل شبهة خارجية. وإن شئت قلت: لامنافاة بين كون الأصل المسبب اللزوم والأصل المسبب الجواز، بخلاف أصالة بقاء اليد على الثمن، وذلك لأنه مع الشك في ثبوت سبب الخيار لا بد من أن يراد منها أصالة بقاء علاقة يد المشتري على الثمن بمقدار أثر جواز إعادته إلى ملكه،

كأنه لا يناسب أصالة اللزوم بل يناسب أصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد، كما يظهر من المختلف في باب السبق و الرماية. و سيأتي تحقيق الحال في باب الخيار.

و أما دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة (٣٤٨٤)؛ لأنّ الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع، فهي مدفوعة - مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن (٣٤٨٥) قبل المشاهدة فاختلف في زمان المشاهدة، كما إذا علم بكونها سمينة و أنها صارت مهزولة، و لا يعلم أنها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا، فحينئذ مقتضى الأصل (٣٤٨٦) تأخر الهزال عن المشاهدة، فالأصل تأخر التغير لاعدمه الموجب للزوم العقد - بأن مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سمينة، و من المعلوم أنّ هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم، لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة و تعلّق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، و لكنّ الأصول العدمية في مجاريها لا تثبت وجود أضدادها. هذا كلّ مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار.

و لو ادّعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع، فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع (٣٤٨٧)؛ لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الوجود حتّى يجب عليه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشتري هنا. و لم يعلم وجهه.

و هي لاتناسب أصالة اللزوم بل تنافيه، و إنّما تناسب أصالة الجواز.

٣٤٨٤. يعني بما أصالة عدم الانطباق، و أصالة عدم وصول الحق، و أصالة عدم الالتزام بتملك الموجود.

٣٤٨٥. مرجع ذلك إلى أنّ الاستدلال بعدم التغير على اللزوم أحص من المدعى، لعدم جريانه في الفرض المذكور مع أنّه من أفراد المدعى.

٣٤٨٦. يعني: مقتضى أصالة بقاء السمن إلى حين المشاهدة، فالأصل تأخر التغير - الذي هو سبب الخيار - عن المشاهدة.

٣٤٨٧. و مقتضى ما ذكرناه في طرفة تقديم قول المشتري هنا كما هو ظاهر اللمعة. و وجهه: موافقته لأصالة اللزوم و أصالة عدم تحقق سبب الخيار.

الفرع الثاني: لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد، و اختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار، و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار (٣٤٨٨)، تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع و التغير على صاحبه. و حيث إن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً و أصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع - و الظاهر أنه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز أو اللزوم؛ لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشتري، و أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين*؛ كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه - فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه (٣٤٨٩) كما في المسألة السابقة، إلا أن الفرق بينهما هو: أن الشك في وصول الحق هناك ناش عن الشك في نفس الحق، و هنا ناش عن الشك في وصول الحق المعلوم. و بعبارة أخرى: الشك هنا في وصول الحق و هناك في حقيقة** الواصل، و مقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم.

و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعي الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولاً و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن، و اختلفا في تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم و تدبر؛ فإن المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه.

و لو وجد المبيع تالفاً بعد القبض فيما يكفي في قبضه التخلية، و اختلفا في تقدم التلف على البيع و تأخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة عدم تأثير البيع. و قد يتوهم جريان أصالة صحة البيع هنا، للشك في بعض شروطه و هو وجود المبيع. و فيه: أن صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنه عقد على شيء معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلاً في تمليك العين؛

٣٤٨٨. يعني به عدم كون التغير على فرض تأخره عن البيع فيما قبل القبض، أو في ضمن الثلاثة أيام مدة خيار الحيوان، أو في ضمن السنة في العيوب الخمسة التي يضمنها البائع إلى سنة، إذ لو كان حادثاً قبل القبض أو في الثلاثة أو في السنة لما أوجب الخيار.

٣٤٨٩. لو كان هو الموضوع للخيار، و هو ممتنع، و إنما الموضوع تخلف الوصف

لأنّ تمليك المعلوم لا على قصد تمليكه عند الوجود، ولا على قصد تمليك بدله مثلاً أو قيمته غير معقول. ومجرد إنشائه باللفظ لغو عرفاً، يقبح مع العلم دون الجهل بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم؛ لأنّ التملك الحقيقي غير متحقق، والصوري وإن تحقق لكنّه ليس بفاسد؛ إذ اللغو فاسد عرفاً أي قبيح إذا صدر عن علم* بالحال. وبالجملة، الفاسد شرعاً الذي تنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذي لم يحضه الشارع. فافهم هذا، فإنه قد غفل عنه بعض في مسألة الاختلاف في تقدّم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه في البيع وتأخّره عنه، حيث تمسك بأصالة صحّة الرجوع عن الإذن؛ لأنّ الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً؛ لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه. نعم، لو تحققت قابليّة التأثير عقلاً وتحقق الإنشاء الحقيقي عرفاً - ولو فيما إذا باع بلا ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر والخنزير وكالتالف شرعاً كالغريق والمسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة، أو قصد تمليك بدله مثلاً أو قيمة، كما لو باع ما أتلّفه زيد على عمرو أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك في بدله - تحقق مورد الصحّة والفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك ثم شك في أنّ العقد الخارجي منه أم من الصحيح، حمل على الصحيح.

مسألة: لا بدّ من اختبار الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، كما في كلّ وصف يكون كذلك؛ إذ لا فرق في توقّف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعدّ. ويغني الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف (٣٤٩٠)، دون ما لا ينضبط كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفيّاتها، فإنّ ذلك كما لا يمكن ضبطه إلّا باختبار شيء من جنسه، ثمّ الشراء على ذلك النحو من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة، فبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف. وكذا الكلام في الطعم والرائحة لمن كان مسلّوب الذائقة والشامّة.

المعلوم لحاظه في المبيع قبل البيع، والأصل عدمه.

٣٤٩٠. يعني به ما كان الوصف فيه لازماً أو غالباً.

نعم، لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحته وفساده، جاز شرائها بوصف الصحة كما في الدبس والدهن مثلاً، فإن المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما، بخلاف بعض أنواع الفواكه والروائح التي تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظة صحتها وفسادها. وإطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف محمول على ما إذا أريد الأوصاف التي لها مدخل في الصحة، لا الزائدة على الصحة التي يختلف بها القيمة، بقرينة تعرضهم بعد هذا (٣٤٩١) لبيان* جواز شرائها من دون اختبار ولا وصف، بناءً على أصالة الصحة.

وكيف كان، فقد قوى في السرائر عدم الجواز أخيراً (٣٤٩٢) بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقاً للمشهور المدعى عليه الاجماع في الغنية. قال: يمكن أن يقال: إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون بالوصف؛ لأنه غير غائب فيباع (٣٤٩٣) مع خيار الرؤية بالوصف، فإذا لابد من شمه وذوقه؛ لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف، وهذا قوي^٧، انتهى. ويضعفه: أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكماً، بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف، بناءً على أصالة الصحة وفاقاً للفاضلين ومن تأخر عنهما، لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة ومن المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه (٣٤٩٤) إذا لم يصرح البائع بالبرائة من العيوب. وأما رواية محمد بن العيص:

٣٤٩١. وجه القرينة: أن الأوصاف الزائدة على الصحة لا يحرز بأصالة الصحة، فلا بد أن يكون مورد كلامهم في جواز البيع بالوصف هو ما يراد أوصافه التي لها دخل في الصحة.
٣٤٩٢. يعني: عدم الجواز بوصف الصحة. والمراد من الموصول في «ما ذكرنا بالوصف» ما ذكره بقوله: «نعم، لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحته وفساده...».
٣٤٩٣. يعني: حتى يباع ويصح بيعه بالوصف مع خيار الرؤية إذا تخلف الوصف.
٣٤٩٤. يعني: يكفي في الصحة والخيار عند تخلف الوصف بنائهما على وصف

"عن الرجل يشتري ما يذاق، أيدوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوقن ما لا يشتري"^٨. فالسؤال فيها عن جواز الذوق (٣٤٩٥) لا عن وجوبه.

ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة (٣٤٩٦) إلى المفيد والقاضي وسالار وأبي الصلاح وابن حمزة. قال في المقنعة: كل شيء من المطعومات والمشروبات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبرة* بالشَّمِّ و صنف الطيب والحلوات المذوقة فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار، فإن ابتاع بغير اختبار كان البيع باطلاً (٣٤٩٧)، والمتبايعان فيه بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس، انتهى. وعن القاضي: أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في رده له على البائع. والمحكي عن سالار وأبي الصلاح وابن حمزة: إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار^٩ من غير تعرض لخيار للمتبايعين كالمفيد أو للمشتري كالقاضي.

ثم المحكي عن المفيد وسالار: أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة.

الصحة. والشرط في قوله: «إذا لم يصرح...» مسوق لبيان تحقق الموضوع، أعني: البناء على وصف الصحة، إذ مع التصريح بالبرائة لا يكون هناك بناء على وصف الصحة حتى يقال بكفايته.

٣٤٩٥. فيكشف عن توهمه الخطر، فيكون الأمر بالذوق في الجواب وارداً مورد توهم الخطر، فلا يدل على وجوب الذوق كي ينافي تقوية جواز البيع من غير اختبار.

٣٤٩٦. يعني: نسب الخلاف في المسألة التي قوى الحلّي فيها عدم الجواز أخيراً، وهي بيع العين المرئية بوصف الصحة من حيث الطعم والرائحة وبلا اختبار. وقيل: إن هؤلاء الجماعة أيضاً قائلون بعدم الجواز فيها مثل الحلّي.

٣٤٩٧. إن كان المراد من البطلان ظاهره فالمراد من الخيار هو الاختيار في تحديد البيع لامعناه الاصطلاحي، أعني: الاختيار في فسخ البيع وإقضائه. ويمكن العكس، بأن يكون المراد من البطلان عدم اللزوم، ويجعل ظهور الخيار في خيار الفسخ قرينة عليه. ونسبة الخلاف إلى المفيد وقوله بعدم الجواز على خلاف المشهور مبنية على الاحتمال الأول. ومنه يعلم الحال في

و عن النهاية و الكافي: أن يبيعه جائز على شرط الصحة أو البرائة من العيوب. و عن القاضي: لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة أو البرائة من العيوب. قال في محكي المختلف بعد ذكر عبارة القاضي: إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين (٣٤٩٨): إما الصحة أو البرائة من العيوب، و ليس بجيد، بل الأولى انعقاد البيع، سواء شرط أحدهما أو خلى عنهما أو شرط العيب. و الظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام* من عبارة الشيخين حيث قالوا: إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة (٣٤٩٩). و مقصودهما: أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البرائة^{١٠}، انتهى. أقول: و لعلنه لنكتة بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد** عبر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله: "جاز بشرط الصحة"^{١١} (٣٥٠٠)، لكن الإنصاف أن الظاهر من عبارتي المقنعة و النهاية و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد كما يظهر بالتدبر في عبارة المقنعة من أولها إلى آخرها، و عبارة النهاية هنا، هي عبارة المقنعة بعينها، فلاحظ.

و ظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدّم من الحلّي. فلا يكفي ذكر الأوصاف فضلاً عن الاستثناء عنها بأصالة السلامة. و يدلّ عليه: أن هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبارتهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار، و إن فهم في المختلف خلاف ذلك. لكن قدّمنا ما فيه.

عبارت القاضي و سلار و أبي الصلاح و ابن حمزة.

٣٤٩٨. يعني: في متن العقد.

٣٤٩٩. عبر بالأوّل المفيد في المقنعة، و بالثاني الشيخ رحمته في النهاية. و من هنا ينشرح قوله: «و مقصودهما أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة» و أن الأوّل ناظر إلى عبارة النهاية، و الثاني إلى عبارة المقنعة.

٣٥٠٠. بناءً على أن يكون مراده من هذا التعبير - على ما يأتي من المصنّف رحمته في أوائل المسألة الآتية - لزوم البيع بشرط ظهور الصحة و تبين كون المبيع صحيحاً حين البيع، و إلا فلا دلالة فيه على أنه للنكتة المزبورة، فتدبر.

فينبغي أن يكون كلامهم (٣٥٠١) في الأمور التي لاتنضبط خصوصية طعمها و ريحها بالوصف. و الظاهر أن ذلك في غير الأوصاف التي يدور عليها السلامة من العيب إلا أن تخصيصهم* الحكم بما لايفسده الاختبار كالشاهد** على أن المراد بالأوصاف التي لايفسد اختبارها ما هو مناط السلامة، كما أن مقابله و هو ما يفسد الشيء باختباره - كالبيض و البطيخ - كذلك غالباً. و يؤيده حكم القاضي بخيار المشتري (٣٥٠٢).

وكيف كان، فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لاينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم من أن لا من الأصحاب (٣٥٠٣). و إن كان مذهبهم موافقا للحلّي بناءً على إرادة الأوصاف التي بها قوام السلامة من العيب، فقد عرفت أنه ضعيف في الغاية. و إن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار و الوصف (٣٥٠٤) و إن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت أن الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف (٣٥٠٥) الرجعة إلى السلامة من العيوب في بيع الأعيان الشخصية.

٣٥٠١. يعني من «كلامهم» و من «الحكم» في السطر الثاني وجوب الاختبار. و «ذلك» في قوله: «و الظاهر أن ذلك...»، إشارة إلى عدم الانضباط. وجه الظهور: أن الأوصاف التي تدور عليها الصحة منضبطة دائماً.

٣٥٠٢. وجه التأييد: أنه لو كان المراد الأوصاف الزائدة على الصحة التي تختلف بها القيمة لما كان وجه لتخصيص الخيار بالمشتري، لأن الخيار فيها قد يكون للمشتري و قد يكون للبائع كما لا يخفى، بخلاف ما إذا كان المراد منها الأوصاف الدخيلة في الصحة، فإن خيار العيب يختص بالمشتري نوعاً.

٣٥٠٣. لأن الذي نقول نحن و الأصحاب - يعني: المشهور منهم بالجواز فيه بسدود اعتبار الاختبار - إنما هو ما ينضبط من الأوصاف بالوصف، أعني: الأوصاف المقومة للصحة. ٣٥٠٤. بأن كان الحصر المستفاد من كلامهم إضافياً في مقابل التعويل على أصل السلامة، لاحقياً في مقابل التعويل على غيره مطلقاً حتى الوصف.

٣٥٠٥. بل يكتفون بأصالة السلامة.

و يمكن أن يقال - بعد منع جريان أصالة السلامة في الأعيان؛ لعدم الدليل عليها، لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك في طرؤ الفساد، مع أن الكلام في كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم (٣٥٠٦)، و لا من الشرع؛ لعدم الدليل عليه -: إن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة على جهة الركنية للمال - كالحلاوة في الدبس و الرائحة في الجلاب و الحموضة في الخل و غير ذلك فما يذهب بذهابه معظم المآلية - فلا بد في دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، و حيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأمانة عرقية مغنية عن الاختبار و الوصف. و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم، لما كان الإطلاق منصرفاً إلى الصحيح جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئة، و انصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها، لا من جهة الاعتماد في إحراز الصحة و البناء عليها على أصالة السلامة. و بعبارة أخرى: الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر ككون الجارية ممن لا تحيض في سن الحيض، و مثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة عنه. و قد يستلزمه ككون الجارية خنثى و كون الدابة لا تستطيع المشي أو الركوب و الحمل عليها، و هذه لما يعتبر إحراز السلامة عنها؛ و حيث فرض عدم إحرازها بالأصل فلا بد من الاختبار أو الوصف. هذا، و يؤيد ما ذكرنا من التفصيل: أن بعضهم كالحقق في النافع و العلامة في القواعد، عنوان المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه (٣٥٠٧).

هذا، و لكن الإنصاف أن مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري و شك فيه، فلا بد في رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إما بالاختبار و إما بالوصف، و إما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إما لأجل الانصراف و إما لأصالة السلامة

.....
 ٣٥٠٦. يعني: من طرؤ الفساد و من كون الفساد من أول الأمر. و قوله: «إن السلامة من العيب...» مقول «يقال» في قوله: «و يمكن أن يقال».
 ٣٥٠٧. و السلامة في ذلك يكون على وجه الركنية.

من غير تفرقة بين العيوب أصلاً، فلا بدّ إمّا من كفاية الإطلاق في الكلّ؛ للأصل و الانصراف، و إمّا من عدم كفايته في الكلّ؛ نظراً إلى أنّه لا يندفع به الغرر إلّا إذا حصل منه الوثوق، حتّى أنّه لو شكّ في أنّ هذا العبد صحيح أو أنّه أجذم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لابدّ من الاختبار أو وصف كونه غير أجذم. وهذا وإن كان لا يخلو عن وجه (٣٥٠٨) إلّا أنّه مخالف لما يستفاد من كلماتهم في غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

مسألة: يجوز ابتاع ما يفسده الاختبار من دون اختبار إجماعاً على الظاهر، و الأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة في العقد وكفاية الاعتماد على أصالة السلامة كما فيما لا يفسده الاختبار* خلافاً لظاهر جماعة تقدّم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البرائة من العيوب أو خصوص أحدهما. و قد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعباري المقنعة و النهاية الظاهرتين في ذلك و إرجاعهما إلى ما أراده من قوله في القواعد: "جاز بيعه بشرط الصحة": من أنّه مع الصحة يمضي البيع (٣٥٠٩) و لا معها (٣٥١٠) يتخير المشتري. و عرفت أنّ هذا التأويل مخالف للظاهر حتّى أنّ قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة؛ ولذا قال في جامع المقاصد: وكما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقاً.

وكيف كان، فإذا تبين فساد المبيع، فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه، فإن كان لفساده قيمة (٣٥١١) - كبيض النعامة و الجوز - تتخّر بين الردّ و الأرض. و لو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعدّ الفاسد (٣٥١٢) من أفراد ذلك الجنس عرفاً - كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلّا للإحراق - فيحتمل قوياً بطلان البيع.

٣٥٠٨. أي: عدم الكفاية في الكلّ إلّا مع الوثوق.

٣٥٠٩. أي: مع ظهور الصحة بعد الاختبار يمضي البيع على وجه اللزوم.

٣٥١٠. أي: لا مع ظهور الصحة بعد الاختبار يتخير المشتري.

٣٥١١ يعني: قبل كسره. وكذلك في قوله: «و إن لم يكن لفساده قيمة» يعني: قبل كسره.

٣٥١٢. و إن كان له قيمة أيضاً.

و إن لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع؛ لوقوعه على ما ليس بمتمول.

و إن كان تبين الفساد بعد الكسر، ففي الأول يتعين الأرض خاصة (٣٥١٣)؛ لمكان التصرف. و يظهر من المبسوط قول بآله لو كان تصرفه على قدر يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الرد، و* المراد بالأرض: تفاوت ما بين صحيحه و فاسده الغير المكسور؛ لأن الكسر نقص حصل في يد المشتري. و منه يعلم ثبوت الأرض أيضاً (٣٥١٤) و لو لم يكن لمكسوره قيمة؛ لأن العبرة في التمول بالفساد الغير المكسور و لا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول. و يبطل البيع في الثاني - أعني ما لم يكن لفساده قيمة - وفقاً للمبسوط و السرائر ١٢ و ظاهر من تأخر عنهما. و ظاهرهم بطلان البيع من رأس كما صرح به الشيخ و الحلبي و العلامة في التذكرة مستدلّين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات. و هو صريح جملة ممن تأخر عنهم و ظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس؛ فإن ظاهره انفساخ البيع من حين** تبين الفساد لا من أصله، و جعل الثاني احتمالاً و نسيه إلى ظاهر الجماعة. و لم يعلم وجه ما اختاره؛ و لذا نسب في الروضة خلافه (٣٥١٥) إلى الواضح. و هو كذلك؛ فإن الفساد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعية كان العقد عليه فاسداً، لأن اشتراط تمول العوضين واقعي لاعلمي. و إن كان من الأموال الواقعية، فإن لم يكن بينه و بين الصحيح تفاوت في القيمة لم يكن هنا أرض و لرد، بل كان البيع لازماً و قد تلف المبيع بعد قبضه. و إن كان بينه و بين الصحيح الواقعي تفاوت، فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد من الثمن لاجميع الثمن.

اللهم إلا أن يقال: إنه مال واقعي إلى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المالية لأمر

٣٥١٣. يعني: من الأول ما كان لفساده قيمة، أي: الفاسد المكسور.

٣٦١٤. يعني: من جعل الأرض تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد لكن بوصف عدم الكسر يعلم ثبوت الأرض في الفرض الأول من فرضي تبين الفساد بالكسر، و هو ما كان لفساده قيمة قبل الكسر أيضاً مثل ثبوت الرد مطلقاً، سواء كان له قيمة بعد الكسر أيضاً أم لا. ٣٥١٥. أي: خلاف ما اختاره في الأرض.

سابق على العقد - و هو فساد و واقعاً - كان في ضمان البائع، فيفسخ البيع حينئذٍ، بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ، فيجوز له الإمضاء فيكون المكسور ملكاً له و إن خرج عن المآلة بالكسر، و حيث إنَّ خروجه عن المآلة لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، و تدارك هذا العيب - أعني فوات المآلة - لا يكون إلا بدفع تمام الثمن*، لكن سيحى ما فيه من مخالفة القواعد و الفتاوى.

