



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا  
عليكم يا صابغ  
الرماد

www.ghaemiyeh.com  
www.ghaemiyeh.org  
www.ghaemiyeh.net  
www.ghaemiyeh.ir

١-٢

منهاج العلماء  
في  
شرح شرايع الإسلام

بقلم :

الامام آية الله العظمى  
الشيخ عباس بن الحسن  
في كاشف الغطاء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# منهل الغمام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

عباس بن حسن بن جعفر نجفى ( آل كاشف الغطاء )

نشرت فى الطباعة:

موسسه كاشف الغطاء

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٣	منهل الغمام فى شرح شرائع الاسلام
١٣	اشاره
١٣	الجزء الأول
١٣	اشاره
١٤	اشاره
١٥	[تتمه كتاب البيع]
١٥	الفصل الثانى: فى عقد البيع
١٥	اشاره
١٥	و قبل الشروع فى المقصود لا بد من ذكر ما يحتاج إليه فى عقد البيع
١٨	و يتم البحث عن البيع فى مقامات:
١٨	البحث الأول: عن البيع
١٨	اشاره
٢٤	مسئله المعاطاه
٤٨	اشتراط تقديم الايجاب
٥٣	عدم التعليق
٥٦	قبول الإيجاب
٦١	ما لا يضمن بصحيحه
٦٣	ما يضمن بصحيحه
٦٧	المثل و القيمه
٧٦	خاتمه فيها فوائد
٨١	بيع الصبى
٨٦	اشتراط عدم الإكراه
٩٣	اشتراط الحره و عدم صحه بيع العبد

١٠٢	البيع الفضولي
١١٨	توجيه عبارته الروضه
١٢٥	البحث الثاني: في المجيز
١٣٢	البحث الثالث: في المجاز
١٣٢	اشاره
١٣٢	الأول: أنه لا فرق بين اجازته الواحد
١٣٢	الثاني: قيل باعتبار كون المجاز معلوماً للمجيز بالتفصيل
١٣٢	الثالث: يلزم مراعاة الشروط مطلقاً في الموجب و القابل
١٣٢	اشاره
١٣٦	المسأله الأولى: رجوعه عليه بالثمن بشرطه
١٣٦	المسأله الثانيه: رجوعه لو علم بالفضوليه بالثمن مع بقاءه
١٣٦	المسأله الثالثه: لو تلف الثمن من البائع مع علمه بالفضوليه
١٣٩	المسأله الرابعه: أن المالك إذا لم يجز البيع و رجع على المشتري مع الجهل ألزم المشتري دفع العين له او قيمه مع التلف
١٣٩	اشاره
١٤٥	فروع
١٥٤	الولايات
١٥٤	اشاره
١٥٥	الشرط الأول: اعتبار النسب فيه دون الرضاع
١٥٦	الشرط الثاني: اعتبار العدالة فيهما،
١٥٦	الشرط الثالث: مراعاة المصلحه
١٦٦	الفصل الثالث: في الخيار
١٦٦	اشاره
١٦٦	و قبل ذكر اقسام الخيار يلزم ذكر أمور تتعلق به:
١٦٦	منها أنه لا اشكال في ان مطلق الخيار من الحقوق
١٦٧	و منها أن ترتب آثار العقد من الأحكام الوضعيه الثابته من السببيه
١٧١	و منها ان الفاضل صرح في تذكره الفقهاء و القواعد بأن الأصل في البيع اللزوم،

- ١٧١ ..... [اقسام الخيار]
- ١٧١ ..... الأول: خيار المجلس بمعنى الموضوع،
- ١٨٧ ..... الثاني خيار الحيوان
- ١٨٧ ..... اشاره
- ١٩٣ ..... و يسقط هذا الخيار بأحد امور:
- ١٩٥ ..... الثالث خيار الشرط
- ٢٠٧ ..... الرابع: [خيار الغبن]
- ٢٠٧ ..... اشاره
- ٢٨٠ ..... ثم انهم اعتبروا في هذا الخيار امرين:
- ٢٨٠ ..... الأول: الجهالة بالقيمة جهلاً مركباً أو بسيطاً
- ٢٨٢ ..... الثاني: ان لا يكون التفاوت مما يتسامح فيه
- ٢٨٤ ..... أما التصرفات قبل العلم بالخيار
- ٢٨٤ ..... اشاره
- ٢٨٤ ..... بحث في موانع الرد في ضمن مسائل
- ٢٨٤ ..... اشاره
- ٢٨٨ ..... المسألة الأولى: ان غبن احدهما واضح و أما غبنهما ففي تصويره اشكال،
- ٢٨٩ ..... المسألة الثانية: في تصرف الغابن بشقوقه
- ٢٨٩ ..... اشاره
- ٢٨٩ ..... اما مع تحقق العدم ففيه مقاصد:
- ٢٨٩ ..... المقصد الأول: خرجها عن ملك الغابن بعقد لازم
- ٢٨٩ ..... المقصد الثاني: لو تصرف الغابن بما يغير الغبن
- ٢٩٢ ..... المقصد الثالث: في التلف و هو اما من الغابن او من المغبون
- ٢٩٤ ..... المسألة الثالثة: نسب للمشهور فوريه هذا الخيار
- ٢٩٤ ..... اشاره
- ٢٩٨ ..... خاتمه
- ٣٠٠ ..... المسألة الرابعة: ترك الأكثر التعرض لثبوت هذا الخيار في كل معاوضه ماليه غير البيع،

- الخامس خيار التأخير] ..... ٣٠٠
- اشاره ..... ٣٠٠
- و يتم تفصيل ما يتعلق بهذا الخيار لرسم امور: ..... ٣٠٢
- أولها: اختصاص هذا الخيار فى البيع دون غيره من العقود ..... ٣٠٢
- ثانيها: أن ثبوته بالشروط المذكوره فى المتن من مذهب الاماميه ..... ٣٠٣
- ثالثها: انه لا يشترط فى هذا الخيار امور اعتبرها المشهور: ..... ٣٠٦
- الأول: عدم القبض للبيع و الاقباض ..... ٣٠٦
- الثانى: عدم قبض مجموع الثمن دون بعضه ..... ٣٠٨
- الثالث: لا يشترط فى العوض تأخير احد العوضين ..... ٣٠٨
- الرابع: شرط بعضهم عدم كون المبيع كلياً فى الذمه ..... ٣٠٨
- الخامس: اشترط بعضهم نفي الخيار مطلقاً ..... ٣١٠
- السادس: اعتبار تعدد المتعاقدين فى هذا الخيار ..... ٣١٢
- السابع: اشتراط كونه فى المتاع ..... ٣١٢
- رابعها: فى مسقطاته ..... ٣١٤
- اشاره ..... ٣١٤
- الأول: سقوطه بإحضار الثمن فى الثلاثه ..... ٣١٤
- الثانى: سقوطه بالاشتراط فى صلب العقد ..... ٣١٤
- الثالث: اسقاطه بعد الثلاثه من غير تردد فيه من احد ..... ٣١٥
- الرابع: سقوطه بالبيع على من ينعتق عليه ..... ٣١٥
- الخامس: سقوطه بأخذ ثمن المبيع من المشتري ..... ٣١٥
- السادس: قيل بسقوطه بمطالبه البائع بالثمن ..... ٣١٦
- خامسها: الأقوى الفوريه فى مطلق الخيارات ..... ٣١٦
- سادسها: أن المبيع لو كان مما يدوم إلى حين او يتجاوز الثلاثه فحكمه ما قد علمت، ..... ٣١٨
- و السادس: خيار العيب ..... ٣٢٠
- اشاره ..... ٣٢٠
- و أما احكامه مطلقاً فتشتمل على مسائل: ..... ٣٢٠



- الأولى: أن خيار المجلس لا يثبت في شىء من العقود التي لا تدخل في ضمن عقد البيع - ٣٢٠
- إشاره - ٣٢٠
- أولها: لا اشكال في ثبوته في البيع في الجملة - ٣٢٠
- ثانيها: انهم اطبقوا على التمسك في صحة الشرط مطلقاً بعموم صحيحه بن سنان - ٣٢١
- ثالثها: دخوله في الايقاعات، - ٣٢٢
- الثانيه: سلف في المباحث السابقه ان التصرف إذا قضي بالرضا بالعقد يسقط خيار الشرط و غيره - ٣٢٤
- إشاره - ٣٢٤
- بقي الكلام في ذكر موارد تهمة: - ٣٣٢
- إشاره - ٣٣٢
- المورد الأول: ان الظاهر من اشتراط الخيار و ثبوته في الشرط ان المقصود من اشتراطه اراده بقاء العين ليستردها عند الفسخ - ٣٣٣
- المورد الثاني: انه لو جاز التصرف في زمن الخيار مطلقاً كما اخترناه فلا ريب فلا الانتقال إلى البدل في التفاسخ مع اتلاف العين، - ٣٣٣
- المورد الثالث: انه لا اشكال في جواز استيفاء المنافع للمشتري و البائع زمن الخيار - ٣٣٥
- المورد الرابع: ذكر في القواعد لو اشترى عبداً بجاريه ثم اعتقها المشتري و كان هناك خيار مفرد او مثني، - ٣٣٩
- الثالثه: إذا مات من له الخيار او حدث له بعد موته انتقل الخيار إلى الوارث غير الممنوع - ٣٤١
- إشاره - ٣٤١
- و خلاصه المقال في المقام في امور: - ٣٤٢
- إشاره - ٣٤٢
- الأمر الأول: في كيفية ارث الخيار لوارث المال، - ٣٤٣
- إشاره - ٣٤٣
- الأول: ان الشركه في الشىء ء توجب التجزئه و التقسيم بين الشركاء - ٣٤٣
- الثاني: ان من جمله افراد الشركه التي تثبت شرعاً هو استحقاق كل واحد من الشركاء ما كان لمورثه على البدل - ٣٤٣
- الثالث: مولى العبد الميت يملك الخيار لا يرثه إذا كان للعبد المأذون خيار - ٣٤٧
- الأمر الثاني: ان الورثه حيث يثبت لهم بموت مورثهم و اجتمعوا على الفسخ لزمهم دفع عين الثمن لو كان موجوداً بعد الموت - ٣٤٨
- الأمر الثالث: اختار بعض المتأخرين سقوط الخيار إذا كان للأجنبي بموته، - ٣٤٩
- الأمر الرابع: حيث ظهر لك ان الخيار من الأشياء الموروثة و انه غير تابع للمال فعلاً بل يلحقه ما يلحق المال فلا يرثه الممنوع من ارث المال - ٣٥١
- احكام الخيار - ٣٥٤

٣٥٤	الرابعة: ان المبيع يملكه المشتري بالعقد و الثمن البائع ايضاً.
٣٦٢	الخامسه: إذا تلف المبيع دون غيره من المتلوف بغير عقده الشامل لسائر عقود المعاوضه قبل قبضه
٣٨٦	الفصل الرابع: احكام العقود
٣٨٦	اشاره
٣٨٦	النظر الأول: النقد و النسيه
٤١٢	النظر الثاني: فيما يدخل في المبيع
٤١٢	اشاره
٤١٥	و الكتاب الأول: البستان
٤٣٠	النظر الثالث: في التسليم
٤٤٠	الجزء الثاني
٤٤٠	اشاره
٤٤٢	اشاره
٤٤٢	كتاب الوكاله
٤٤٢	اشاره
٤٤٢	الفصل الأول: في العقد
٤٤٧	الفصل الثاني: فيما تتعلق به النيابة من الافعال
٤٧٤	الفصل الثالث: في الموكل
٤٧٨	الفصل الرابع: في الوكيل
٤٨٥	الفصل الخامس: فيما يثبت الوكاله
٤٨٥	اشاره
٤٨٨	تفريع
٤٩٢	الفصل السادس: في اللواحق
٤٩٢	اشاره
٤٩٢	المسأله الأولى: الوكيل أمين و ان كان بجعل
٤٩٢	المسأله الثانيه: الوكيل لا يوكل مطلقاً
٤٩٩	الفصل السابع: في التنازع

- ٤٩٩ ..... اشارة
- ٤٩٩ ..... المسأله الأولى: إذا اختلفا فى الوكالة
- ٤٩٩ ..... المسأله الثانيه: إذا اختلفا فى دفع المال إلى الموكل
- ٥٠١ ..... المسأله الثالثه: إذا ادعى الوكيل التصرف و انكر الموكل
- ٥٠٢ ..... المسأله الرابعه: إذا اشترى انسان سلعه و ادعى انه وكيل لإنسان
- ٥٠٢ ..... المسأله الخامسه: إذا زوجه المرأه فأنكر الوكالة و لا بينه
- ٥٠٤ ..... المسأله السادسه: إذا وكله فى ابتياع عبد و اشتره بمائه أو بيع عقار فباعه بها
- ٥٠٦ ..... المسأله السابعه: إذا اشترى لموكله مع علم البائع بذلك أو مع جهله
- ٥٠٦ ..... المسأله الثامنه: إذا طالب الوكيل بما وكل عليه الغريم الذى لا ينكر وكالته لقيام البينه عليها،
- ٥٠٧ ..... المسأله التاسعه: تقبل شهاده الوكيل لموكله لا مطلق بل فيما لا ولايه له فيه دفعاً للتهمه فى الأخير
- ٥٠٨ ..... المسأله العاشره: لو وكل بقبض دينه من غريم له فأقرّ الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و انكر الموكل
- ٥١٢ ..... الجزء الثالث
- ٥١٢ ..... اشارة
- ٥١٢ ..... اشارة
- ٥١٤ ..... مقدمه
- ٥١٤ ..... كتاب الوقف و الصدقات
- ٥١٤ ..... أما الوقف [ و تمام النظر فى أمور ثلاثه
- ٥١٤ ..... اشارة
- ٥١٤ ..... النظر الأول: فى صيغه الوقف
- ٥٢٧ ..... النظر الثانى: فى الشرائط
- ٥٢٧ ..... اشارة
- ٥٢٧ ..... القسم الأول: فى شرائط الموقوف
- ٥٢٧ ..... اشارة
- ٥٢٨ ..... أولاً: ان تكون عيناً ينتفع بها مع بقائها
- ٥٢٩ ..... و أما ثانياً: فلأنه لا ريب فى صحه الوقف المشاع المنافى لاعتبار التشخص
- ٥٣٢ ..... القسم الثانى: فى شرائط الوقف

٥٣٤ ----- ثالثاً: معين فقبض الموقوف هو أو الحاكم و تصرف فيه حسبما يراه من اصلاحه

٥٣٨ ----- القسم الثالث: فى شرائط الموقوف عليه

٥٣٨ ----- اشارة

٥٣٨ ----- الصورة الأولى: أن يكون موجوداً ممن يصح ان يملك

٥٤٤ ----- الصورة الثانية: إذا لم يعلم من الواقف قصد الخصوصيه

٥٤٦ ----- الصورة الثالثة: ان يعلم عدها

٥٥٢ ----- القسم الرابع: فى شرائط الوقف

٥٧٧ ----- النظر الثالث: فى اللواحق

٥٧٧ ----- اشارة

٥٧٧ ----- المسألة الأولى: الوقف الخاص و العام على معين من المسلمين و غيرهم أو على جميعهم

٥٨٠ ----- المسألة الثانية: إذا وقف عبد مملوكاً كانت نفقته فى كسبه

٥٨٠ ----- المسألة الثالثة: لو جنى العبد الموقوف عمداً

٥٨٢ ----- المسألة الرابعة: إذا وقف فى سبيل الله تعالى انصرف إلى ما يكون وصله إلى الثواب إذا لم يظهر من الواقف

٥٨٢ ----- المسألة الخامسة: إذا كان له موال من أعلى و هم المعتقون له مباشرة أو من جهة ارث ولاء العتق،

٥٨٤ ----- المسألة السادسة: لو وقف على اولاد اولاده و أبدا الوقف بانتقاله إلى ان يرث الله الأرض،

٥٨٧ ----- المسألة السابعة: لو وقف مسجداً فيما يملكه من الارض ملكاً تاماً مستقراً

٥٨٩ ----- المسألة الثامنة: إذا انهدمت الدار الموقوفة و عادت خراباً

٥٩٣ ----- المسألة التاسعة: إذا أجز البطن الأول الوقف مده معينه حيث يصح اجارته

٥٩٥ ----- المسألة العاشرة: [فى روايه التوفلى]

٦٠١ ----- الصدقه

٦٠٧ ----- تعريف مركز

## منهل الغمام فى شرح شرائع الاسلام

### اشاره

نام كتاب: منهل الغمام فى شرح شرائع الإسلام موضوع: فقه استدلالى نويسنده: نجفى، كاشف الغطاء، عباس بن حسن بن جعفر  
تاريخ وفات مؤلف: ١٣٢٣ هـ ق زبان: عربى قطع: وزيرى تعداد جلد: ٣ ناشر: مؤسسه كاشف الغطاء تاريخ نشر: ١٤٢٤ هـ ق نوبت  
چاپ: اول مكان چاپ: نجف اشرف - عراق

ص: ١

### الجزء الأول

### اشاره

بقلم

الإمام آية الله العظمى

الشيخ عباس بن الحسن

كاشف الغطاء

مكتبه كاشف الغطاء ٢٠٠٣ م

النجف الأشرف ١٤٢٤ هـ

ص: ۲

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

أحمد الله على السراء و الضراء، و أعوذ به من كلِّ بلاء و أسأله أن يطلق لساني بالصلاه على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله الْهَدَاهِ.

يقول الأحقر الخاطي العباس بن الحسن بن الشيخ الأكبر كاشف الغطاء " رحمه الله "، هذا هو المجلد الثالث من (منهل الغمام في شرح شرائع الإسلام) أسأل الله تعالى أن يُتَنَفَّعَ به و يجعله من أحسن الأعمال، و ربما أشرنا فيه إلى حل بعض كلمات الأستاذ المرتضى الأنصاري " رحمه الله " قولاً و فعلاً تغمّده الله برحمته و قد فعل، و حشرنا الله و إياه مما لا نشتهي لمحلّه عوضاً و لا بدلاً، قال " رحمه الله ":

**[تمه كتاب البيع]**

**الفصل الثاني: في عقد البيع**

**إشاره**

الذي ينفرد به عن غيره و شروطه و أحكامه و لوازمه و آدابه،

**و قبل الشروع في المقصود لا بد من ذكر ما يحتاج إليه في عقد البيع**

لذى هو لغه مبادله بمال، بمعنى تبدل السلطنه في مالين بين متعاضين و أن تعددا فيعم ذلك كل شىء يقبل السلطنه عليه و يبذل في مقابلته مالاً فيرفع البازل يد المبدول له عمّا لا يشاركه فيه أحد و يختص هو فيه كاختصاص صاحبه به و لما نظرت المتشرّعه من اصحابنا إلى ما وقع في الكتاب و السنه من الالفاظ التي تقضى بذلك مع القصد إليه جعلوها عقوداً و ميزوا بين أفرادها بحسب ما يترتب عليها من الآثار و خصّوا نقل تلك السلطنه بصيغ مغرره و قصرها عليها التمليك و التملك فلزم أن يذكر ما يمتاز به البيع عن غيره ليرتبوا احكامه على موضوعه لحصول السلطنه به و بالإجاره و الصلح و الهبه و الرهن و غيرها، حتى في بعض ما له شبه بالعقود من الايقاعات كالوقف و شبهه دون الانتقالات القهريه من

الإرث و الجنايه و الارتداد و غيرها التي لا تحتاج إلى قصد و لا إلى صيغه فلا جرم أن تميّز و تحدد:

و أولها: البيع بل هو اهمها لزياده الحاجه إليه و توقف الحل عليه كثيراً، قال الأستاذ الشيخ الانصارى و غيره: ان الذى أستقر عليه اصطلاح الفقهاء اختصاص المعوض فى البيع بالعين و ان كانت فى ضمن كلى له أفراد فلا يعم ابدال المنافع بغيرها من عين او منفعه، و ما جاء من اطلاق لفظ البيع على نقل غير الاعيان فى الأثر و كلمات القوم كنقل بعض الأعيان بلفظ الإجاره فهو من باب المسامحه فى التعبير، و مرامهم بذلك التنبيه على مجرد النقل مثل بيع سكنى الدار و خدمه العبد المدير و بيع الثمره بلفظ البيع و الإجاره، لكن الملتخص للعينه المبيع و هو العوض لا- العوضان فلا مانع من كون العوض منفعه كما لا مانع من كونه عيناً فى الاجاره.

نعم، يشترط فى العوضين تقدّم المالىه على المعاوضه فمثل بيع خدمه العبد المدير مشكل إلا إذا فرض مالىته قبل البيع كى يكون عوضاً لا- معوضاً كما توهمه بعض طلبه العجم من عبارته الاستاذ، فأورد أن ذلك خلاف قوله من كون المعوض عيناً، و مثل ذلك الحقوق ان جعلت عوضاً أو ثمناً لمبيع معين إلا ذلك بشرطين:

الشرط الأول: ان يقبل المعاوضه بالمال.

الشرط الثانى: أن يقبل الانتقال و لا يقوم بشخص بخصوصه، لأن المبيع تملك بنقل.