و فيه: وضح كون مآلته عرفاً و شرعاً من حيث الظاهر، و أما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المآلة الواقعية من أول الأمر؛ مع أنه لو كان مآلاً واقعاً فالعيب حادث في ملك المشتري؛ فإن العلم مخرج له عن المآلة، لا كاشف، فليس هذا عيباً مجهولاً، و لو سلم فهو كالأرمد يعى بعد الاشتراء و المريض يموت، مع أن فوات المآلة يعدّ تلفاً لآعيباً.

ثم إنَّ فائدة الخلاف تظهر في ترتب آثار مالكية المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد. و عن الدروس و اللمعة: أنها تظهر في مؤونة نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره^{١٣}، فعلى الأول على البائع و على الثاني على المشتري؛ لوقوعه في ملكه. و في جامع المقاصد: الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها؛ لانتفاء مقتضى. و تبعه الشهيد الثاني، قال: لأنه نقله بغير أمره، فلا يتجه الرجوع عليه بها، و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم، إنما يتجه مع الغرور و هو منفي هنا، لا اشتراكهما في الجهل، انتهى. و اعترض عليه: بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغار.

و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الأساطين و هو: كونه على البائع على التقديرين، و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد. هذا كله في مؤونة النقل من موضع الاشتراء إلى موضع الكسر. و أما مؤونة نقله من موضع الكسر لو وجب تفريغه منه - لمطالبة مالكه أو لكونه مسجداً (٣٥١٦) أو مشهداً - فإن كان المكسور مع عدم تمّوله ملكاً نظير حبة الخنطة، فالظاهر أنه على البائع على التقديرين؛ لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلاً للتملك، فلا يعدّ مؤاخذه المشتري به.

و في رجوعه على البائع ما تقدّم في مؤونة نقله (٣٥١٧) إلى موضع الكسر.

ثم إنّ المحكّي في الدروس عن الشيخ و أتباعه: أنّه لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره (٣٥١٨) صحّ، قال: و يشكل: أنّه أكل مال بالباطل. و تبعه الشهيد و المحقّق الثانيان. و قد تصدّى بعض لتوجيه صحّة اشتراط البرائة بما حاصله: منع بطلان البيع و إن استحقّ المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإنّ الأرش غرامة أوجبها الشارع بسبب العيب لا أنّه جزء من الثمن استحقّ بسبب فوات ما قابله من الثمن، و لذا يسقط بالإسقاط، و لا يتعيّن على البائع الإعطاء من نفس الثمن و يسقط* بالتبرّي. و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع؛ إذ المثلث متحقّق (٣٥١٩) على حسب معاملة العقلاء، و لم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحّة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحقّ الرجوع بالأرش المستوعب. و لعلّه لذا لم يعبروا بالبطلان و إن ذكر المحقّق و غيره الرجوع بالثمن و فهم منه جماعة بطلان البيع. لكنّه قد يمنع بعدم خروجه عن المائيّة و إن لم يكن له قيمة و هو أعمّ من بطلان البيع^١، انتهى محصله.

و لا يخفى** فيه مواقع النظر؛ فإنّ المتعرّضين للمسألة بين مصرّح بسبطلان البيع - كالشيخ في المبسوط و الحلّي في السرائر و العلامة في التذكرة؛ معلّين ذلك بأنّه لا يجوز بيع ما لا قيمة له - و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن، الظاهر في البطلان، فإنّ الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان. و يكفي في ذلك ما تقدّم من الدروس من أنّ ظاهر الجماعة البطلان من أوّل الأمر، و اختياره^١ الانفساخ من حيث تبين الفساد. فعلم

٣٥١٧. من ابتناؤه على أنّه مغرور أم لا.

٣٥١٨. يعني: قبل الكسر.

٣٥١٩. يعني: أنّ المدار في وجود مائيّة المبيع المعتر في صحّة العقد على تحقّقه على حسب معاملة العقلاء، و هذا المعنى موجود في المقام حين المعاملة. و مراده من الأزيد في قوله: «أزيد من ذلك» هو المائيّة الواقعيّة التي هي من المائيّة بحسب معاملة العقلاء.

أن لا قول بالصحة مع الأرض بل ظاهر العلامة في التذكرة (٣٥٢٠) عدم هذا القول بين المسلمين حيث إنه - بعد حكمه بفساد البيع، معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له، و حكاية ذلك عن بعض الشافعية - قال: و قال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة، وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. و يظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها^{١٥}، انتهى. هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان؛ بناءً على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعاً و عرفاً حكم ظاهري، و تمول العوضين واقعاً شرط واقعي لاعلمي؛ و لذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرّاً أو ما بان حرّاً و غير ذلك؛ إذ انكشف فقد العوض مشترك بينهما.

ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المالية و بين عدم القيمة لمكسوره كما لم يفهم؛ فلعله أراد الملكية. مضافاً إلى أن الأرض المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن إشكال، لأن الأرض كما صرحوا به، تفاوت ما بين قيمتي الصحيح و المعيّب. نعم، ذكر العلامة في التذكرة و التحرير^{١٦} و القواعد: أن المشتري للعبد الجاني عمداً، يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترده الثمن أو طلب الأرض، فإن استوعب الجناية القيمة كان الأرض جميع الثمن أيضاً. و قد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد (٣٥٢١)، فراجع. وكيف كان فلاجد وجهاً لما ذكره.

و أضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر: من منع حكم الشيخ و أتباعه بصحة البيع و اشتراط البايع (٣٥٢٢) على المشتري البرائة من العيوب، و زعم: أن معنى اشتراط البرائة في كلامهم: اشتراط المشتري على البايع البرائة من العيوب، فيكون مرادفاً لاشتراط الصحة. و أنت خير بفساد ذلك بعد ملاحظة عبارة الشيخ و الأتباع (٣٥٢٣)،

٣٥٢٠. في فروع خيار العيب و أحكامه.

٣٥٢١. يعني بالمقام مسألة بيع العبد الجاني.

٣٥٢٢. الواو بمعنى «مع».

٣٥٢٣. يعني: عبارتهم المحكية عنهم في الدروس، فلا ينافي قوله: «نعم، لم أجد في

في شراء ما يفسده الاختبار من دون الاختبار ٥١٩
فإن كلامهم ظاهر أو صريح في أن المراد برائة البائع من العيوب لا المشتري. نعم، لم أجد في كلام الشيخين والمحكي عن غيرهما تعرض لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره.

ثم إنه ربما يستشكل في جواز اشتراط البرائة من العيوب الغير المخرجة عن المائنة أيضاً بلزوم الغرر، فإن بيع ما لا يعلم صحته وفساده لا يجوز إلا بناءً على أصالة الصحة، فإذا اشترط البرائة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب وعدمها. وقد صرح العلامة وجماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة. وسيجي توضيحه في باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

مسألة: المشهور - من غير خلاف يذكر - جواز بيع المسك في قاره. و الفار بالهمزة قيل: جمع فارة كتمر و تمر. و عن النهاية: أنه قد لا يهمز تخفيفاً^{١٧}. و مستند الحكم: العمومات الغير المزاحمة بما يصلح للتخصيص عدا توهم النجاسة المدفع في باب النجاسات بالنص والإجماع، أو توهم جهالته؛ بناءً على ما تقدم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة في دفع الغرر. و يدفع بما تقدم من بناء العرف على الأصل في نفي الفساد و بناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار في الأوصاف التي تدور معها الصحة. لكنك خير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا يعلم إلا بالاختبار، فلا رافع له. نعم، قد روى في التذكرة مرسلاً عن الصادق عليه السلام جواز بيعه، لكن لم يعلم إرادة ما في الفارة (٣٥٢٤). وكيف كان، فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبرة، ثم إخراجه و شمه.

ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه و لو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الإبرة مراراً؟ وجه مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم، فالأولى أن يباشر البائع ذلك

كلام...»، حيث إن المراد من كلامهم في الذيل غير كلامهم المحكي عنهم في الدروس، فافهم.
٣٥٢٤. يعني: بوصف كونه في الفارة. و الوجه في عدم العلم بإرادته احتمال أن يكون مراده بيان بيع المسك لدفع توهم النجاسة.

٥٢٠..... المكاسب، ج ٣، البيع

فيشم المشتري الخيط. ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف، و هو كذلك. و صرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة، و هو حسن إذا لم يعرف (٣٥٢٥) لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر و الصغر.

مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول (٣٥٢٦) بين ضمّ معلوم إليه و عدمه؛ لأنّ ضمّ المعلوم إليه لا يخرجّه عن الجهالة فيكون المجموع مجهولاً؛ إذ لا يعنى بالمجهول ما كان كلّ جزء جزء منه مجهولاً. و يتفرّع على ذلك: أنّه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكاً؛ لجهالته و إن ضمّ إليه القصب أو غيره، و لا اللبن في الضرع و لو ضمّ إليه ما يجلب منه أو غيره على المشهور (٣٥٢٧) كما في الروضة ١٨ و عن الحدائق.

و خصّ المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضمّاً إلى المعلوم، و جوزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم و هو المحكي عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المقتصر ١٩، و استحسّنه المحقّق و الشهيد الثانيان. و لعلّ المانع لا يريدون إلّا ذلك (٣٥٢٨)؛ نظراً إلى أنّ جهالة التابع لا توجب الغرر و لا صدق اسم "المجهول" على المبيع عرفاً حتّى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول؛ فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول (٣٥٢٩).

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

٣٥٢٥. قيل حسن لو كان مراد العلامة ﷺ هو الجهالة من حيث الصغر و الكبر، و أمّا لو كان مراده الجهالة من حيث الحصول أو من حيث العدد فلا وجه لما ذكره.

٣٥٢٦. المراد من المجهول و المعلوم هنا هما من غير جهة التسليم و التسلم مثل جهة الكمّ و الوصف، إذ الكلام فيهما من جهة التسليم، و قد تقدّم في مسألة اعتبار القدرة على التسليم و مسألة بيع الآبق مع الضميمة.

٣٥٢٧. الجار متعلّق بـ «لا يجوز».

٣٥٢٨. في بعض النسخ «إلا ذلك»* و المشار إليه بـ «ذلك» على الأوّل هو كونه تابعاً، و على الثاني كونه مستقلاً.

٣٥٢٩. يعني بالأجزاء ما يعدّ من التابع و لا يكون مقصوداً بالاستقلال.

* كما في المتن هنا. و في نسخة المحشّي ﷺ من المكاسب: لا يريدون ذلك.

في عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم ٥٢١

خلافاً للشيخ في النهاية (٣٥٣٠) و ابن حزة في الوسيلة. و المحكّي عن الإسكافي و القاضي بل في مفتاح الكرامة: أنّ الحاصل من التبع أنّ المشهور بين المتقدمين هو الصحة ٢٠ بل عن الخلاف و الغنية: الإجماع في مسألة السمك. و اختاره من المتأخرين المحقّق الأردبيلي و صاحب الكفاية و المحدث العاملي و المحدث الكاشاني، و حكى عن ظاهر غاية المراد و صريح حواشيه على القواعد.

و حجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتي السمك و اللبن و غيرهما، ففي رسالة البرنطي - التي إرهابها كوجود سهل فيها، سهل (٣٥٣١) - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: "إذا كانت أجمة ليس فيها قصب، أخرج شيئاً (٣٥٣٢) من سمك فباع و ما في الأجمة" ٢١. و رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: "لابأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب". و المراد شراء ما فيها (٣٥٣٣) بقريئة الرواية السابقة و اللاحقة. و رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّما هي ماء، قال: "تصيد كفاً من سمك تقول: أشتري منك هذا السمك و ما في هذه الأجمة بكذا وكذا" ٢٢. و موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام - كما في الفقيه - قال:



..... ٣٥٣٠. لأنّه قال بالصحة، و قضية إطلاق كلامه عدم الفرق بين التبعية و الاستقلال.

٣٥٣١. وجه السهولة و عدم الضرر فيها أمّا من جهة الإرسال فهو كون البرنطي الذي في السند من أصحاب الإجماع، و أمّا من جهة وجود سهل فهو كونه من مشايخ الإجازة.

٣٥٣٢. الموجود فيما عندي من نسخة الوسائل: «أخرج شيئاً فيباع» و هو الصحيح كما لا يخفى.

٣٥٣٣. يعني: و إن كان ظاهراً في شراء نفس الأجمة - أي: أرضها أو مائها - حيث أسند الشراء إلى نفسها، إلّا أنّ المراد منه ما في الأجمة من السمك، بقريئة رواية البرنطي السابقة و رواية أبي بصير اللاحقة، سيّما الثانية، حيث أسند الشراء إلى الأجمة في السؤال و مع ذلك فهم منه الإمام عليه السلام شراء ما في الأجمة، لأنّه في الجواب أسنده إلى ما في الأجمة، فيعلم من ذلك أنّ إطلاق الأجمة و إرادة ما فيها بإرادة الحال و المحلّ كان من الشائع المتعارف و لو في مقام

"سألته عن اللبن يشتري و هو في الضرع؟ قال: لا إلا أن يحلب* سُكَّرَجَة (٣٥٣٤). فيقول: اشتر متني هذا اللبن الذي في السُكَّرَجَة** وما في ضروعها بثمن مسمي، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السُكَّرَجَة ٢٣. و عليها تحمل صحيحة العيص (٣٥٣٥) بن القاسم قال: "سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شيء منها" ٢٤، بناء على أن المراد: بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه أو بيع شيء منه محبوب في الخارج و ما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. و في الصحيح إلى ابن محبوب،

إسناد الشراء إليها، فتأمل.

٣٥٣٤. بضم السين و الكاف و الراء المشددة: إناء صغير، كما عن النهاية. قيل: الغالب كونها كيلاً معلوم الوزن. و على تقدير صدق هذا النقل لا يخرج الموجود في السُكَّرَجَة عن الجهالة إلا إذا كانت مملوئة، و ليس في الرواية دلالة على ذلك، بل قضية الإطلاق عدم اعتباره، و لذا قال المصنف فيما يأتي أن ما في السُكَّرَجَة غير معلوم الوزن و الكيل.

٣٥٣٥. و يقال: إن المراد منها حواري بيع ما في الضرع - كلاً أو بعضاً - بضميمة مقدار من اللبن موجود في الخارج، سواء كان من ذاك الضرع أم لا. لكنّه مبني على كون المراد من بيع ألبانها بيعها في الضرع، بأن يكون قوله: «بغير كيل» كناية عن كون اللبن في الضرع، بحيث يكون معنى الرواية: يبيع ألبان النعم في الضرع، قال عليه السلام: نعم يبيعها في الضرع حتى تنقطع و تخلص و لم يبق منها شيء في الضرع إن أراد بيع جميعها، أو ينقطع شيء خاص منها - مثل مقدار كأس مخصوص معين مثلاً - إن أراد بيع شيء منها لاجمعيها. فحينئذ تحمل على الرواية السابقة، و تقيّد بما إذا ضمّ إليه لبن محبوب في الخارج معلوم الوزن أو الكيل، حملاً للمطلق على المقيّد، إذ بناءً على كون المراد بيع ألبانها المحلوبة الموجودة في الخارج - كما هو الظاهر من قوله: «بغير كيل» حيث إنّه يعبر به فيما كان المتعارف فيه الكيل و لم يكل، و لا يكون هذا في اللبن إلا بعد الحلب - فلا معنى لحملها عليها، لاختلاف الموضوع، لأنّه في رواية العيص «اللبن المحلوب» و في سابقتها «اللبن في الضرع».

و كيف كان، فقد ظهر في بياننا ما في قوله: «بناءً على أن المراد...» من سوء التعبير،

في عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم ٥٢٣

عن ابراهيم الكرخي، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ قال: لا بأس، إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف". و موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: "في الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزية رؤوسهم (٣٥٣٦) وخراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير، و هو لا يدري لعله لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون، أيشتره؟ و في أي زمان يشتره و يتقبل به؟ قال عليه السلام: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به" ٢٥. و ظاهر الأخيرين (٣٥٣٧) كموثقة سماعة

و كان الصواب تبديله بقوله: «بناءً على أن المراد بيع ما في الضرع كلها أو بعضها» فيحمل إطلاقها على صورة ضمّ لبن موجود محلوب منه إليه.

٣٥٣٦. لعله عطف تفسير لخراج الرجال.

٣٥٣٧. محصل ما أجاب به عن الأخبار الثلاثة: أنها أجنبية عن المدعى، و هو أن ضمّ ما يجوز بيعه منفرداً - للعلم بمقداره و وصفه - إلى ما لا يجوز بيعه كذلك - للجهل بأحدهما أو كليهما - يجوز بيع المجهول، و من الواضح أن الضميمة في مورد ما لا يجوز بيعها منفردة، لأن ما في ما السكرجة من اللبن غير معلوم الوزن و الكيل، و لا بدّ من العلم بمقداره في صحة بيعه منفرداً. وكذا الشيء الواحد المعلوم وجوده من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي، فتأمل. وكذا الصوف في رواية الكرخي على المشهور - كما في الحقائق - من عدم جوازه على الظهور، فيكون من قبيل ضمّ ما لا يجوز بيعه إلى مثله.

نعم، تدلّ على جواز بيع ما لا يجوز بيعه منفرداً لأجل الجهل بالحصول، إذا انضمّ إلى ما لا يجوز بيعه كذلك من جهة العلم بالحصول، و هي مسألة أخرى تقدّم الكلام فيها في بيع الآبق مع الضميمة في ذيل الكلام في اعتبار القدرة على التسليم و التسلم، لارتباطها بهذه المسألة التي بأيدينا، لأنها من فروع اعتبار العلم بالوصف و المقدار.

و بالجملة، هذه الأخبار من أدلة جواز بيع المجهول الحصول مع ضميمة معلوم الحصول، فلا يصح الاستدلال بها على جواز بيع مجهول المقدار مع الضميمة المعلوم المقدار ثم يقول بعدم جواز بيع ذلك المجهول منفرداً، لاعتباره العلم بالمقدار. و منه يظهر عدم صحة الاستدلال بأخبار بيع الثمار مع الضميمة، لأن الجهالة فيها أيضاً من حيث الحصول و عدمه.

أنّ الضميمة المعلومة إنّما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لا من حيث جهالته، فإنّ ما في السكرجة* غير معلوم بالوزن والكيل، وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي، مع أنّ المشهور كما عن الخدائق^{٢٦} (٣٥٣٨) المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم بل عن الخلاف عليه الإجماع^{٢٧}. والقائلون بجوازه استدّلوا برواية الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث** ضمّ ما في البطون إلى الأصواف. فتبيّن أنّ الرواية لم يقل أحدٌ بظاهرها.

و مثلها (٣٥٣٩) في الخروج عن مسألة ضمّ المعلوم إلى المجهول روايتا أبي بصير و البرزنطي؛ فإنّ الكفّ من السمك لا يجوز بيعه، لكونه من الموزون؛ ولذا جعلوه من الربويّات^{٢٨}، و لا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه، كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أمّا رواية معاوية بن عمّار، فلا دلالة فيها على بيع السمك إلاّ بقرينة روايتي أبي بصير و البرزنطي اللتين عرفت حالهما، فتأمّل (٣٥٤٠). ثمّ على تقدير الدلالة: إن أريد النزاع



٣٥٣٨. قد علم من الحاشية السابقة أنّه كان ينبغي تبديل «مع» بالواو، لأنّ هذا ليس جواباً آخر عن رواية الكرخي، فتدبّر.

٣٥٣٩. يعني: و مثل الروايات الثلاث المتقدمة - في الخروج عن مسألة ضمّ المعلوم الجائز بيعه منفرداً إلى المجهول الذي لا يبيعه كذلك - روايتا أبي بصير و البرزنطي، فإنّ الكفّ من السمك لا يجوز بيعه منفرداً، لأنّه حين كونه في الكفّ بلحاظ أنّه يعدّ من اللحم لا من الحيوان كان من الموزون، و لذا جعلوه من الربويّات، ولم يجزوا فيه خيار الحيوان.

٣٥٤٠. لعلّه إشارة إلى منع كونه من الموزون مادام حيّاً، لمنع كونه معدوداً من اللحم دون الحيوان، فيجوز بيعه منفرداً، و لا يجيء فيه الربا، و يثبت فيه خيار الحيوان. و هذا هو السرّ في جواز بيع سمك الآجام بالمشاهدة.

يمكن أن يكون إشارة إلى إمكان استفادة جواز بيع السمك من نفس الرواية، بقرينة

في عدم جواز بيع المجهول متضمناً إلى المعلوم ٥٢٥

قاعدة منها - و هي جواز ضمّ المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلاّ حيلة لجواز نقل المجهول - فلا دلالة فيها على ذلك (٣٥٤١)، و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم بل كلّهم خلافه؛ فإننا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كلّ مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضمّ شيء معلوم إليه كما يشهد به تتبع كلماتهم. و إن أريد الاقتصار على مورد النصوص - و هو بيع سمك الآجام، و لبن الضرع، و ما في البطون مع الأصواف - فالأمر سهل على تقدير الإغماض (٣٥٤٢) عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكلّ: من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم و أصله من العلامة، قال في القواعد في باب شرط العوضين: كلّ مجهول مقصود بالبيع لا يصحّ بيعه و إن انضمّ إلى معلوم، و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً، انتهى. و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخّر عنه إلاّ أنّ مرادهم من "المقصود" و "التابع" غير واضح. و الذي يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: أنّ مراده بالتابع ما يشترط دخوله في البيع، و بالمقصود: ما كان جزءاً. قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع: لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صحّ. أمّا لو باع الدابة و حملها أو الجارية و حملها بطل؛ لأنّ كلّ ما لا يصحّ بيعه منفرداً لا يصحّ جزءاً من المقصود، و يصحّ تابعاً^{٢٩}، انتهى. و في باب ما يندرج في المبيع قال: السادس: العبد، و لا يتناول ماله الذي ملكه مولاه

.....

اشتراط وجود القصب في الأجمة، نظراً إلى أنّ اشتراطه فيما إذا كان المقصود بيع الأرض لغو صرف، فتدبر.

٣٥٤١. يكفي في دلالتها عليه إطلاقها الشامل لصورة كون المعلوم غير مقصود بالبيع إلاّ بنحو الحيلة. بل يمكن أن يقال بظهور خير السمك و خير الخراج في ذلك، و بضميمة عدم الفرق بين هذا و بين غيره من سائر أفراد المجهول المنضمّ إليه المعلوم يتمّ دلالتها على القاعدة المذكورة.

٣٥٤٢. و على تقدير عدم الإغماض لا ضير فيه، لأنّها ليست قاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص، فيرفع اليد عنها بتلك الأخبار.

إِلَّا أَنْ يَسْتَنْتِيهِ الْمُشْتَرِي (٣٥٤٣) إِنْ قَلْنَا: إِنْ الْعَبْدَ يَمْلِكُ (٣٥٤٤)، فَيَنْتَقِلُ إِلَى الْمُشْتَرِي مَعَ الْعَبْدِ، وَكَانَ جَعْلُهُ لِلْمُشْتَرِي إِبْقَاءَ لَهُ عَلَى الْعَبْدِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا أَوْ غَائِبًا، أَمَّا إِذَا أَحْلَيْنَا تَمْلُكَهُ وَ مَا مَعَهُ صَارَ جُزْءًا مِنَ الْمَبِيعِ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ شُرَاطُ الْبَيْعِ، انْتَهَى.

و بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ جَعْلِ الْمَالِ شَرْطًا وَ بَيْنَ جَعْلِهِ جُزْءًا صَرَّحَ فِي التَّذَكُّرَةِ فِي فُرُوعِ مَسْأَلَةِ تَمْلُكِ الْعَبْدِ وَ عَدَمِهِ؛ مَعْلَلًا بِكَوْنِهِ مَعَ الشَّرْطِ كَمَاءِ الْآبَارِ وَ أَخْشَابِ السَّقُوفِ. وَ قَالَ فِي التَّذَكُّرَةِ أَيْضًا فِي بَابِ شُرُوطِ الْعَوَاضِينَ: لَوْ بَاعَ الْحَمْلَ مَعَ أُمِّهِ جَازَ إِجْمَاعًا ٣٠. وَ فِي مَوْضِعٍ مِنْ بَابِ الشُّرُوطِ فِي الْعَقْدِ: لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَ حَمْلَهَا لَمْ يَصَحَّ عِنْدَنَا لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْحَمْلَ لَا يَصَحُّ جَعْلُهُ مُسْتَقْلًا بِالشَّرَاءِ وَ لَا جُزْءًا. وَ قَالَ أَيْضًا: وَ لَوْ بَاعَ الْحَامِلَ وَ شَرْطَ لِلْمُشْتَرِي الْحَمْلَ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ كَأَسَاسِ الْحَيْطَانِ وَ إِنْ لَمْ يَصَحَّ ضَمُّهُ فِي الْبَيْعِ مَعَ الْأُمِّ؛ لِلْفَرْقِ بَيْنَ الْجُزْءِ وَ التَّابِعِ. وَ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ الشَّيْءَ وَ مَا فِي ضَرْعِهَا مِنَ اللَّبَنِ، لَمْ يَجُزْ عِنْدَنَا. وَ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: لَوْ بَاعَ دُجَاجَةَ ذَاتِ بَيْضَةٍ وَ شَرْطَهَا صَحَّ، وَ إِنْ جَعَلَهَا جُزْءًا مِنَ الْمَبِيعِ لَمْ يَصَحَّ.

وَ هَذِهِ كُلُّهَا صَرِيحَةٌ فِي عَدَمِ جَوَازِ ضَمِّ الْمَجْهُولِ عَلَى وَجْهِ الْجُزْئِيَّةِ، مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ تَعَلُّقِ الْغَرَضِ الدَّاعِي بِالْمَعْلُومِ أَوْ الْمَجْهُولِ. وَ قَدْ ذَكَرَ هَذَا الْمُحَقِّقُ الثَّانِي (٣٥٤٥)

٣٥٤٣. فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ «أَيُّ: إِلَّا أَنْ يَسْتَنْتِيهِ الْمُشْتَرِي فَمَا لَا يَنْدَرِجُ فِي إِطْلَاقِ الْبَيْعِ، وَ الْمُرَادُ اشْتِرَاطُ دَخُولِهِ».

٣٥٤٤. وَ هُوَ الْأَقْوَى، إِلَّا أَنَّهُ مُحْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِدُونِ إِذْنِ مُوَلَاهُ، فَيَنْتَقِلُ مَالُ الْعَبْدِ إِلَى الْمُشْتَرِي مَعَ الْعَبْدِ، لِاشْتِرَاطِ دَخُولِهِ فِي الْمَبِيعِ. وَ كَانَ جَعْلُهُ لِلْمُشْتَرِي بِالشَّرْطِ إِبْقَاءَ مَالِهِ - أَيُّ: مَالِ الْعَبْدِ - عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ، فَيَكُونُ انْتِقَالُهُ إِلَى الْمُشْتَرِي بِمَعْنَى كَوْنِهِ لَهُ عَلَى النُّحُوِّ الَّذِي كَانَ لِلْبَايِعِ قَبْلَ الْبَيْعِ، لَا بِمَعْنَى كَوْنِهِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ فِي اخْتِصَاصِهِ بِهِ وَ عَدَمِ الْعِلَاقَةِ بَيْنِهِ وَ بَيْنَ الْعَبْدِ. وَ عَلَى كُلِّ حَالٍ فَبِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ لِحَاجَةِ فِي انْتِقَالِ أَمْوَالِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي - بِالْمَعْنَى الْمَذْكُورِ - إِلَى اشْتِرَاطِ دَخُولِهِ، بَلْ يَكْفِي فِيهِ عَدَمُ اشْتِرَاطِ خُرُوجِهِ الَّذِي هُوَ بِمَعْنَى سَلْبِ مِلْكِهِ عَنْهُ، لِأَنَّهُ قَضِيَّةٌ كَوْنُ الْمَالِ لَهُ، فَيَدُورُ مَعَهُ حَيْثُمَا دَارَ.

٣٥٤٥. الظَّاهِرُ «مَنْعٌ» أَوْ «رَدٌّ» بَدَلُ «ذِكْرٍ». أَوْ أَنَّهُ سَقَطَ مِنَ الْعِبَارَةِ «وَ مَنْعُهُ» أَوْ «رَدُّهُ» قَبْلَ قَوْلِهِ: «قَالَ: وَ مَا قَدْ يَوْجَدُ...». وَ يُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ: إِنَّ لَفْظَةَ «هَذَا» إِشَارَةً إِلَى

في عدم جواز بيع المجهول متضمناً إلى المعلوم ٥٢٧

في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: و ما قد يوجد في بعض الكلام من أن المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصح، وإن اشترط صح - ونحو ذلك - فليس بشئ؛ لأن العبارة لأثر لها، والمشروط محسوب (٣٥٤٦) من جملة المبيع، ولأنه لو باع الحمل والأم صح البيع ولا يتوقف على بيعها واشتراطه، انتهى. وهو الظاهر من الشهيدين في اللعة والروضة حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع. وقد صرح الشيخ في مسألة اشتراط مال العبد باعتبار العلم بمقدار المال. وعن الشهيد: لو اشتراه وماله صح، ولم يشترط علمه ولا التفصي من الربا إن قلنا: إنه يملك، وإن أحلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط ولا يضر الجهالة؛ لأنه تابع ٣١، انتهى. واختاره جامع المقاصد. ثم "التابع" في كلام هؤلاء (٣٥٤٧) يحتمل أن يراد به: ما يعد في العرف تابعاً كالحمل مع الأم، واللبن مع الشاة، والبيض مع الدجاج، ومال العبد معه، والباغ في الدار (٣٥٤٨)، والقصر في البستان ونحو ذلك مما نسب البيع عرفاً إلى المتبوع لا إليهما معاً، وإن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان بل بالتابع خاصة كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل.

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد من صحة بيع الأم وحملها؛ لأن الحمل تابع. قال في جامع المقاصد - في شرح قوله المتقدم في القواعد: "و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً" -: إن إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة في بيع دابة أخرى إلا أن يقال: التبعية إنما تتحقق مع الأم؛ لأنه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها، ومثله زخرفة جدران البيت ٣٢، انتهى. وفي التمثيل

.....

الجواز لا إلى عدم الجواز، فتدبر.

٣٥٤٦. يعني: والحال أن الشروط محسوب من جملة أجزاء المبيع عرفاً أو بحسب قصد

المتعاقدين على الاحتمالين الآتين.

٣٥٤٧. يعني بهم غير العلامة من الشهيدين والمحقق الثاني.

٣٥٤٨. في المصباح: «الباغ: الكرم، لفظة أعجمية استعملها الناس بالالف واللام».

نظر؛ لخروج زخرفة الجدران من محلّ الكلام في المقام إلّا أن يريد مثال الأجزاء، لامثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدّم (٣٥٤٩) من اعتبارهم العلم في مال العبد وفقاً للشيخ مع أنّ مال العبد تابع عرفي كما صرح به في المختلف في مسألة بيع العبد و اشتراط ماله.

و يحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعاً عرقياً كمن اشترى قصب الآجام وكان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام وكان فيها قليل من القصب، و هذا أيضاً قد يكون (٣٥٥٠) كذلك بحسب النوع، و قد يكون كذلك بحسب الشخص كمن أراد السمك القليل لأجل حاجة، لكن لم يتهياً له شرائه إلّا في ضمن قصب* الأجمة. و الأوّل هو الظاهر (٣٥٥١) من مواضع من المختلف، منها: في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه حيث حمل رواية سماعة - المتقدمة - على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير أصلاً، و الذي في الضرع تابعاً. و قال في مسألة بيع ما في بطون الأنعام مع الضميّة: و المعتمد أن نقول: إن كان الحمل تابعاً صحّ البيع كما لو باعه الأمّ و حملها أو باعه ما يقصد مثله (٣٥٥٢) بمثل الثمن و ضمّ الحمل، فهذا لا بأس به و إلّا كان باطلاً. و أمّا الاحتمال الثاني - أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين - فلم نجد عليه شاهداً، إلّا ثبوت الغرر على تقدير تعلّق الغرض الشخصي بالجهول و انتفائه على تقدير تعلّقه بالمعلوم. و يمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى.

و ربّما احتمل بعض (٣٥٥٣) بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصوداً

.....

٣٥٤٩. يعني بالمشار إليه احتمال إرادة التابع العرفي.

٣٥٥٠. يعني: كون الشيء تابعاً بحسب قصد المتعاملين قد يكون كذلك بحسب قصد

نوع المتعاملين، و قد يكون بحسب قصد شخصهما، و الثاني كمن أراد السمك القليل.

٣٥٥١. يعني: مراعاة الغرض النوعي.

٣٥٥٢. لعلّ مراده من الموصول هو الكسر المشاع من الأمّ، كالنصف و الثلث و نحوهما.

٣٥٥٣. صاحب الجواهر. و حكى عن المحقّق القميّ أيضاً في أجوبة مسائله.

في عدم جواز بيع المجهول متضمناً إلى المعلوم ٥٢٩

و المجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما - و لو لتصحيح البيع - على أن المبيع المقابل للثمن هذا المعلوم الذي هو و إن سمي ضميمة لكنه المقصود في تصحيح البيع، قال: و لا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك - في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض - بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه، و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقد عليه البيع، فلا يقدح حصوله و عدم حصوله كما اومي إليه في ضميمة الآبق و ضميمة الثمر على الشجر و ضميمة ما في الضروع و ما في الآجام^{٣٣}، انتهى. و لا يخفى أنه لم توجد (٣٥٥٤) عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل إلا أن يريد بـ"التابع" جعل المجهول شرطاً و المعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدم عن القواعد و التذكرة، و لأظن إرادة ذلك من كلامه؛ بقرينة استشهاده بأخبار الضميمة (٣٥٥٥) في الموارد المتفرقة.

و الأوفق بالقواعد أن يقال: أما الشرط و الجزء، فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة. و أما قصد المتبايعين بحسب الشخص فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً و عدماً؛ لأن الظاهر من حديث الغرر من كلامهم: عدم مدخلة قصد المتبايعين في الموارد الشخصية، بل وكذلك قصدهما بحسب النوع (٣٥٥٦) على الوجه الذي ذكره في المختلف:

و محصل مرامه: أن المراد من الأصالة و التبعية هما بحسب الجعل و التباين، بمعنى البناء على كون المعلوم هو المبيع المقابل للثمن، و المجهول تابعاً له و منزلاً منزلته، و إن لم يكن كذلك بحسب العرف و غرض المتعاقدين و بحسب عبارة العقد، بل كان على خلاف الكل. و فيه: أنا لانعقل لذلك معنى وراء الشرطية، ضرورة أن البناء على كون الثمن في قبالة المعلوم مناقض لجعل المعلوم و المجهول معاً مثعناً، لأن معناه البناء على كون الثمن بإزائهما معاً.

٣٥٥٤. بل هو أمر غير معقول في نفسه كما عرفت، فتكون الأخبار بالنسبة إليه ممّا

لا قائل به.

٣٥٥٥. حيث إن الضمان المذكورة فيها ليست من قبيل الشروط في عبارة العقد.

٣٥٥٦. إذ لا دخل لما ذكره من التقارب في دفع الغرر الحاصل من ضمّ المجهول من

حيث الحصول.

٥٣٠..... المكاسب، ج ٣، البيع

من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له و للمجهول. و أما التابع العرفي، فالجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفاً إلا أن المجهول منه جزءاً داخل ظاهراً في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقف على العلم بالمجموع. نعم، لو كان الشرط تابعاً عرفياً (٣٥٥٧) خرج عن بيع الغرر و عن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه.

هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. و أما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع و إن لم ينضم إليه حين العقد و لم يخطر ببال المتبايعين، فالظاهر عدم الخلاف و الإشكال في عدم اعتبار العلم به إلا إذا استلزم غرراً في نفس المبيع؛ إذ الكلام في مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع لا الساري من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

مسألة: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة على المشهور بل لاخلاف فيه في الجملة، بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع، قال فيما حكى عنه: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة، فقد استثنى من المبيع أمر مجهول، و استثناء المجهول مبطل للبيع إلا في هذه الصورة؛ فإنه لا يبطل إجماعاً، انتهى. و الظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من أول الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً.

ثم إن الأقوال في تفصيل المسألة ستة: الأول: جواز الإنذار بشرطين: كون المنذر متعارف الإنذار عند التجار و عدم العلم بزيادة ما يندره (٣٥٥٨). و هو للنهاية ٣٤ و الوسيلة و عن غيرهما. الثاني: عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها. و هو للتحريز. الثالث: اعتبار العادة مطلقاً و لو علم الزيادة أو النقيصة و مع عدم العادة فيما يحتملها. و هو لظاهر اللمعة و صريح الروضة.

.....
٣٥٥٧. يعني: لو كان ما جعل شرطاً في عبارة العقد تابعاً عرفياً، أي: لو اجتمع في المجهول المنضم إلى المعلوم التبعية العرفية و الاشتراط في العقد قبال الجزئية فيه خرج....

٣٥٥٨. يعني: خصوص عدم العلم بزيادة ما يندر عما كان للمندر من الوزن الواقعي، و أما عدم العلم بنقصانه عنه فلا يعتبر.

الرابع: التفصيل (٣٥٥٩) بين ما يحتمل الزيادة و النقيصة فيجوز مطلقاً، و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي. الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة، و هو للمحقق الثاني ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصة. السادس: إناطة الحكم بالغرر.

ثم إن صورة المسألة: أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشرة أرتال، فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض و قلنا بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً (٣٥٦٠) على ما هو مفروض المسألة و معقد الإجماع المتقدم: فتارة: يباع (٣٥٦١) المظروف المذكور جملة بكذا و حينئذ فلا يحتاج إلى الإندار؛ لأن الثمن و الثمن معلومان بالفرض. و أخرى: يباع على وجه التسعير بأن يقول: "بعته كل رطل بدرهم" فيجئ مسألة الإندار؛ للحاجة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم. و يمكن أن تحرر المسألة على وجه آخر (٣٥٦٢)، و هو: أنه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف،

٣٥٥٩. لعل هذا هو القول المشهور في المسألة، و لم ينسبه إليهم هناك اكتفاء بما ذكره في صدر المسألة من نسبته إليهم مع عدم ذكره هناك ثاني شقي التفصيل، و إلاّ تصير الأقوال سبعة لاسّة. هذا، مع أن التفصيل المذكور بعينه من الشرايع، و مع ذلك لم ينسبه إلى المحققين، فيعلم منه أنه موافق للمشهور، لمخالفته لسائر الأقوال، و لا يكون ذلك إلاّ بما ذكرناه. هذا، مضافاً إلى أنه شرح بعد ذلك بأنه المشهور على ما يظهر من العبارة، و ستنبه عليه إن شاء الله. ٣٥٦٠. يعني: العلم بوزنه كذلك لاحقيقة و لاتتريلاً و حكماً.

٣٥٦١. هذا الفرض خارج عن محلّ البحث بين العلماء، و ظاهر المصنّف صحّة البيع فيه، و إنّما محلّ البحث بينهم هو الفرض الآخر الذي ذكره بعد ذلك بقوله: «يباع على وجه التسعير».

٣٥٦٢. على وجه آخر غير الوجه الذي ذكره قبل ذلك بقوله: «و أخرى يباع على وجه التسعير...». و الفرق بين الوجهين: أن الإندار على الوجه السابق يجوز أن يكون بعد البيع إن احتيج إليه لتعيين الثمن، و لا يشترط كونه قبل البيع، فبدون الإندار يصحّ البيع، و إنّما هو لغرض آخر غير تصحيح البيع. و أمّا على هذا الوجه فلا بدّ من كونه قبل البيع، لاعتباره في صحّة بيع المظروف من جهة إيجابه، لكونه في حكم المعلوم و إن لم يكن معلوماً حقيقة.

٥٣٢ المكاسب، ج ٣، البيع

و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً (٣٥٦٣) فإنذار أي مقدار للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار أو التراضي أو بغير ذلك؟ فالكلام في تعيين المقدار المنذر لأجل إحراز شرط صحة بيع المظروف، بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع.

و إلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين؛ حيث أناط المقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر (٣٥٦٤)، و اعترض على ما في القواعد و مثلها: من اعتبار التراضي في جواز إنذار ما يعلم زيادته بأن التراضي لا يدفع غرراً (٣٥٦٥) و لا يصح عقداً. و تبعه في ذلك بعض أتباعه. و يمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر - المتقدمة - حيث فرّع استثناء المجهول من المبيع على جواز الإنذار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إنذار مقدار معين؛ إذ الإنذار حينئذ لتعيين الثمن، فتأمل.

وكيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين، فإن جماعة منهم - كما

٣٥٦٣. الأولى بل اللازم أن يقول: و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً حقيقة، و قلنا بلزوم العلم به كذلك حكماً و تنزيلاً. يمثل الإنذار، المستلزم للقول بعدم كفاية العلم بمقدار المجموع، فيقع الكلام في أن إنذار أي مقدار في مقابل الظرف يجعل المظروف معلوماً تنزيلاً، و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار... و ذلك لأنه بمجرد ما ذكره المصنف من المقدمات لاتصل النوبة إلى وقوع الكلام في أن المقدار الموجب إنذاره لأجل أن يكون المظروف في حكم المعلوم ما ذا؟ لاحتمال كفاية العلم بوزن المجموع في الصحة، و عليه لاحاجة إلى الإنذار لأجل تصحيح البيع، بل لا بد فيه من إضافة ما ذكرناه من المقدمة.

٣٥٦٤. إذ يعلم من هذه الإناطة و هذا الاعتراض أن الإنذار لأجل دفع الغرر المانع عن صحة البيع، و لا يكون ذلك إلا على هذا الوجه الثاني في تحرير المسألة، إذ على الوجه الأول في تحريرها يكون الإنذار لأجل تعيين الثمن. ثم إن المراد مما لا يحصل معه الغرر هو المقدار المتعارف إنذاره.

٣٥٦٥. يعني: غرراً محققاً لولا التراضي.

عرفت من الفاضلين و غيرهما - خصّوا اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، فلو كان الإندار لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً (٣٥٦٦)؛ إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض. و قد صرح المحقق و الشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة أو النقيصة بأنّ في الإندار من دون التراضي تضييعاً لمال أحدهما. و لا يخفى أنّه لو كان اعتبار الإندار قبل العقد لتصحيحه (٣٥٦٧) لم يتحقق تضييع المال؛ لأنّ الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف سواء فرض زائداً أو ناقصاً. هذا، مع أنّه إذا فرض كون استقرار العادة على إندار مقدار معيّن يحتمل الزيادة و النقيصة، فالتراضي على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا يوجب غوراً بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قاذح في صحّة البيع.