فما لم يقبل منهما ذلك لا يكون عوضاً و لا معوضاً، أما عدم جعله معوضاً فلعدم كونه عيناً و أما عوضاً فلعدم المالىه أو عدم الانتقال فلا- يجوز بيع عين مشخصه أو كليه بحق الرجعه بأن ينتقل ذلك الحق إلى البائع و مثله حق الشفعه و الخيار الذى لم يورث من افراده لأنّ الحق سلطنه فعليه لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بعد فرض عدم قبولها للانتقال فلا يملك الحق من له الحق على نفسه كى يجعله لغيره لعدم مقدوريته على تسليم الثمن الذى لا يقوم إلا به و لا يتسلط الانسان على ذاته و ليس ذلك كالدين الذى بذمته إذا بيع على من هو عليه بضمن حال لإمكان تملكه لما فى ذمته فيكون السقوط أثره و لا- يحتاج إلى من يملك فإن كل انسان يملك ما عنده و لا تتوقف نسبه الملك إليه إلى من يملك عليه و لا يتحد حينئذ المالك و المملوك عليه لوقوع النسبه بين المالك و المملوك لا- بينهما مع المملوك عليه بخلاف الحق القائم به و لذا لو أمكن نزعه عنه و جعله لغير مثل حق الحجير و الخيار على القول به مطلقاً أو فى البعض أو حق اسقاطه أو إسقاط مطلق الدعوى، فلا اشكال فى جواز الصلح عليه و مقابله بالمال.

و أما جعله ثمناً فأشكله الأستاذ بحصر الثمن بالمال لا المقبول و ذلك بالبيع و الإجاره، و مثلاً و هو متين لو لم يعم المال المنفعه و الفرق بينها و بين الحق لحق القابل للانتقال الذى يقابل الصلح بالمال ربما يمنع فالمال و أن أخذ فى عوضى المعامله إلا أنّ شموله للمنفعه و عدم شموله للحق القابل للانتقال فيه تأمل.

و فى شرح شيخ الطائفه الثانى جدنا كاشف الغطاء اختيار عدم كون الثمن حقاً، وضعه شيخنا " رحمه الله " بإطلاق الأدله و الفتاوى من كون الثمن مطلق المقابل الشامل للعين و المنفعه، و الشخصى و الكلى فالبيع بالنسبه إلى الثمن كالصلح الذى لا



أشكال فى وقوعه على الحقوق ثم قَرَب صلحهُ كونها ثمنًا و فرق بين ما يقبل الانتقال منها ما لا يقبل ذلك باقتضاء البيع نقلها فى الأول و سقوطها فى الثانى.

و منع من أن البيع من النواقل لا من المسقطات كالصلح بتخلفه في بيع الدين فإنه لا ريب كما مرّ باقتضائه الاسقاط و لو باعتبار  
لا- يملك على نفسه ما لا- يملكه على غيره الذى بعينه يقرر فى نحو حق الخيار و الشفعة، و هو مردود بما سبق من الفرق بين  
الدين و الخيار بعد عدم ذكرهم أن البيع من المسقطات له و لا يمكن ان يكون بالبيع صاحب الخيار فالأوجه ما ذكره الجهد"  
رحمه الله" من المنع فيما لا يمكن نقله

### و يتم البحث عن البيع فى مقامات:

### البحث الأول: عن البيع

#### اشاره

أولها: العقد الشامل لأقسامه من نقد و نسيئه و صرف و ثمار و حيوان و مساومه و مرابحه و توليه و وضيعة قد اختلفت عبائرهم  
فى مفهومه فالمصنف و جماعه أنه هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم و ظاهره أن البيع هو العقد  
الكافى و الوسيله و المختلف و نوقش بأن العقد لفظ فى مقوله الكيف و المبيع من مقوله المعنى فلا- يصح حمله عليه و لا  
يمكن ان يراد به اللفظ المجرد أو المقصود به المعنى لعدم معقوليه أن شاء اللفظ به لتباين المقولات العشر و عدم صلاحيه  
حملها على الآخر و لأجل ذلك قال بعضهم بأن تعريف عقد البيع بما دلّ على النقل قد يفيد أن البيع هو النقل بجعل الإضافه  
بيانيه و إلّا اشاره إلى العقد الذى هو البيع، و المراد بالضمير نفس البيع، و فيه مع كونه خلاف الظاهر و ان النقل ليس مرادفًا للبيع  
لعدم وقوع إيجابه بلفظه كما فى كلامه " رحمه الله"، و خروج المعاطاه عنه.

ان النقل بصيغه كيف، يتصور انشاؤه بلفظ لعدم معقوليه انشاء لفظ بلفظ و كيف يكون مدلول (بعت) نقلت بالصيغه، و تخلّص  
بعضهم عن ذلك بأن البيع هو نفس النقل لا هو و الصيغه، إلّا أنّ انشاء النقل لما كان له اقرار ذكر اللفظ للإشاره، لا أنّ المراد  
هو هذا الفرد من النقل لا مطلقاً فليس اللفظ داخلياً فى مفهومه فلا يكون مدلول (بعت) نقلت باللفظ.

و رده الأستاذ " رحمه الله" بأن اللفظ إذ اريد به خصوص (بعت) لزم المحال لأنّ المقصود معرفه مادتها فلا تفسر بنفسها و ان  
اريد ما يشمل غيرها من الألفاظ لزم عدم انعقاد البيع بها و الاقتصار على غيرها من ملكت او نقلت أو اشترت او غيرها.

نعم، يمكن ان يريد المصنّف و غيره ممن حدد البيع بالعقد أن البيع هو الأثر الحاصل منه الذى علته و سببه العقد لا أنه النقل  
الحاصل من فعل الموجب و ان تبادر منه بالمعنى المصدرى النقل الجارى فى تصاريفه ك (بعت، و بائع و بيع)، إلّا أنّ الأظهر  
هنا أنّ النقل بمعنى اسم المصدر هو نفس الأثر الذى تترتب عليه الأحكام شرعاً الحاصل من مجموع الايجاب و القبول و هو  
معنى قولهم لزم البيع و وجب و لا- بيع بينهما، و حينئذ ليس البيع نفس العقد و لا- الإضافه بيانيه و لا هو النقل الحاصل من فعل  
الموجب لحصوله على كل حال من دون توقف على شىء آخر إذا تعقّب القبول لا- دخل له فى معنى الايجاب، بل هو معنى  
قائم بنفس الموجب وقع فى الخارج أو لم يقع كالايجاب و الوجوب فإن الأول يحصل بمجرد الأمر عند الموجب و أن لم يجب

فى الخارج و لىس هو كالكسر الذى يلزمه الانكسار و لو لا أن المراد به الأثر الذى سببه العقد، لما صحَّ أن يقال انعقد البيع أو لم ينعقد يعنى حصل أثره فى الخارج لأصدرت صيغته و مع ذلك لا يطرد، حدَّ المصنف " رحمه الله " لدخول عقد الإجاره و الهبه المشروطه بعوض معيّن و الصلح المشتمل على ذلك و القرض، و لا- ينعكس لخروج بيع الدين على من هو عليه لأنَّ الشخص لا- يملك على نفسه مالاً، و اعتذر عنه بكون المراد بالملك العين فى التعريف و اللام اشاره إليه، فلا يشمل ملك المنفعه و بالعوضيه التى لا بد منها فى البيع لوقوعها

فى حدّه تخرج الهبه المعوّضه و الصلح لأنّ العوض غير ملتزم فيه فيهما و أن تعلق بالعين إذ ذلك ليس على وجه المعاوضه بل لجهه التسالم فى الصلح و لذا لا- يتعدى بنفسه كالباع فهو متضمّن للتملك لا- أنه نفسه فهو انما يفيد فأيدى العاربه لو تعلق بالانتفاع و يفيد الاسقاط لو تعلق بالحقوق أو الانتقال و قد يفيد مجرد التقرير فى مثل قول الشريك لشريكه: صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك، فليس الصلح إلاّ التسالم الشامل لهذه المعانى و إلاّ كان مشتركاً لفظياً بينها و لا يدعيه أحد يفيد التسالم فى كل مقام على ما يقتضيه متعلقه، فلو وقع على عين بعوض سالماً عليه أفاد كالباع التملك من جهه التسالم لا لأنه داخل فى مفهومه إذ لو كان كذلك لكان طلبه من الخصم إقراراً بالتملك و ليس كذلك و فرق بين قوله صالحتك عن كذا بكذا و بين ملكنى كذا بعدم الاعتراف بالملكه فى الأول دون الأخير، و مثله الهبه فإن تملك الموهوب للغير الموهبه لا يوجب تملك العوض و إن اشترط بل غايته أن للواهب الرجوع عند تخلف الشرط نحو الفسخ بالخيار و هذا دليل على عدم المعاوضه الحقيقيه كالباع فلا- فرق بين التعويض المشترط فيها و بين غيره فى كونه تملكاً مستقلاً يقصد به العوضيه، و كذا القرض إذ ليس المقصود به المعاوضه و ان ترتب عليه دفع العوض فليس هو إلاّ كالتلف الذى يجب دفع مثله أو قيمته مع انه ليس من البيع قطعاً و ان كان المدفوع عوض المتلوف و لذلك لا- يجرى فيه ربعا المعاوضه و لا الغرر المنفى فيها و لا ذكر العوض و لا- العلم به بناء عليه ان الصلح و الهبه لا يقعان بلفظ التملك لأن المقصود به المقابله الحقيقيه الخارجه عن مفهومها، فلا معنى لمقاله بعضهم ان الأصل تقديم البيع على الصلح و الهبه فى تملك الأعيان بالعوض إذ ذلك حيث يمكن اراده الصلح فى عقد التملك فينزع إلى الأصل، و أما إذا لم يفد عقده إلاّ البيع فليس للأصل معنى إلاّ ان يراد به فى مقام النزاع بأن يدعى بأن مرادك من التملك بالعوض الصلح او الهبه لا البيع فحينئذ لو لم تقم قرينه كان الأصل حمل اللفظ على المعنى الحقيقي و هو البيع فيتم الاستدلال به، كذا افاد الاستاذ " رحمه الله " و هو من التحقيق الأنيق، غير انه على هذا يخرج المبيع بالخيار عن حدّ البيع لأنه كالهبه المعوّض فى امكان الرجوع فإن كان فاسخاً للملكيه فهو ايضاً ناقض لها فى الهبه.

و دعوى ان الهبه المشروطه لا تقتضى تملك العوض لإمكان الرجوع عند تخلف الشرط بعينه يجرى فى خيار الشرط و إلاّ لكان نماء العوض للموهوب قبل ادائه و هو غير مسلم و متى كان للواهب فهو دليل التملك قبل ان يدفعه و يقصد بالدفع الملكيه فالقول بأن الهبه المشروطه لا توجب ملك العوض، لعله لا برهان عليه بعد عدم الفرق و سريان العله فى بعض المبيع و لم ينص احد بكون العوض المشترط كغيره تملكاً مستقلاً و لا ورد به خبر ليكون دليلاً اجتهادياً.

و كذا القرض فإنه كالباع نسبه فى كون العوض مضموناً بالذمه و ثابتاً بعقد القرض و ان افترقا بلزوم التأجيل فى الأول و إلاّ بطل بخلاف الثانى، لكن لا مانع من كون العوض مملوكاً و ان كان كلياً فى الذمه يتعين بدفعه.

و أما عدم جريان ما ذكر فى القرض فمع تسليمه مطلقاً او فى بعض الآثار يكون حاله حال المبيع بالمثل او بالقيمه الذى لا يورث جهاله العقد و لا غرراً فى المعاوضه فإنه لا اشكال فى جواز يقبل هذا بمثله او مثليه فى غير الربوى إذا لم يكن سفهاً حالاً كان لغرض او مؤجلاً و هو عين عند القرض.

نعم، هو لا يحتاج إلى ذكر العوض و ليس ذلك مأخوذاً فى تعريف البيع ليخرج به اللهم إلاّ ان يخرج بالمعوميه و على كل حال فهو أحسن التعاريف الكاشفه فى الجملة عن المعرف إذ

لا يراد بمثلها الحد المنطقي، و حدّه بعض مشايخنا بتمليك عين بعوض، و الاستاذ " رحمه الله " بإنشاء تمليك عين بمال و هي متقاربه في المآل.

وقيل انتقال عين من شخص لآخر بعوض مع التراضي. و قيل هو نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول أو الإيجاب المتعقب بالقبول و فيهما مسامحه إذ الأول مع كونه ليس من معاني البيع و لم يذكره احد محتمل لأن يكون المحدود المبيع و المصدر من المبنى للمفعول فلو قيل اعجبني بيع زيد كذا لعمر يكون البائع زيداً إذا كان فعله غير مجهول و إلا كان هو المبيع.

و أما الثاني فبان تعقب القبول لا دخل له في معنى البيع أبداً و إن كان تحققه من شروط الانتقال في الخارج لا في نظر الناقل، كذا افاد الاستاذ " رحمه الله " و لم يصل فهمي القاصر إلى ما اراد إذ ليس البيع إلا الانتقال في الخارج و نظر الناقل لا دخل له و لا يتحقق إلا بالانتقال الخارجي و إلا لصدق بمجرد الإيجاب و لا يتصور ذلك.

نعم، الإيجاب المثمر ذلك فلو أخبر بالبيع انصرف إلى اراده الإيجاب المقيد المستفاد من الخارج و هو تعقب القبول لا انه جزء من معنى البيع، و لو كان الانتقال من آثار الإيجاب فقط لما انفك عنه إذ الأثر لا ينفك عن التأثير و الحال يحصل الإيجاب قطعاً بدون، هذا و ظاهر الأكثر المحدود و هو البيع الشامل للفساد منه لا خصوص الصحيح ذو الأثر في نظر الشارع و انه حقيقه فيهما و يظهر من الشهيدين في القواعد و المسالك انه مجاز في الفساد كسائر العقود و فرع الثاني عليه قبول الاقرار به و الزامه به فلو ادعى اراده الفساد لم يقبل منه و لو كان مشتركاً قبل منه لو فسره بالفساد و أشكله غير واحد منّا بأن وضعها للصحيح و هو خصوص ما امضاه الشارع و حكم يترتب الأثر المقصود فيها عليها ينافي ما صرحت به الأساطين حتى الشهيدين من التمسك بعموم ما دلّ على مشروعيه المعامله عند الشك فيهما او في اعتبار امر لا دليل على اعتباره فيها حتى أنّ الفاضل حكى الاجماع على التمسك بعموم (أحلّ الله البئع) و غيره.

و وجهه الأستاذ " رحمه الله " تبعاً لهدايه المسترشدين بعد كون تبادل الصحيح لا يورث الحقيقه لأن منشأ الانصراف بواسطه الارتكاز في الأذهان من حمل الفعل الصادر من الفاعل على الصحيحه حتى قيل بالحث لو نذر أو اقسام ان يبيع خمراً أو لا يبيعه يحنث بالبيع و عدمه.

أنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول بعث عند الانشاء لا يستعمل حقيقه إلا فيما كان صحيحاً و مؤثراً، و لو نظر القابل و لا- فرق في ذلك بين الشرع و العرف في أصل المفهوم بل غايته الفرق في المصداق فتختلف المصاديق فمثل بيع الهازل ليس ببيع عندهما بل هو صورته بيع و مثل بيع الخمر و المنابذه و المحاقله بعد في العرف بيعاً دون الشرع فالعرف و الشرع متفقان أنّ الحاصل من بعث حقيقته في الصحيح المفيد للأثر و مجاز في غيره غايته ان العرف ربما يحكمون بصدق ذلك المعنى و المفهوم و ليس ذلك مصداقاً له في الواقع فيكشف الشرع عنه فإذا ورد ما تحكم العرف بصحته و ترتب الأثر عليه طابقه الشرع لوجوب حمل الخطابات الشرعيه على ما تفهمه العرف فيستدل بعموم الحل و الوفاء بالعقد على كونه مؤثراً أيضاً في نظر الشارع فالمعنى العرفي هو الصحيح لا- انها اسام للصحيح الشرعي الذي لانزومه الإجمال و هو موقوف على البيان من الشارع فلا يشخص بالعمومات بل يتوقف على ما يعلم بصحته.

كذا افاد الأستاذ " رحمه الله " إلا أنّ هذا التخريج بمعزل عن كلام الشهيد " رحمه الله " عليه لأنه يريد بالفساد هو الشرعى و إن لم يكن كذلك عرفاً و عموم الحل لا يثبت الصحة الشرعيه بعد كون الفساد شرعاً لم يسلب الاسم عنه عرفاً على أنّ الرجوع إلى العرف.

أما لتشخيص المفهوم من اللفظ إذا عراه نحو من الإجمال، و أما لتشخيص المصداق بعد معرفه المفهوم بكنهه لعروض مانع كما لو اشتبه الرجل بالمرأه لعروض ظلمه و نحوها، فإن كان الأول فلا بد من الرجوع إلى العرف لتشخيص المفهوم و بعد تشخيصه لا يرجع لهم فى مصاديقه بل تمييز المصاديق بعد معرفه المفهوم لا تتوقف على شىء .

و لو قيل بأن الشارع يكشف عن خطأ العرف، قلنا: نعم، لكن حيث يتبدل حكمهم بعد الكشف لا مطلق، و حينئذ فالفاقد من البيع لبعض الشرائط الشرعيه هو بيع فى نظر العرف و ان فسد شرعاً فيكون ذلك خروجاً حكماً عن حقيقته فلا جرم من اختلاف نظر الشارع و العرف فى تشخيص المصداق، فلا ينفع الاطلاق فى احراز المساواه و لا دليل ينهض بذلك فلا بد من تحصيل ميزان شرعى يعرف به ارادته مما لا يدخل للعرف فيه بعد اختلافه معه فى المصاديق.

و خلاصه المقال انه بعد الاعضاء عن بعض المحاذير لا يتم الاستدلال بالعموم إلا بعد احراز الملازمه بين الشرع و العرف فى المصداق بحيث لو جهله العرف و كشف الشرع عنه رجح حكم العرف إليه و لم يبق على حالته قبل كشف الشرع و أما إذا بقى كذلك لا بد بيان الشارع قبل الحكم لما امتاز به عن العرف فلا يجدى عموم الوفاء بالعقد و لا حلّ البيع إذ لا يجعل ذلك الفرد المشتبه مصداقاً عرفياً فلازم ذلك الحكم بعدم وضعه للصحيح كى ينفع التمسك بالعام فى مقام الاشتباه، بقى الكلام فى دفع أشكال و هو انه على القول بالأعم لا وجه للتمسك بالإطلاق و عمومات البيع لانصراف العقد إلى الصحيح فالمأمور بالوفاء به هو الصحيح و حينئذ يتوقف عليه فلا بد ان يحرز قبل الأمر بالوفاء بالعقد فإذا كان استكشاف الصحه به توقفت عليه و هو خلاف و دفعه بأن الفاسد و ان خرج عن العموم واقعاً، و ان المشكوك به محتمل للفساد و الصحه و أنه لا وجه للتمسك بالعام عند الشك فى دخول الفرد فى عنوان المخصص أو العام لتعارض اصالتى العدم، لكننا نقول ان الفاسد غير خارج عن العموم و لا هو عنواناً للأفراد الخارجيه كى يلزم التعارض و إنما هو وصف اعتبارى منتزع من الأفراد بعد ظهور خروجها، فكونها فاسده متوقف على استثنائها من العموم و إلا فالعموم شامل لها حتى يعلم بالدليل خروجها، و لأجل ذلك حكموا بالعموم إذا امتنع ان يكون الوصف عنواناً للعام أو المخصص، كما فى وصفى الصحه و الفساد و ترمى بعضهم بأن الوصف و ان امكن جعله عنواناً للمخصص إلا انه ان لم يستثنى فى الخطاب أيضاً يلزم العمل بالعام و مثل له بأضف اهل الحاره مع العلم انه لا يريد اكرام عدوه فإنه بالعموم يستكشف أن ليس فى الحاره عدوله إذا شك فى بعض افراده إن لم يقيده.

و أما تقييد المطلوب بالفرد الصحيح فيحصل الشك فى المكلف به و لا ينفع الاطلاق، فوهنه أنه ناشئ من عدم الفرق بين أن تكون الصفه داخله فى موضوع الحكم و بين ان تكون لازماً مساوياً للموضوع فعلى الأول يجب إحرازه و على الثانى يفرغ إلى مؤدى اللفظ و يؤخذ لموضوعه فيقارن وجوده وجود لازمه يحصل بالإطلاق تمام مطلوبه، و إلا كان عليه بيانه على وجه التقييد فإن الصحه المنتزعه من الماهيه بعد حصول الطلب بها محال ان تكون مأموراً بها أو عنواناً للأمر لأنها من الأمور الاعتباريه المنتزعه من الفعل بواسطه المطابقه فى الخارج لعنوان المأمور به و حيث أخذ

اللفظ المصنف و غيره فى موضوع البيع و حينئذ لا- يكفى التقابض من غير لفظ مطلقاً و أنه لم ينف عنه الشارع بخصوصه فى صحه البيع.

### مسئله المعاطاه

و ان حصل من الامارات ما يدل على اراده البيع بالأفعال و ظاهر كلمه الوصل التنبيه على عدم العبره بقصد البيع من الفعل لا الإشاره إلى تعميم المعاطاه لما لم يقصد البيع بالتقايض فينسب له القول كما تخيل بأن المعاطاه المتنازع ما هى الأعم مما قصد فيه البيع أو الإباحه بهذه العباره و كأن الأشهر ان لم يكن اجماعاً على ان اللزوم متوقف على ذلك سواء كان الحقيق أو الخبير و نسب للمفيد تبعاً لغيرنا بالاكْتفاء بالأفعال مطلقاً أو مقيداً و هو كما ترى مخالف لعامه اصحابنا مع ان النسبه لم تتحقق.