٣٥٦٦. يعني: لو كان نظرهم إلى الوجه الثاني الذي قضيته كون الإندار لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد، لكان الإندار معتبراً مطلقاً حتّى في صورة عدم العلم بالمخالفة، و لم يصحّ تخصيص اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، و هذا بخلاف ما إذا كان نظرهم إلى الوجه الأوّل في تحرير المسألة، الذي مقتضاه كون الإندار لأجل تعيين ما يستحقّه البائع على المشتري لا لأجل تصحيح العقد، فإنّه يصحّ حينئذٍ تخصيص اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، حيث إنّ العقد على هذا صحيح قبل الإندار، و لأجل صحّته وجب على المشتري قبل الإندار إيفاء حقّ البائع من الثمن بتمامه في قبال ما اشتراه من المظروف على وجه التسعير، و وجب على البائع عدم أخذ الزائد عمّا يستحقّه من الثمن، و الإندار إنّما هو لتعيين حقّ البائع. فإذا علم مخالفة المندر لمقدار الظرف فلا بدّ من التراضي. و أمّا إذا لم يعلم فلا يلزم التراضي، لأنّ العقد صحيح، و اشتغال ذمّة المشتري بأزيد ممّا يدفعه إلى البائع غير معلوم، و كذلك اشتغال ذمّة البائع بأزيد ممّا يدفعه إلى المشتري من الثمن أيضاً غير معلوم، فيرجع كلّ منهما إلى أصالة البرائة رضي به الآخر أم لا.

٣٥٦٧. هذا بيان لوجه لمخالفة الوجه الثاني لكلام الثانيين. و حاصله: أنّه بناءً عليه لا تضييع في صورة العلم بالمخالفة و زيادة وزن الظرف أو نقصانه عمّا كان له واقعاً. و هذا بخلافه لو أريد الوجه الأوّل، و كان اعتبار الإندار بعد العقد لتعيين الثمن، فإنّه يتحقّق حينئذٍ في الصورة المذكورة. و يعلم وجهه من الحاشية السابقة.

مثلاً: لو كان المجموع عشرة أرتال وكان المعتاد إسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على أن يندر للظرف رطلان* فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً. ولو تراضيا على إندار نصف رطل فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة أرتال و نصف ثناً للتسعة، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضي في إندار ما علم زيادته أو نقيصته: بأن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصح عقداً.

وكيف كان، فالأظهر** هو الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول - كما عنون المسألة بذلك في اللمعة ٣٥ بل نسبة في الحدائق إليهم - لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد، والتواطؤ على إسقاط العقد على الباقي بعد الإندار. و ذكر المحقق الأردبيلي^٣ في تفسير عنوان المسألة (٣٥٦٨): أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا يزيد و لا أنقص، بل و إن تفاوت لا يكون إلا بشئ يسير يتساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع^{٣٦}، انتهى. فظاهره الوجه الأول الذي ذكرنا حيث جوز البيع (٣٥٦٩) بمجرد وزن المظروف مع الظرف، و جعل الإندار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه.

و في الحدائق - في مقام الرد على من ألحق النقيصة بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها

٣٥٦٨. قال في شرح قول المصنف في الإرشاد: «و الإندار للمظروف ما يحتمل - يعني: يجوز - الإندار...»، ما هذا لفظه: «أي يجوز بيع الموزون المظروف، بأن يوزن...» إلى آخر ما ذكره في المتن.

٣٥٦٩. يمكن الخدشة فيه بأنه إنما يتم لو كان قوله «ثم يباع المظروف» المحذوف من العبارة مقدراً قبل قوله: «ثم يسقط من المجموع...». و هو قابل للمنع، لاحتمال تقديره بعده و قبل قوله: «ثم دفع ثمن الباقي» إذ بناءً عليه يكون ظاهراً في ثاني وجهي تحرير المسألة. و يؤيده أنه بناءً على الوجه الأول يلزم حمل كلامه على الصورة الثانية من صورتين الوجه

— قال: إن الإندار حقّ للمشتري؛ لأنه قد اشترى مثلاً مائة من * السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة، و له إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن^{٣٧}، انتهى. و هذا الكلام و إن كان مؤيداً لما استقر به في تحرير المسألة إلا أن جعل الإندار حقاً للمشتري و التمثيل بما ذكره لا يخلو عن نظر؛ فإن المشتري لم يشتر مائة من ** السمن في هذه الظروف؛ لأنّ التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائة من لغو بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع المظروف مائة من، فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الإندار و لاحقاً للمشتري. و إن اشتراه على وجه التسعير بقوله: "كلّ من بكذا" فالإندار إنّما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقّه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث؟ و قد علم مما ذكرنا: أن الإندار — الذي هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن — إنّما هو لتعيين حقّ البائع و ليس حقاً للمشتري.

و أما الأخبار: فمنها (٣٥٧٠) موثقة حنان، قال: "سمعت معمر الزيات، قال لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نشترى الزيت في زقاقه، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق (٣٥٧١)؟

الأول في تحريرها، إذ لا حاجة إلى الإندار في الصورة الأولى منهما كما مرّ، و هو خلاف ظاهر العبارة، لأنّ قوله: «يجوز بيع الموزون» ظاهر في بيعه لا على وجه التسعير. و لا ينافي الاحتمال المذكور قوله: «ثمّ دفع ثمن الباقي» حيث إن المناسب على هذا الاحتمال أن يقول: ثمنه، بوضع الضمير موضع الظاهر، بلحاظ أن الباقي بناءً عليه من تتمّة قوله المقدّر في الكلام «ثمّ يباع» و مربوط به، إمّا نائب الفاعل، أو صفة لنائب الفاعل، و هو المظروف. وجه عدم المنافاة: أن وضع الظاهر موضع الضمير شائع في الكلام الفصيح، سيّما مع عدم ذكر الظاهر في نظم الكلام كما في المقام. و بالجملة، لم أفهم وجه ظهور العبارة المذكورة في الوجه الأوّل، فتأمل.

٣٥٧٠. الظاهر أنّه عطف على قوله: «إنّ الأقوال في تفصيل المسألة ستّة».

٣٥٧١. الزقاق جمع الزق بالكسر بمعنى القربة. و المكان مصدر ميميّ. و الجار فيه متعلّق بالنقصان، أي: يحسب البائع أو وكيله و ينقص لنا مقدار نقصان الزيت الحاصل لأجل كون الزقاق معه في الوزن. و أمّا معنى قوله: «إن كان يزيد و ينقص» فسيأتي الكلام فيه.

فقال له: إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه^{٣٨}. قيل: و ظاهره عدم اعتبار التراضي (٣٥٧٢). أقول: المفروض في السؤال هو التراضي؛ لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري. و التحقيق أن مورد السؤال صحة الإندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا ثمن أو بضمن مغاير للمظروف أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحة جميع*

.....

٣٥٧٢. القائل صاحب الجواهر على ما قيل، و نظره في وجه الظهور إلى الإطلاق. و حاصل إيراد المصنف عليه: منع الإطلاق، بدعوى أن من مقدماته أنه لو أريد المقيد واقعاً و ترك القيد لأخل بالعرض، و هو منتفٍ فيما إذا كان مسبقاً بالسؤال عن حكم المقيد، فإنه لو أطلق فيه الجواب و أراد المقيد المستول عن حكمه لما أخل بالعرض، و معه لإطلاق في البين. و المقام من هذا القبيل، لأن المفروض في السؤال هو التراضي، و علله بأن الحاسب هو البائع أو وكيله، و هما مختاران، و مع الاختيار لا يكون حساب النقص و إسقاطه إلا بالرضا، و المحسوب لنفعه هو المشتري، و الإنسان مجبول على الرضا بنفعه. ثم آيد عدم الإطلاق بالنهي عن القرب في صورة الزيادة، معللاً بأن المنهي عنه فيها ليس القرب مع عدم التراضي، إذ مع عدم التراضي لا يتحقق القرب، فيكون النهي عنه لغواً، فيختص بصورة التراضي، و مقتضى المقابلة أن يكون مفروض السؤال في الفقرة الأولى صورة التراضي.

هذا، و يمكن الخدشة في كل واحد من التعليل و التأيد. أما في الأول فلا مكان كون الحاسب وكيل البائع في البيع، و يمكن منع كفاية رضاه عن رضا صاحب المال، لإمكان كونه وكيلاً في البيع لا في إندار الظرف، و رضا المالك بما يحسب الوكيل لمكان الظرف غير معلوم، لاحتمال عدم علمه بالمتعارف في الإندار، أو عدم علمه بكون إنداره بالنحو المتعارف. و مجرد كون الإندار لنفع المشتري لا يقتضي رضاه بالقدر المندر بحده و قدره، أي: رضاه بعدم حساب مقدار يحتمل زيادته على القدر المندر. و أما في الثاني فلمنع اختصاص المنهي عنه في صورة الزيادة بصورة التراضي، بل مطلق شامل لها و لصورة عدم التراضي، كإطلاق الجواز في الفقرة الأولى. و عدم تحقق الإقدام مع عدم التراضي المستلزم للغوية النهي ممنوع، فتأمل، و لعله لما ذكرنا أمر بالفهم.

في الإندار للظروف ٥٣٧

ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه، فلا إطلاق فيه يعم صورة عدم التراضي. و يؤيده النهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة؛ فإن النهي* عنه ليس عن ارتكابه بغير تراض، فافهم. فحينئذ لا يعارضها ما دل (٣٥٧٣) على صحة ذلك مع التراضي، مثل رواية علي بن أبي حمزة، قال: "سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! تطرح ظروف السمن و الزيت، كل ظرف كذا وكذا رطلاً فربما زاد و ربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس" ٣٩. فإن الشرط فيه مسوق (٣٥٧٤) لبيان كفاية التراضي في ذلك و عدم المانع منه شرعاً، فيشبه التراضي العلة التامة الغير المتوقفة على شيء. و نحوه اشتراط التراضي في خبر علي بن جعفر المحكي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام: "عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية و الجوالق، فيقول: ادفع للناسية رطلاً أو أكثر من ذلك، أيجل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق (٣٥٧٥) فلا بأس إذا تراضيا" ٤٠. ثم إن قوله: "إن كان يزيد و ينقص" في الرواية الأولى يحتمل (٣٥٧٦)

.....
٣٥٧٣. يعني: فحينئذ لا إطلاق لها يعم صورة عدم التراضي فلا يعارضها ما دل....،
يعني: ما دل بمفهومه.

٣٥٧٤. هذا علة للمنفى - وهو المعارضة - لا للمنفى، فتأمل تعرف.

٣٥٧٥. جوالق معرب حوال. و الناسية إمّا ظرف كالجوالق، أو آلاته. و الأول أنسب بكلمة «في» و لم أر في الجمع تعرضاً لمعناها، و ليس عندي غيره من كتب اللغة. و في بعض الحواشي: «الظاهر أنه مصحف، و الصحيح «الباسنة» بالباء الموحدة و النون بعد السين، و هو نوع خاص من الجوالق ينسحب من الكتان، على ما حكى عن القاموس. و أمّا الناسية بالنون و الباء الموحدة بعد السين - على ما هو المروي فيما بأيدينا من الكتب - فلم يعرف له معنى مناسب للمقام في كتب اللغة» انتهى. و عليه، يكون عطفه على الجوالق من عطف الخاص على العام.

٣٥٧٦. في هذه الفقرة من الروايات ظهورات أربع:

أحدها: ظهور كل واحد من «يزيد» و «ينقص» في أن المحقق نفس الزيادة و النقصان لاحتماهما.

و ثانيها: كون الواو العاطفة بمعناها و هو الجمع، لا بمعنى «أو» الترديدية.

و ثالثها: رجوع ضمير كل واحد منهما إلى النقصان لمكان جمع الزقاق، يعني: يزيد ذلك المقدار لمكان مجموع الزقاق و ينقص له، لارجوعه في أحدهما إليه لأجل بعض الزقاق، و في الآخر إليه لأجل البعض الآخر.

و رابعها: كون مورد كل من الزيادة و النقصان عين المقابلة التي هي مورد الآخر شخصاً لأنوعاً و إن كان غيرها نوعاً.

و لما كان يلزم التناقض من حفظ هذه الظهورات، فلا بد في رفع التناقض من رفع اليد إما من الظهور الأول و حملها على احتمالها، أو من الظهور الثاني و جعل «الواو» بمعنى «أو» و حفظ بقية الظهورات. و هذا هو الاحتمال الأول الذي ذكره بقوله: «يحتمل أن يراد به الزيادة و النقيصة...». و إما من الظهور الثالث، بإرجاع ضمير أحدهما إلى النقصان بلحاظ بعض الزقاق، و ضمير الآخر إليه بلحاظ البعض الآخر، مع حفظ ما عداه من الظهورات. و هو الاحتمال الثاني الذي ذكره بقوله: «أو بمعنى أنه يزيد في بعض الزقاق، و ينقص في بعض آخر». و إما من الظهور الرابع، و التصرف فيه يجعل مورد الزيادة معاملة، و مورد النقصان معاملة أخرى مشتركة مع الأولى في كونهما من مصاديق نوع واحد، كبيع الزيت في الزق مثلاً، مع العمل بسائر الظهورات.

و الاحتمال الأول أرجح من الثاني و الثالث، لأن ظهور كون مرجع الضميرين النقصان بلحاظ تمام الزقاق، وكذا ظهور كون مورد كل من الزيادة و النقصان عين مورد الآخر شخصاً لأنوعاً، أقوى من ظهورهما من نفس الزيادة و النقصان لاحتماها، إذ كثيراً ما يطلق الفعلان المتضادان و يراد إكثامهما و احتمالهما و القدرة عليهما. و يؤيد ذلك أنه يبقى حكم بيع زق واحد من الزيت مثلاً غير معلوم الحكم من الرواية على الاحتمال الثاني، وكذلك حكمه و حكم بيع الزيت مثلاً في زقاق عديدة في معاملات متعددة فيما إذا كان الزقاق في إحدى المعاملات غيرها في أخرى، أو كان عينها و لكن مع كون الزيت فيها أو في بعضها مخالفاً له فيها أو فيه من حيث القلة و الكثرة، بناءً على الاحتمال الثالث، إذ مع وحدة الزق لا معنى للزيادة في بعض و النقصان في آخر. و في الصورة الثانية لا يكون المنذر مقدراً معيناً سارياً في جميع أفراد نوع هذه المعاملة حتى يقال: إنه يزيد عن مقدار الزقاق واقعاً في معاملة و

أن يراد به: الزيادة و النقيصة في هذا المقدار المندر في شخص المعاملة، بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه. أو بمعنى: أنه يزيد في بعض الزقاق و ينقص في بعض آخر. و* أن يراد به الزيادة و النقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة و في بعض أخرى النقيصة. و هذا هو الذي فهمه في النهاية حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف ثمة يزيد تارة و ينقص أخرى، و نحوه في الوسيلة ٤١. و يشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير (٣٥٧٧) "يزيد" و "ينقص" إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، و للثاني عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر في اجتماع نفس

ينقص عنه في أخرى. نعم، يتم ذلك فيما إذا اتحدت الزقاق و كان كلهما مملوئاً بالزيت، و لكن كانت يابسة قبل جعل الزيت فيها بالقياس إلى معاملة و رطبة بالقياس إلى أخرى. و كيف كان، فالظاهر أن المعنى على جميع الاحتمالات الثلاث شيء واحد، و هو الجهل بالزيادة و النقيصة. أما على الأول فواضح. و أما على الثاني فلأن الغالب عدم العلم بمقدار الزيادة في بعض الزقاق و مقدار النقيصة في البعض الآخر، فحيث إذا لوحظ أحد المندرين مع الآخر لزم الجهل بزيادة المجموع المركب منهما و نقصانه عما كان للجميع في الواقع من الوزن. و أما على الثالث فلأن المراد من الزيادة مرة و النقيصة أخرى أنه إن كان المندر للظرف مقداراً لولاحظتم الظرف و وزنتموه يزيد عن وزنه الواقعي في مورد و ينقص عنه في مورد آخر، و لازم ذلك هو الشك في الزيادة و النقيصة حين الإندار في كل معاملة شخصية، ضرورة أنه مع العلم بأحدهما حين الإندار في معاملة خاصة كيف يمكن العلم بتحقيق الآخر في غيرها؟ و لعله ظاهر، فتأمل جيداً.

٣٥٧٧. مع كون مورد الزيادة عين مورد النقصان شخصاً لانهاءً، إذ قد عرفت فيما تقدم أن رجوع الضمير إلى مجموع النقصان مجرداً عن ذلك لاقتضي ذلك، لملائمته مع الاحتمال الثالث أيضاً، فلا بد من ضمّه إلى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهرة في الجمع في شهادته للثاني، ضرورة صحة هذا الظاهر مع الاحتمال الثالث، نظراً إلى اجتماعهما في نوع هذه المعاملة بناءً عليه.

المتعاطفين للاحتمالهما (٣٥٧٨)، و للثالث ما ورد في بعض الروايات: "من آله ربّما يشتري الطعام (٣٥٧٩) من أهل السفينة ثم يكيّله فيزيد؟ قال عليه السلام: و ربّما نقص؟ قلت: و ربّما نقص. قال: فإذا نقص ردّوا عليكم؟ قلت: لا. قال: لا بأس^{٤٢}. فيكون معنى الرواية: أنّه إذا كان الذي يحسب لكم زائداً مرّة و ناقصاً أخرى، فلا بأس بما يحسب و إن بلغ ما بلغ (٣٥٨٠)، و إن زاد دائماً (٣٥٨١) فلا يجوز إلاّ هبة أو إبراء من الثمن (٣٥٨٢)

٣٥٧٨. ينبغي أن يقول: الظاهر في الجمع بين المتعاطفين و ظهورهما في نفسيهما لا في احتمالها، لأنّ كون المتعاطفين نفسيهما للاحتمالهما لا ربط له بعالم الواو و ليس على عهدتها، و إنّما هو مقتضى وضع مادّتهما.

٣٥٧٩. الظاهر أنّ شراء الطعام في موردها إنّما كان بإخبار البائع، ثمّ بعد الشراء كاله المشتري لأجل أن يبيعه من آخر، و قد تقدّم أنّ الحكم فيه الصحّة، و الخيار للمغبون، و هو في موردها البائع، و الرواية لاتنفيه و لاتنفي خيار المشتري في صورة النقص.

و كيف كان، فلا أرى وجهاً لشهادتها، لأنّ مجرد التعبير بما يساوق قوله: «يزيد تارة و ينقص أخرى» في شراء الطعام - الذي لا يباع في الطرف، و لو سلّم فليس ممّا يوزن مع ظرفه - لا يدلّ على أنّ المراد من قوله: «يزيد و ينقص» في رواية حنان - الواردة في بيع الزيت الموزون مع ظرفه - أنّه يزيد تارة و ينقص أخرى. و الأولى أن يستشهد له برواية عليّ بن حمزة السابقة، لاتحادهما من حيث المورد و السائل و المستول عنه، و قد عبّر فيها بقوله: «فربّما زاد و ربّما نقص» إذ قد يستظهر من ذلك أنّ مفاد هذين التعبيرين شيء واحد، قد عبّر بأحدهما في إحدى الروايتين في كلام السائل، و في الأخرى في كلام الإمام عليه السلام، فتأمل.

٣٥٨٠. يعني: و إن كان مقدار ما يحسب - مع حفظ كونه زائداً مرّة و ناقصاً أخرى

- بلغ من الكثرة ما بلغ.

٣٥٨١. وكذلك إن نقص. و إنّما خصّ صورة الزيادة بالذكر لاختصاص مورد فهي المخاطب في فرض السؤال بلحاظ كونه مشتركياً بتلك الصورة. و أمّا في صورة النقيصة فالمخاطب بالنهي هو البائع.

٣٥٨٢. يعني: هبة مالك المظروف مقدار ما أندر منه لأجل ظرفه زائداً على مقدار

أو مع التراضي، بناءً (٣٥٨٣) على عدم توقّف الشقّ الأوّل عليه، و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت.
وكيف كان، فالذي يقوى في النظر (٣٥٨٤)

ظرفه للمشتري، أو إبرائه إتياء من ثمنه و قيمته، الأوّل في صورة وجود عين ذاك المقدار، و الثاني في صورة تلفه عند المشتري.

٣٥٨٣. يعني: أو يجوز مع التراضي. لكنّه مبنيّ على أمرين: أحدهما: عدم توقّف جواز الشقّ الأوّل - و هو صورة كون ما يحسب يزيد تارةً و ينقص أخرى - على التراضي، كما تقدّم نقل اختياره عن الجواهر. و الثاني: وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت. وجه الابتناء عليهما: أنّه بناءً على توقّف الشقّ الأوّل على التراضي لا يجوز في هذا الشقّ مع التراضي، و إلّا لا يبقى فرق بين الشقيّن، و هو خلاف مقتضى المقابلة بينهما في الرواية بالإثبات و النفي. وكذلك بناءً على وقوع المحاسبة من صاحب الزيت، إذ معه يختصّ موضوع النهي عن القرب و مورده بصورة التراضي بالزائد حين الإندار و الإسقاط، فكيف يمكن الحكم بالجواز مع أنّه خلاف الرواية؟ فظهر أنّ قوله: «و وقوع المحاسبة...» عطف على «عدم توقّف...»، ذكره لبيان فرض يتحقق فيه عدم التراضي بإندار الزائد حين الإندار حتّى يقال بالجواز حين طرؤ التراضي.