و ما أحسن ما قال كاشف الغطاء جدنا " رحمه الله " بشرحه: أنا نعلم يقيناً ان للصيغ الخاصه أثراً خاصاً و لو كان اللزوم غير موقوف عليها لم يكن لها أثر انتهى.

نعم، ظاهر اطلاق تعريفه عدم اعتبار اللفظ الخاص لفقد الدليل عليه فيكفى فيه مطلقه و إلى ذلك مال جماعه من المحققين، و قال بعضهم أنه لو لا ذلك لما حصل الملك بالإجازة بناء على النقل. نعم، ينبغى الاكْتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به فى المعنى المقصود يميز ذلك العقد بإيقاعه باللفظ الدال عليه بخصوصه لاختلاف احكام العقود فألزم عليه أن يأتى بلفظه الصريح فيه أو بما لا يحتمل غيره من الألفاظ، و عليه فلا يقع بالكنايه و بالمجاز و بالمشترك إلا ان تكون بمنزله الصريح لأن المخاطب لا يدري بمَ خوطب و هل المدار على فهم المخاطب أو تبادل العقد المقصود له و لغيره من ذلك اللفظ بحيث ان السامع مطلقاً لا- يحتمل سواء الأوفى الثانى فلا يتحقق فى العقد المراد من سبق مقال أو اقتران حال يدل عليه ما لم يتبادر و يفهم منه العقد المقصود إنما الاشكال فى الافعال المجرده من اللفظ فى حاله الاختيار و فى قيامها مقام الألفاظ فى الايقاعات و العقود المجانيه و المعاوضات اختلاف بين السلف الصالح، و الظاهر من فحواى جباير العلماء عدم كونه سبباً فى الأول من طلاق أو ظهار او لعان أو ايلاء أو عتق او اقرار أو نذر أو عهد أو يمين ...، و كذا الايقاعات التى تشبه العقود من الوقف على الجهات و الوصيه و الأذن الموجه لإباحه التصرف بلا ضمان و الإجازة و بذل الزاد الموجب لوجب الحج و الأخذ بالشفعه و التدبير بناء على أنه وصيه، و ذهب جماعه من الفقهاء إلى كنايه الفعل فى السبعه الأخيره غير التدبير منها فوضع القنديل فى المشهد و الحصر فى المسجد كافٍ فى وقفته و دفع المالك العين المبيعه فضولاً يكفى فى الإجازة و كذا الثمن و مثله قبض الشفيع للمشفوع و إعطاء العوض و أخذ المعوض و هكذا اسقاط الحقوق و سندهم فى ذلك حصول الاتفاق عليه المخصص لعموم ما قضى بتوقف الحل و الحرمة على الكلام.

و أما الثانى و هو العقود المجانيه كالوقف الخاص و الصدقه و العطييه و السكنى و التحبيس و الهبه الغير المعوضه و الوديعه و العاريه و الشركه و الاختياريه و الوكاله العاريه عن الجعل و الوصيه للجهات الخاصه و الوصايه و الكفاله و الضمان فالأصل فيها عدم ترتب الأثر بغير اللفظ الدال على تمييز ماهيتها إلّا فى الصدقه و العطييه، فالظاهر كفايه النيه و الفعل فيهما فضلاً عن الصيغه الخاصه.



و أما الهبه و الوديعه و العاريه فيكفي الفعل فيها إلاً إذا لم يتميز به أحدهما عن الآخر مع ترتب حكم عليه فيلزم فيه اللفظ المميز  
لا اللفظ الخاص لأنه أحد ما يتميز به الفعل، و أما

الوقف و السكنى و الوصيه و الوصايه و الوكاله و الكفاله و الضمان فالظاهر فيها الاحتياج إلى مطلق اللفظ لا خصوص صيغها المعهوده.

و يظهر من سلفى الصالح مراعاة العرف فى جميع ما ذكرنا فيترتب الأثر على ما يفهم منه العرف العقد الخاص مطلقاً و لا فرق بين الجميع و من فرق فنظره إلى عدم لحوق الاسم فى الأفعال أو فى بعض الأقوال عرفاً، و إلا فمتى ما لحق الاسم فليس لمطلق الكلام فضلاً عن الصيغه الخاصه خصوصيه و أنكر ذلك بعض من والاهم غايه الانكار تمسكاً بأصالة عدم ترتب الأثر و ان السيره لا تثبت حكماً شرعياً من الاباحه أو التملك أو اسقاط الحق الثابت بوقوع لفظ أو فعل مردد و الأمر فيها سهل، انما المعركه العظمى فى عقود المعاوضه بالنسبه إلى كفايه الفعل و الرضا فيها فى غير النكاح لمنافاته لحكمه تشريعه و للاحتياط فى الفروض حتى فى التحليل دون الرجوع فى العده أو البذل أو كان عيناً فأخذ البازل و هو مما لا اشكال فيه. و أما الباقي فمنهم من قصر تجويزه على البيع و منهم من الحق به غيره تجويزاً و منعاً و منهم من منعه فى البيع و أجازته فى غيره فالمهم تقديم المقال فى البيع و نعقبه فى التكلم بباقي العقود المعاوضيه و الأقوال فيه على ما استفدناه من اساتيدنا سته:

الأول: اللزوم مطلقاً و عزى للمقيد " رحمه الله " و غيره ممن حمل البيع على المعاطاه و لذلك قال الفاضل الأشهر عدمه.

الثانى: الملك المترزل و هو مشهور بين من تأخر غايه الشهره بل حمل المحقق الثانى ما ظاهره الإباحه من كلمات الأصحاب على ذلك.

الثالث: الإباحه لجميع التصرفات فى العين و المنفعه و هو الظاهر من كثير من اصحابنا.

الرابع: اختصاصه الإباحه مما لا يتوقف على الملك و استظهر ذلك من الشيخ و الشهيد " رحمه الله ".

الخامس: عدم اباحه التصرف مطلقاً حكى عن النهايه.

السادس: اللزوم فى غير الأفعال من الألفاظ الداله عليه لا الصيغ المخصوصه و هو المناسب لتعريف المصنف و لا يعد هذا من الأقوال فى المعاطاه إذ محل النزاع هو الفعل المجرد، إلا أن الاستاذ عدّه منها و مرجع النزاع التى تترتب عليه بعض الثمره إلى أن المعاطاه بيع أو اباحه أو عقد مستقل أستظهر الأول أكثر مشايخنا و أدرجوها فى حد البيع لأنها مبادله مال بمال و انشاء تملك عين بعوض فتكون حينئذ بعض اقسام البيع الذى يختص ببعض الأحكام كالسلف و الحيوان و الثمار و الصرف، و تشارك اقسامه فى غير ما يخصها كغيرها من اقسامه فتفيد التملك لكل واحد من العوضين ثمناً و ثمناً و تلزم بالقبض كباقي المبيعات و يجرى فيها الخيارات مطلقاً و تسقط بمسقطها سواء ثبت بالأصل أو بالعارض و حينئذ المتجه قول المفيد " رحمه الله " و لا ينافيه الرجوع مع بقاء العين فإنه حكم يختص بهذا النوع من المبيع و هو ثابت الأصل كالقبض فى الصرف و نحوه من الأحكام المختصه و اللزوم موقوف على سقوطه بالتصرف المانع من الردّ أو التلف و يثبت بالعيب الرد و الأرش أو احدهما مع بقاء العين أو تلفها بغير تفريط من احدهما كما ستعرفه من أحكام البيع فإن أراد المحقق " رحمه الله " بالملك المترزل ذلك فهو جارٍ على القواعد بعد احراز كونها بيعاً و عدم اعتبار اللفظ فى البيع مطلقاً أو خاصاً و ان اراد غير ذلك فهو ممنوع عليه إلا أن ذلك

يتوقف على اصول منها بقاء البيع على معناه اللغوى شرعاً و عدم اعتبار الصيغه الخاصه او مطلق اللفظ فيه شرطاً او شرطاً و هو محل الكلام قد يظهر من جماعه تصريحاً أو تلويحاً الأول فإن اكثر

من تأخر نفى الحقيقه الشرعيه فيه و حكم شموله عرفاً للمعامله القائمه بالبائع و المشتري معاً و هو المعنى الحاصل بالعقد الجامع لمعنى البيع و الشراء، بل هو المناسب لآيات البيع و أقسامه و أحكامه و لوصفه بالصحه و الفساد و اللزوم و الجواز و هو الموافق لبعض تعاريفه و لا- يخل القول به من وجه، و لذلك قال جدنا " رحمه الله ": ان البيع لغه و عرفاً عاماً او خاصاً عند الشارع او المتشرعه كسائر ألفاظ المعاملات انتهى.

مضافاً إلى محكى الإجماع ان المعاطاه بين و الحاصل إن اطلاق البيع حلها متعارف لا يكاد ينكر و عسى ان يستظهر ذلك من بعض النصوص ففى بيع المشتري قبل اداء الثمن قال "ع": (

لا بأس بذلك الشراء أليس قد ضمن لك الثمن؟ قلت: نعم، قال: فالربح له فإنه قاضٍ بجواز البيع بمجرد و ضمان الثمن حتى مع عدم إجراء الصيغه و جوازه من المشتري و لا بيع إلا فى ملك

)، و فى صحيحه جميل فيمن اشترى طعاماً و ارتفع أو نقص و قد اكتال بعضه فأبى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقى و قال: ان مالك ما قبضت، فقال "ع": (

ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له قله ما بقى

)، و فى صحيحه العلى انى أمر بالرجل فيعرض على الطعام حتى قال: فأقول له: اعزل منه خمسين كراً أو أقل أو أزيد فيزيد و ينقص و أكثر ذلك ما يزيد لمن هو، فقال "ع": (

هو لك و ظهورها فى عدم جريان الصيغه لا ينكر

( لا اقل انه "ع" لم يستفصل و للخبر إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و لعدم الاستفصال و مفهوم الغايه و عموم الصحيحين فى اخبار خيار الشرط و العيب و البيعان بالخيار و إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا أو وجب البيع و غيرها مما عبر بلفظ البيع و الشراء فيه مع عدم انصرافه إلى فرد بعينه و شمول مطلقه للمعاطاه لكن مع ذلك ذهب غير واحد إلى اعتبار الصيغه الخاصه و اللفظ مطلق الصريح للإجماع المنقول و لأصالة عدم النقل إلّا بما تيقن النقل فيه و ليس إلّا الصيغه و للمعتبره، ففى الصحيح (

الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا فقال: أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام

( و خبر الاطنان و فيه قال البائع يعقك من هذا القصب عشره آلاف طن و قال المشتري: قد قبلت و اشتريت، و هو ان كان مخالفاً للقاعده فى الحكم به للمشتري بعد ان احترق كله بأفه سماويه لكن يقضى بلزوم البيع بالصيغه، و خدش الجميع غير واحد بعدم نهوضها لإثبات ذلك لمعارضه الإجماع بمثله كما فى (جمص) و لحكومته الدليل على الأصل كما عرفت و لعدم صراحه المعتبره بالمراد فإنها لا تقضى بحصر الناقل بل مفادها لزوم النقل إذا كان بالصيغه و لم يثبت من الصحيح اعطاء قاعده كليته ان الحل و الحرمة تدور مدار الكلام مع انه بمناسبه صدره ان ذلك لا بأس به لجهه اذنه بالشراء فإن المحرم لمثله عدم

الأذن فقوله اشتر اذن فى الشراء له، و أما الصراحة فهى اعم من الصيغه خصوصاً لمن لا يتدبرها من اهل البوادرى فتمنع الصراحة ان ارىد بالصريح يجب الوضع الحقيقى و ان ارىد ما يفيد المطلوب فهو المطلوب

و منها ان التزلزل بعد ثبوت كونها بيعاً و عدم ذهاب أحد اليه على ما قيل قبل المحقق سوى الحلّى فى ظاهر كلامه يقتضى اثباته بما يوافق الضوابط الشرعيه و إلّا يدور الأمر بين قول المفيد أو الإباحه المجرده فيتبع الدليل على احدهما فيؤخذ به.

و الذى يظهر من الأستاذ " رحمه الله " الميل بالجزم بأمرين احدهما كونها بيعاً و الآخر لزومه ابتداءً لأنه الأوفق بالقواعد و استدل لمن على الأول منهما بعد السيره بعموم أحل الله البيع الظاهر فى حليه مطلق آثاره و صحته حيث يصدق عرفاً اسمه و إن لم يكن صحيحاً فى الواقع، لكن على تأمل لأحتمال اراده الصحيح عنده لا مطلقاً.

لكن قوله " رحمه الله " و دعوى ان البيع الفاسد ضدهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها مما ينفي التأمل المزبور لتصريحه فيما سبق بالاستدلال بالعمومات على ما شك في صحته و فساده فتدل الآيه على الحكمين الوضعى و التكليفى إلاً على التأويل المتقدم.

و استدل أيضاً بآيه [إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ] لدخول المعاطاه فى المستثنى عرفاً و شرعاً و حليه المستثنى منه مطلقاً و نفى " رحمه الله " الاستدلال بعموم التسلط على سببيه المعاطاه للتمليك لو شك فى هذا السبب مما امضاه الشارع أم خصّه بغيره و إن كان للمالك السلطنه على التمليك مطلقاً إلاً أن الشارع امضى بعضها فله التسلط فى الأنواع لا فى الأفراد، لكنه " رحمه الله " قال فيما سيأتى ان مقتضى السلطنه ان لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره .. الخ. مع ان الخروج عن الملكيه موقوف على دلالة الخبر عليها شرعاً بالمعاطاه و المفروض تردده فيه فى الأفراد التى من جملتها ان الملكيه الحاصله من التسلط هل هى مطلقه ام مخصوص بعدم رجوع المالك الأول و الحاصل ان الخبر أن قضى بصحة التمليك فى هذه الصوره قضى باللزوم أيضاً و إلا فلا وجه لتردده فى احدهما دون الآخر إذ الثانى فرعه.

و احتج " رحمه الله " على الثانى و هو اللزوم الابتدائى بعد تحكيم أدله البيع و الهبه و الاعتضاد بالسيره فى كونها بيعاً بأصالة اللزوم التى يلزمها نفى الملك المترزل إذ زوالها بالرجوع بعد تحققها لا داعى له و لا ينفع فيه قول بعضهم ان الثابت الملكيه المطلقة لا مطلق الملكيه التى ينافيها التزلزل فالرجوع نفى احد فردى المشترك و هو المترزل.

و الثانى و هو المستقر مشكوك الحدوث من اول الأمر غير مجوّز فلا يجدى استصحاب بقائه إلى ما بعد الرجوع، و دفعه ان التزلزل فى الملك لا ينزع السبب القاضى به و لا المسبب المملوك كى لا يجرى الاستصحاب فى بقاء احد القسمين مع ارتفاع الآخر، و كى يفزع إلى اصاله عدم حدوثه بل هو من عوارض السبب المملك بوجود خيار او شرط أو عيب ناقض لذلك السبب شرعاً، فلا بد من معلوميه عروضه لتحصيل التزلزل و لا يكفى فيه احتمالاه فإنكار كون السبب ناقلاً أولى من انكار ان الملك الحاصل منه غير مستقر و مرجعه إلى ملازمه النقل للملك بعد التفرق أو الثلاث مطلقاً عند احراز سببه مضافاً إلى ان اللزوم و الجواز لا يمكن اعتبارهما فى الملك لأنه أما بجعل المالك فلا بد من بيانه قبل نقله فيعود إلى الشرطيه فى السبب لا فى المسبب و لا عبره بقصده من دون بيان إذ لا تأثير لقصده المالك فى الرجوع و عدمه، و أما بجعل الشارع فلازمه امضاء العقد على خلاف المقصود من انشاء المالك و هو خلاف ما هو معلوم من تبعيه العقود للقصود ما لم يدل دليل على التخلّف.

و الحاصل ان الملك متى حصل حكم بلزومه فلا فرق بين وقوع الشك فى عقد لازم انه هل عرض له الجواز لتخلّف ما يحتمل اخذه شرطاً فيه او صدور ما يحتمل مانعيته للزومه أو فى عقد يقع على وجه الجواز تاره و اللزوم اخرى مثل الصلح و الهبه الخالين عن العوض و من دون ما لو تردد العقد بين الجائز و اللازم كالبيع و الهبه الغير معوّضه لتراحم الأصلين و لا ثالث يرجع إليه.

لكن قال الأستاذ: و كذا لو شك فى الواقع فى أن الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض و الهبه. نعم، لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة انتهى.

و ظاهره الرجوع إلى اصاله لزوم الملك مطلقاً حتى فيما فرضناه بناء على أن أصاله اللزوم كأصاله الطهاره فى كونه المرجع عند التعارض و هو فى غايه الاشكال حيث ينفى بالأصل كل منهما، بل كذا فى ذى القسمين كالهبه و الصلح للشك فى انقطاع سلطنه الموهب

و المصالح الموجب لإمكان رجوعه فى ملكه الذى لا يعارضه الشك فى خروجه عن ملك الموهب و المصالح بالفتح لأنه متفرع على وجود العوض المنفى بالأصل.

نعم، هو كذلك فى الشك فى العقد المملك الذى عرضه ما يحتمل معه تزلزله لحصول ما يمكن كونه شرطاً أو مانعاً، و ركز أيضاً " رحمه الله " إلى عموم السلطنه و التسلط بأن رجوعه فيه بدون رضاه مناف للسلطنه، و هو حسن لو لا منافاته إلى ما ذكر سابقاً من ان عمومه بالنسبه إلى انواع السلطنه لا الأفراد كما سبق و حينئذ لا يندفع احتمال خروجه عن ملكه بالرجوع لأنه من الأفراد التى لم يحرز امضاء الشارع لها حتى مع الرجوع. نعم، لو عمّ الخبر الأفراد و الأنواع كان للتمسك به وجه و لعل المصنف فى القرض يرى ذلك و لكنه قد يوهن التمسك بعمومه سواء كان لخصوص الأنواع أو ما يعمها و الأفراد لكثرة الخارج منه كما للصغير و السفیه و المجنون و المريض فى غير ثالثه و الاستيلاء للأمه و التدبير و الرده مطلقاً و لخصوص المرأه و الموهوب مع الحامل عن الرجوع فيه و أكل الماره خصوصاً لو قبل بالجواز مع نهى المالك و الأكل فى المخصصه و الأخذ بالشفعه و الخيار و غيرها فهو مسوق لبيان أصل التسلط فى الجملة. نعم، هو لا يخل من اشعار و دلالة لكن على الصحة و اللزوم معاً لا احدهما دون الآخر لعدم امكان التفكيك، و لعله التوهم المندفع فى العبارة.