٣٥٨٤. محصّله: التفصيل بين ما انتفى فيه كلا الأمرين من العادة و كون المقدار المندر محتمل الزيادة و النقيصة، فيجوز مع التراضي خاصّة، لكونه بدوناً أكلاً للمال بالباطل: مسال المشتري في صورة النقيصة، و مال البائع في صورة الزيادة، و بين ما لم يكن كذلك، إمّا من جهة كون المندر محتمل الزيادة و النقيصة و لو لم يكن هناك عادة معلومة، و إمّا من جهة وجود العادة المعلومة و لو علم بالزيادة أو النقيصة، فيجوز مطلقاً و لو لم يتراضيا بعد العقد على إندار هذا المقدار.

أمّا في الأوّل فلما ذكره من الأصل. و أمّا في الثاني فلأنّ الإقدام على المعاملة على المظروف الموزون مع الظرف على وجه التسعير، و بيع كلّ رطل بدرهم مثلاً، مع العلم بوجود عادة في مقدار المندر للظرف مخالفة للواقع بالزيادة أو النقيصة، مرجعه في صورة العلم بالزيادة إلى بيع كلّ رطل من الزيت مع جزء من الزيت الساقط عن حساب الأبطال لأجل زيادة

٥٤٢..... المكاسب، ج ٣، البيع

هو المشهور بين المتأخرين: من جواز إندار ما يحتمل الزيادة و النقيصة؛ لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن. لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الحال. و أما مع العلم بالزيادة أو النقيصة، فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها. و لعلّه مراد من (٣٥٨٥) لم يقيد بالعلم. و مع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضي لسقوط حق (٣٥٨٦) من له الحق، سواء تواطأ على ذلك في متن العقد، بأن قال: "بعثك ما في هذه الظروف كل رطل بدرهم على أن يسقط لكل ظرف كذا" فهو هبة له (٣٥٨٧) أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الذمة أو هبة للعين.

هذا كله مع قطع النظر عن النصوص، و أما مع ملاحظتها فالمعول عليه رواية

حنان (٣٥٨٨)

الإندار، و في صورة العلم بالنقيصة إلى بيع كل رطل بدرهم و جزء من الدرهم، فعلى هذا لا يبقى شيء من الزيت و الدرهم قد تسلط عليه غير مالكة بلا عوض حتى يحتاج إلى رضا المالك. و لا يخفى أن هذا لا ينطبق على أحد الأقوال الستة المتقدمة إلا القول الثالث، لكن مع الالتزام بإسقاط قوله: «و مع عدمهما يتراضيان به» اتكالا على وضوحه، أو القول الرابع لكن مع الالتزام بأنه سقط من آخر العبارة هناك ما يفيد مفاد قوله: مع عدم العادة، و أما مع العادة فهي المرجع، و لا يشترط التراضي. و لعلّ هذا هو الصواب، نظراً إلى جعله القول المشهور، فتدبر.

٣٥٨٥. يعني: و لعلّ فرض العلم بالعادة مراد من لم يقيد الرجوع إلى العلم بالعادة،

كالشهيدين في اللمعة و صريح الروضة.

٣٥٨٦. «لام» لسقوط - على تقدير الصحة و عدم تصحيفها من الباء - للصلة. و

يمكن أن تكون علّة للجواز مع التراضي المستفاد من الحصر، يعني: يجوز مع التراضي، لسقوط حق من له الحق حينئذٍ لأجل التراضي.

٣٥٨٧. أي: التواطى عليه في متن العقد.

٣٥٨٨. و مفادها مغاير لمقتضى القاعدة الذي ذكره بقوله: «فألذي يقوى في النظر» -

يعني: يقوى بحسب ما تقتضيه القواعد - من وجهين: أحدهما: أن مفادها جواز الإندار باجتماع

المتقدمة الظاهرة في اعتبار الاعتقاد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفاً (٣٥٨٩)، و اعتبار عدم العلم بزيادة (٣٥٩٠) المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظهر بحسب حاله. وكأن الشيخ عليه السلام في النهاية فهم ذلك من الرواية، فعبر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب. و حيث إن ظاهر الرواية جواز الإندار واقعاً بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة و النقيصة، عملنا* بها كذلك، فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به، فإن ذلك يحتاج إلى هبة جديدة، و لا يكفي إقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري.

هذا كله مع تعارف إندار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة. و أما مع عدم

أمرين: العادة، و الجهل بالزيادة و النقيصة، و أما مقتضى القاعدة جوازه مع أحدهما. و الوجه الثاني: أن مفادها عدم الجواز مع العلم بالزيادة مع وجود العادة المعلومة، الذي قد عرفت أن الإندار فيه لا ينفك عن التراضي بكونه جزءاً من المبيع، بل لابد من رضا جديد بكونه له في ضمن الهبة وراء الرضا الموجود في ضمن المعاملة. و أما بحسب القاعدة فيجوز كما عرفت.

ثم إن وجه تخصيص المعول عليه من بين النصوص بخصوص رواية حنّان لعل نظره فيه إلى المناقشة في سند رواية علي بن حمزة و رواية قرب الإسناد، و إلا لكان اللازم هو التعويل على رواية قرب الإسناد الظاهرة في عدم اعتبار العادة من حيث الإطلاق، الغير المعارض لها روايتاً حنّان و علي، حيث إن دلالتها على اعتبار العادة ليست إلا من حيث المورد، فافهم.

٣٥٨٩. يعني بالمقدار الخاص المشار إليه بلام العهد في كلمة «النقصان» في الرواية. و نظره في وجه ظهورها في تعارف ذلك إنما هو من جهة المورد، فإن قوله: «إنّا نشترى» بصيغة المتكلم مع الغير مع كون القائل زياتاً - الذي مفاده: أنا جماعة الزياتين الذين تجارتنّا شسراء الزيت نشترى الزيت في الرقاق، فيحسب لنا في كل معاملة النقصان - ظاهر في كثرة وقوع هذا النحو من المعاملة منهم، و تعارف حساب ذاك النقصان لهم.

٣٥٩٠. من حيث ظهور قوله: «إن كان يزيد و ينقص» في ذلك على جميع الاحتمالات الثلاثة المتقدمة.

القيدين*، فمع الشك (٣٥٩١) في الزيادة و النقيصة و عدم العادة يجوز الإنذار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين، و معها يجوز بناءً على انصراف العقد إليها. لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدًا يكون كالشرط في ضمن العقد؛ لأن هذا ليس من أفراد المطلق (٣٥٩٢) حتى ينصرف بكون العادة صارفة له**.

ثم الظاهر: أن الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن و الزيت بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدم عن فخر الدين رحمته الله و عبارة النهاية و الوسيلة و الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني رحمته الله. و يؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الإسناد لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشيء فيه و عدم تفرغه منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق اللغوي*** أعني: الوعاء. و يحتمل العموم و هو ضعيف. نعم، يقوى تعدية الحكم إلى كل مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع في الحلّي المصوّغة**** من الذهب و الفضة؛ وكذا للمظروف***** الذي يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس في الزقاق*****.



٣٥٩١. يعني: و أما مع انتفاء أحد القيدين فيكون خارجاً عن مدلول الرواية، فلا بد من الرجوع إلى القاعدة، فمع وجود الشك في الزيادة و النقيصة دون العادة يجوز الإنذار لكن مراعى بعدم انكشاف أحدهما، و مع وجود العادة دون الشك فيهما بل العلم بالزيادة أو النقيصة يجوز بناءً... .

٣٥٩٢. يعني: أنه ليس هنا لفظ مطلق يكون المقدار المعتاد في الإنذار فرداً من أفراد مدلول ذلك اللفظ حتى ينصرف إليه بواسطة كون العادة صارفة إليه. و فيه: أن المراد من الانصراف كون العادة قرينة على التراضي على كون الزائد بعوض، على النحو الذي ذكرناه في وجه عدم اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة فيما إذا كان إنذار الزائد متعارفاً، و لاجابة في ذلك إلى ما ذكره، فتأمل.

** في بعض النسخ بدل «له»: إليه.

**** في بعض النسخ: المصنوعة.

***** في بعض النسخ زيادة: للمحافظة.

* في بعض النسخ زيادة: أحد القيدين.

*** في بعض النسخ زيادة: الظرف اللغوي.

**** في بعض النسخ: الظروف.

في بيع المظروف مع ظرفه ٥٤٥

و أما تعدية الحكم إلى كل ما ضم إلى المبيع كما لا يراد بيعه معه فمما لا ينبغي احتمالها.

مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة إلا ما أرسله في الروضة، و نسب في التذكرة إلى بعض العامة استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، و الظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع الجراف حاصل هنا. و الذي يقتضيه النظر: أما فيما نحن فيه - كما جاز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهالة وزنه - فالقطع بالجواز منضمّاً؛ إذ لم يحصل بالانضمام* مانع و لا ارتفع شرط. و أما في غيره من أحد المنضمين اللذين لا يكفي في بيعه منفرداً معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي كما لو باع سبيكة من ذهب مردّد بين مائة مثقال وألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفي مثقال، فإن الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء.

و أما مع انتفاء الغرر الشخصي و انحصار المانع في النصّ الدالّ على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن و الإجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل و الموزن، فالقطع بالجواز؛ لأنّ النصّ و الإجماع إنما دلّا على لزوم اعتبار المبيع، لا كلّ جزء منه. و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفة وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشّى** بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعاً لا يضرّ جهالته و إلا فلا.

ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور: إحداها: أن يبيعه مع ظرفه*** بعشرة مثلاً، فيقسط الثمن على قيمتي كلّ من المظروف و الظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل: قيمة الظرف درهم و قيمة المظروف تسعة، كان للظرف عشر الثمن. الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أنّ كلّ رطل من المظروف بكذا، فيحتاج إلى إنداد مقدار للظرف، و يكون قيمة الظرف**** ما بقي بعد ذلك. و هذا في معنى بيع كلّ منهما منفرداً.

الثالثة: أن يبيعه مع الظرف كلّ رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف و المظروف.

* في بعض النسخ: من الانضمام.

** في بعض النسخ: المحشوة.

*** في بعض النسخ: أن يبيعه و ما في ظرفه.

**** في بعض النسخ: المظروف.

٥٤٦.....المكاسب، ج ٣، البيع

و طريقة التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك: أن يوزن الظرف منفرداً و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة^{٤٤}، و تبعه على هذا غير واحد^{٤٥}. و مقتضاه: أنه لو كان الظرف رطلين و المجموع عشرة اخذ له خمس الثمن. و الوجه في ذلك (٣٥٩٣): ملاحظة الظرف و المظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع (٣٥٩٤) ليساوي ثمنه (٣٥٩٥) المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب (٣٥٩٦) من الظرف و المظروف، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلاً وزّع الدرهم على الرطل و المظروف* بحسب قيمة مثلهما. فإذا كان قيمة خمس الرطل المذكور

٣٥٩٣. يعني: الوجه في توجيه ذلك الذي ذكره في المسالك في كيفية التقسيط

ملاحظة....

٣٥٩٤. يعني: مجموع الظرف و المظروف الملحوظين شيئاً واحداً.

٣٥٩٥. يعني: ثمن مقدار من الظرف ثمن هذا المقدار من المظروف.

٣٥٩٦. يعني: أن المبيع كل رطل من هذا المجموع من الظرف و المظروف الملحوظين

شيئاً واحداً من جنس واحد، إما من جنس الظرف و إما من جنس المظروف، لا كل رطل مركب من الظرف و المظروف بدون الملاحظة المذكورة، بل مع ملاحظة كل منهما بجنسه المغاير لجنس الآخر. و ذلك لأنه لو كان المبيع من الثاني، بأن باع كل رطل مركب من الظرف و المظروف بدرهم مع ملاحظة جنس كل منهما على ما هو عليه، لكان اللازم أن يوزع الدرهم عليهما بحسب قيمة مثلهما من حيث المقدار و الجنس و غيرهما مما له دخل في المآلية، بأن يقوم مقدار الظرف من الرطل منهما بقيمة، و مقدار المظروف منه أيضاً بقيمة، ثم تنسب إحدى القيمتين إلى الأخرى، و يؤخذ لكل منهما من الدرهم الذي هو ثمن الرطل بتلك النسبة. و لازم ذلك هو التقسيط بالمناصفة في فرض كون المجموع عشرة، و كون الظرف رطلين خمس المجموع، فيما إذا كان قيمة الظرف مساوية لقيمة المظروف، لا أحاساً كما هو قضية ما ذكره في المسالك في كيفية التقسيط، من نسبة مقدار نفس الظرف إلى الجملة و الأخذ بتلك النسبة من الثمن.

الذي هو وزن الظرف (٣٥٩٧) الموجود فيه مساوياً لقيمة أربعة الأخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسّط الثمن عليه أخماساً؟

مسألة: المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ "ينبغي": استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا. و عن إيضاح النافع: أنه قد يجب. و هو ظاهر عبارة الحدائق أيضاً. وكلام المفيد رحمته في المقنعة أيضاً لا يأي الوجوب؛ لأنه - بعد ذكر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، و قوله تعالى: ﴿أَلْفَقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾^{٤٦} - قال: فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب و نهي عن طلب الخبيث للمعيشة و الإنفاق (٣٥٩٨)، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن محتجباً للخبيث من الأعمال، و لا كان على ثقة في تفقه* من طيب الاكتساب، و قال تعالى أيضاً: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^{٤٧}.

وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع من الأول، أعني: صورة ملاحظتهما من جنس واحد.

٣٥٩٧. هذا صفة للجنس. و «الموجود» صفة للوزن. و ضمير «فيه» راجع إلى الرطل المذكور المراد به الرطل من المركب من الظرف و المظروف. و منه يعلم أن قوله: «التي هي مقدار المظروف» صفة للأربعة، و «الموجود» صفة للمقدار.

٣٥٩٨. ليس في الآيتين نهي عن طلب الخبيث للمعيشة، إلا أن يراد من الإنفاق في قوله تعالى: ﴿يُنْفِقُونَ﴾ الأعم من الإنفاق للغير و الإنفاق للنفس - أي: معيشة نفسه - فيكون عطف الإنفاق على المعيشة من عطف العام على الخاص. و فيه: بعد تسليم عمومه للإنفاق في المعيشة ينبغي التعرض لذلك في الإنفاق من طيب الاكتساب.

وكيف كان، فالظاهر من كلامه عليه السلام أن المراد من الطيب و الخبيث الحلال و الحرام. و هو ممكن المنع، لقوة احتمال أن يراد منهما الجيد و الرديء و المحبوب و المكروه في نظر المالك، فمفادهما مفاد قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾. و المناسب لهذا كون الأمر

فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرّم من المتاجر و الاكتساب. وجاءت الرواية عن أمير المؤمنين أنه كان يقول ﷺ: "من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم"^{٤٨}. ثم قال: قال الصادق ﷺ: "من أراد التجارة فليتفق في دينه؛ ليعلم بذلك ما يحلّ له فما يحرم عليه و من لم يتفق في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات"، انتهى^{٤٩}.

أقول: ظاهر كلامه الوجوب ﷻ إلا أن تعبيره بلفظ "ينبغي" ربّما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أن الإنصاف أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة، فإن معرفة (٣٥٩٩) الحلال و الحرام واجبة على كلّ أحد بالنظر إلى ما يتلى به* من الأمور. و ليس معرفة جميعها كما يتعلّق بالإنسان وجوباً فوراً دفعة، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله أو عند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلّم و إن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كافٍ في حسن العقاب و إلا لم يعاقب أكثر الجهال على أكثر المحرمات؛ لأنهم يفعلونها و هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب. و لذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع. و قد ورد دَمُ الغافل المقصّر في معصيته،

.....
و النهي فيهما للاستحباب و الكراهة.

٣٥٩٩. قضية ما ذكره المصنّف ظهور كلامه في وجوب التفقّه من كونه مقدّمة للواجب العقلي، و هو ترك المحرمات و امتثالها، فتجنّزها عليه بمجرد الالتفات إلى وجودها قبل الإقدام فيها. و في إطلاقه تأمّل، بل الظاهر من ما ذكره في ذيل آية ﴿انْفِقُوا﴾ و آية ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا﴾ بقوله: «فندب - أي: الله تعالى - إلى الإنفاق...»، وجوبه من باب أنّه مقدّمة لواجب شرعيّ و حرام كذلك، و لكن لما كان من المعلوم أن الأمر و النهي في الآيتين من صغريات أوامر الإطاعة التي لا يعقل فيها إلا الإرشاد عبر بما ذكر. ثم إن المراد من مقدّمة التفقّه لامتنال** المعاملات المحرّمة و توقّفه عليه هي بالنسبة إلى التاجر المريد للتجارة، و إلا فلا

* في بعض النسخ: يتي عليه. ** كذا في الطبعة الحجرية. و لعلّ الأولى أن تكون العبارة هكذا:

لامتنال الاجتناب عن المعاملات المحرّمة. و لعلّه «قدّس سرّه» تركه اعتماداً على وضوحه.

في غير واحد من الأخبار (٣٦٠٠).

ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعة تبعاً للأردبيلي^١: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمة عن تقصير؛ لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه. لكن* تحصيل العلم وإزالة الجهل واجب على هذا القول كما اعترفوا به. والحاصل: أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام ولا على ترك التعلم إلا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه بعد ثبوت أدلة التحريم (٣٦٠١)، وجوب طلب العلم على كل مسلم (٣٦٠٢)، وعدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاوها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء وإن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام.

ثم إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلف إذا أراد التجارة وبنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضيّة، يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقاله إليه إلا مع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة، ويمكن أن يكون في قوله^٢: "التاجر فاجر" (٣٦٠٣)

توقف، لإمكان تركها بترك التجارة والمعاملة كغيره من

٣٦٠٠. كالأخبار الواردة في مجذور أحنب فغسل فكر* فمات، المشتملة على قوله: «قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا ألا يتموا» والخير المتضمن لقوله: «هلاً عملت؟ قال: ما عملت. قال: هلاً تعلمت؟».

٣٦٠١. يعني: أدلة تحريم المعاملة، فإنها بإطلاقها تعم صورة الجهل بالحرمة، فتأمل.
٣٦٠٢. ينبغي تبديل هذا بقوله: وجوب تعلم المسائل الفرعية، مثل الأخبار المتقدمة الواردة في ذم الجاهل المقصر في المعصية، لأن عموم مثل «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة» لغير العقائد غير معلوم.

٣٦٠٣. روى الصدوق عن أصبغ بن نباتة قال: «سمعت علياً^٣ يقول على المنبر: يا معشر التجار الفقه ثم للتاجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر. والله للربا في هذه الأمة ديبه

* في بعض النسخ زيادة: وجوب. ** كُر: أصابه الكُزاز. و هوداء أو رعدة من شدة البرد.

و الفاجر في النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق^{٥٠} إشارة إلى هذا المعنى، بناءً على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم (٣٦٠٤) بإعطاء الحق و أخذ الحق، فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام (٣٦٠٥) شرعي، لنهي الشارع عن التصرف (٣٦٠٦) في مال لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصالة عدم انتقاله إليه. و في غير هذا المقام عقلي مقدمي لتأيقع في الحرام. وكيف كان، فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً، و إن كان وجوب معرفة باقي المحرمات من باب العقل فقط.

و يمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة

أخفى من ديبب النمل على الصفا. و صونوا أنفسكم بالصدقة. التاجر فاجر، و الفاجر في النار، إلا من أخذ الحق و أعطى الحق» و الصدوق روى قوله: «التاجر فاجر...» عن النبي ﷺ مرسلًا.

٣٦٠٤. لكنّه خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه من أعطى الحق واقعاً و لو لم يعلم به.

٣٦٠٥. يعني: في مقام البناء على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس. فمراده من الغير في قوله فيما بعد: «في غير هذا المقام» مقابل ذلك، من التصرف في مال كان لنفسه يجعله في معاملة عوضاً عن مال الغير أو معوضاً له.

٣٦٠٦. إن أراد من المعاملة الصحيحة المعاملة الأولى التي بها يتوسل التاجر إلى حصول مال الغير بيده، ففيه: أن مجرد حرمة التصرف في هذا المال - الواصل إليه من الغير بتلك المعاملة المجهولة الحال صحّة و فساداً - بالحرمة الظاهرية الناشئة من أصالة عدم انتقاله إليه لا يوجب وجوب معرفة صحّة تلك المعاملة و لو مع البناء على التصرف فيه، إلا من باب المقدمة للواجب العقلي، و هو امتثال* الحرام الظاهري، و التخلص عن مخالفته - برفع موضوع الأصل و هو الشك - إما بإحراز صحّتها و القطع بالانتقال، و إما بإحراز فسادها فتركها.

و إن أراد منها المعاملة الواردة على ذاك المال الواصل إليه من الغير بالمعاملة السابقة عليها المجهول حالها، ففيه: أن الوجوب حينئذٍ و إن كان شرعياً ظاهرياً إلا أن متعلّقه نفس المعاملة بلحاظ كونها من قبيل التصرف، مع كون المراد من التصرف تركه، و إلا لكان حراماً

و المعاملات الفاسدة كذلك، و يطَّلَع على موارد الشبهة و المعاملات الغير الواضحة الصحة فيجتنب عنها في العمل، فإنَّ القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية (٣٦٠٧) المذكورة في المعاملات. و يشهد للغاية الأولى قوله ﷺ في مقام تعليل وجوب التفقه (٣٦٠٨): "إنَّ الربا أخفى من ديب النملة على الصفا" ٥٠، و للغاية الثانية قول الصادق ﷺ في الرواية المتقدمة: "من لم يتفقه ثمَّ اتجر تورط في الشبهات" لكن ظاهر صدره الوجوب (٣٦٠٩)، فلاحظ. و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد. و لا يخلو عن وجه في مقام التوجيه.

ثمَّ إنَّ التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا - الجامعة بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية - لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدلة التفقه هنا و أدلة تحصيل المعاش. نعم، ربَّما أورد في هذا المقام - و إن كان خارجاً عنه - التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، و ترك إلقاء كَلِّه على الناس الموجب لاستحقاق اللعن (٣٦١٠)، فإنَّ الأخبار من لا واجباً، لا أن متعلَّقه المعرفة، فافهم.

٣٦٠٧. ينبغي أن تكون «الدقيقة» بدل «الفقهية». وكيف كان، لم أفهم وجه التفرقة بين المتعاطفين، فلا بدَّ من التأمل التام.

٣٦٠٨. يعني به ما مرَّ نقله في رواية أصبغ. ثمَّ إنَّ هذا شاهد لوجوب التفقه للغاية الأولى، و هي الاطلاع على المسائل الدقيقة للربا، لا لاستحبابه.

٣٦٠٩. يعني به قوله: «فليتفقه» لظهور الأمر في الوجوب، لكن يرفع اليد عنه بعد ملاحظة عدم وجوب الغاية المترتبة على تركه، و هي التورط في الشبهات، حيث إنَّ التحرُّز عن الشبهة بما هي ليس بواجب.

٣٦١٠. يدلُّ على ذلك ما عن علي بن غراب عن أبي عبد الله ﷺ، قال: «قال رسول الله ﷺ: ملعون من ألقى كَلِّه على الناس».

الطرفين كثيرة. يكفي في طلب الاكتساب ما ورد: من أنه* "أوحى الله تعالى إلى داود عليه السلام: يا داود إنك نعم العبد لولا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئاً. فبكى عليه السلام أربعين صباحاً* ثم ألان الله تعالى له الحديد، و كان يعمل كل يوم درعاً و يبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستين درعاً فباعها و استغنى عن بيت المال... الحديث" ٥١. و ما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: "ليس منا من ترك دنياه لآخرته أو** آخرته لدنياه" ٥٢، و أن "العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال". و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من أن تذكر و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر.

و ذكر في الخدائق (٣٦١١): أن الجمع بينهما بأحد وجهين: أحدهما - و هو الأظهر بين علمائنا - (٣٦١٢): تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم، و يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المشتغل بتحصيله و استفادته و تعليمه وإفادته. قال: و بهذا الوجه صرح الشهيد الثاني عليه السلام في رسالته المسماة بـ "منية المريد في آداب المفيد و المستفيد" حيث قال في جملة شرائط العلم: و أن يتوكل على الله و يفوض أمره إليه، و لا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها و تكون وبالاً عليه و لا على أحد من خلق الله تعالى، بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى، يظهر له من نفحات قدسه و لحظات انسه ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه و آله أن الله تعالى قد تكفل لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره" بمعنى: أن غيره يحتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له و طالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب، وكفاه مؤونة الرزق إن أحسن النية و أخلص

.....
٣٦١١. ذكره في الصفحة الثانية من أول المتاجر.

٣٦١٢. عبارة الخدائق: «و لعله الأظهر، كما هو بين علمائنا أشهر» انتهى. و لعل مراده من الأشهرية بينهم هي من حيث العمل، حيث إنهم اشتغلوا بالعلم و تركوا الاشتغال بالكسب، لا من حيث الفتوى، إذ لم ينقل الفتوى بذلك من واحد منهم فضلاً عن كونه أشهر بينهم.

* في بعض النسخ زيادة: من أن أمير المؤمنين عليه السلام قال:.

* في بعض النسخ زيادة: فأوحى الله إلي الحديد: أن لن لعبدي داود. ** في بعض النسخ: بدل «و»، أو.

القربة* . و عندي في ذلك من الوقائع ما لو جمعت [بلغ] ما لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى [وجميل معونته منذ] ما اشتغلت بالعلم، و هو مبادئ عشر الثلاثين و تسعمائة إلى يومنا هذا، و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة. و بالجملة ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني عليه السلام بإسناده إلى الحسين بن علوان، قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم و قد نفذت نفقتي في بعض الأسفار، فقال لي بعض أصحابي: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذا والله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ أملك و لا تنجح طلبتك! قلت: و ما علمك رحمك الله؟ قال: إن أبا عبد الله عليه السلام حدثني: أنه قرأ في بعض كتبه: "إن الله تبارك و تعالى يقول: و عزّي و جلالي و مجدي و ارتفاعي على عرشي لأقطعن أمل كل مؤمل غيري باليأس، و لأكسوه ثوب المذلة عند الناس، و لأخيته من قربي و لأبعدنه من وصلي**، أيؤمل غيري في الشدائد و الشدائد بيدي؟! و يرجو غيري و يقرع باب غيري و بيدي مفاتيح الأبواب و هي مغلقة و بابي مفتوح لمن دعاني، فمن ذا الذي أملي لنوائيه فقطعته دونه؟ و من ذا الذي رجاني لعظيمة فقطعت رجائه مني؟ جعلت آمال عبادي عندي محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، و ملأت سماواتي ممن لا يعمل من تسبيحي، و أمرهم أن لا يغلّقوا الأبواب بيني و بين عبادي، فلم يثقوا بقولي. ألم يعلم من*** طرقته نائبة من نوائبي أنه لا عليك كشفها أحد غيري إلا من بعد إذني فما لي أراه لاهياً عني؟ أعطيته بجودي ما لم يسألني ثم انتزعت عنه فلم يسألني رده و سأل غيري، أفتراني أبداً بالعطايا قبل المسألة ثم اسأل فلا أجيب سألني؟ أبخيل أنا فيبخلني عبادي؟ أو ليس الجود و الكرم لي؟ أو ليس العفو و الرحمة بيدي؟ أو ليس أنا محلّ الآمال، فمن يقطعها دوني؟ أفلا يخشى المؤمنون أن يؤملوا غيري؟ فلو أن أهل سماواتي و أهل أرضي أمّلوا جميعاً ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمّل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرة، وكيف ينقص ملك أنا قيمه؟ فيا بؤساً للقائطين من رحمتي! و يا بؤساً لمن عصاني و لم يراقبني!" انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد عليه السلام. قال في الحقائق: و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عن حدثه،

* في بعض النسخ بدل «القربة»، الغريمة. ** في بعض النسخ بدل «وصلي»، فضلي.

*** في بعض النسخ زيادة: أن من.

قال: سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: "أيها الناس، إنَّ كمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإنَّ طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إنَّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم وضمنه لكم، و سفي لكم والعلم مخزون عند أهله وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه... الخبر" ٥٣. قال: ويؤكد ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: "يقول الله عز وجل: وعزّي وجلالي وكبريائي ونوري وعظمتي وعلوي وارتفاع مكاني لا يؤثر عبد هواي على هواه إلا استحفظته ملائكتي وكفلت السماوات والأرضين رزقه، وكنت له من وراء تجارة كل تاجر، فتأتيه الدنيا وهي راغمة" ٥٤. انتهى كلامه.

و أنت خير بأن ما ذكره من كلام الشهيد عليه السلام وما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التناهي بين أدلة الطرفين؛ لأنَّ ما ذكر من التوكّل على الله وعدم ربط القلب بغيره لا ينافي الاشتغال بالاكْتِسَاب؛ ولذا كان أمير المؤمنين - صلوات الله عليه وعليه وأخيه وزوجته ولديه وذريته - جامعاً بين أعلى مراتب التوكّل وأشدّ مشاقّ الاكْتِسَاب وهو الاستقاء لحائظ اليهودي، وليس الشهيد أيضاً في مقام أن طلب العلم أفضل من التكبّس وإن كان أفضل، بل في مقام أن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالباً لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين والحاصلة من الموقوفات للمدارس وأهل العلم، والموجودة الحاصلة غالباً للعلماء والمشتغلين من معاشرّة السلطان وأتباعه والمرادة مع التجار والأغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الزكوات وردّ المظالم والأخماس وشبه ذلك كما كان ذلك متعارفاً في ذلك الزمان بل في كلّ زمان فربّما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالجملة، فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد الثاني عليه السلام - من أوله إلى آخره - وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور أعني: تخصيص أدلة طلب الحلال بغير طالب العلم.

ثم إنّه لا إشكال في أن كلّاً من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة

أو الخمسة (٣٦١٣)، و لا ريب أن المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب و لا الواجب الكفائي الواجب العيني. و لا إشكال أيضاً في أن الأهم من الواجبين العيينين* مقدّم على غيره (٣٦١٤)؛ وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به. و قد يكون كسب الكاسب مقدّمة لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدّمة.

بقي الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما، و لا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الأمرين. فربّ من لا يحصل له باشتغاله بالعلم إلاّ شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة، منها: تكفّل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة و المستحبة، فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم. و ربّ من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيي بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلاّ قليل من الرزق؛ فإنّه لا إشكال في أن اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح. و ما ذكر من حديث داود (على نبينا و آله و عليه السلام) فإنّما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوة و الرئاسة العلميّة. و بالجملة، فطلب كل من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحبّ منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، و إذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل. فثبت من ذلك كلّ: أن تراحم هذين المستحبّين كتزاحم سائر المستحبّات المتنافية كالاشتغال بالاكسب أو طلب العلم

٣٦١٣. ما ذكره هنا إلى آخره هو الوجه الثاني من وجهي الجمع الذي ذكره في

الحدائق بأدنى تغيير، فراجع الحدائق و لاحظ.

٣٦١٤. جعل صاحب الحدائق طلب الرزق هو الأهمّ المقدّم في صورة وجوب كلّ

منهما عيناً، و بأنّ المعلوم من الشارع في جملة من الأحكام تقدّم مراعاة الأبدان على الأديان. و استشهد عليه بوجوب الإفطار على المريض، و التيمّم على المتضرّر بالماء، و إباحة الميتة على المضطرّ.

الغير الواجبين مع المسير إلى الحج* أو إلى مشاهد الأئمة عليهم السلام أو مع السعي في قضاء حوائج الإخوان الذي لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال إلى غير ذلك مما لا يحصى.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية، و اختلفوا في حرمة وكرهه، فعن التقي والقاضي والحلي^{٥٥} و العلامة في المنتهى: الحرمة وهو المحكي عن ظاهر الدروس و حواشي المحقق الثاني. و عن الشيخ و ابن زهرة: لا يجوز. و أول في المختلف عبارة الشيخ بالكراهة^{٥٦}. و هي - أي الكراهة - مذهب الأكثر، بل عن إيضاح النافع: أن الشيخ ادعى الإجماع على عدم التحريم. و عن نهاية الأحكام: تلقي الركبان مكروه عند أكثر علمائنا و ليس حراماً إجماعاً.

و مستند التحريم ظواهر الأخبار: منها: ما عن منهل القصاب (٣٦١٥)، قال: "قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلق، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله نهي عن التلقي. قلت: و ما حدّ التلقي؟ قال: ما دون غدوة أو روحة، قلت: و كم الغدوة و الروحة؟ قال: أربعة فراسخ. قال ابن أبي عمير: و ما فوق ذلك فليس بتلق"^{٥٧}. و في خبر عروة (٣٦١٦) عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال

٣٦١٥. رواه في الوسائل عن الكليني و الشيخ في التهذيب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن منهل القصاب. و من هنا يعلم بأن حكاية القول بأن ما فوق ذلك - أي: ما فوق دون الغدوة و الروحة - ليس بتلق عن ابن أبي عمير إنما هي من إبراهيم، لا من منهل حتى يشكّل بما لا يخفى. و في رواية أخرى لمنهل القصاب قال: «قلت: ما حدّ التلقي؟ قال: روحة». و يجمع بينهما بما يأتي من الالتزام بخروج الحدّ عن المحدود في الثاني و دخوله فيه في الأوّل.

٣٦١٦. رواه في الوسائل عن الكليني، عن أبي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن أحمد بن النضر، عن عمرو بن شمر، عن عروة بن عبد الله، عن أبي جعفر عليه السلام. و رواه الصدوق مرسلًا إلا أنه قال: «و ذروا المسلمين...». و مثله من حيث الفقرة الثانية رواية سفيان بن عنبسة، عن أبي الزبير، عن جابر قال: «قال: لا يبيع حاضر لباد، و دعوا الناس

في تلقّي الركبان ٥٥٧
رسول الله ﷺ "لا يتلقّى أحدكم تجارة خارجاً من المصر ولا يبيع حاضر لباد، والمسلمون
يرزق الله بعضهم من بعض". وفي رواية أخرى: "لا تلقّ (٣٦١٧) ولا تشتري ما يتلقّى و

يرزق الله بعضهم من بعض». و تفسر هذه الفقرة ما رواه في الكافي عن علي بن إبراهيم، عن
أبيه، عن ابن مرازم، عن يونس بن يعقوب، قال: «تفسير قول النبي ﷺ: «لا يبيع حاضر لباد»
أنّ الفاكهة و جميع أصناف الغلات إذا حملت من القرى إلى السوق فلا يجوز أن يبيع أهل لهم
من الناس، ينبغي أن يبيعه حاملوه من القرى و السواد، فأما من يحمل من مدينة إلى مدينة فإنه
يجوز و يجري بحرى التجارة».

قال في الوافي: «بيان: «فإنه يجوز» أي: يجوز أن يبيع لملكه إذا كان هو حامله من
موضع إلى آخر. و هذا الحكم مخصوص بالفواكه و الغلات كما هو منطوق الكلام، لما سيأتي
من جواز أخذ الأجرة للسمسار في غيرها. و لعل الوجه فيه أن للفواكه و الغلات أسعاراً معينة
لاصنعة للسمسار في بيعها، بخلاف غيرها» انتهى.

أقول: لأحجية في تخصيص يونس بالفواكه و الغلات. و لو سلّم ففي إطلاق تعيين
أسعارها و لو في صورة الحمل من القرى منع، لمشاهدة الاختلاف في أسعار الفواكه يوماً
فيوماً. و لو سلّم ففي نفي صنعة للسمسار فيه مع تعيين القيمة - كي يكون عمله بلا عوض
فلا يجوز - تأمل، بل منع، يعلم وجهه بالمراجعة إلى أهل السوق. و لو سلّم ففي كون جهة المنع
أخذ الأجرة منع، بل قضية قوله ﷺ: «دعو الناس يرزق الله بعضهم من بعض» - الذي هو
في مقام التعليل للنهي - أن جهة المنع فوات ارتزاق أهل البلد من البادي إذا كان المتصدّي لبيع
متاع أهل البادية و المباشر له من أهل البلد، حيث إنه من جهة كونه من أهل البلد يتمكن من
حفظ المتاع عنده و رجوع صاحبه إلى محله، و معه لا يبيع إلا بسعر البلد أو بقليل منه يسيراً،
فلا ينتفع المشتري. هذا بخلاف ما إذا كان المتصدّي له نفس البادي صاحب المتاع، فإنه نوعاً
لا يتمكن من البقاء في البلد إلى أن يبيعه بقيمته السوقية، فيبيعه بأقلّ منها، فينتفع المشتري.

٣٦١٧. سند الرواية على ما عن الكافي: عذّة من أصحابنا، عن سهل بن زياد و أحمد
بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن مثنى الحنّاط، عن منهال القصّاب، عن أبي عبد الله ﷺ قال:
«قال: لا تلقّ، و لا تشتري ما تلقّى، و لا تأكل منه». و رواه الصدوق بسنده عن منهال القصّاب
أنه سأل أبا عبد الله ﷺ عن تلقّي الغنم، فقال: «لا تلقّ، و لا تشتري ما تلقّى، و لا تأكل من لحم ما

لا تأكل منه^{٥٨}. و ظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة (٣٦١٨)، فيكون أكلاً بالباطل و لم يقل به إلا الإسكافي. و عن ظاهر المنتهى: الاتفاق على خلافه، فتكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب، فتقصر عن إفادة الحرمة و الفساد (٣٦١٩). نعم لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل (٣٦٢٠) مما يشتري من المتلقي، و لا بأس به (٣٦٢١) حسماً لمادة التلقي. و مما ذكرنا يعلم: أن النهي (٣٦٢٢) في سائر الأخبار أيضاً محمول على الكراهة الموافقة* للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور.

تلقى».

٣٦١٨. يعني: فساد معاملة المتلقي مع المتلقي له. و لعل وجه ظهور كون النهي عن أكل ما تلقى لذلك هو استبعاد حرمة أكل الإنسان ماله لولا ذلك. و فيه تأمل، لإمكان طرد الحرمة عليه من جهة تعونه بالتلقي، نظير حرمة أكل المال الحلال إذا كان في آنية الذهب و الفضة أو فيما إذا كان بحكم قاضي الجور، على الأظهر في كلتا المسألتين. و أما الإسكافي فلعله يقول بفساد الشراء من المتلقي بالكسر لا الشراء من المتلقي بالفتح. و عليه، يمكن أن يكون نظره إلى قوله: «لا تشتري مما تلقى» لا إلى قوله: «لا تأكل منه» فلا بد من مراجعة كلامه.

٣٦١٩. الأول لضعفها، و الثاني لمخالفة الأصحاب.

٣٦٢٠. لا وجه لهذا التقييد على الظاهر، و ذلك لأن حملها على الكراهة - مع ضعفها - إن كان من جهة قاعدة التسامح في أدلة الكراهة، ففيه: أن الرواية كافية في القول بها، فلا حاجة إلى وجود القول بها. و إن كان مع قطع النظر عنها، ففيه: أن مجرد القول بها لا يخرجها عن الضعف، فلا يجدي.

٣٦٢١. فيه: إن حسم مادة التلقي أمر اعتباري لا يصلح الاستناد إليه، و على فرض الصلاحية لافرق بين الكراهة و الحرمة، بل الثاني أولى، لكونه في تحصيل الغرض أقوى.

٣٦٢٢. يعني بالموصول خصوص الضعف، لا هو مع مخالفة الأصحاب، لأن المراد من النهي في سائر الأخبار النهي عن التلقي، و حرمة ليست مخالفة للأصحاب، لذهاب جملة من الأساطين إلى الحرمة على ما تقدم نقله في صدر المسألة، بل مخالفة للمشهور كما صرح به في

في تلقي الركبان ٥٥٩
ثم إنَّ حدَّ التلقي أربعة فراسخ كما في كلام بعض. و الظاهر أنَّ مرادهم خروج الحدِّ
عن المحدود؛ لأنَّ الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ. و قد تبعوا بذلك مرسله
الفقيه (٣٦٢٣).

الذيل، إلَّا أن يراد من الأصحاب ما ينطبق على المشهور، فيصحَّ حينئذٍ أن يراد من الموصول
كلا الأمرين: الضعف و مخالفة الأصحاب. و على أيِّ حال، لا وجه لتعليل الحمل على الكراهة
بموافقته للأصل، لأنَّ الكراهة مخالفة للأصل بمعنى الاستصحاب، و الموافق للأصل عدم الحرمة،
و هو أعم من الكراهة.

٣٦٢٣. الظاهر أنَّه في مقام العلة لاستظهار زوال المرجوحية في أربعة فراسخ. و قوله:
«فإنَّ الجمع...» بيان لوجه العلية. و الأولى أن يقول: و الظاهر أنَّ مرادهم خروج الحدِّ عن
المحدود، و زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ، لأنَّ قضية الجمع بين رواية منهال المحدود بما
دون الروحة و روايته الأخرى المحدود بالروحة، و ذلك لأنَّ الجمع بين صدر مرسله الصدوق و
ذيلها - و هي ما ذكره بقوله: «و روي أنَّ حدَّ التلقي روحة» - إنما يكون شاهداً عليه لو
كان الذيل جزء الرواية، و هو غير معلوم، لاحتمال أن يكون من كلام الصدوق. و لو سلَّم
فلا ينحصر الجمع بما ذكر كي يكون دليلاً على خروج الحدِّ، لإمكان الجمع بينهما بإرادة
التجاوز عن الحدِّ من البلوغ إلى الأربعة، بأن تكون الغاية داخلة في المغيا.