قال الأستاذ " رحمه الله ": و من يظهر الخ. أراد " رحمه الله " ان خبر الحل و آيه التجاره عن تراض مما يقضى باللزوم أيضاً فإن طيب النفس و التراضى لو لم يكونا سبباً أو جزء سبب فى حل مال الغير لم يكن لذكرهما معنى فى الآيه و الخبر و كونه فى الرجوع يكون من مال الراجع مدفوع بما سبق لعمومهما للملك مطلقاً، فحينئذ لا يحل التصرف فيه و لا تملكه إلا بالرضا و طيب النفس و إلا- لنا فى الحصر فيهما فإن حل المملوك و أكله لغير المالك تصرف بالباطل و ليس الرجوع من النواقل و لا من التجاره عن تراض فالمستثنى و المستثنى منه يدلان عليه و اعتذر عن حل بعض الاحوال و اكلها من دون رضا المالك الصورى مثل الماره و الأخذ بالشفعه و الفسخ بالخيار بأن ذلك بأذن المالك الحقيقى الذى يلغى معه ملكيه الصورى و هو جيد لو لا ان غايه ما افاد " رحمه الله " منع الرجوع إلا برضاء المالك و طيب نفسه بعد تملكه فهو يقضى بدوامه و مقتضى ذلك انه يجوز الرجوع مع احراز رضاء المالك و معه يبطل ملكه فينتقل الملك بالرجوع حينئذ و المفروض ابطال تزلزل هذا الملك مطلقاً و ان رضى المالك بالرجوع لعدم كونه من النواقل مطلقاً، فالدليل اخص من المدعى إذ لو انتقل المال بالرجوع مع الرضا و قلنا به لا قابل بالفصل و خروج او عدمها لفقد ما يقضى بذلك فالخبر و الآيه قاصران عن افاده اللزوم بعد التملك مطلقاً إذ يكفى الخصم الاعتراف بأن الرضا بالرجوع يزول العقد، و استدلاً ايضاً كغيره على اللزوم فى خصوص البيع بروايه البيعان بالخيار فإنه يفيد اللزوم عند الافتراق و المعاطاه بيع عرفاً و شرعاً بضميمه الأصل و فحاوى اكثر الأصحاب و السيره و اطلاق صحه بيع ما ابتاع مطلقاً على ان من نفى كونها بيعاً نفاه شرعاً لا عرفاً، و بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم بتفسير العقد بالعهد كما فى صحيحه سنان و الشرط بمطلق الإلزام حتى فى الأفعال، و لكن الركون إلى الآيه متوقف على الاستغراق للأفرادى لكل عقد لو صح الاستدلال بها على مستحدث عقد لم يتداول و لم يدل على خصوص دليل بما صدق الاسم عليه إذا شك فى صحته و لزومه لفقد ما يحتمل كونه شرطاً أو وجود ما يمكن ان يكون مانعاً و من استدلال الفقهاء بالآيه فى الموارد انماء إلى ذلك إلا ان جماعه من المتأخرين صرفوا العقد إلى المتعارف زمن الشارع المضى عنده و جعلوا التعارف فى متأخر الزمن كاشفاً عن تعارفه فى السابق بأصالة التشبيه و عدم التغيير و مثلوا له بالبيع و الصلح و الإجاره



قالوا أنّ الجمع المحلى و ان افاد العموم بالوضع إلّا ان ذلك فى الحالى عن العهد أو عن مجاز آخر و سيبله هنا سبيل جميع الأمير الصاغة، فالخطاب منصرف إلى ما ثبت تداوله لا مطلقاً و هو الذى يلزم الوفاء به و يلغى احتمال الشرطيه أو المانعيه فيه بالأصل و عموم الآيه دون ما إذا كان الشك فى صحته، و لزومه مسبباً عن الشك فى تعارفه و عدمه فلا يحكم به لخروجه عن العموم و بذلك طفحت كلمات الكثير ممن تأخر و صريحهم ان الحمل على العموم ممنوع مع وجود القرينه الصارفه أو ما يصلح ان يكون قرينه لأنهما يرفعان الظهور المعتبر فى الحمل على الحقيقه و إلّا آيه فى المائده آخر السور المنزله التى قبلها قد علم من الشارع احكام و عهود معلومه فينصرف الخطاب إليها إلّا ان المشهور العموم و لزوم الوفاء بما صدق عليه الاسم أخذاً بعموم الآيه فيستدل بها فى المقام للحكم بأن الجمع المحلى يفيد العموم، سواء قلنا بوضع اللام له أو هى و الجمع بوضع نوعى واحد فيستفاد من الهيئه التركيبه العموم أو هى للإشاره إلى ما يتعين من مدلول مدخولها، فإن كان هناك عهد أو وصف أو غيره مما يعين بعض الأفراد كانت الإشاره إليها و إلا تعين الحمل على العموم الشامل لكل فرد للزوم الترجيح بلا مرجح و كون التداول مرجحاً للحمل على بعض الأفراد يبطل الاستدلال بها مطلقاً لأن وجوب الوفاء بتلك العقود ستغنى عن الركون إلى الآيه لمعلوماته فلا يبقى لنا شك فى نوع و لا فرد من نوع كى يتمسك بها عليه، فلا جرم من الجزم بعمومها و ان كان فى الافراد اخفى و لا يضر بالعموم خروج كثير من العهود التى لا يجب الالتزام بها عن عمومها لعدم معلوميه خروج الأكثر المضر بالاستدلال بعموم العام بعد كون العموم افرادياً و لو فرض فاستهجانته حيث لا يبقى فى العام ما يعتد به و المفروض خلافه فى الانواع و الافراد.

سلمنا خروج الأ-كثر لكن لا-يبعد ارتكابه لأولويته من الحمل على المعهود الذى يسقط معه التمسك بالآيه رأساً فى الأنواع و الأفراد المشكوكه على ان التداول و التعارف لا يصلح قرينه للتخصيص و رفع اليد عن الحقيقه، و إلا لجرى ذلك فى جميع عمومات الكتاب و السنه. نعم، يتم ذلك فى المطلق مع غلبه الاطلاق لا غلبه الوجود لأن عمومه من دليل الحكمه بل لم يزعم احد ان التعارف و التداول من المخصصات أو من القرائن الصارفه للمعنى الحقيقى، و مع معلوميه حكم العقود المتعارفه فلا تفصح الآيه عن حكم جديد و يكون وجودها مؤكداً و لا يلتزمون و القياس على جمع الأمير الصاغة قياس مع الفارق و لظهوره فى عدم اراده الجميع قطعاً من فحوى الخطاب تم الانصراف مع الاعتراف بوضع الجمع المعرف للعموم، لا يلتزم إذ الانصراف من خواص الاطلاق لا-من مخصصات العام و الأخذ بالمتيقن لا يتأتى بالأصول اللفظيه و لا يوجب رفع اليد عن الحقيقه و مع ذلك كله نوقش فى العموم هنا بإمكان كونه مجموعى أو افرادى مع انسلاخ معنى الجمعيه و مثلوا له بفلان يركب الخيل و للرجال عندى درهم و متى كان كذلك فلا-جرم من التريديد بين قسمى الجمع المحلى و احتياج الحكم بأحدهما إلى قرينه ضعيفه كالمشترك اللفظى فيسقط الاستدلال بالآيه و يكون مفادها إنَّ العقود من حيث المجموع يجب الوفاء بها و حينئذ فدخول الفرد المشكوك فيما يجب الوفاء به ليس بأولى من دخوله فيما لا يجب فلا يفيد عمومها فى الفرد المشكوك و دفعه بعد كون الظاهر ان اللام أو الهيئه التركيبه موضوع للاستغراق إلا إذا قامت قرينه حال على اراده المجموع من حيث المجموع ان اللام فى الجمع للإشاره إلى مدلول مدخولها المراد للمتكلم على نحو ما قرر، و لا ريب ان عموم الجمع فى الغالب افرادى لا مجموعى و ان الحكم تعلق بمدلوله لا-نفس مدلوله و لذا صحَّ وصف المفرد المحلى بالجمع فى مثل اهلك الناس الدرهم الأبيض و الدينار الأصفر، فحيث لا شاهد على تعيين احد الجماعات من عهد أو غيره كان فى أخذ الحقيقه باعتبار أحد

الجماعات لا جميع الأفراد مما ينافى سياق الكلام فإنه مع فقد الشاهد المعين لا بد ان يعتبر فيهما جميع الأفراد على حد ما قرر في المفرد المحلى فى عموم [أَحْرَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] إذ المبهم لا وجود له فيمتنع قيام صفة الوجود به و ان كانت اعتباريه، و حمله على جماعه مخصوص ترجيح من دون مرجح و على معين فى الواقع موجب الإجمال المنافى لمقتضى الحال لسوقه فى مقام البيان، و على جماعه لا- بعينها على البدليه مخالف لإطلاق الكلام على ما هو المفروض لأن مرجعه فى الآيه إلى وجوب الوفاء بكل جماعه من العقود بشرط عدم حصول الجماعه الأخرى و ليس فى اللفظ ما يدل عليه فلا بد من التعميم و الحمل على الجميع لتعيته عند المخاطب بخلاف ما دونه من المراتب مع عدم القرينه على اراده المتكلم بعضها لتردده بين الجماعات كما لا يخفى و حينئذ كيف يثبت التزلزل إلّا ان يكون القول بالملك اللازم خرق للإجماع المركب لانحصاره فى قولين الملك الجائر و العدم رأساً.

و منها أنه بعد فرض اشتها القولين يلزم بيان أيهما الأرجح ليؤخذ به إذ قد ذهب إلى عدم الملك و إباحه جميع التصرفات غير واحد من المعبرين ممن تقدم أو تأخر، و ركنوا فيه إلى اصاله عدم النقل و الانتقال و إلى الإجماع المحكى و إلى النصوص العارضيه باعتبار اللفظ الخاص أو مطلق و إلى خصوص إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام فإن ظاهره بقرينه السباق و معلوميه تحقق الحل بدون الكلام، إن المراد التحليل لثبوت الملك و التحريم لانتفائه انما يكون بواسطة الكلام وجوداً أو عدماً و إلى أن الاستفادة من عمل الناس و السيره المثبتة لها عدم الالتزام بأحكام البيع و شرائطه منها كاللزوم الذى لا يفارق البيع فيها إلّا بأسباب الخيارات التى ليس منها انتفاء الصيغه لعدم الدليل إلّا جواز الرجوع الذى هو أعم من الإباحه و الملك المتزلزل، و إلى التسامح فى معلوميه العوضين بها و عدم اعتبار البلوغ فى تعاطيها متى عرف و كونه كالآله الذى لا يكفى ذلك فى البيع كاستمرارها على الاكتفاء بالمكاتبه و الإرسال من البلاد النائية و غير ذلك مما يوجب الجزم بخروجها عن البيع اسماً و حكماً و ما ادعى من اطلاق البيع عليها فهو مسامحه و لولاه لكان من البيع الفاسد مع انهم اتفقوا على المنع من التصرف فى المقبوض بالعقود الفاسده و جوزوا التصرف هنا لحصول الأذن المفيد للإباحه لا- اقل من انها بيع لغه لا شرعاً بمعنى النقل كذا قرروا، و مما سبق تعلم سقوط ذلك كلاً فإن الأصل منقطع و الإجماع معارض و النصوص لا يظهر منها الانحصار و عدم التسميه ثم بعد بقاء البيع على المعنى العرفى و اللغوى و السيره لا تفيد لحصولها فى غير المقام على ما ينافى الشرعيات و أصاله اللزوم لا ينافيها جواز الرجوع.

نعم، ربما يمنع من كونها بيعاً اعتبار اللفظ فى البيع مطلقاً أو الصيغه الخاصه القاضى به، ما رواه ثقه الإسلام و الشيخ " رحمه الله " عن بن بختج و عن الحجاج قال: (

قلت لأبى عبد الله "ع" الرجل يجيئني و يقول اشتر لي هذا الثوب و أربحك كذا و كذا؟ فقال "ع": أليس ان شاء أخذ و أن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس

)، إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام لظهور صدرها من حيث التعليق على مشيته عدم كفايه اشتر فى اللزوم بل هو متوقف على شىء آخر من الكلام و ليس هو إلّا لإيجاب البيع من المشتري الذى هو مفاد إنما و إلّا لما كان للحصر وجه و لا لخياره فى الأخذ و عدمه ربط و احتمال إن الكلام المحلل هو ما يقع بين المالك الأول و المشتري يحل الأخذ للثالث الأمر بالشراء من دون مواجهه فيكون المتوسط بمنزله الوكيل و ان جداً لعدم ظهور الوكاله من الخبر و لمنافاته للتخيير المزبور للثالث، و لأن

كفايه الكلام بين الثانى و الأول فى أخذ الثالث من دون لفظ و صحه كونه بيحاً لا يظهر من الخبر ايضاً و أن

افاد توقف الحل و الحرمة على الكلام بين المأمور بالشراء و المالك الأول و الحصر لا يأتي إلّا مع انهيار إيجاب البيع به.

و أحتمل شيخنا أن الحصر فى مورد الروايه من جهه ان المريد للثوب لا يمكنه المعاطاه بينه و بين مالكة الأول لعدم وصوله إليه و المبيع عنده فحلّه له لا بد من الكلام فيه، و هو قوله اشترى لى و أربحك و هو يكفى فى حلّه له إن شاء أخذه، و فيه منافاته لسوق الخبر و ظهوره و لقوله "ع" فى خبر يحيى ابن الحجاج )

اشترها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او ان تشتريها

(، فإن الظاهر من المواجهه ليس نفس الإعطاء للمشتري لعدم كونه من معانيها و لو قوله أيضاً فى صحيحه بن سنان )

ثم توجهه على نفسك ثم تبعه

( منه و مثله روايه العلا، و قيل ان المفاد الخبر ضرب قاعده كليته و هى حصر المحلل و المحرّم بالكلام و هو المناسب لمنصب الإمامه و لكنه بعيد لعدّ حصر اسباب الحرمة و الحل به فيلزم خروج الأكثر مع انه لا ربط له بصدر الخبر و فسره بعضهم باختلاف الحكم الشرعى باختلاف الكلام فبعضه يفيد الحل و بعضه الحرمة مع كون المقصود واحد كما يحرم النكاح بغير عقده من الألفاظ و ان ادى مؤدى عقده كسلطتك أو ابحت لكّ بضعى دون زوجتك و انكحتك فهو معنى، إنما يحرم و يحلل و فيه عدم الربط أيضاً بالصدر إذ الجواز المستفاد منه (لا- بأس) ليس مطلباً واحداً كى يمكن تأديته بمضمونين محلل و محرّم، و الحاصل ان ملاحظه الصدر مهما امكن لا بد منه فمناد الخبر أما ان طلب العين ممن يشترىها لا يحرم هذه المعامله و هى لا تلزم إلّا بالكلام بعد الشراء لا قبله، فإنه لو وقع كان فضولياً من الثانى فلا يلزم شراءه من الأول و إلّا لغي، لأنه بيع ما ليس له فيقضى بانحصار الحل و الحرمة بالكلام أو انه السبب لهما وجوداً أو عدماً فإذا انحصر المحرّم و المحلل بالكلام اذن لا يتأتى إلّا مع انحصار المبيع به فإنه لو وقع بدونه نافي انحصاره به لكن مع ذلك فهو مجرد اشعار لا يقضى بالإباحه لو وقعت المعامله بالأفعال و ان كان خيره جماعه لمخالفه بعض الضوابط الشرعيه، كما تبّه على ذلك الجدل بشرحه، و يلوح منه اختيار انها معامله مستقله لانتفاء لوازم البيع و ثبوت احكام الملك فى المقبوض بالمعاطاه لأن الأذن مفيده له، و إلّا لامتنع التصرف كما فى العقود الفاسده و لامتنع على المقبوض بها اجراء حكم الأملاك مطلقاً مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف أو القبض أو التلف و لو من جانب واحد لغير المتلوف سيما القهرى منه فإن ملك التالف و الباقي به قبله و بعده غريب و معدوم و مع عدم الدخول فى ملكه يكون الآخر بغير عوض و هو من اعلى الكلام و أمتنه لو لا حصر المعاوضات بالعقود المعلومه و ان المعاطاه أما بيع أو اباحه فلا يقدر على الاباحه اعتقاد المتعاطيين التمليك بها فإن المقصود لكل منهما استباحه جميع التصرفات فيما صار إليه، و إن توقف على الملك بعضها و ضمان كل من العوضين بالآخر و ليس من قصدهما الأذن بشرط الملك لتنتفى الأذن بانتفائه كما فى التمليك بالعقود الفاسده فلا يرد أنّ اللازم تخلف العقد عن القصد لما قلناه و لتخلفه فى العقد الفاسد لضمانه بالمثل و قيمه مع ان القصد ضمان كل منهما بالآخر و لتخلفه أيضاً بالعقد المشترط بشرط فاسد، فانهم صححوه و أفسدوا الشرط الذى نيظت المعامله به و كذا بيع الغاصب و بيع ما يملك و ما لا يملك إذا كان القصد لنفسه فأنهم حكموا بوقوعه للمالك و لعدم اندراج المعاطاه فى مسمى العقد على إنا نمنع توقف التصرف على الملك فى مثل العتق و البيع و الوطاء و نحوها، و إن ورد لا

بيع ولا- عتق إلّا في ملكك إذ الأذن من المالك و التصرف من المأذون موجب لدخوله في ملك المتصرف ضمناً كما هو في القرض المجرد عن الصيغه من أنه لا- يثمر إلا- سوى اباحه التصرف، و بالإتلاف يثبت العوض بل قيل لا نزاع في المعاطاه به فله التصرف بالإتلاف و عليه العوض

و لا- يحصل الملك إلا بعد التصرف، و كذا فى مثل اعتق عبدك عنى و اعتق عبيدى عن نفسك فإن العتق يقع عن الأمر و تخريجه على القواعد ان الأذن سبب تام فى جواز التصرف و ناقص فى افاده الملك و بالتصرف يحصل تمام السبب المملك فهو فى غير الناقل واضح و به، كذلك كالبيع و العتق مما يتوقف على سبق الملك فيكفى فيه الملك الضمنى المقارن للبيع و السابق بالذات أو بالزمان اليسير فالمتصرف بمنزله الموجب القابل و ان لم يكن ثمه صيغه إذ البيوع الضمنية لا- تحتاج إليها بإجماع التذكرة، و أما التملك التلف فلأن التراد لما امتنع بتحقيق الملك بتراضيهما جعل الباقي عوضاً عن التالف المضمون على قابضه بالعوض المدفوع فهو كالمستحق إذا ظفر بمثل حقه بأذن مستحقه فإنه يملكه و ان خالفه بالجنس و الصفه، و أما الخمس و الزكاه فيمنع اخراجهما من المقبوض قبل الملكيه، و إن لم يتوقف عليها الحجج كالإنفاق و تعلق حق الوارث بعد الموت و الارتداد لعموم الإذن فالمحاذير التى ذكرها و ان كانت مرجحة فى الجمله إلا انه يمكن التخلّص منها بما ذكرنا و تؤيده انهم حصروا الثمره بين القولين بالنماء فقط و قالوا انها للمالك على الإباحه قبل اللزوم و فيما بعده و جهان و على الملك و هو للمالك مطلقاً.

نعم، لا- اشكال من انهم يجرون حكم الملك على المأخوذ معاطاه بالنسبه إلى الاستطاعه و الديون و النفقات الواجبه و حق المقاسمه و الشفعه و الموارث و الوصايا و ان لم يعلم الذى بيده تلف العين الأخرى، فلولا- الملك لما كان لتعلقها وجه بل يجب التفحص عن تلف العين الأخرى و بعد احرازه تتحقق الأمور المذكوره، و منعه الأستاذ " رحمه الله " بأن تعلق الاستطاعه الموجبه للحج و الغنى المانع من استحقاق الزكاه لا يتوقف على الملك و هو كذلك لحصوله بالأذن أو البذل و تحقيقه ببذل النفقه من دون تملكك، لكن ذلك غير مراد الجد " رحمه الله " على الظاهر فلعنه يقول بوجوب الاستطاعه بالمأخوذ المعاطاه فلو لم يكن مملوكاً لكان الذى بيده غير مستطيع بعد ان كان عوضه لا يكفى فى الاستطاعه إذا فرض نموه دون بدله و اللازم باطل لحكمهم بوجوب الحج بما حصل فى يده فما هو إلا كالمبيع بالخيار إذا ارتفع ثمنه، و ليست هذه الإباحه كالبذل إذ لو كان المأخوذ مما تكمل به الاستطاعه و عينه بعد الموقفين باقيه ثم رجع به المالك الأول فيكشف رجوعه عن عدم الاستطاعه فلا يغنى ذلك عن حجه الاسلام و المفروض سقوط الحج عن ذمته و لا قائل بعدم السقوط و ان تسكع بالإياب بعد الرجوع بها كما لو فسخ ذو الخيار كذلك، و ليس ذلك من مسئلة الأجزاء لأنه تخيل أمر فهو عقلى لا شرعى، ثم قد يتأمل فى مقاله أيضاً ان القابل بالإباحه يقول بأنها ليست من العقود و لا مما يقوم مقامها إذ لا ريب انها عند المبيح ليست كمنار العرس و لا كالصدقه لتحقق المعاوضه فيها البتة و هو يكفى فى اطلاق العقد عليها و لا يضر اطلاق الاباحه فإنه كإطلاق اباحه المساكن و المناكح فهى ان لم تكن عقداً فلا اقل من انها بمنزله لاعتراف الطرفين بترتب آثار الملك عليها و ادراجهم لها فى كتاب البيع ايماء إلى العقديه و حينئذ فمخالفته للقصد يحتاج إلى دليل كسائر العقود لا انه هنا موافق للأصل، كما ذكره الاستاذ فى الفرق فإنه يتجه لو شك فى العقديه و إلا ما كان بمنزلتها و الحال انه لا شك هنا، و كذا ما ذكره " رحمه الله " من عدم البأس بالتزام كون التصرف مملوكاً إذ ادعى إليه الجمع بين الأصل و الدليل على جواز مطلق التصرف و ان كان موقوفاً على الملك فهو كتصرف ذو الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما فإنه كلام متين غير انه موقوف على انحصار الجمع بذلك و إلا إذا امكن بوجه آخر راجح عليه فالمتبع الراجح فإن الجمع ممكن بجعل الملك مترزلاً و هو أوفق بالقواعد غايته التصرف بالإباحه الممكن كما

عرفت و ليس هو كجعل التصرف مملكاً الذي لم يعهد في غير المقام مما اشتمل على المعاوضه.

و منه يظهر ما في تخلصه عن استبعاد كون التلف مملكاً من الجانبين بأنه لما قام الإجماع بأن كلاً من المالين مضموناً بعوضه، و إن تفاضل لا بمثله و قيمته لزم كون المتلوف من مال من وقع في يده رعايه لعموم على اليد فالإجماع و العموم بمنزله الدوامه التي يلزم الخروج عن الأصل بها فيحكم الدليل على اصاله عدم الملكيه بتقديرها آخر ازمه الإمكان نظير النص القاضى بأن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فالتقدير هنا كالتقدير هناك فيحكم كونه من مال البائع من حيز التلف استصحاباً لأثر العقد إلى وقته، فإنه تمحل ظاهر إذ الملكيه يمكن ان تفرض قبل التلف رعايه للأصل على القول بالملك أو ان القبض مثل الإجازة في الفضولى و قبله مطلق البيع غير مستقر فتسقط المماثله و الإنصاف بعد هذا كله، ان القول بالإباحه تبعاً للأكثر اقوى، فهى اشبه بالهبة المعوضه و بالقرض منها بالبيع لمنافاه الرجوع الملزوم و للملك و حينئذ فلا يجوز اخراج الواجب من الصدقه مطلقاً منها حتى ثمن الهدى و حتى ما ثبت بالعارض كما صرح به الشهيد " رحمه الله " إلا بتلف أحد العينين كما انه تغتفر الجهاله فى الثمن و المثلث و الأجل فيها، و كذا لا- يجوز نكح الأمه ما دام ثمنها باقٍ بيد المعاوض و لا يعتبر التقابض فى المجلس فى النقدين معاوضه، و قوى الأستاذ " رحمه الله " اعتبار جميع شروط البيع فيها حتى على القول بالإباحه عدا الصيغه لأنها بيع عرفى و أدله الشروط تشمله و لأن الأصل فساد هذه المعامله أن لم تفد الملك خرج منه ما فقد الصيغه دون باقى الشروط، و حكم بجريان حكم الربا فيها مطلقاً لأنها معاوضه فيلحقها الربا لثبوته فى كل معاوضه، و خلاف الفاضل و الحللى بحصره بالبيع و القرض فقط منقرض و ان ظهر من المصنف ذلك لاقتصاره على البيع فى باب الربا، لكنه فى الصلح اثبتته و هو وجيه لو لم يظهر منهم ان الشروط تلحق البيع العقدى، و لا- ضير فى الاعتراف بدخولها فى العقود، فالأحرى انها معامله مستقله لكن فى ثبوت الخيار فيها و عدمه اشكال فى وجهين من ثبوته فى الجائز و ان كان اثره بعد اللزوم فيصح اسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم و من عدم الدليل على اعتباره فيها.

و أحتمل الاستاذ " رحمه الله " التفصيل بين ما اختص بالبيع من الخيار و عدمه و بين غيره، فأثبتته فى الأخير و فى باب الخيار لم يخصص خياراً بالبيع مطلقاً.

و منها ان التزلزل و الإباحه متى يرتفع حكمها فلا- يجوز الرجوع و لا- اشكال فى اللزوم بتلف العوضين لارتفاع مورد التراد و حصول السلطنه على التلف و ارتفاع ضمان اليد بعد كون الضمان هنا ضمان معاوضه و بذلك يحصل الفرق بين المقام و البيع الخيارى إذ الخيار من عوارض العقد فى الثانى فيستصحب بقائه، و من عوارض العوضين فى الأول فلا بقاء له مع تلفهما فهو كالرجوع فى العين الموهوبه بل موضوع الجواز هنا التراد و لا مطلق الرجوع بدونيه فيمتاز عن الهبه بذلك لا أقل من ان ذلك باعث على الشك فى الموضوع المستصحب فى ان متعلق الجواز اصل المعامله، فيكون كالخيار او الرجوع فى العين بلا تراد أو التراد مطلقاً، أو مع الرجوع فلا- يبقى للاستصحاب محل بعد الشك فى موضوعه فلا جرم من الخروج عن اصاله اللزوم بالأخير دون ما قبله لأنه المتيقن فلا يثبت إلا ببقائهما.

كذا أفاد الأستاذ " رحمه الله " و هو مبنى على انها بيع و لو عرفاً و لا يتأتى فيه ضمان اليد كما لا يخفى، ثم قال " رحمه الله ": و منه يعلم ما لو تلف احد العينين أو بعضها على القول بالملك، و أما على القول بالإباحه فقد استوجه بعض مشايخنا وفقاً لبعض

معاصريه تبعاً للملك اصاله عدم اللزوم انتهى. و نحن بعد التبع لم نعثر على من استوجه ذلك إلا العم العلى فى بعض تقاريره

بناء



على الملك المترزل لا الإباحه، فإنه حكم بدرسه ان لو اراد رده مجاناً كان هبه و لا يلزم الآخر قبولها ثم قوى محتمل، كذلك فى عدم اللزوم على الملكيه المترزله لأن المترزل فى البيع لا- يسقطه تلف العين مطلقاً لإمكان الفسخ بالرجوع إلى القيم و المثل، و أما لك و الكفايه و الجواهر و ان احتملوه لكنهم حكموا باللزوم على القولين، فما يظهر من الأستاذ " رحمه الله " من ان المالك استوجهه لعله لا- اثر له فى كلامه و لو لا- ميل الأ-كثر إلى لزوم المعاطاه فى الفرض لكان لكلام العم وجه إذ غايته ان سلطنه المالك على العين الموجوده باقيه و ان تلفت الأخرى، و منعه الاستاذ " رحمه الله " بمعارضته براءه ذمه المتلوف منه عن المثل أو القيمه بعد رجوع الثانى بالتالف و ضمانه حيث كان ضمان معاوضه لا ضمان يد إذ قبل تلف العين لا ضمان يد و كذا بعد التلف لو لم يرد الرجوع بالتالف صاحبه ثم اشكله " رحمه الله " بأن المتلوف مضمون على كل حال، أما بالبدل الجعلى و هو العين أو الحقيقى و هو المثل أو القيمه فإن تعذر احدهما ثبت الآخر بأصالة بقاء السلطنه عليه فهى حاكمه على أصاله عدم الضمان بالبدل الحقيقى مع ان عموم التسلط شامل للبدلين و هو وجيه لو لا قيام الدليل على الانحصار بالبدل الجعلى فى الرجوع و حيث يتعذر ليس لصاحب الموجوده اخذها لرضاه بأنها عوض التالفه قبل التلف فيكون شبه المدفوع عن وفاء الدين و ان لم يكن من جنسه، و كذا ليس لصاحب التالفه رد الموجوده و المطالبه ببدل التالفه لعدم وقوع التراضى عليه و ان هذا من خصائص المعاطاه خصوصاً على القول بالإباحه لأن التراضى وقع على جعل هذا بمكان الآخر مطلقاً حتى مع التلف فإذا كانت عوضاً خرجت بذلك عن الملكيه فلا مسرّح لأصاله بقائها و عموم التسلط على الملك لخروج المدفوع عن ملك الدافع بمجرد الإباحه غايته ان له الرجوع فتمتى تعذر و لو من طرف واحد سقط حقه و بقى الموجود على ملكيته، و الظاهر ان نقل العين بعقد لازم او مطلق يحكم التلف، و كذا بعضها لو تلف فهو كالكل لا تمتناع التراد لا- لتبعض الصفقه أو الضرر فإن التبعض لا- يبطل أصل المعاوضه بل يوجب الفسخ و الرجوع بالبدل الحقيقى.

و أما الضرر فهو مستند إلى تقصيرهما فى التحفظ بالتعاطى و احتمال الالتزام العين الأخرى بمقدار التالف و هو بعيد و بحكمه أيضاً التصرف المغير للعين أو المبدل للاسم أو المغير للصفه كالعجين للحنطه، و الصبغ للثوب و تفصيله و خياطته، بل و المزج حيث لا يمكن فصله و ان كان بالأجود، و الظاهر ان الضابط هو التصرف الموجب للضرر برد العين على مالكها ممتنع معه التراد دون ما لا يوجب ضرراً كركوب الدابه، و صقل السيف، و قصاره الثوب، و وطى غير العذراء عملاً بالأصل من دون معارض و يلحق بالتلف الدين إذا كان عوضاً أم معوضاً فليس لصاحب العين الرجوع بها لسقوط الدين المقابل على القولين و الساقط لا يعود و يحتمل العود بعد الرجوع لأن ملكه مترزل موقوف على تلف العين الموجوده، و كذا لو رجع بالخيار و لانقطاع التراد بخروجه عن الملك و عوده محتاج إلى الدليل و انقطاع استصحاب الملكيه السابقه بالنقل إذ ليس البيع بالخيار كالحائل بين المملوك و مالكه فإذا ارتفع بقى الملك على حاله الأول فإن الحائل لا يسلب الملكيه و كذا على الإباحه لتضمن البيع المباح الملك الضمنى و هكذا باقى فروع المسأله، و قد صرّح الاستاذ " رحمه الله " بعدم لحوق أحكام الخيار للرجوع فى المعاطاه فلا يورث بالموت و لا تسقط بالإسقاط لأن التراد من خواص المتعاطيين فلا يلحق غيرهما إلّا بدليل، و هو مبنى على أنه من الأحكام لا- الحقوق، و لعله ينافى اطلاقه " رحمه الله " و غيره الحق عليه فتشملة الآيه و الروايه ما ترك الميت من حق فهو لوارثه إلّا ان يكون غير قابل للانتقال كحق الجلوس فى المباحات و حق الخيار المجعول للأ-جنبى و حق التولية و النظاره و غيرها مما كان وجود صاحب الحق من مقوماته و يمكن منعه باستصحاب بقاء

الحق بعد الموت و ان الموضوع عرفى فى الاستصحاب لا حقيقى و إلا لبطلت اكثر الاستصحابات.

نعم، لو ادعى الاستاذ " رحمه الله " الإجماع على ان ذلك من الأحكام أو الحقوق الغير قابله للانتقال فله وجه و إلا فلا اشكال فى شمول الكتاب و السنه له فيلحقه حكم الحقوق خاتمه فيها مسائل:

الأولى: انه لا اشكال فى لحوق حكم المعاطاه إذا حصل الإعطاء من جانب واحد وفاقاً للشهيد " رحمه الله " و ان لم يصدق معنى المعاطاه و التعاطى فيكون اقباض احد العوضين من مالكة تملكاً لا يعوض أو مبيحاً له كذلك بل المتداول بين الناس ان مجرد ايصال الثمن واخذ المثل من المعاطاه و ان كان بلا تعاطى كوضع ثمن الماء و أجره الحمام فى كونه المعد له بلا حضوره.

الثانيه: انه ليس من شروطها على ما يظهر منهم حصولها بالأفعال فقط بل قد تحصل باللفظ الدال على التراضى مطلقاً و ان لم يعتبر شرعاً، و فى كفايه مجرد التفاوض و ان لم يحصل التعاطى فيملك كل مال الآخر و مباح له التصرف فيه من دون قبضه وجهان، و الاستاذ " رحمه الله " نفى البعد عن صحته بيعاً و اشكله على الإباحه لعدم حصول الملك بها و هو كذلك، لكن ينتفى تقيده بما إذا لم يحصل بها البيع الضمنى كما هو بالأفعال و إلا فلو حصل لغى الأشكال.

الثالثه: ان المشتري فيها هو الدافع أخيراً و البائع المعطى أولاً فى مقام الاشتباه و إلا فلو تعين الثمن و لو من حيث كونه نقداً أو بمعنى آخر يرجع إلى نقدية فلا ريب يتميز أحدهما عن الآخر تقدم أو تأخر و هذا هو المميز بينهما.

الرابعه: يظهر من القائلين بالإباحه اباحه جميع التصرفات لكل من المتعاطيين حتى المتوقفه على الملك، و فيه اشكال آثار الملك على غير المملوك، و إن أذن به المالك لعدم كون الأذن مشرعاً و خيال دخولها فى البيع الضمنى مثل اعتق عبدك عنى مدفوع مما ذكره من ان التمليك فى المثل مقصود للمتكلم و هو من دلالة الاقتضاء التى هى الدلاله المقصوده للمتكلم لا يصح الكلام بدونها عقلاً مثل و أسئل القرية و شرعاً مثل اعتق عبدك عنى بكذا، لأوله إلى استدعاء ان يملكه و اعتق المولى عنه جواب الاستدعاء فلا بد من تقدير الملكيه قبل العقد بزمان متصل بها و لا شك ان المقصود فيما نحن فيه ليس إلا الإباحه التى بمجردهما لا تثبت الملكيه للمباح له بغير دليل يقضى بالملكيه عند اراده البيع قبله أو على انتقال الثمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع للمباح له مثل دخول العمودين فى ملك الشخص الذى لا يقبل سوى العتق، لا يقال ان عموم السلطنه يفيد ذلك فللمالك ان يبيع التصرفات حتى المتوقفه على الملك قلنا: نعم، لكن حيث لا ينافى العموم قواعد أخرى مثل لا بيع و لا عتق إلا فى ملك.

و دعوى أن الملك التقديرى لا- يحتاج إلى دليل خاص بل به يجمع بين مطلق الإباحه و بين توقف التصرف على الملك مدفوعه بأن عموم التسلط لا يشمل الأحكام فلا يباح به ما لم يمضه الشارع، و لذا حرّم الاسراف مع ان بيع مال الغير لنفسه محرّم عقلاً و نقلاً فكيف يشمله العموم كى يثبت التنافى و قياسه على حصول الملك التقديرى فى بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه باطل إذ الملك هنا حقيقى يكشف البيع عن الرجوع فيه قبله فى وقت متصل به و ليس هو كملكه الميت لديته أو الابن لأبيه، فما نحن فيه خارج عن الملك الضمنى فى مثل اعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد المفقود و عن الملك القهرى كملك العمودين لتوقفه على التنافى بين الدليلين و الحال ان المنع من بيع مال الغير حاكم على عموم تسلط الناس على اموالهم و عن

التمليك بالهبة و المبيع بالخيار من حيث عدم تحقق الملك سابقاً في المقام بحيث يكشف

عن البيع، وحينئذ إذا لم يدخل المقام في احد الثلاث و لم تفد الإباحه الملكيه و لا يمكن تقديرها لعدم الدليل كان البيع باطلاً لخروجه عن مفهوم المعاوضه و المبادله و الإباحه المطلقه ليست من النواقل المعهوده، و لأجله حكم الشيخ " رحمه الله " بأن الهبه الخاليه عن الصيغه تفيد اباحه التصرف فيما لا يتوقف على الملك فلا يجوز وطئ الجاريه بها و حكم الشهيد " رحمه الله " بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاه كالخمس و الزكاه و ثمن الهدى و وطئ الجاريه مع تحقق الإباحه المطلقه هذا ما تقتضيه القواعد، لكن يظهر من غير واحد ملكيته المال بمجرّد ان يسلمه مالكه عليه، و قالوا ان ثمن المغصوب مع علم المشتري بالغصب يملكه الغاصب البائع بدفعه إليه و اذنه في اتلافه فلا يتوقف شرائه به على الإجازة من دافعه و حكم الفاضل " رحمه الله " بجواز وطئ الجاريه المبيعه بثمن عين مغصوبه مع علم المشتري بالغصب و مقتضاه ان نفس التسليط كافٍ في جواز التصرف مطلقاً.

كذا أفاد الأستاذ " رحمه الله " و هو من الجوده بمكان، غير ان ذلك فيما لم يقصد المتعاطيين التملك واضح، و أما لو قصده فمحل كلام من كونه لا يقضى بالملكيه و ان لم يدخل بالبيع المصطلح، ثم ان هذا التقدير عسى ان يكون رابعاً لتصريحهم بجواز التصرف مطلقاً، او اتفاقهم عليه الصالح لأن يكون دليلاً في المقام فلا ضير في تقدير الملك آنا ما بل لا فرق بينه و بين الإباحه بالعوض التي لم يمنع احد فيها من التصرف فيما يتوقف على الملك و وجه عدم الفرق ان كلاً من المالكين ملك للمبيح و ان كان المباح له يستحق التصرف لخروج ذلك عن المعاوضه المعهوده بل هي بمعنى التسالم الذي لا يفيد نقلاً و لا تملكاً فلا بد من تقدير الملكيه حينئذ و لا مفصل بين الصورتين.

نعم، ذلك يوجب اللزوم مطلقاً إلا ان الدليل قضى بجواز التراد ما دامت الغير باقيه، و أما على القول بلزومها من طرف المباح له دون المبيح لأنه بالتصرف يخرج ماله عن ملكه لا دليل عليه.

الخامسه: انه لا-ريب على القول بالإباحه فالعقد مرّكب بعد التلف من الإباحه و التملك فلا تدخل بعقد من العقود بل هي تملك للمقبوض بواسطه التضمين للمدفع لحصول التراضي بذلك، فالمقبوض على تقدير التلف يملك عوضاً من الذاهب مقاصه و وفاء عن الدين، و أما التالف فقد يملك ضمناً على ما سبق لو توقف تلفه أو نقله على الملك فلا معنى حينئذ للخلاف في ان المعاطاه بالتلف هل يكون بيعاً أو معاوضه مستقلة كما يظهر من ذلك مرتباً على البيعه احكام البيع من الخيار مطلقاً و الأخذ بالشفعه دون المعامله المستقله، و أما على الملك المترزل فلا اشكال في كونها بيعاً عند مدعيه و متى لزم صار بيعاً لازماً فتلحقه احكامه غير ما اختص بالبيع العقدي.

السادسه: لا تلزم المعاطاه بتلف النماء على القولين و لو رجح المالك بالعين أخذها بغير اجره و ان استوفى منافعها القابض كان النماء له على الملك المترزل و للراجع على الإباحه و انما جاز للقابض اتلافه و التصرف فيه مطلقاً. نعم، قد يتأمل في ملكيته النماء المنفصل الباقي بعد لزوم تملك الغير بالتصرف فيرجع به دون الغير لعدم خروجه بخروج الغير عن ملكه لكنه خلاف المعروف بينهم، فالمتجه تبعيته للغير في التملك.

السابعه: لو اختلف المتعاطيان في تحقق اللزوم و الغير باقيه استظهر بعض مشايخنا ان القول قول مدعيه يمينه و علله بإمكان استناده إلى سبب خفى لا-يعلم إلا من قبله كأن وهبه لمن له الولايه عليه فقبل من قبله أو عتقه أو باعه بخيار أو غيرها إلا إذا

استند إلى سبب خاص يمكن الاشهاد عليه قدم نفيه عملاً بالأصل و فيه اشكال، لأن الرجوع سبب تام في ملكيه

العين الموجوده فتعود الدعوى بعده إلى بيان سبب الخروج فلا يسمع قول مدعيها مطلقاً حتى لو كانت العين بيد ثالث يدعى انتقالها إليه سواء أقرّ الوسط بالانتقال أو انكر حيث لا يكون معلوماً لكونه إقراراً فى حق الغير فلا- تملك الإقرار به و على المدعى بيان السبب و لا تكفى اليد لاشتباهاها بين المالكه و غيرها.

الثامنه: ذهب جماعه إلى جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود إلّا ما لا يستباح بدون العقد كالنكاح و الخلع فيكتفى بها فى الإجاره و الهبه و الهديه لتسلط الناس على اموالهم أعياناً و منافع فلا مانع من اباحه بعض لبعض بعوض أو بدونه على المشهور من افاد بها الإباحه، و أما على مذهب المحقق الثانى فيملك المأمور و الأمر و الأمر العمل و ملك الموهوب و ان توقف لزومه على التلف، و توقف جماعه فى جريانها فى الرهن و الوقف لعدم تصور الإباحه فى الأول و كذا، الجواز المنافى للوثوق على الملكيه، و كذا فى الثانى لعدم كفايه القبض فيه فقط و عدم جوازه و إلّا لساغ اشتراط الرجوع به.

نعم، لو قيل بمقاله المفيد " رحمه الله " لأمكن افاده المعاطاه فى الرهن ذلك دون الوقف لعدم معهوديته إلّا بوقف المساجد كما يظهر من الفاضل تبعاً للشيخ.

التاسعه: ان المعاطاه هل يكون باللفظ الذى لم يجمع شرائط اللزوم أو تختص بالأفعال و مورد الاشكال عند من لا يعتبر مطلق اللفظ فى البيع و غيره و إلا دخل فى العقود فلا فرق بين بعت و غيرها مطلقاً، أما المعتبر فالذى يقتضيه النظر ان يكون ذلك من البيع الفاسد و مقتضاه عدم الملك مطلقاً و ضمان المقبوض به المنافى لحكم المعاطاه لكن يظهر من جماعه صحته معاطاه مطلقاً و من آخرين بشرط مقارنته للقبض فلو تأخر عنه كان كالمعدوم و المتخذ من ذلك أن مورد المعاطاه هو التقابض المقرون بالرضا إذا كان معلوماً و لو من لفظ صريح أو اماره فلا يكتفى بما لا يفيد العلم بالرضا، و ان افاد الظن و حينئذ فاللفظ و الفعل سواء فى مناطها و ذلك هو القدر المتيقن من الصحه و اللزوم على القولين و فى الرضا المتعقب لوصول العوضين لو حصل اشكال و ان تعارف وضع العوض فى كوز أعد له أو مكان خاص فى أغلب المقامات، و قد تعارف الآن كتابه ورقه فيها قيمه ما فى الحانوت موضوعه ببابه فيدخل الشخص الحانوت و يتناول منه ما يشاء مع عدم وجود صاحبه ثم يضع مقدار قيمته المرسومه فى ثقب بصندوقه، و كذا اجره رافع النعل و حارسه عند الدخول للأماكن المشرفه إذا علم القدر من أجره المكان و العامل و المحل الذى أعدّ لوضع الأجره فيه فيتمحض موضوع عدم جواز التصرف فى العقد الفاسد بما إذا علم عدم الرضا إلّا بخيال صحه معامله فإذا ارتفعت لا اذن و ان احرز الرضا و لكنه لم ينصرف و العقد إذا لا أثر له و لم تستند الصحه إليه بل إلى الرضا. نعم، هذا الرضا لا يخل من أن يتضمّن انشاء تملك و لو على طريق الإباحه فيكون معاطاه صحيحه عقيب عقد فاسد فكأن المقصد الأصلي من معامله التصرف صحّ العقد أو فسد فقد قيل بدخوله أيضا فى المعاطاه و مرجعه إلى عدم شرطته انشاء الإباحه أو التملك بمطلق الفعل أو القبض كما نبهنا عليه، و إشكاله من حيث ظهور كلماتهم فى إن محل النزاع صورته الانشاء الحاصل بالتقايض أو بمطلق الفعل و الأصل يقتضى عدم لحوق حكم المعاطاه له و ان جزم بعضهم بدخوله فى محل النزاع و القول به.