و التحقيق أن يقال: إنَّ رأس أربعة فراسخ ليس أمراً خارجياً، و إنما هو خطأ موهوم
أحد طرفيه دون الأربعة و الآخر فوقها. و حينئذٍ نقول: إنَّ المراد من الحدِّ الذي وقع في الجواب
عنه «روحة» - كما في رواية - هو ذاك الخطَّ الفاصل بين الطرفين، الذي كما هو نهاية للأربعة
كذلك هو بداية لما فوقها. كأنَّ السائل قال: ما الحدِّ الذي به يختار موضوع الكراهة - و هو
التلقي - عن موضوع عدم الكراهة - و هو التجارة - و يكون أحد طرفي ذاك الحدِّ موضوع
هذا، و الطرف الآخر موضوع ذاك؟ فأجاب بأنَّه روحة و أربعة فراسخ. و المراد من الحدِّ الذي
وقع في الجواب عن السؤال عنه قوله: «دون غدوة أو روحة» هو الحدِّ الذي يتحقَّق فيه
موضوع الكراهة. فكأنَّ السائل قال: قلت: ما الحدِّ الذي يكون تلقياً؟ فأجاب عليه بأنَّه ما دون
غدوة و روحة. و يفهم من ذلك - كما فهم ابن أبي عمير - أنَّ الحدِّ الذي لا يكون تلقياً بل

و روي: "أن حدّ التلقّي روحة، فإذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب". فإنّ الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلا بإرادة خروج الحدّ عن المحدود. كما أنّ ما في الرواية السابقة: أنّ حدّه "ما دون غدوة أو روحة" محمول على دخول الحدّ في المحدود. لكن قال في المنتهى: حدّ علمائنا (٣٦٢٤) التلقّي بأربعة فراسخ، فكروا التلقّي إلى ذلك الحدّ، فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلباً و هو ظاهر، لأنّ بمضيّه و رجوعه يكون مسافراً، و يجب عليه القصر فيكون سفرّاً حقيقياً، إلى أن قال: و لانعرف بين علمائنا خلافاً فيه^{٥٩}، انتهى. و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدلّ على مسامحة في التعبير، و لعلّ الوجه في التحديد

.....
يكون تجارة ما فوق الغدوة و الروحة، بناءً على أن يكون المشار إليه بذلك في كلامه هو الغدوة و الروحة لا ما دون، و لعله الظاهر.

و من هنا يظهر الحال في مرسلّة الصدوق، و أنّ معناها أنّ آخر حدّ التلقّي الذي هو فاصل بين هذا الموضوع و بين موضوع التجارة - الغير المكروه - هو الجزء الأخير من الروحة، فإذا انتهت الأربعة و لم يبق منها جزء إلا و قد عمّه بلوغ التلقّي - في سيره الذي لا يتحقّق إلاّ بالتجاوز عنه - فهو جلب. فالحدّ الذي به تنتهي الروحة حدّ فاصل بين التلقّي و الجلب، أحد طرفيه - و هو ما دونها - تلقّ، و الآخر - و هو ما فوقها - جلب.

و ما ذكره العلامة في المنتهى موافق لما ذكرناه، حيث أنّ مراده إنّ العلماء جعلوا الأربعة حدّاً به يمتاز التلقّي المكروه عن التجارة، و لازم حدّية الجزء الأخير - مع كونه نهاية للأربعة باعتبار، و بداية لما زاد باعتبار آخر - أنّه إن نقص عن ذلك يكون تلقّياً، و إن زاد عليه يكون تجارة. و لا ينافي ذلك بتحقيق السفر الحقيقي بذهاب هذا المقدار و إيباه، بتوهم أنّه لا يعتبر في تحقّق السفر بالذهاب و الإياب الزيادة على الأربعة، و ذلك لأنّ سير تمام فراسخ بتمام أجزائه حتّى الجزء الأخير لا يتمّ إلاّ بمرور أجزاء بدنه عليه، و هو لا يكون إلاّ بتجاوز قدمه عن هذا الجزء.

٣٦٢٤. لما كان قول العلامة: «فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلباً» ظاهراً من حيث المفهوم في كون نفس أربعة فراسخ بلا زيادة تلقّياً، فيكون مخالفاً لما ذكره من عدم كونه تلقّياً، استدركه بأنّ المراد منه البلوغ إلى أربعة فراسخ، و التعبير بالزيادة مسامحة. و الدليل عليه: تعليل كونه تجارة مع الزيادة لا تلقّياً بحصول السفر الحقيقي. وجه الدلالة: أنّه يكفي في تحقّقه نفس

بالأربعة: أنّ الحصول على الأربعة (٣٦٢٥) بلا زيادة و نقيصة نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهة؛ إذ لا يقال: إنه وصل إلى الأربعة إلا إذا تجاوز عنها و لو يسيراً. فالظاهر أنه لا إشكال في أصل الحكم و إن وقع اختلاف في التعبير في النصوص و الفتاوى.

ثمّ إنه لا إشكال في اعتبار القصد؛ إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقّي (٣٦٢٦)، فلو تلقّى الركب في طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره المعاملة معهم. وكذا في اعتبار قصد المعاملة (٣٦٢٧) من المتلقّي، فلا يكره لغرض آخر و لو اتفقت المعاملة. قيل: ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد (٣٦٢٨). و فيه: أنه مبني على عدم

الأربعة روحة و رجعة، و لا يعتبر فيه الزيادة.

٣٦٢٥. الذي أظنه أن الغرض من ذلك بيان إمكان عدم مسامحة في التعبير، لإمكان التصرف في أوّل كلامه بأن يقال: إن المراد من الأربعة المحدود بها الكراهة ما فوق الأربعة، و التعبير بها مع إرادة الزائد مبني على الغالب في مقام إحرازها، لأن العلم بالوصول إلى الأربعة بلا زيادة و نقيصة نادر جداً، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهة، إذ لا يعلم غالباً أنه وصل إلى الأربعة إلا إذا تجاوز عنها و لو يسيراً، فلابد أن يراد الغالب من حيث العلم بالوقوع، و هو صورة الزيادة. فكأنه قال: حدّ علمائنا التلقّي بالزائد عن الأربعة. فحيث يكون قوله: «فإذا زاد على ذلك» - أي: الأربعة - على ظاهره خالياً عن المسامحة. و قد عرفت في الحاشية السابقة أن عبارة العلامة على ظاهرها - صدرأ و ذيلأ - موافق للتحقيق، و لا مسامحة فيها و لا تأويل.

وكيف كان، فقد علم مما ذكرنا في شرح قوله المعنون به الحاشية أن حقّ العبارة أن يقول: إذ لا يعلم بدل: إذ لا يقال، لأنه مناقض لفرض تحقق الوصول على الأربعة بلا زيادة و نقيصة و لو نادراً كما هو ظاهر، فراجع.

٣٦٢٦. إذ القصد أخذ في معنى هيئة التفعّل.

٣٦٢٧. إذ الظاهر من مساق الأخبار كون التلقّي لأجل المعاملة، بل يمكن استفادة ذلك من رواية عروة بناءً على أن «تجارة» مفعول له، لكنّه غير معلوم، لاحتمال أن يكون مفعولاً به، كما يؤيده أن في الفقيه «طعاماً» بدل «تجارة».

٣٦٢٨. يعني بالتعليل قوله: «و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» لأنه في مقام العلة الغائية للنهي. و المراد من البعض الأوّل أهل البلد، و من الثاني الركب. و حيثنذ وجه

اختصاص القيد بالحكم الأخير (٣٦٢٩)، فيحتمل أن تكون العلة في كراهة التلقي مساعدة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقي، أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه، أو ادخاره عن أعين الناس و بيعه تدريجاً. بخلاف ما إذا أتى الركب و طرحوا أمتعتهم في الخانات و الأسواق، فإن له أثراً بيناً في امتلاء أعين الناس - خصوصاً الفقراء - وقت الغلاء إذا أتى بالطعام. وكيف كان، فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة.

ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقي بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم، لا بأس باستيهاهم (٣٦٣٠) و لو بإهداء شيء إليهم. و لو تلقاهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم (٣٦٣١) فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله ﷺ: "المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض" قوي سراية الحكم إلى بيع شيء منهم و إيجارهم المساكن و الخانات، كما أنه إذا جعلنا المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل، كما يدل عليه النبوي العامي: "لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار" ٦٠ قوي سراية الحكم إلى كل معاملة توجب غبنهم كالبيع و الشراء منهم متلقياً و شبه ذلك. لكن الأظهر هو الأول. وكيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. و قد يحكى عن الحلبي ثبوت الخيار و إن لم يكن غبن، و لعله لإطلاق النبوي (٣٦٣٢) المتقدم المحمول على صورة تبين الغبن (٣٦٣٣) بدخول السوق و

ظهوره فيما ذكره واضح، إذ مع العلم بالسعر لا يترتب على ترك التلقي ما ذكر من ارتزاق أهل البلد من الركب، فيكون تعليل النهي به لغواً.

٣٦٢٩. يعني: و لكنه يحتمل اختصاص التعليل المذكور بالنهي عن بيع الحاضر للبادي. فعلى هذا التقدير يحتمل أن تكون العلة في كراهة التلقي

٣٦٣٠. لخروجه عن مساق الأخبار، فيرجع إلى أصالة الإباحة المقتضية للجواز.

٣٦٣١. مثل بيع شيء منهم، و إجارة الخانات لهم.

٣٦٣٢. يشكل ذلك بأن الحلبي لا يعمل بخبر الواحد المسند الصحيح، فكيف بالنبوي

العامي المرسل؟

٣٦٣٣. لا شاهد لهذا الحمل كي يكون ردّاً على الحلبي. فالعمدة في رده ما ذكرناه.

إذا دفع الانسان مالا ليصرف في قبيل ٥٦٣
الاطلاع على القيمة. و اختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين،
سيجي ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة: يحرم النجش (٣٦٣٤) على المشهور كما في الحدائق ٦١ بل عن المنتهى و
جامع المقاصد: أنه محرم إجماعاً؛ لرواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "قال رسول الله ﷺ:
الواشمة و المؤشمة و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد ﷺ" ٦٢. و في النبوي
الحكمي عن معاني الأخبار: "لاتناجشوا و لاتدابروا"، قال: و معناه: أن يزيد الرجل* في ثمن
السلعة و هو لا يريد شرائها؛ لسمع غيره فيزيده بزيادته، و الناجش خائن، و التدابر:
الهجران ٦٣ (٣٦٣٥)، انتهى كلام الصدوق. و الظاهر أن المراد بزيادة الناجش: مواطأة
البايع المنجوش له.

مسألة: إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم، و لم
يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع ك: مال الإمام (٣٦٣٦) أو ردة
المظالم المدفوع إلى الحاكم، فله صور: إحداها: أن تظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالأخذ
منه كما إذا عيّن له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده. و لإشكال في عدم الجواز؛ لحرمه
التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه، الثانية: أن تظهر قرينة حالّة أو مقاليّة
على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد. و لإشكال في
الجواز حينئذٍ إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة،
كان عيّن للمجتهدين مقداراً و للمشتغلين مقداراً، و اعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد

.....
٣٦٣٤. هذا تكرار لما مرّ في المكاسب المحرّمة.

٣٦٣٥. يعني: الإعراض عن متاع البايع بقصد إسقاطه عن أعين المشتريين مقدّمة للشراء
بالقيمة النازلة.

٣٦٣٦. مثال للمنفى، و هو حصول الولاية للمدفع إليه على المال المدفوع بدون إذن
الدافع، على المعروف من ولاية الحاكم على ماله عليه السلام وكذا المظالم لو دفعهما إليه دافع، فله

* في بعض النسخ زيادة: الرجلُ الرجل.

المدفوع إليه و التحقيق هنا: مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان (٣٦٣٧) عنوان الصنف على وجه الموضوعية، كأن يقول: ادفع إلى كلّ مشغل كذا و إلى كلّ مجتهد كذا و خذ أنت ما يخصّك. و إن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع؛ لأنّ الداعي إنّما يتفرّع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة: أن لا تقوم قرينة على أحد الأمرين و يطلق المتكلم.

و قد اختلف فيه كلما قم بل كلمات واحد منهم، فالهكّي عن وكالة المبسوط و زكاة السرائر و مكاسب النافع و كشف الرموز^{٦٤} و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقاً. و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرايع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية: أنّه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره. و نسبه في الدروس إلى الأكثر و في الخدائق إلى المشهور، و في المسالك: هكذا شرط كلّ من سوّغ له الأخذ. و عن نهاية الإحكام و التنقيح و المهذب البارع^{٦٥} و المقتصر: الاقتصار على نقل القولين. و عن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الصيغة بلفظ "ضعه فيهم" أو ما أذى معناه، و المنع إن كانت بلفظ "إدفعه". و عن التنقيح عن بعض الفضلاء: أنّه إن قال "هو للفقراء" جاز، و إن قال "أعطه للفقراء" فإن علم فقره لم يجز؛ إذ لو أراد له خصّه، و إن لم يعلم جاز.

احتجّ القائل بالتحريم - مضافاً إلى ظهور اللفظ في مغايرة المأمور بالدفع للمدفع إليهم، المؤيد بما قالوه فيمن وكلّته امرأة أن يزوّجها من شخص فزوّجها من نفسه أو وكلّه في شراء شيء فأعطاه من عنده - بصحيفة ابن الحجاج المسندة في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام و إن اضمرت في غيره، قال: "سألته عن رجل أعطاه رجل مالاً ليصرفه في محاييج أو في مساكين و هو يحتاج، أيأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتّى يأذن له صاحبه"^{٦٦}.

التصرّف فيه و لو بصرفه على نفسه و في معيشته و إن لم يرض به الدافع. و فيه كلام ليس هنا محلّ ذكره.

٣٦٣٧. لأنّ إحراز الموضوع على عهدة المخاطب المدفوع إليه، و عمدة طرقه اعتقاده.

إذا دفع الانسان مالا ليصرف في قبيْل ٥٦٥

و احتجّ المجوّزون: بأنّ العنوان المدفوع إليه شامل له، و الغرض* الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصيّة الغير، و اللفظ و إن سلّم عدم شموله له لغةً إلاّ أنّ المنساق عرفاً صرفه إلى كلّ من اتّصف بهذا العنوان، فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز.

نعم، لو كان المدفوع إليهم أشخاصاً خاصّة، و كان الداعي على الدفع اتّصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور. و الرواية معارضة بروايات أخرى، مثل: ما عن الكافي في الصحيح عن سعيد بن يسار، قال: "قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يعطي الزكاة يقسمها في أصحابه، يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم" ٦٧. و عن الحسين بن عثمان - في الصحيح أو الحسن** بابن هاشم -: "في رجل اعطي مالا يفرقه فيمن يحلّ له، يأخذ منه شيئاً لنفسه و إن لم يسمّ له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره" ٦٨. و صحيحة ابن الحجّاج، قال: "سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدراهم يقسمها و يضعها في مواضعها و هو من تحلّ له الصدقة؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطي غيره، و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها في مواضع مسمّاة إلاّ بإذنه". و الذي ينبغي أن يقال: أمّا من حيث دلالة اللفظ الدالّ على الإذن في الدفع و الصرف، فإنّ المتبع الظهور العرفي و إن كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوي في غيره كما أنّ الظهور الخارجي الذي يستفاد من القرائن الخارجية مقدّم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن.

ثمّ إنّ التعبّد في حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد (٣٦٣٨)، فالأولى حمل الأخبار المجوّزة (٣٦٣٩) على ما إذا كان غرض المتكلّم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من

٣٦٣٨. يعني: القول بأنّ حرمة الأخذ لنفسه ليست من جهة كونه تصرفاً في مال الغير بدون إذنه، و كذا جوازه ليس لأجل أنّه مأذون فيه، بل كلّ منهما على تقدير القول به تعبّد محض ثبت بدليل خاصّ على خلاف القاعدة في موضوع المسألة، لا يخلو من وجه.

٣٦٣٩. هذا الجمع عارٍ عن الشاهد، فالأولى تقييد إطلاق دليل المنع بحمله على صورة تعيين المصارف و تسميتها، و تقييد إطلاق دليل الجواز بحمله على صورة عدم التعيين، بشهادة

غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، و حمل الصحيحة المانعة* على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور، فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنة داعياً إلى الدفع لاموضوعاً، ولما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داعٍ على الرضا بوصول شيء من المال إليه.

ثم على تقدير المعارضة، فالواجب الرجوع (٣٦٤٠) إلى ظاهر اللفظ؛ لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي، و لو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع؛ إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

مسألة: احتكار الطعام، و هو كما في الصحاح و عن المصباح: جمع الطعام و حبسه يترتب به الغلاء، لا خلاف في مرجوحيته. و قد اختلف في حرمة، فعن المبسوط و المقنعة ٦٩ و الحلبي في كتاب المكاسب و الشرايع و المختلف: الكراهة. و عن كتب الصدوق و الاستبصار و السرائر ٧٠ و القاضي و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد ٧١ و الروضة: التحريم. و عن التنقيح و الميسرة: تقويته. و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية؛ لصحيفة سالم الحنات، قال: "قال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنات، و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحسبت. قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر. قال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً. قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له: يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر" ٧٢، فإن الظاهر منه أن علة عدم البأس وجود البازل، فلولا حرم. و صحيفة الحلبي عن

.....

صحيفة ابن الحجاج المفصلة بين صورة الإطلاق و التسمية بالجواز في الأولى و عدمه في الثانية. ٣٦٤٠. يعني: على تقدير المعارضة و عدم قبول الجمع بالنحو المذكور فالواجب - بعد التكافؤ من حيث السند أيضاً - رفع اليد عن طرفي المعارضة و الرجوع إلى ظاهر اللفظ الصادر عن الدافع، لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار إنما هو في وجود الصارف الشرعي عن الظهور العرفي، فيكون من قبيل مصاديق الشك في إرادة الظاهر مع الشك في وجود القرينة الصارفة

أبي عبد الله عليه السلام: "آله سئل عن الحكرة، فقال: إنما الحكرة أن تشتري طعاماً و ليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام* غيره فلا بأس أن تلتبس بسلعتك الفضل". و زاد في الصحيحة المحكية عن الكافي و التهذيب: قال: "و سألته عن الزيت، قال: إن كان عند غيرك فلا بأس بامساكه"^{٧٣}. و عن أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغة في كتابه إلى مالك الأشتر: "فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه. و ليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل** لا يجحف بالفريقين: البائع و المشتري. فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به و عاقب في غير إسراف"^{٧٤}. و صحيحة الحلبي، قال: "سألته عليه السلام عمّن يحتكر الطعام و يتربص به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، و إن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس ليس لهم طعام"^{٧٥}. فإن الكراهة في كلامهم عليهم السلام و إن كان يستعمل في المكروه و الحرام، إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دلّ على كراهة الإحتكار مطلقاً قرينة على إرادة التحريم (٣٦٤١). و حمّله على

عنه، و المرجع في ذلك أصالة الظهور. هذا، بناءً على التساقط في المتعارضين. و أمّا بناءً على التخيير بينهما الثابت بالأخبار فالمرجع هو التخيير في الأخذ بأحدهما في مقام الإفتاء، فالحكم جوازاً و منعاً يدور مدار اختيار خبر الجواز و عدمه اجتهاداً أو تقليداً.

٣٦٤١. يعني: أن التقييد المذكور بضميمة حفظ إطلاق ما دلّ على كراهته الشامل لصورة السعة و عدم احتياج الناس إليه و لو بوجود البازل - مثل قوله في رواية السسكوني: «فيما زاد على أربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون» حيث إن الناس في الخصب يكونون في سعة لا يكون لهم حاجة إلى ما عند المحتكر - يكون قرينة على إرادة التحريم.

و فيه: أن إطلاق الدليل المذكور لا بدّ أن يرفع اليد عنه على كلّ من تقديري إرادة الكراهة المصطلحة من قوله: «يكره» في هذه الصحيحة و إرادة التحريم. أمّا على الأوّل فبتقييده بصورة عدم السعة بدونه. و أمّا على الثاني فبتقييده بصورة وجود السعة، إذ بناءً على الإطلاق يكون الاحتكار مع عدم السعة حراماً لا مكروهاً. و بعد هذا لا يبقى في البين إلا التقييد بصورة عدم وجود باذل غيره، و هو معرّده لا يصلح أن يكون قرينة على التحريم. و لو سلّمنا بقاء

تأكد الكراهة أيضاً (٣٦٤٢) مخالف لظاهر "يكره" كما لا يخفى. وإن شئت قلت: إن المراد بـ"البأس" في الشرطية الأولى التحريم؛ لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطية الثانية كالمفهوم لها. و يؤيد التحريم: ما عن المجالس (٣٦٤٣) بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام: "قال: قال رسول الله ﷺ: أيما رجل اشترى طعاماً فحسبه* أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه و تصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع" ٧٦. و في السند بعض بني فضال، و الظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: "خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا"، ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند، و قد ذكرنا: أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصح عن جماعة. و يؤيده أيضاً: ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام: من أنه أرسل عن النبي ﷺ عن جبرئيل عليه السلام، قال: "أطلعت على النار فرأيت في جهنم وادياً فقلت:

.....
الإطلاق المذكور على حاله على تقدير إرادة التحريم نفع صلاحية ما ذكره للقرينة على إرادة التحريم، لإمكان حفظ الإطلاق مع إرادة شدة الكراهة المصطلحة، فيدور الأمر بين أن يراد من البأس و الكراهة الحرمة، و بين أن يراد منهما شدة الكراهة، و لا ترجيح لأحدهما على الآخر، بل الثاني راجح، لحفظ إطلاق ما دلّ على الكراهة مطلقاً معه، بخلافه مع الأول كما عرفت.

٣٦٤٢. يعني: و حمل «يكره» على تأكيد الكراهة و إن كان يوجه به التقييد بالصورة المذكورة مثل الحمل على الحرمة، إلا أنه أيضاً مثله مخالف لظاهر «يكره» لأنه ظاهر في نفس الكراهة لا في تأكيدها، و قد علم ما فيه مما مرّ من أنه نعم لكنه راجح بالقياس على الحمل على التحريم، و لأقل من المساواة، و على التقديرين تسقط الصحيحة عن الدلالة على التحريم.