و التحقيق إنّ التعاطى بقصد التملك بيع عرفى فإن لم يكن للشارع تصرف فيه جرت عليه احكام البيع سوى ما استثنى و إلّا فلا، و لا- يكفى فيه إلّا اللفظ مطلقاً أو الخاص المعهود فلا- يصح البيع بغيره من الأفعال، و الإشاره و الكتابه و الصفه و الملامسه و المنابذه و الحصاه و إن فسرت بما لا يقتضى غرراً و لا تعليقاً و لا جهاله، و لكن يقوم مقام اللفظ ما لاتّفاق الإشاره مع

العذر لخرس أو مرض ونحوه، مع العجز حتى عن التوكيل، و أما مع القدره عليه و العجز عن اللفظ فيمكن اعتباره للأصل القاضى بشركيه فأشك فيه مما تتوقف الصحه فنفى اعتباره بالأصل و جعله كمن لا يجب الاقتداء عليه فى صلاته غير وجيه كما وقع لبعض مشايخنا و يقضى به ايضاً فحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الأخرس لشموله الصورة القدره على التوكيل، و الظاهر عدم دخوله فى المعاطاه مطلقاً لأن مورد النزاع فيها فى القادر على اللفظ و مع العجز عن الإشاره تكفى الكتابه كهو فى الطلاق و لو امكنه الأمرين قدّم الكتابه على رأى الحل و الإشاره على رأى الأكثر و يشهد للأول النص فى الطلاق، و لا ينعقد البيع عند المعظم و لا غيره من العقود و الإيقاعات باعتبار ماده إلاً بلفظ صريح فيه لغه و شرعاً فمتى دخله احتمال اراده غيره لم يصح و لا يكفى فيه القصد و لا معرفه القائل بما اراده الموجب بل لازم الصراحه تبادل العقد المعين من اللفظ عند خالى الذهن بحيث لا- يشته به غيره و لا يحتمل سواه و لا يمكن التنازع فيه، و لا فرق فى ذلك بين اللفظ الموضوع للمعنى المقصود حقيقه أو مستعملاً فيه مجازاً أو على طريق الكفايه لكن مع اقترانه بلفظ آخر لازمه المعنى المقصود و لا يمكن اراده غيره منه فإن الجمع بين اقوالهم يقتضى ذلك عند من لا- يعتبر اللفظ الخاص فيجرب احكام تلك المعامله عليه دون غيره و ان كان اصرح منه بالانضمام لغيره أخذاً بالمتيقن لأحتمال اراده اللفظ الخاص لفحوى ما قضى باعتباره فى بعض العقود مثل النكاح و ان أدى بلفظ آخر صريح فى الدلاله على المراد و هو أوفق فى قطع المخاصمه مثل اللفظ المعبر فى العباده، و إن أمكن تأديه المعنى بغيره إلاً مع العجز فلا حكم لغير المأثور فى كلام الشارع من الألفاظ و علله بغضهم بأن العقود توقيفيه و انها متلقاه من الشارع فلا بد من الاقتصار عليها و على المأثور منها شرعاً المعهود لغه إلاً أن هذا ينافى اطلاق حليه البيع و التجاره و عموم الوفاء بالعقود على ما سمعته و استثناء المتشرعه و الشارع لبعض البيوع الفاسده بخصوصها مما يقضى بالعموم فلا بأس باستعمال المجاز و الكنايه إذا اختلفت بما ذكرناه

و كذا المشترك بتسميه. نعم، اللازم الأعم يتوقف على قصد الملزوم الخاص فلا بد من انكشافه بلفظ يقضى بذلك و لا يجدى مجرد النيه و ان انكشف بغير لفظ مقترن بالعقد لسبق مقال أو مقارنه حال لعدم حصول العقد اللفظي حينئذ و هو معنى قول الفاضل " رحمه الله " ان المخاطب لا يدري بمَ خوطب، و حينئذ لا بد من ملاحظه العناوين الدائره على لسان الشارع بما يدل عليها من الألفاظ كى يترتب عليه فى الحكم المجعول فإجاره المرأه نفسها لا يترتب عليه حكم الزوجيه و يلحقه حكم الإجاره لا النكاح إلا انه مع هذا فحصته بلفظ الأخذ، و الدفع، و التسليم، و التصرف، و قول: بارك الله فى صفقتك و غيرها فيه اشكال، و ذهب جماعه إلى عدم انعقاده بلفظ السلم لأنه حقيقه فى نوع منه فلا يستعمل فى الجنس إلا مجازاً، و كذا بلفظ الهبه و الصلح و الإجاره و الكتابه و ان انضم اليها ما يفيد المقصود من الألفاظ، فالمتيقن من النص و الفتوى لفظ بعت ايجاباً و قبلت و اشترت قبولاً، و قيل بأن الشراء ضد لاستعماله فى الكتاب بلفظ البيع و زاد بعضهم لفظ ملكت ايجاباً و تملك و ابتعت قبولاً، و مقتضى الضديه فى بعت و اشترت يمتاز الايجاب عن القبول بالتعديه إلى مفعولين أو التعلق بالعين أو التقدم و الذى يتجه الاقتصار على لفظ بعت ايجاباً و قبلت و رضيت قبولاً، لعدم الوثوق إلا بالصراحه بهما و ان كان فى بعض الالفاظ مما يشابههما فى الصراحه إلا انه لم يظهر منهم الاكتفاء بكل صريح من الألفاظ و الركون إلى عمومى حليه البيع و الوفاء بالعقود قد سبق ما منهما و يلزم فى الأشهر ان يكونا بلفظ الماضى.

فلو قال: اشتر أو ابتع أو ابيعك لم تصح و ان حصل القبول لعدّ صراحتهما فى الإنشاء دون الماضى لأنه من المنقول الشرعى إلى الإنشاء و ان وضع للإنشاء غيره مثل الأمر فى عقد المساقاه، و الجملة الخبريه فى الطلاق و الرهن غير ان الأغلب وضع الماضى لذلك و المعلوم أفادته الإنشاء فى البيع حقيقه فينحصر البيع بلفظه لعدم الدليل على الاكتفاء بغيره.

و كذا فى طرف القبول مثل ان يقول بعنى او تبيعنى لأن ذلك اشبه بالاستدعاء و الاستعلام لمحكى الإجماع مع ما تقدم لا لإفادته الاستدعاء إذ المفروض قصد الإنشاء فيه.

و استقوى الاستاذ " رحمه الله " انعقاد بلفظ المضارع لو فرض افادته للإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام و تويده صحيح منصور فى بيع المضمون، و فيه )

أبيحك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى فقال " ع " : لا بأس

( و نحوه فى بيع الأبق و اللبن فى الضرع و لكنه خلاف المشهور.

### اشتراط تقديم الايجاب

و هل يشترط تقديم الايجاب على القبول فيه تردد بين السلف فمنهم من أوجه اقتصاراً على المتيقن، و محكى الإجماع و لأن القبول فرع الايجاب لغه و عرفاً و لم يثبت خلافه شرعاً، و منهم من نفاه لعموم الآيه و غيرها و لفحوى ما قضى بصحته فى النكاح و منهم من قصر الخلاف على غير لفظ القبول لظهوره فى البقاء على أمر سابق فلو فرض عدم وقوعه امتنع القبول و مثله اشترت فى انشاء الشراء فإنه ظاهر فى انشاء البيع قبله، و الأشبه عند المصنف و جماعه عدم الاشتراط للأصل و العمومات و لأن



القبول حقيقته الرضا بالإيجاب و هو اعم من تحققه سابقاً أو لاحقاً لعدم خروجه عن احد ركنى المعاوضه بتأخره إذ الرضا بشىء غير لازم لتحقيقه فى الماضى لأنه ليس من تبعيه اللفظ لمثله و لا-القصد كذلك كى يمتنع تقديمه، و إنما هو على سبيل الفرض و التنزيل بصيروره القابل نفسه متناولاً لما يلقى إليه من الموجب

و مثله الموجب كقولك أنا راضٍ بعطيتك إذ لا فرق بين سبق العطيء أو لحوقها فى انشاء قبولها و حينئذ لا فرق بين ان يكون القبول بلفظ قبلت و غيرها.

و منعه الاستاذ " رحمه الله " بأن القبول انشاء نقل للعرض فى الحال إذ البيع مبادله مال بمال و هو الركن فى العقد و لا يتحقق ذلك إلّا بعد الايجاب القاضى بالنقل و إلّا فلا معاوضه و لا انشاء نقل، و إنما هو رضى بشىء قد يكون لا انشاء نقل و تمليك لعدم نقل ماله إلى الموجب فى الحال و فرق واضح بين رفع يد الناقل عن ماله و دفعه لغيره و بين الرضا بدفعه بدلًا فإن حقيقة المعاوضه الأول لا الأخير إذ تحقق فى الخارج متوقف على الثانى و هو الرضا الذى يعد قبولًا و ركنًا فى العقد.

قال " رحمه الله " و مما ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقدم القبول بلفظ الأمر كما لو قال بعنى هذا بدرهم فقال بعتك، لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضه على الرضا بها لكن لم تتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضه المستقبلة نقل فى الحال للدرهم إلى البائع كما لا يخفى، ثم نقل تصريح الشيخ " رحمه الله " بجواز التقدم فى البيع عاطفًا له على النكاح لخبرى الساعدى و أبان بن تغلب فى الثانى، و فيهما )

قال: زوجنيها اما رسول الله " ص " فقال: زوجتكها بما معك من القرآن، و إذا قالت: نعم بعد اتزوجك متعه فهى امرأتك و انت اولى الناس بها

(، و ردّه بالأصل و منع دلالة الخبرين لأحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبى " ص " و إلّا لزم الفصل الطويل و منع الفحوى فى الأول و قصور الدلالة فى الثانى لاشتماله على كنايه. نعم، فى الايجاب مع ان اعتبار الماضون ايضًا تنفيه، و هذا الكلام مما لا غبار عليه بناء على الأخذ بالمتيقن من العقود الجارية فى لسان الشارع الذى لم يرتضيه سابقًا مع تصريحه ايضًا بلزوم العقد هنا و ان تقدّم القبول مطلقًا لأنه بيع عرفى، و لأن الأصل فى البيع اللزوم إلّا ما خرج منه من الصيغ التى لم تشمل على لفظ مطلقًا، أو ما قام مقام اللفظ مما قام الاتفاق على لزومه، و كذا خرج منه ما قام الاتفاق على عدم لزومه و ان اشتمل على انشاء المعامله باللفظ ثم انه " رحمه الله " تبعًا لغيره استقوى صحه البيع إذا تقدم القبول بلفظ اشترت أو بعث أو تملك أو ملكت هذا بكذا، إذ المشتري ينشئ ملكيه مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله و البائع يرضى بذلك مما يقيد من اللفظ فليس فى الاشتهار معنى القبول.

نعم، هو ان وقع بعد الايجاب افاد المطاوعه فكان فيه مفهوم القبول و لذلك اطلق عليه، و لا كذلك لو تقدّم على الايجاب لخلوه عن المطاوعه و افادته النقل ليس إلّا فرضيت بالبيع و اشترت يختلف معناهما بالنسبه إلى التقدم و التأخر، فلو تقدما لم يكن فيهما معنى القبول مثلما لو نوى تملكك المباحات أو اللقطه فيشكل الحال حينئذ بالتقدم لخلوه عن الايجاب و القبول، و تخلّص منه بان معنى القبول بالعقد الرضا به و ان لم يتحقق معنى القبول المتضمن للمطاوعه و قبول الأثر و ان ذلك هو المفهوم من كلامهم، فالرضا بإنشاء البائع مع تضمن انشاء النقل هو معنى القبول فلا فرق بين التقدم و التأخر فيه إذا لم يقم اجماع على انفعال نقل البائع بمعنى المطاوعه. نعم، فى خصوص القبول، و ما يتضمن معناه ربما يدعى ذلك لأنه مع التقديم لا يدل على انشاء لنقل العوض فى الحال و يمتاز البائع عن المشتري فى غير ما يتضمن معنى المطاوعه و الانفعال بأن الملتزم بنقل ماله عوضًا عن مال شخص آخر هو المشتري، و من نقل ماله على ان يكون له بدل من مال آخر يكون بائعًا فمن ملك بالتشديد ماله غيره

بعوض يطلق البائع عليه و من ملك بالتخفيف مال غيره بعوض ماله و هو المشتري فالفرق اعتبارى لملكه كل منهما مال غيره  
يازاء ماله.

و الحاصل يلزم ان يكون الالتزام الحاصل منهما ليس على نسق واحد، ففي مثل الصلح عن اسقاط حق، و غيره يلزم تقديم الايجاب لعدم الفرق بين المتصالحين إلّا به و للزوم تركّب العقد من ايجابين و مثله ما تتحقق به المطاوعه كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض، فإن قبول المقترض و المرتهن يتوقف على محقق الرهن و الاقتراض، و كذا الباقي المغاير كالاشتراء الذى لا تلزم المطاوعه فيه بل يكفى الرضا المتعقب المقترن بالانشاء و لا يعتبر فيه إلّا الرضا بالإيجاب من دون عوض فلا مانع من التقدّم فيه و ذلك مثل اشترت و ما ضاهاها و مثل العاربه و الوكاله، هذا ملخص مقالته " رحمه الله " و هو مع اعتبار المراد بالعقود المعهوده ساقط من اصله و مع عدم اعتبار ذلك و محقق الاجماع على عدم الايجاب، كما حكى أيضاً كذلك و مع عدمهما فلا محيص عمّا حققه و هذا و العجب ممن يرى ان الإجازة ناقله بمنع تقديم القبول على الإيجاب مع ان لازم النقل جواز ذلك لعدم الاعتبار بالإيجاب حينئذ فالأنسب ما عليه المصنف، و من الشروط وصل القبول بالإيجاب و عدم الفصل بينهما ذكر ذلك جماعه و علوه بعلل اعتباريه اجودها ما ذكره الاستاذ " رحمه الله " بأن الأمر المتدرج إذا كان له صورته اتصاليه فى العرف فالشرع يترتب الحكم على تلك الصوره، و لا يلزم بيانه لجواز الانفصال لخروجه عن المتعارف فالعقد الجامع للإيجاب و القبول بمنزله كلام واحد بقدر تخلل الفصل فيه المحل بالهيئه الاتصاليه و اعترضه " رحمه الله " بأنّ اثر البيع منوط بصدقه و صدق التجاره عن تراض فلا يضر عدم صدق العقد إذ ليس الملك و اللزوم متوقف على العقد و إن

ظهر من تمسكهم بالآيه ذلك ثم المأخذ اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه و غيره مثل استتابه المرتد و السكوت فى الأذان و اثناء القراءة و التشهد و غيرها و يتعدى منها إلى كل كلام ارتبط بعضه ببعض لفظاً، أو معنى كتقدير ما يلزم تقديره من خبر لا مبتدأ له و بالعكس و من متعدد لم يذكر مفعوله أو لصدق عنوان خاص كالعقد و القراءة إلى آخر ما رام بيانه، و فى النظر القاصر ان جميع ما ذكره خارج عما نحن فيه إذ الموالاه فى القول و الفعل حكم شرعى تدور الصحه و الفساد مدار وجوده و عدمه و الأصل يقتضى عدمه إلّا بالنص عليه و ما ذكره " رحمه الله " أمور اعتباريه لا يناط بها الحكم الشرعى مطلقاً أ ترى أنّ الإجاره مطلقاً يخلّ تأخيرها بالعقد عرفاً بل حذف بعض الكلام فى بعض الموارد من الانواع البديعيه المحسّنه له و ان كان ارتباطياً.

نعم، لو اورث الانفصال فى العقد الغرر أو الجهاله لزم عدمه لا- من جهه قبح ذلك بل لعارض آخر و الاتصال فى الأمور المذكوره منه ما هو منصوص عليه و منه ما يتوقف صدق المقال عليه كالمستثنى من المستثنى منه، و لو كان القاعده و الأصل ذلك لما خصص عموم الكتاب بالخبر المتأخر أو قيد مطلقه، كذلك و ليس الحاجه إلى الاستثناء بأكثر من ذلك مضافاً إلى إنّ خبر الساعدى يظهر منه الفصل إذ القبول قول الصحابى زوجيها و الإيجاب بعد طول الفاصل قوله " ص: " ( )

زوجتكها بما معك من القرآن).

### عدم التعليق

و قول الاستاذ " رحمه الله " و لعل هذا موهن آخر للروايه مبنى على تحقق القاعده المزبوره التى لا مساس لها و الله العالم، و من الشروط أيضاً ما ذكره غير واحد عدم التعليق فى العقد بأن تقرن المعامله بأداه الشرط و عللوه بفحوى التنجيز فى الوكاله المتفق فيه مع كونها من العقود الجائزه، و حكى عن الفاضل " رحمه الله " الفرق بين قول الموكل: انت و كيلى فى ان تبيع عبدى يوم الجمعة، و انت و كيلى و لا تبيع عبدى إلّا فى يوم الجمعة، من صحه الأول و فساد الأخير مع كون المقصد واحد و بأن الانتقال بحكم الرضا و لا- رضاء إلّا مع الجزم المنافى للتعليق إلّا ان بعضهم جعل الاعتبار بجنس الشرط لا بأنواعه و جماعه افسدوه فى غير معلوم الحصول و نفوا البأس فى التعليق على ما علم وجوده فى الماضى أو الحال، مثل إن كان لى فقد بعته دون المعلوم فى المستقبل و هو المعبر عنه بالصفه، و الظاهر اتفاهم على عدم الجواز و ان كان لا يجرى فيه اشتراط قدم الجزم لإمكانه فيه فهو كالتعليق على قدوم الحاج أو طيار البيدر الذى لا ريب فى عدم صحته، اما لو شرط لوازم العقد مما كان صحته معلقه عليه فى الواقع من الملك و البلوغ و القدره و نحوها فذهب الأ- كثر إلى الصحه و جعلوه كاشتراط بعض الغايات فإن ما يقتضيه العقد بإطلاقه بمنزله المشترط عند التحليل، فلا بأس فى اشتراطه فهو خارج عن مورد الاجماع على عدم الجواز إذ التعليق لم يؤثر أثراً زائداً على ما افاده اطلاق العقد كاشتراط اداء الثمن و تسلم المثلث مطلقاً، و كبتك ان قبلت، غير أنّ ما حكيناه عنه " ص " يفيد ان نفس التعليق مضر بالعقد مطلقاً و إلّا لصحّ انت و كيلى فى ان .. الخ، و ليس له دليل إلّا الاجماع، فإن تمّ لزم فساد العقد به مطلقاً، فيكون اشبه شىء بالأمر التعبدى و لا يضر ارتضاء الشيخ له بعد كونه معلوماً لمن ادعى الاجماع عليه، و أما غير الاجماع من العلل فقد ردها الاستاذ " رحمه الله " فمنها عدم قابليه الانشاء للتعليق الذى ليس له محصل لأن مدلول الكلام أمر وحدانى غير معلق البته، و انشاء الملكيه المقيده بوقت أو غيره أمر مقصود لا قبح فيه لا شرعاً و لا عرفاً بل ديدن العرف عليه فى محى

غائب أو قضاء حاجه فيقول: هذا لك ان

حصل الأمر الفلاني، وهو أيضاً في الشرع كثير بل اغلب ما يفيد الملكيه ليس على كل تقدير وإلّا لما صحّ الخيار مطلقاً أو بالشرط ولا صحّ القرض لو قال المقرض: ان قبضت مالي من زيد فهو قرض عليك، وهو كذلك لو لم يكن المدعى يرى الخروج بالدليل و ان انشاء الأمر المردد يورث عدم الجزم بالنقل و هو حصر بالعقد.