٣٦٤٣. يمكن الخدشة فيه بأن مدلوله ليس إلا أن الاحتكار يوجب بعداً محجواً إلى التدارك، و هذا لا يدلّ على حرمة إلا بعد ضمّ الملازمة بين الكفارة و الحرمة، و لا دليل عليها لأعقلاً و لأشرعاً و لأعرفاً، فتأمل. و على تقدير تسليم دلالة على التحريم قد يورد على المصنّف رحمته بأن النسبة بينه و بين مدعاه عموم من وجه، لعمومه من حيث وجود البازل و عدمه،

يا مالك لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكرين، و المدمنين للخمر، و القوادين^{٧٧}. و لما يؤيد التحريم: ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإنّ إلزامه بذلك ظاهر في كون الحبس محرماً؛ إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر (٣٦٤٤) و خلاف قاعدة "سلطنة الناس على أموالهم".

ثم إنّ كشف الإجماع عن أطراف المسألة يتمّ ببيان أمور: الأول: في مورد الإحتكار، فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدمة: اختصاصه بالطعام. و في رواية غياث بن إبراهيم: "ليس الحكرة إلّا في الحنطة، و الشعير، و التمر، و الزبيب"^{٧٨}. و عن الفقيه: زيادة: "الزيت"، و قد تقدّم في بعض الأخبار المتقدمة دخول الزيت أيضاً. و في المحكي عن قرب الإسناد برواية أبي البخترى عن عليّ^{عليه السلام}: "قال: ليس الحكرة إلّا في الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن". و عن الخصال في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه

أي: الحاجة و عدمها، و خصوصه من حيث مدّة الحبس، و المدعى بالعكس، و لا يصحّ الاستناد إلى أحد العامّين للآخر. و فيه: أنّه يردّ عليه لو كان التحديد بالمدّة تعبّداً صرفاً، و سيأتي في الأمر الثاني منع ذلك، و أنّه تحديد بوقت الحاجة في الخصب، لأجل تقييده برواية السكوني الآتية، و عليه يرتفع الإيراد. و لكنّ يأتي أنّه خلاف الظاهر بلا دليل عليه، فالإيراد في محله. فبناءً على دلالة على الحرمة كان اللازم تقييد موضوعها بتلك المدّة في الخصب بالثلاثة في غيره، كما هو قضية الجمع بينه و بين رواية السكوني الآتية، إلّا أنّ الشأن في دلالة، و كذا في دلالة رواية السكوني. أمّا في الأوّل فلما مرّ. و أمّا في الثاني فلأنّ اللعن هو البعد عن ساحة قرب المولى، و لا ينحصر سببه في الحرام، بل يتحقّق بالمكروه أيضاً.

٣٦٤٤. الظاهر «خلاف القاعدة» يدلّ «خلاف الظاهر» و ذلك - مضافاً إلى شهادة ما يأتي في ذيل الأمر الخامس عليه - لأنّه ليس هنا لفظ يكون ظاهراً في عدم الإلزام بترك المكروه حتّى يقال إنّ الإلزام بتركه خلاف الظاهر، إلّا أن يقال: إنّ مراده من الظاهر أدلّة النهي عن المنكر، حيث إنّ دليل الإلزام على ترك الاحتكار هو هذه الأدلّة، و المنكر فيها ظاهر في الحرام، و لا يعمّ المكروه. لكن فيه: أنّ دليله الإجماع لا هذه الأدلّة.

عن آبائه عليهم السلام: "قال: قال رسول الله ﷺ: الحكرة في ستة أقسام الحنطة، و الشعير، و التمر، و الزيت، و الزبيب، و السمن" ٧٩.

ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزيادة "السمن" لاختلاف فيه ظاهراً، و عن كشف الرموز و ظاهر السرائر: دعوى الاتفاق عليه، و عن مجمع الفائدة: نفي الخلاف فيه. و أما الزيت: فقد تقدّم في غير واحد من الأخبار؛ و لذا اختاره الصدوق و العلامة في التحرير - حيث ذكر أن به رواية حسنة - و الشهيدان و المحقق الثاني، و عن إيضاح النافع: أن عليه الفتوى. و أما الملح: فقد ألحقه بها في المبسوط ٨٠ و الوسيلة و التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و المسالك، و لعله لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار: من حاجة الناس.

الثاني: روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: "إن الحكرة في الخصب أربعون يوماً، و في الغلاء* و الشدة ثلاثة أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب، فصاحبه ملعون، و ما زاد في العسرة على ثلاثة أيام فصاحبه ملعون" ٨١. و يؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة و حكى عن الشيخ و محكي القاضي و الوسيلة العمل بها، و عن الدروس: أن الأظهر تحريره مع حاجة الناس. و مظنتها الزيادة على ثلاثة أيام في الغلاء و أربعين في الرخص؛ للرواية ٨٢، انتهى. أما تحديده بـ "حاجة الناس" فهو حسن، كما عن المقنعة و غيرها، و يظهر من الأخبار المتقدمة. و أما ما ذكره من حمل رواية السكوني على بيان مظنة الحاجة، فهو جيد. و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدًا.

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحة الحلبي المتقدمة في بادى النظر حصر الاحتكار في شراء الطعام [لكن الأقوى التعميم] بقريئة تفريع قوله: "فإن كان في المصر طعام" (٣٦٤٥). و يؤيد ذلك: ما تقدّم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه، سواء كان بالاشتراء أو بالزرع و الحصاد و الإحراز، إلا أن يراد جمعه في ملكه** (٣٦٤٦).

٣٦٤٥. لم أفهم الوجه في كونه قريئة على التعميم.

٣٦٤٦. يعني: إلا أن يراد من جمع الطعام في كلام أهل اللغة جمعه في ملكه، أي: جمعه عنده بإدخاله في ملكه و إحداث كونه ملكاً له، فيختص الجمع بالاشتراء نوعاً، و لا يعم الجمع من مزارعه.

و يؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بـ "أن يترك الناس ليس لهم طعام"، و عليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوباً له، أو كان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة و بقي الطعام لا يحتاج إليه المالك، فحبسه مترتباً للغلاء.

الرابع: أقسام حبس الطعام كثيرة؛ لأن الشخص إما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له. و "الحبس"، إما أن يراد منه نفس تقليل الطعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء و هو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله و إن حصل ذلك لغلاء عارضي لا يتضرر به أهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر أو زوار في البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثة، فيحدث للطعام عزة لا يضر أكثر أهل البلد، و قد يريد بـ "الحبس" لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر. هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه، و قد يحبس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقلة الطعام آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام. ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال، و قد يكون حباً إعانة المضطرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم. ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم، و قد يكون للبذر أو علف الدواب، أو الإسترباح بالثمن. و عليك باستخراج أحكام هذه الأقسام و تمييز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف - كما قيل - في إجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهة بل عن المذهب البارع: الإجماع، و عن التنقيح - كما عن الحدائق^{٨٣}: عدم الخلاف فيه، و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الإجماع لغير الواجب؛ و لذا ذكرنا: أن ظاهر أدلة الإجماع تدل على التحريم؛ لأن إلزام غير اللازم خلاف القاعدة.

نعم لا يسقر عليه إجماعاً كما عن السرائر، و زاد وجود الأخبار المتواترة، و عن المبسوط: عدم الخلاف فيه. لكن عن المقنعة: أنه يسقر عليه بما يراه الحاكم. و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد: أنه يسقر عليه إن أجحف بالثمن؛ لنفي الضرر، و عن الميسي و الشهيد الثاني^{٨٤}: أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير؛ جمعاً بين النهي عن التسعير،

و الجبر* بنفي الإضرار (٣٦٤٧).

٣٦٤٧. يعني من الجبر جبر المحتكر على عدم الإضرار على المشترين بزيادة الثمن،

فتأمل.

هذا آخر الجزء الثاني من هداية الطالب في شرح المكاسب، و يتلوه الجزء الثالث في الخيارات، و الحمد لله تعالى أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً، و صلى الله على سيد الأنبياء محمد و آله الطاهرين. و وفقنا لما يحب و يرضى، و عاملنا و عامل جميع من مات على الإيمان سيما والدينا بلطفه الخفي. و قد فرغت منه ليلة الخامس من شهر جمادى الأولى من شهر سنة ثلاثمائة و ستة و خمسين بعد الألف من الهجرة النبوية على هاجرهما آلاف صلاة و تحية.



مركز تحقيقات كليات علوم إيسوي

خاتمة

و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه، ففي رسالة ابن فضال عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام: "ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيّع و دون طلب الحريص الراضي بديناه المظمن إليها و لكن أنزل نفسك من ذلك منزلة النصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا بد للمؤمن منه؛ إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا لآمالهم" ^{٨٥}. و في صحيحة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: ألا إن الروح الأمين نفث في روعي: أنه لن تموت نفس حتى تستكمل رزقها، فاتقوا الله عز وجل و أجلوا في الطلب، و لا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق أن تطلبوه بشئ من معصية الله؛ فإن الله تبارك و تعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالاً و لم يقسمها حراماً، فمن اتقى الله عز وجل و صبر آتاه الله برزقه من حله، و من هتك حجاب السر و عجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال و حوسب عليه يوم القيامة" ^{٨٦}.

و عن أبي عبد الله عليه السلام: "أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلّموا علماً يقيناً أن الله عز وجل لم يجعل للعبد و إن اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكائده أن يسبق ما سمي له في الذكر الحكيم، و لم يحل بين العبد في ضعفه و قلة حيلته أن يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم. أيها الناس، إنه لن يزداد امرؤ نقيراً لحذقه، و لم ينقص امرؤ نقيراً لحمقه، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحة في منفعة، و العالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرتة، و ربّ منعم عليه مستدرج بالإحسان إليه، و ربّ مغرور في الناس مصنوع له، فأبق أيها الساعي من سعيك و أقصر من عجلتك، و انتبه من سنة غفلتك، و تفكر فيما جاء عن الله عز وجل على لسان نبيه ﷺ ^{٨٧}. و في رواية عبد الله بن سليمان، قال: "سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الله عز وجل وسّع في أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، و يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لاحيلة". و في مرفوعة سهل بن زياد أنه قال: "قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه و كم من مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير" ^{٨٨}. و في رواية علي بن عبد العزيز قال: "قال أبو عبد الله عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك! أقبل على العبادة و ترك التجارة، فقال: ويحه! أما علم أن تارك الطلب لا تستجاب له دعوته؟ إن قوماً من أصحاب رسول الله ﷺ لما نزل قوله تعالى: ﴿هُوَ مَنْ يُثَقِّ

اللَّهُ يَجْعَلُ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقُهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ^{٨٩} أغلقوا الأبواب و أقبلوا على العبادة و قالوا: قد كفينا! فبلغ ذلك النبي ﷺ فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم* إلى ما صنعتُم؟ فقالوا: يا رسول الله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العبادة. فقال ﷺ: إنه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب^{٩٠}. و قد تقدّم رواية آله: "ليس منا من ترك آخرته لدنياه و لا من ترك دنياه لآخرته". و تقدّم أيضاً حديث داود (على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاة و السلام)، بعد الحمد لله الملك العلّام على ما أنعم علينا بالنعيم الجسماني التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاص و العام.



مركز تحقيقات و پژوهش‌های علوم اسلامی

المصادر:

- (١) نهاية الأحكام ج ٢: ص ٥٠١.
- (٢) التذكرة ج ١: ص ٤٦٨.
- (٣) جامع المقاصد ج ٤: ص ١٠٩.
- (٤) الجواهر ج ٢٢: ص ٤٣١.
- (٥) الدروس ج ٣: ص ١٩٩.
- (٦) القواعد ج ١: ص ١٢٦؛ الدروس ج ٣: ص ١٩٨.
- (٧) السرائر ج ٢: ص ٣٣١.
- (٨) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٩، الباب ٢٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.
- (٩) المراسم: ص ١٨٠؛ الكافي في الفقه: ص ٣٥٤.
- (١٠) المختلف ج ٥: ص ٢٦٣.
- (١١) القواعد ج ١: ص ١٢٦.
- (١٢) السرائر ج ٢: ص ٣٣٢.
- (١٣) الدروس ج ٣: ص ١٩٨؛ اللمعة الدمشقية: ص ١١٤.
- (١٤) الجواهر ج ٢٢: ص ٤٣٩-٤٤٠.
- (١٥) التذكرة ج ١: ص ٥٣١.
- (١٦) التحرير ج ١: ص ١٨٥.
- (١٧) النهاية لابن الأثير ج ٣: ص ٤٠٥، مادة: «فأر».
- (١٨) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٨٢.
- (١٩) المختصر: ص ١٦٧.
- (٢٠) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٢٨٢.
- (٢١) الوسائل ج ١٢: ص ٢٦٣، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.
- (٢٢) الوسائل ج ١٢: ص ٢٦٤، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٦.
- (٢٣) الفقيه ج ٣: ص ٢٢٤، الحديث ٣٨٣١.
- (٢٤) الوسائل ج ١٢: ص ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.
- (٢٥) الوسائل ج ١٢: ص ٢٦٤، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.
- (٢٦) الخدائق ج ١٨: ص ٤٩٠.
- (٢٧) الخلاف ج ٣: ص ١٦٩.
- (٢٨) القواعد ج ١: ص ١٤٠؛ الدروس ج ٣: ص ٢٩٣-٢٩٤.
- (٢٩) القواعد ج ١: ص ١٥٣.
- (٣٠) التذكرة ج ١: ص ٤٦٨.
- (٣١) الدروس ج ٣: ص ٢١٦-٢١٧.
- (٣٢) جامع المقاصد ج ٤: ص ١١٢.
- (٣٣) الجواهر ج ٢٢: ص ٤٤٥.
- (٣٤) النهاية: ص ٤٠١.
- (٣٥) اللمعة الدمشقية: ص ١١٤.
- (٣٦) مجمع الفائدة ج ٨: ص ١٩٠.

- (٣٨) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٣، الباب ٢٠
من أبواب عقد البيع و شروطه،
الحديث ٤.
- (٣٩) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧٢، الباب ٢٠
من أبواب عقد البيع و شروطه،
الحديث ١.
- (٤٠) قرب الإسناد: ص ٢٦١، الحديث
١٠٣٥.
- (٤١) الوسيلة: ص ٢٤٦.
- (٤٢) الوسائل ج ١٢: ص ٤٠٣، الباب ٢٧
من أبواب أحكام العقود، الحديث
٢.
- (٤٣) جامع المقاصد ج ٤ ص ١١٥
- (٤٤) المسالك ج ٣: ص ٢٨١.
- (٤٥) الجواهر ج ٢٢: ص ٢٣٤-٢٣٥.
- (٤٦) البقرة (٢): ٢٦٧.
- (٤٧) البقرة (٢): ٢٧٥.
- (٤٨) الوسائل ج ١٢: ص ٢٨٣، الباب
الأول من أبواب آداب التجارة،
الحديث ٢.
- (٤٩) المقنعة: ص ٥٩٠-٥٩١.
- (٥٠) الوسائل ج ١٢: ص ٢٨٢، الباب
الأول من أبواب آداب التجارة،
الحديث ١.
- (٥١) الوسائل ج ١٢: ص ٢٢، الباب ٩
من أبواب مقدمات التجارة،
الحديث ٣.
- (٥٢) الفقيه ج ٣: ص ١٥٦، الحديث
٣٥٦٨.
- (٥٣) الكافي ج ١: ص ٣٠، الحديث ٤.
- (٥٤) الكافي ج ٢: ص ٣٣٥، الحديث ٢.
- (٥٥) السرائر ج ٢: ص ٢٣٧.
- (٥٦) المختلف ج ٥: ص ٤٣.
- (٥٧) الوسائل ج ١٢: ص ٣٢٦، الباب ٣٦
من أبواب آداب التجارة، الحديث
١.
- (٥٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣٢٦، الباب ٣٦
من أبواب آداب التجارة، الحديث
٣.
- (٥٩) المنتهى ج ٢: ص ١٠٠٦.
- (٦٠) السنن الكبرى ج ٥: ص ٣٤٨، باب
النهي عن تلقي السلع.
- (٦١) الخدائق ج ١٨: ص ٤٤.
- (٦٢) الوسائل ج ١٢: ص ٣٣٧، الباب ٤٩
من أبواب آداب التجارة، الحديث
٢.
- (٦٣) معاني الأخبار: ص ٢٨٤.
- (٦٤) كشف الرموز ج ١: ص ٤٤٣-٤٤٤.
- (٦٥) المهذب البارع ج ٢: ص ٣٥٣-٣٥٤.
- (٦٦) الوسائل ج ١٢: ص ٢٠٦، الباب ٨٤
من أبواب ما يكتسب به، الحديث
٣.
- (٦٧) الكافي ج ٣: ص ٥٥٥، الحديث ١.
- (٦٨) الوسائل ج ٦: ص ٢٠٠، الباب ٤٠
من أبواب المستحقين للزكاة،
الحديث ٢.
- (٦٩) المقنعة: ص ٦١٦.
- (٧٠) السرائر ج ٢: ص ٢١٨.



مركز تحقيقات فقهية إسلامية

- (٧٠) السرائر ج ٢: ص ٢١٨.
- (٧١) جامع المقاصد ج ٤: ص ٤٠.
- (٧٢) الوسائل ج ١٢: ص ٣١٦، الباب ٢٨
من أبواب آداب التجارة، الحديث
٣.
- (٧٣) الكافي ج ٥: ص ١٦٥، الحديث ٣.
- (٧٤) نهج البلاغة: ص ٤٣٨.
- (٧٥) الوسائل ج ١٢: ص ٣١٣، الباب ٢٧
من أبواب آداب التجارة، الحديث
٢.
- (٧٦) الأمالي للطوسي: ص ٦٧٦، الحديث
١٤٢٦-٧.
- (٧٧) الوسائل ج ١٢: ص ٣١٤، الباب ٢٧
من أبواب آداب التجارة، الحديث
١١.
- (٧٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣١٣، الباب ٢٧
من أبواب آداب التجارة، الحديث
٤.
- (٧٩) الخصال: ص ٣٢٩، الحديث ٢٣.
- (٨٠) المبسوط ج ٢: ص ١٩٥.
- (٨١) الوسائل ج ١٢: ص ٣١٢، الباب ٢٧
من أبواب آداب التجارة، الحديث
١.
- (٨٢) الدروس ج ٣: ص ١٨٠.
- (٨٣) الحدائق ج ١٨: ص ٦٤.
- (٨٤) الروضة البهية ج ٣: ص ٢٩٩.
- (٨٥) الوسائل ج ١٢: ص ٣٠، الباب ١٣
من أبواب مقدمات التجارة،
الحديث ٣.
- (٨٦) الوسائل ج ١٢: ص ٢٧، الباب ١٢
من أبواب مقدمات التجارة،
الحديث ١.
- (٨٧) التهذيب ج ٦: ص ٣٢٢، الحديث
٨٨٣.
- (٨٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣٠، الباب ٣٠
من أبواب مقدمات التجارة،
الحديث ٢.
- (٨٩) الطلاق (٥): ٣ و ٢.
- (٩٠) الوسائل ج ١٢: ص ١٥، الباب ٥
من أبواب مقدمات التجارة،
الحديث ٧.



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

فهرس الموضوعات:

٥	ففى الإجازة والردّ
٤١	التنبه الثانى
٤٧	التنبه الثالث
٤٩	التنبه الخامس
٥١	المجيز
٨٧	المصادر
٨٩	المجاز
١٠١	أحكام الردّ
١٠٩	حكم المشترى مع الفضولى
١١٥	حكم ما يغترمه المشترى غير الثمن
١٣١	بيع الفضولى مال غيره مع مال نفسه
١٤١	بيع نصف الدار
١٤٣	بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله
١٤٥	ولاية الأب و الجدّ
١٨١	ولاية الفقيه
٢٠٥	المصادر
٢٠٧	ولاية عدول المؤمنين
٢٢٧	بيع العبد المسلم من الكافر
٢٤٣	نقل المصحف إلى الكافر
٢٤٤	المصادر

٢٤٥	 شرائط العوضين
٢٤٧	 اقسام الأرضين و احكامها
٢٤٩	 عدم الجواز بيع الوقف
٢٨٩	 المصادر
٢٩١	 صور جواز بيع الوقف
٣٣٥	 عدم جواز بيع أم الولد
٣٧٧	 عدم جواز بيع المرهون
٣٨٥	 بيع العبد الجاني عمداً
٣٨٧	 بيع العبد الجاني خطأً
٣٩٠	 المصادر
٣٩٣	 شرائط العوضين: القدرة على التسليم
٤١٩	 عدم جواز بيع الآبق
٤٢٩	 شرائط العوضين: العلم بقدر الثمن
٤٤١	 جواز بيع المكيل وزناً
٤٤١	 إخبار البائع بمقدار المبيع
٤٤٥	 بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
٤٧٣	 بيع صاع من صبرة
٤٨٩	 المصادر
٤٩١	 بيع العين المشاهدة في زمان سابق
٥٠٩	 اختبار الطعم و اللون و الرائحة
٥١٥	 شراء ما يفسده الاختبار من دون الاختبار
٥٢١	 عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم

٥٨١	فهرس الموضوعات
٥٣١	الإندار للظروف
٥٤٥	بيع المظروف مع ظرفه
٥٤٧	استحباب التفقه فى مسائل التجارة
٥٥٧	تلقى الركبان
٥٦٣	إذا دفع الانسان مالاً ليصرف فى قبيل
٥٦٧	احتكار الطعام
٥٧٣	آداب التجارة
٥٧٥	المصادر
٥٧٩	فهرس الموضوعات