و منها أن العقد سبب تام في حصول أثر حال وقوعه و ترتب سببه عليه، و التعليق ينافي حصول المسبب في الحال و معنى الوفاء بالعقد هو هذا، و رده بأن المسبب مداو العقد ان كان مطلقاً فمطلقاً و ان مقيداً فمقيداً، مع أن حليه البيع و سلط الناس على اموالهم يكفي دليلاً على الصحة و لزوم مضافاً إلى تأخر مقتضى جملة من العقود مع صحتها و إلى تخلف الملك عن العقد كثيراً، و منه الفضولي و غيره، و منها لزوم الاقتصار

على المتيقن من الاسباب الناقصه الشرعيه لا أنها اسباب جعليه فلا تقضى بالسببيه مطلقاً، فسببته غير العارى عن الشرط مشكوك الجعل و منعه بأن اطلاق الأدله يورث العموم لإطلاق حلّ البيع و التجاره و الوفاء بالعقد، فينحصر الدليل على العدم بالإجماع الذى يظهر من الشيخ و غيره خلافه و هذا فى المقرون بالأداء، و أما غيره فإن كان المنشئ مردداً فلا اشكال فى الصحه إذا كان التمليك مقصوداً كمن يبيع ما لا يدرى انه له أو انه متحول او ان المشتري راضٍ حين الايجاب أم لا، قال الجدي " رحمه الله ": لا يخل خيال فساد المعامله إذا لم يكن رافعاً للقصد، و كذا ما لا يمكن تحقق القصد إليه منجزاً إلا بالعلم به كالطلاق و العتق المتوقفين على العلم بالزوجيه و الرقيه، فلو شك الموقع لهما فيهما فعلاجه ان يوكل غيره ليحصل الجزم من الوكيل الذى لا يضر به تعليق الوكاله على ملكيه الفعل للموكول لحصول الأذن، و إن ارتفعت الوكاله بالمعنى الأخص بالتعليق و حينئذ فما يكفى الجزم به عدم معلوميه المسند صحّ و لزم ان قارن القصد كما لو عقد على امرأه يشك فى حرمتها عليه أو ولى الحاكم من يشك فى اهليته فإن عدم العلم بالحرمة و الأهليه لا- ينافى الجزم و ليس الطلاق و الخلع كذلك لأن الجزم به يتوقف على العلم بالزوجيه فلا يمكن بدونها فلا يصح و ان انكشف ما اوقعه موافقاً و حكى عن قواعد الشهيد اطلاق المنع فى المشكوك و منه ما لو طلق جاهلاً بحضور امرأتين أو فاسقين أو صغيرين أو خنثيين فظهر انهما رجلان عادلان و له وجه يوافق الاعتبار للزوم إحراز الشرط، فلو طلق ثلاثاً للعده بحضورهما كذلك أو تسعاً لها لم يلزم التجحيش و لا تحرم أبداً لعدم احراز الشرط حين الطلاق لأخذ العلم الذى يلزمه الجزم فى موضوع الحكم و للاحتياط وجه.

### قبول الإيجاب

و من الشروط قبول الإيجاب مطلقاً أو مقيداً فلو أوجب بيع عقار أو دار فقبل نصفه بنصف الثمن لم يصح و أن معلق الجزم بنقله فى الجملة و مثله ما لو باعه من موكله فقبل لنفسه دون ما لو قبل موكله، و إن لم يكن الخطاب موجهاً إليه أو امر مأذونه بالقبول. و من الشروط امكان الانشاء منهما و احراز القابليه إلى تمام العقد فلو خرج أحدهما عن الأهليه قبل تمامه فسد، و لا ينتقص بقبول الموصى له أو ورثته و لو بعد الرد لأنّ القبول فى خصوص المورد ليس بركن و إنما هو شرط للانتقال و حقيقه الوصيه هو الايضاء ليس إلأ.

و من الشروط حصول الرضا من الموجب و القابل لا- مطلقاً بل ممن يؤثر رضا و لا يكون وجوده كعدمه فلا عبره برضاء من عرض له السفه، أو الفلاس، أو الرقيه، أو مرض الموت قبل تمام العقد، و لا- يمكن استصحاب صحه الايجاب قبل عروض العارض إذا عرض قبل القبول بناء على عدم التوالى لو طال الزمان و على كون الإجازة ناقله فى الفضولى للشك فى تحقق الموضوع بعد خروج الموجب عن الأهليه قبل القبول، و كذا فى طرف القابل فلو عرضت الرقيه فسد البيع و ان قبله المولى و ليس هو كبيع الموكل بحضور الوكيل لو قبل، و إن كانت المبايعه مع الوكيل فإن شرط صحه البيع أو لزومه تحقق تمام السبب خرج عن ذلك لحوق الرضا لبيع المكره بدليله لأنهم نزلوه منزله الإجازة فى الفضولى فلو رضى بالبيع بعد الايجاب قبل القبول أو بعدهما فالمشهور على اللزوم و الصحه على خلاف القاعده، انما الاشكال فيما لو أخذنا الإماره الشرعيه فى المعاهد ثم ظهر الفساد مع تلف العينين أو مع وجودهما كبيع اللقطه و مجهول المالك نجد لمسوغه ثم ظهر صاحبه، و كذا الايقاع كما لو بان فسق الشاهدين قبل الطلاق بعد احراز عدتهما حينه و لو بالاستصحاب فإن أجرينا الاجزاء فى الاحكام الوضعيه فلا اشكال فى



جواز التصرف و عدم الضمان فَإِنَّ معنى الأجزاء هنا

الخروج عن ملك صاحبه و دخوله في ملك الغير لا- الأذن بالتصرف و بقاء علقه المالك الأولى كالأكل في المخمصة، و إن حكمنا بعدم أو خصصنا النزاع في العبادة فقط أو في الأمر مطلقاً كما يرمى إليه عنوان الأجزاء فيحتمل الصحة كجواز التصرف مطلقاً بمال الغير بدون رضاه في بعض الموارد مثل المماطل و المفلس و غيرهما، فيسقط حقه بالإيأس منه مثلاً، و يبني على صحة الطلاق لحكم الشارع ظاهراً بصدوره جامعاً للشرائط و عدمها فيرفع إلى الضوابط الشرعية و الأصول.

و أما لو اختلف المتعاقدان في كل من جزئي العقد أو في جميعه اجتهاداً أو تقليداً فالقاعده ان يرتب الأثر كل على مذهبه فيجوز للمرأة مع تقليد من لا يرى صحة عقد النكاح بالفارسيه ان تتزوج غير من عقدها به عليه و يلزمها الاعتزال عنه، و يجوز للمجوز العاقد أن يطأها و يلزمه الانفاق عليها فلا- يعذر فيها إلا المجتهد بها أو المقلد و يحتمل ان الاجتهاد من الواقع الثانوي فغير المصحح للعقد الفارسي يقول بصحة النكاح به إذا وافق رأى المجتهد الآخر فالحكام الظاهر به المجتهد فيها بمنزله الواقعيه الاضطراريه كإشاره الأخرس و ايجاب العاجز عن العربيه و صلاه المتيهم بالنسبه إلى الواجد في تبدل التكليف، إلا أن ذلك يلزمه التصويب في بعض الأحوال و عدم الانتقاض لو تبدل الرأي، و قد حكى الإجماع لأعدمهما مضافاً إلى أن المتيقن من الأخذ بالإماره ما دام الواقع غير معلوم و لذا فصيّل بعض سلفنا الصالح بين انتقاض الاجتهاد بظهور الحكم الواقعي أو تبدله لظاهري مثله فحكم بالانتقاض في الأول دون الثاني، و منهم من فصل بين ما يلزم من نقضه بعض المحاذير مما شأنه الاستمرار و بين عدمه فلم ير نقضه الأول مثل النكاح الذي يلزم من انتقاضه اختلاط الانساب و غيره مما يشاكله، و قال بالنقض في غيره و ذكر بعض المتأخرين إن العقد المركب ان وافق رأى مجتهد ما صحّ مطلقاً و ان كان لا قائل به بطل كما لو فرض ان تقديم القبول بالفارسيه لم يقل به من جواز العقد بها و ان قال بجوازه في العربي فيبطل من حيث عدم القائل بالتركيب كذلك.

و فيه إن العذريه و الواقعيه الاضطراريه مرجعهما إلى اجتهاد المجتهد فإن صححنا كونه سبباً عند النافي لصح به ما اجتهد به فلا فرق بين العقدين لأن الصلح ليس وجود القائل، و إنما هو الاجتهاد أو التقليد المتفرّع عليه إذ وجود القائل به لا يكون حجه شرعيه على الحاكم بالبطان هذا و لكن الاستاذ " رحمه الله " فزق بين الشروط بالنسبه إلى المتخالفين فلم يجرى احتمال الصحة في المولاه و التخير و البقاء على صفات صحة الانشاء إلى آخر العقد، و علله بأن القابل الذي يرى فساد الإيجاب كيف يقبل بعده فهو و إن صحّ عند الموجب إلا أنه لا يقضى مجرد ذلك بصحة ترتب القبول عليه حيث يرى القائل فساد، و كذا الموجب الذي يرى فساد القبول فإنه يجب عليه اعاده ايجابه بخلاف الصراحه و العربيه و الماضيه و الترتيب لأن الفساد فيها مستند إلى فعل الآخر اختياراً و الفرق بما ذكره من العله بحيث يورث ان القائل بعد المعذوريه و انه من الواقعي الثانوي يقول بالفساد في بعض دون بعض إذ فساد العبارة فيهما سواء و الاستناد إلى فعل الآخر و عدمه لا ربط له بالصحة و الفساد عند الاختلاف فيلزم التأمل في عبارته " رحمه الله "، و لعل الفارق عدم صدق العقد مع الثلاثه الأخيره، و فيه ان صدق تحقق العقد و عدمه لارتباط به حكم الملك و اللزوم في المعامله بل النقل و الانتقال منوط بصدق البيع و التجاره عن تراضٍ و يحتمل شرطيه صحة التبعض بغير الارتباطيات، و أما بها فلا يصح و ان الثلاثه لا يجوز التفكيك فيها كمن يقلد في الموضوع مجتهداً و في الحكم آخر مثل الحائر من الموضوعات المستنبطه لكنه كما ترى لصعوبه جعل المقام من الارتباطيات، و حينئذ لو انتفى احد هذه الشروط و قبض المشتري أو وكيله أو وليه ما ابتاعه بالعقد الفاسد الذي فقد

احدهما لم يملكه لخلوّه عن السبب المملك بعد فرض فساد، و لا يدخل في المعاطاه لأن التبانى على عدم الانشاء بها إلّا إذا عرضا عن العقد قبل التقابض و قصد الانشاء بها، و أما بعده لو قصد التعاطى فالظاهر بطلانه أيضاً معاطاه على ما سمعت لتعقّب الانشاء عن القبض، و كان المقبوض مضموناً عليه لو تلف كالمغصوب و حكى الاجماع عليه و نسب إلى الاصحاب و ظاهر على اليد ذلك لا الحكم التكليفى فقط مثل عليك ان تفعل كذا، للفرق بين اسناد الظرف إلى فعل المكلف و بين اسناده إلى المال كعليه دين فالمراد من الظرف استقراره فى العهده عيناً كان أو ديناً، و من هنا استند اليها فى ضمان الصغير و من بحكمه و استدل أيضاً بالنص المعمول به فى غرامه قيمه ولد الجاربه المسروقه المبيعه لصاحبها من المشتري المستولد لها فإن ضمانه مع انه نماء لم يستوفه المشتري يقضى بضمان الجاربه بطريق أولى و كون نمائها له حكم التلف لا يقضى بكونه اتلاف ليشمله من اتلف فإن المساواه فى الحكم مع عدم تحقق التلف لا يجعله متلفاً.

كذا أفاد الاستاذ " رحمه الله " و فيه تأمل فإن ايجاد ما يحول بين المالك و ما يملكه فى كثير من المقامات مثل العتق و الوقف و الهبه حيث لا يجوز الرجوع للمالك بعين ماله مع كونه مضموناً له ينزله منزله التلف لإيجاد سبب الحيلولة فلاحظ ما ذكره فى الخيار و غيره من المقامات و ما ذكره فى المعاطاه بناء على جواز الرجوع مع بقاء العين مطلقاً.

نعم، لو ثبت ان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده و ان ذلك أصل من الأصول الشرعيه طرداً و عكساً ثبت الضمان، و قد لهج اكثر المتأخرين بهذه القاعده و ارسلوها ارسال المسلمات و معنى ضمانه هو شغل ذمته لمالكة به و دركه عليه فإن تعذر ردّه ثبت بدله فى ذمته و هو منحصر بالمثل أو القيمه او بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى المتعاقدان به و امضاء الشارع كما فى العقد الصحيح، أو ناقل الأمرين من البديل الجعلى و العوض الواقعى لبراءه الذمه من الزائد بعد تردد المضمون بينهما إذا تفاوتتا كما ذكره الشهيد فى الهبه المعوّضه لو رجع الواهب قبل قبض العوض و تلف الموهوب، و لكن الأصل فى الضمان التدارك بالعوض الواقعى، أعنى المثل أو القيمه إلّا إذا دلّ دليل على الاجتزاء بغيره أو تعيينه بالتراضى فلا دليل لمن ذهب وهمه إلى ان الضمان هنا مخصوص بالعوض المسمى كالضمان فى العقد الصحيح و إلّا لحصل التساوى بين العقدين، و ان بقى كل من العوضين على ملك مالكة فإنه لا يكفى فى الفرق بعد الحكم بأنه يتلف احدهما بتعيين الآخر نظير المعاطاه على الإباحه و كون ضمان العقد الصحيح ذلك هو لجهه إمضاء الشارع ما تواطئ على عوضيته، فلا يساويه الفاسد فى الامضاء و عليه فمعنى الضمان فى الفاسد و الصحيح سواء، و لا- تفكيك فى عبارته إلّا انه فى الصحيح دلّ الدليل على الضمان الخاص و بقى الضمان فى الفاسد على اصله، كما إنَّ العقد فى عبارته اعم من اللازم و الجائز منه و مما يوجب نوعه الضمان أو بعض اصنافه فالمراد إنَّ المضمون فى مطلق العقود الصحيحه يضمن بفسادها و ان كان نوع العقد لا يقتضى ضماناً كالصلح و الهبه و العاربه إذا اقتضاه بعض اصنافه مما اشتمل على العوض من الأولين أو على الشرط و الذهب و الفضة من الأخير.

نعم، المسبب للضمان فى الفاسد العقد و القبض لا احدهما منفرداً فينفرد بذلك عن الصحيح و سببته من حيث أنه منشأ للقبض أو انه سبب بشرط القبض، انما الاشكال فيما لو كان صحيحه لا يقتضى ضماناً إلّا بالشرط فى ضمن عقد صحيح فهل يوجب فاسده الضمان أيضاً قيل: نعم، و قيل: لا، و الأوجه الأول لأن الشرط بمنزله الجزء من العقد فهو صنف من اصنافه

فمثل الهبه المعوضه بناء على انها مشروطه و شرطيه ضمان العين فى الاجاره و المضمون من العاريه لو قبض بالفاسد منها تحقق الضمان أيضاً كصحيحها متى صحَّ الشرط فيه، و أما لو خُلِيَ العقد عن العوض فهو فاسد مطلقاً و ليس له فرد صحيح كالبيع بلا ثمن و الاجاره بشرط لا اجره فقد نفى بعضهم الضمان فيه و ان كان نوعه يوجب الضمان لأنَّ هذا الصنف منه لو فرض صحيحاً لا- يوجب ضماناً، و هو وجيه بناء على العموم المذكور و ان كان البيع الصحيح يضمن به و يحتمل الضمان بقى القول فى مدرك هذه القاعده.

يظهر من فحوى كلمات الجد " رحمه الله " أن يدرکها الإجماع، و من الاستاذ " رحمه الله " انحصار مدرکها بأمرين:

الأول: الاقدام على الضمان عند الأخذ مستشعر ذلك من بعض كلمات الشيخ " رحمه الله " من ان دخوله على ان يكون المال مضموناً عليه بالمسمى فإذا لم يسلم له رجوع إلى المثل و القيمه و خدشهُ بما ما يخصهُ أنه لو صح ان يكون دليلاً لقضى بضمان المسمى لا بالمثل و القيمه لأنهما انما تواطئا عليه فإذا انتفى كيف يبقى المطلق إلّا ان يدل عليه دليل إذ المضمون غير ما اقدا عليه، سلّمنا لكن الاقدام قد يتحقق و لا ضمان كالمتلوف قبل القبض و قد يتحقق الضمان و لا اقدام كشرطيه ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري لو فسد عقدهما فأنهم حكموا بالضمان، و كذا البيع بلا ثمن و الإجاره بلا عوض و ان تأمل فى الضمان بعضهم فى الأخيرين.

الثانى: حديث اليد الظاهر الدلاله، و نظر فيه " رحمه الله " باختصاصه بالأعيان فلا تشمل المنافع و الاعمال المضمونه بالإجاره الفاسده ثم قوى الضمان لجهه اليد و احترام مال المسلم و عمله و لأدله نفى الضرر إذ العمل من العامل لم يقع مجاناً و لا متبرعاً به ليلغى احترامه، و كذا العين فكيف لا- يعوّض مما يوازي عمله الذى صنعه بالاستدعاء إلى آخر ما ذكره مما يقبله الطبع و لا يمّجه السمع غير انه ان تمّ فهو يقضى بضمان المسمى لا المثل و القيمه لأنه غرامه لم يقدم عليها المشتري فأدله الضرر و طيب النفس

أيضاً تقضى بالعدم خصوصاً إذا كان التفاوت فاحشاً فالدليل ان تمّ قضى بغير المطلوب إثباته ولا ينفع إنَّ الأصل فى الضمان ذلك لأنَّ ثبوته خلاف الأصل فإن ثبت فهو ما وقع عليه التواطى و غيره يتضمن الضرر على احد المتعاضين لكون ذلك غرامه غير ما ظنَّ نفسه عليه. نعم، لو علم بأنَّ فساد العقد يوجب ضمان المثل و قيمه كان دخوله موجباً لذلك فيعود إلى معنى الشرط كالضمان فيما لا يعود نفعه إليه، مثل السبق فى المسابقه و ضمان ما لا يلزم كألقٍ متاعك فى البحر و على ضمانه، و حينئذ يتم استدلال الشيخ بالدخول على ان يكون مضموناً و يكون الخارج عنه للدليل الخاص فيشكل حينئذ مع الجهل به لا الجهل بفساد العقد المخصوص فإنه موجب للضمان مع العلم بأن مطلق الفاسد مضمون و لو علم احدهما بالفساد يثبت الضمان على الجاهل لأقدمه عليه على فرضه فهو غير مغرور و تسليط العالم له على المال لا- يجعله أمانه مالكيه لأنه دفعه على سبيل التمليك لا انه امانه أو عاريه و لولاه لجاز له التصرف و الانتفاع به مع انه ممنوع، و أما العكس و هو عدم الضمان بفساد لا ضمان بصحيحه من حيث افادته بنفسه و ان حصل بالشرط الضمان و ذلك كالرهن و الوكاله و المضاربه و العاريه مطلقاً بناء على ان المضمون منها بأمر خارج، و كذا الإجاره الفاسده إذ بصحيحها لا تضمن العين المستأجره به لكن مال بعض المتأخرين إلى الضمان لتزويله منزله المغصوب بعد فساد الاجاره و هو مرهون و إلّا لجرى فى فاسد الرهن لأنَّ استيلائه بغير حق ايضاً إلّا ان يكون هناك اجماع، و علله الاستاذ " رحمه الله " بخروجها عن مورد القاعده لأن موردها مورد العقد و هو فى الإجاره المنفعه لا- العين، فيجرى فى العين القواعد، و فى الصحيحه منها الغير امانه مأذون من المالك فى التصرف بها، فلم يكن فيه ضمان و فى الفاسده إنما دفعها المالك بناء على استحقاق المستأجر لها و حيث لا يستحق التصرف بها قيده يد عدوان و هو قاضٍ بالضمان.

### ما لا يضمن بصحيحه

قال " رحمه الله " فالقاعده المذكوره غير مخصصه بالعين المستأجره و لا متخصصه .. الخ، و لما ذكره من سبب خروجها عن القاعده و لعله لخروج العين عن مورد العقد و كون الضمان بعد التساقط خلاف الأصل و كون يده يد عدوان بمجرد تبين الفساد أول الكلام بعد حصول الأذن من المالك كما لو سلط الغير على ماله بزعم أنه للغير و بعد التلف انكشف الخلاف فإنه لا بغض و لا- عدوان و لا- يشمله من اتلف لاختصاصه بغير المأذون و لو بالفحوى و لكن مع ذلك لا- يخل الضمان من وجه خصوصاً بعد علم المستأجر بفساد الإجاره لارتفاع الأذن حينئذ جزماً، و أما قبله لو تلفت العين ثم بان الفساد فالمؤجر إذا امتنع شرعاً مطالبته بالمسمى و ثبت له أجره المثل صارت العين لها حكم المغصوب مع الجهل بالغصب و لازمه الضمان فلو افاد الأذن عدم الضمان لقضى بثبوت المسمى لأنه الذى وقع عليه التراضى، و حينئذ لا فرق بين الفاسد و الصحيح من الإجاره فالقاعده متخصصه كهو فى الصيد المتعارض المحلل للمحرّم فى الحرم و كشراء المرتده من مالكها قبل الاستنابه إذا لم تتب و شراء الخمر من مستحلّه و غيرها، مما ثبت به الضمان قبل التلف للقيمه من جهة و جوب الاتلاف فلا يقال إنَّ العاريه لا ضمان فى صحيحها فكيف يضمن بالفاسد لأن ضمان فيها لا دخل له بالعقد و إلّا لوجب الرد، و إنما هو لوجوب الاتلاف على المستعير كالضمان فى الأمثله ثم يشكّل اطراد القاعده فى المنافع التى لم يستوفها المشتري فى البيع الفاسد ان قيل بضمانها فيه دون الصحيح لأن الثمن دفع بإزاء العين فلا يضمن البائع المنافع قبل دفعها إذا لم يستوفها فيه.

و فيه المنع من ضمان المشتري، و إن زعم بعد تسليط المالك له على العين على نهج بيع الصحيح بل لا يضمن الأصل لكونه حينئذ من قبيل الامانه في العوضين و إن لزم الرد فوراً لأنّ اذن المالك في التصرف كان على وجه خاص قد ارتفع و مئونه الرد على المشتري من باب المقدمه إذ لم يصدّق الضرر، و مثله ردّ الثمن و له امساك المبيع إذا علم من البائع المماطله برد الثمن دفعاً للضرر لكن بعد الرجوع إلى الحاكم و بشكل اطرادها أيضاً في الحمل لعدم ضمانه للبائع بالصحيح على القول بعد التبعية و ضمانه في البيع الفاسد، و فيه المنع من ضمانه أيضاً، إلّا إذا اشترط دخوله في المبيع فلا نقض و في شركة العنان مع اذن أحدهما للآخر في العمل مما اشتركا فيه الذي يمكن ان يقابل بالعوض فإن غير العامل من الشريكين أو الشركاء لم يضمن أجره الشريك في عمله فلو كانت الشركه فاسده ضمن الأجره لاحترام العمل، و فيه ان الشريك بمنزله المتبرّع

حينئذ خصوصاً إذا طلب من الشريك ذلك، وكذا لا يضمن ما اتلف بعد الاذن له في التصرف ولا يجدى في الضمان حديث اليد لخروج المقبوض بالأذن عنه في الصحيح والفساد من العقد إذ المالك سلطنه على ماله وان كان بعوض لم يسلم له إذ غايته رد عينه إليه أو بدلها الواقعي أو الجعلي إلا إذا دخل في المغصوب وذلك أيضاً مقيد بالعلم هذا كله في غير المستوفاه من المنافع، وأما هي فظاهر المشهور ضمان ما يستوفيه قبل الرد لأنه مال ظهر انه للغير وإن لم يأنم قبل علمه بالفساد في الاستيفاء و لكن نفى الضمان في الوسيله لحديث الخراج بالضمان بمعنى ان ضامن العين له خراجها فالغنيمة والفائدة بإزاء ضمان العين كمناء المبيع بالخيار للمشتري والمرهون للراهن لأن ضمانهما عليهما فالمشتري لم يقدم على تقبيل البائع إلا بعد كون الخراج له و درك الغير عليه في صحيح العقد و فاسده فلا يجتمع ضمان الغير مع ضمان الخراج بعد كون النماء في مقابل الغرامه.

### ما يضمن بصحيحه

و ردّه الاستاذ بأن الضمان للعين أمر قهري حكم به الشارع كضمان المقبوض بالسوم فلا يكون عوضاً عن الخراج لأنه لم يقدم المتبايعان عليه ليكون الخراج بدله فالضمان الذي بإزاء الخراج هو الثابت بالاختيار حيث يقدم عليه المتعاقدان لا مطلقاً مع ان منفعه العاريه المضمونه للمعير مما أقدم المستعير على ضمانها إلا ان يكون اقدامه بإزاء الانتفاع لا المنفعة فالروايه مرهونه سنداً و دلالة مضافاً إلى ان ضمان نماء الجرايه المسروقه لمالكها كما ورد، و ضمان المنفعه في المغصوب كذلك كما في صحيح أبي ولاد مما يعارض الروايه أيضاً و ان كان موردهما التصرف في مال الغير لا من جهة تسليط مالك العين على المنافع لضمانها بالعوض إلا انها ينافيان عموم الخراج بالضمان فمعارضتهما لذلك و ان اختلف المورد، لكن الاستاذ " رحمه الله " ضعف الرد بها و هو بمحلّه، غير ان الظاهر من قوله المراد بالضمان الذي بإزائه الخراج الترام الشىء على نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له انتهى.

قصر عدم الضمان على البيع الصحيح الممضى عن الشارع و إلا كان مضموناً و هو غير مسلم لأن هذا البيع متضمن لرضاء البائع بالاستيفاء للمنافع و ان فسد و ليس مجرد فساده يرفع الرضا بذلك و إن أوجب إرجاع العين لمالكها و الرضا سبب تام في حليه المال، و لذا حلّ بالفحوى من دون حصول المعاقده الموجه لحصول الاذن، و بذلك حلّ استيفاء منافع المنيعه في قبال علفها مع عدم دخولها في شىء من العقود إلا الاجاره الفاسده من جهة ضمان العين للمالك، و الحال ان المنافع غير مضمونه. نعم، لو نهى المالك ضمن المستوفى للمنافع في كل الثمن و المضمن مع نهى الآخر و لزوم رد كل إلى مالكة فوراً و هل لغير المنافع حبس مال صاحبه قبل استيفاء ماله يأتي الكلام عليه، و من ذلك يعلم حال المنافع الفائته التي ذهبت على المالك و لم يستوفها المشتري، لكن ظاهر الأكثر الضمان لأنه فوت على المالك مالا بمنزله المقبوض له من جهة قبضه للعين فللمنفعه حكم المقبوض و لذلك تحصل المعاوضه و يتم البيع بقبض الدار المجعول منفعتها ثمناً و قبض الجاريه المجعول خدمتها كذلك في السلم و غيره.

و فيه ان لو سلم كون المنافع أموالاً نقول إن مورد حديث اليد الاعيان و لا يشمل الموصول غيرها و لذلك لا يضمن التفاوت في السمن و الضعف، لا في الكبير و لا الصغر في الحيوان المغصوب بعد ردّه مع إن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و ما ذلك إلا لأن الصغر و السمن ليس من الأموال، و ان تفاوتت قيمه فيه فيعود إلى تفويت منفعه المالك و منه يظهر فساد ما تعلق به البعض من

إنَّ الضمان لجهه احترام مال الغير لنفيه مع عدم الاستيفاء و به مع تسليط صاحبه عليه خصوصاً إذا علم احدهما بالفساد بالنسبه  
إلى ملكه فى الثمن و المثلن مع ان



معنى ضمان صحيح البيع هو وجوب دفع عوضه و ذهابه من ماله و المنفعة فى العوضين هى لهما مجاناً فليست بمضمونه و مشموله لما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و لولاه لتقصد الثمن عليها و الضمان فى المستوفاه إن قبل به فهو لجهه الإتلاف لا التلف و صحيح النصوص فى يد المغصوب وجوب ردّه مع سكوتها عن المنافع مطلقاً، فالموافق للأصل عدم الضمان مطلقاً خصوصاً فى غير المستوفاه أو الحكم فيهما بالضمان و الفرق بالاستيفاء و عدمه يلغى لحصول فواته على المالك و ان لم يستوف هذا الفوت بالتسبيب و لا فرق بينه و بين المباشره و عليه الفاضل فى كلامه تبعاً للحلى إذا ساوى المبيع بالمبيع الفاسد للمغصوب مع الاعراض عن صحيحه ابى ولّاد الظاهره فى ضمان المنافع المستوفاه دون غيرها،

و لما كان الأصل في الضمان ضمان اليد لا المعاوضه و هو غرامه المضمون بالمثل أو قيمه، فلا جرم من معرفتهما بالكلام في أمور:

أولها: المثلى ما لا- فرق بين قيمه مجموع اجزاء مجتمعه او متفرقه أى ما ليس له صورته اجتماع تزييد او تنقص عمّا لو بيعت اجزاء متفرقه و ذلك في النوع الواحد الذى لا اصناف له، و الصنف الواحد من أصناف النوع المتفاوته.

و الأول: مثل المسكوك من العينين الذى لا نقص و لا غش فيه كالمجيدى و البرا و المنقنه و الاشرفى فى زماننا.

و الثانى: كالحنظله و الشعير و الأرز و سائر الحبوب المختلفه بالصنف فلو كان المضمون بعضاً من الأول او من احد الأصناف فى الثانى لزم دفع مساويه من ذلك النوع أو الصنف المخصوص، و إن اختلفت قيمته يوم القبض عن زمن دفعه أو مكانه عن مكانه لسقوط حق المضمون له يدفع الضامن إليه مثل ماله لتزيله منزله عين ماله بل الذى يترجح فى النظر إن ما يصح بيعه سلماً هو مثلى، فإذا اجتزى به المشتري أو لزمه قبوله شرعاً عوض الثمن فكذا يصح به الوفاء عمّا فى الذمه و يلزم بأخذه المضمون له إذا امتنع لأنه أقرب طرق الإيصال و الوفاء، و إن حصل به الضرر من جهه تفاوت قيمه لكونه كالمغصوب الباقية عليه مع تفاوت قيمته فهو كالمسلم فيه بالنسبه إلى المسلم فكان الأصل فى الوفاء و الرجوع إلى قيمه تعذره، و يكفى فى اصالته و اعتباره فحوى نصوص السلم و كلمات الاصحاب فى مقامه و إلا كيف ينقصد البيع مع فرض التفاوت المورث إلى الجهاله و الغرر إذ مطابقته للأوصاف جميعاً متعذره أو متعسره فإذا برئت ذمه البائع بدفع ما يقارب الوصف كذا تبرأ ذمه الضامن بمثله المقارب، و إلّا لانحصر الأمر بإرضاء المضمون له و تخييره و إن حصل الضرر العظيم على الدافع و هو ينفى، و حينئذ الضابط للمثلى ما يصح سلماً فى البيع و يصح اقراضه فمن فحوى نصوص القرض و السلم يشخص المثلى و يعرف عرفاً و شرعاً و عليه فلا حازه لما اطلب به الأستاذ من تشخيصه، و ذكر ضوابطه و اختلاف تحاذيره إذ كلهم يحمون حول المماثله العرفيه، و فى الخبر القرض بمثله و إنما يأخذ دنائير مثل دنائيره فى آخر، و النبوى الظاهر منه عدم المثليه فى الوفاء حيث دفع الباذل عوض البكر يأتى الكلام عليه فى باب إن شاء الله تعالى.

و مع ذلك كله فقد ذكر الاستاذ " رحمه الله " فى منفى خفائه ما ملخصه ان لا حقيقه شرعيه و لا متشرعيه للفظ المثل و لا المراد المعنى اللغوى منه و لا- فى النصوص حكم تتعلق بهذا العنوان انتهى. مع ان نصوص القرض و السلم ظاهره فى تعلق حكمها به، ثم ذكر ان ما كان مثلياً باتفاق المجمعين فلا اشكال فى ضمانه به و ما اختلف كلام المجمعين فيه لا يستدل عليه بالإجماع مثل غير المسكوك من النقدين و الحديد و الرصاص و غيرها، فيلزم الرجوع فيما اختلف فيه إلى الأصول و أصاله البراءه عمّا زاد على ما يختاره الضامن عند الشك تورث التخيير بين المثل أو قيمه فى الاداء ان يخالف ذلك الإجماع و إلّا كان الأصل تخيير المالك فى المضمون لأصاله الاشتغال و عدم البراءه بما لا يرضى به المالك و عموم على اليد ايضاً يقضى بعد ارتفاع الضمان إلّا برد العين أو ما يرضى به المالك فلا مورد لأصاله البراءه بعد تحقق الاشتغال و عدم اليقين بها، و دفع القول بأن التخيير مجمع على خلافه بأنه من باب تخيير المجتهد بالفتوى لانحصار العلاج به من جهه دوران الأمر بين محذورين، فهو و إن اجمع على خلافه لا بد من ارتكابه لانقطاع التشابه به و تأمل به لأنه يشبه القياس مع إمكان العلاج فى الرجوع إلى الحاكم فبعين ما يختاره و يلزم اتباعه.

## المثل و القيمه

ثمّ حكم " رحمه الله " ان الأصل في الضمان المثل لأنه أقرب إلى المضمون التالف فإن تعذر حتى في القيمي يرجع إلى القيمه وهو بمعنى الظاهر و لو لا- هذا الظهور لوجب البيان على الشارع و بأن قوله تعالى: [فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ] إن المماثل المثل في المثلى و القيمه في غيره في جميع المضمونات و إن لم يكن على سبيل العدوان لعدم المفصل و ظاهرها المماثلة في الاعتداء و المعتدى به لا في خصوص الأول كما قاله بعضهم، و خدش " رحمه الله " الدليلين و القاعده المستفاده من اطلاق الضمان و اهمال بيان المضمون و الآيه بأنهما يقتضيان المثليه حتى في القيميات وجد المثل أو فقد، أما مع وجوده فظاهر و أما مع فقدته فيلزم اداء قسمته يوم الدفع كما لو تعذر المثل في المثلى و لا يقولون بهما و ان لزوم رد العين المقترضة من جهة اداء القرض لا- ضمان المثل بالمثل و أيضاً لو اعتبرت المماثلة من جميع الجهات لكان المماثل الناقص في القيمه لا يلزم المضمون له بقبوله لعدم المماثلة في المالىه مع إن المشهور الزامه بالمثل، و إن نقص بل لو سقط عن المالىه أيضاً في قول فاتضح ان الدليلين أعم من وجه من حكم الأ- كثر في المسأله لاجتماعهما في المماثل من كل وجه و انفراد مقاله المشهور بنقصان المثل عن التالف لحكمهم ببراءه الذمه في دفعه و انفراد الدليلين في القيمي عند المشهور مع وجود المماثل له مثل الثوب المنسوخ من قطن خاص المعلوم طولاً و عرضاً و كذا في العبد المساوى في الصفات، و لذا لو ساوى المتلوف ما في ذمه المتلوف عليه من عيب للتالف لا يقع التهاثر بينهما و لو اعتبر المثل لوقع، ثم ذكره ان عموم الآيه و الدليل لا يخصص إلّا بما اجمعوا على انه من القيمي فيدخل المختلف فيه في المثلى و لا- يمنع من ذلك تخصيص العام بالمجمل المفهومى المتردد بين الأقل و الأ- كثر في مورد الشك فإن ذلك لا يخرج عن الحجيه فيه ثم لخص مقاله " رحمه الله " بأن المثلى المجمع عليه يظهر بمثله مطلقاً و ان نقص عن التالف قيمتا لتبدل الزمان أو اختلاف المكان، لإهمال هذا التفاوت للخبر الظاهر بأجزاء ما اسقطه السلطان و روج غيره من الدراهم في القرض إذا كان من الساقط قبل سقوطه و يضمن القيمي بالقيمه متى كان مجمعاً عليه و ان وجد المماثل أو صرح الضامن بضمان مثله و ما شك فيه يلحق بالمثلى مع عدم الاختلاف في القيمه و مع الاختلاف في القيمه بين القيمه المدفوع و التالف يلحق بالقيمي لجهه دفع الضرر على المضمون له و يحتمل تعيين المثل و الزامه به لما سبق من اصالته و براءه ذمه الدافع يدفعه، و له اشار بالتأمل هذا خلاصه ما افاده " رحمه الله " عليه، و فيه من تشريح الذهن ما هو ظاهر للفظن غير انه لا تبعد ان يكون المدار في المثلى و القيمي على المتعارف، و العبره فيه عند تحقق التلف و انه مثل الكيل و الوزن المعبر مثلياً في زمان و قيمياً في آخر أو في مكان دون مكان فيما كان قيمياً عند التلف ضمن قيمته، و ان حصل المثل و كذا العكس، و فيه تدفع القيمه عند تعذره لا يوم الضمان فلا دخل للإجماع فيهما كما لا دخل له في المكييل و الموزون إلّا من جهه كشفه عن تحقق المتعارف لو شك فيه و يسهل الخطب إذا كان المرجع فيه إلى العرف و مذاق الفقاهه في امثاله من الكيل و الوزن و الوسق و الرطل و الصاع تقتضيه فلا حاجه إلى هذه المتعبه.

ثانيها: ان المثل أما ان يتعسر او يتعذر.

و الأول: أما أن يكون تعديره لزيادته قيمته السوقية على قيمه التالف يوم تلفه أو لغره وجوده إلا- عند من يعطيه بأزيد من ثمن المثل الذي ترغب الناس فيه و اللازم تحصيله كيف ما كان بعد كونه مضموناً على كلا الطريقتين فيلزم بالمثل زاد أو نقص و لا ينتقل إلى القيمة فهما معاً و ما قبل من ان الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كما في الهدى و الرقبه في الكفاره خصوصاً مع الحاجه الماسه و معانده البائع موهون بعدم قضاء الضرر بالانتقال في الغاصب قطعاً و في غيره بعدم المفصل لكن في عدمه لو لم يوجد المثل إلّا بالأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد انتهى. و لعله أراد الصوره الثانيه لا مطلقاً لعدم الزيادة عن ثمن المثل في السابقه و يجب نأديه المثل عند المطالبه مطلقاً من دون فرق بين الزمان و المكان لتسلط المضمون له على الضامن الذي لا يرفقه إلّا التعذر المفقود و هو الذي يقتضيه عدل الاسلام و أصول المذهب كما نبه عليه الحلبي " رحمه الله " .

و أما الثاني: فلا شك في سقوطه عند التعذر و وجوب دفع القيمة عند المطالبه لتسلطه على مطالبه الغريم بالعين أو البدل إذا تعذر، و أما مع عدمها فحقه باق في المثل و إن تعذر إذ نفس عدم وجوده لا تعين البدل حيث لا نطالب المضمون له بحقه و تعتبر قيمه يوم المطالبه، و قيل يوم الدفع إذ لو حصل المثل قبل الدفع و بعد المطالبه فليس للغريم الا لزام بالقيمة و لا للضامن كذلك، فالمثل ثابت في الذمه إلى زمان دفع القيمة فالمثل كالدين لا يسقط بتعذر ادائه بل لو وجد المثل قبل تلف عين القيمة المدفوعه فلا يبعد ان للضامن استرجاعها و دفع المثل و المضمون له كذلك أخذاً بما تقتضيه القواعد و مع ذلك احتمال غير واحد بأن العقد سبب للانتقال إلى القيمة، و منعه الاستاذ و غيره بأن سقوط المثل بدفع القيمة عند التعذر لا يوجب براءه الذمه من قبل ادائه و مطابقه الغريم لعدم انقلاب ما في الذمه و تبدله، و هكذا جميع الواجبات التوصليه و التعدييه الكفائيه فإن الذمه لا تبرأ إلّا بوجود الفعل من غيره في الخارج لا بمجرد العلم بأن الغير سيؤخذ ذلك و إن وجب على الغير بالعارض كمن نذر غسل الثوب أو صلاه الميت إذ بالنذر لا يسقط الوجوب عن غيره ثم خدش ذلك بأن التعذر صير المثل قيمياً كما لو لم يوجد ابتداء كما في القيميات، إذ لا فرق بين طرو التعذر بعد الوجود أو قبله فيما لا مثل له و هو جيد لو لا انه لا قائل به لو وجد بعد التعذر قبل الدفع فلو اشتغلت الذمه بالقيمة لألزم بها الضامن مع انه ليس كذلك فما هو إلّا انتقال مراعى كتبرع الغير بوفاء الدين إذ قبله لا- تبرأ ذمه المديون و إن أمكن سقوط الدين بدفع المتبرع، فالدفع للقيمة مثله و مثل ما لو لم يدفعه لعسر مع وجوده فإنه لا يسقط اعتباره بالإعسار فلو ايسر لزم دفعه، ثم انه " رحمه الله " سرد مقاله و أتى بتمام الصور المحتمله في المسأله و ذكر احكامها بما لا مزيد عليه " رحمه الله " و خلاصه ما أفاده (أعلى الله مقامه) هو ان الثابت في الذمه عند تلف العين المغصوبه او المطلقه هو مثلها فقط و لا- يصح دفع القيمة بدلها مطلقاً مع التمكن و عدمه و سواء كان التعذر ابتداء كالقيميات او بالأثناء كغيرها و الرجوع إلى القيمة هو مع المطالبه لجبهه دفع الضرر و عدم سقوط الحق فلا يغرم المتلف إلا قيمه يوم ادائه إذ به يرتفع ضمان المثل و يصل الحق إلى صاحبه و براء ذمه الضامن و هذا هو الموافق لظاهر كلماتهم.

و ظاهر الاستاذ " رحمه الله " ايضاً اختياره خصوصاً في غير القيمي ابتداء، و أما فيه فالمتجه ثبوت قيمه يوم التلف لتحقيق الانتقال و شغل الذمه فينوب مناب الغير المضمونه، و أما لو قلنا ان ادله الضمان لا يتبادر منها إلّا ضمان الأقرب إلى التالف متدرجاً فالمثل يقدم على غيره لقربه فإن لم يكن قام غيره مقامه فينقلب المثل قيمياً عند عدمه ابتداء أو تعذره، و تعتبر قيمه العين عند الأعواز لا قيمه المثل المفقود بعد وجوده زمان وجوده، فحينئذ يعتبر حال الأعواز

لأنه أول ازمته كون المتلوف قيمياً، و يفرّق بين القيمي ابتداءً أو ما أنقلب إلى القيمه بضمان قيمه الأول، أما حين الغصب أو حين التلف أو اعلى القيم فى المغصوب دون غيره فيعتبر فيه احد الأمرين السابقين و يكون المدار فى الثانى على يوم الأعواز و الأعلى منه إلى دفع القيمه ان قلنا به مطلقاً، و احتمال الجد " رحمه الله " صدق تعيين قيمه يوم التلف فى المتعذر ابتداء لعدم شغل الذمه بالمثل ابدأً دون ما طرء التعذر عليه فتجزئ فيه احتمال يوم التلف أو الاعواز او الاداء حسب ما مرّ، و هو ظاهر الفاضل " رحمه الله " و مبنى على ان التمكن من المثل شرط لحدوثه فى الذمه و يمكن منعه و إلّا لجرى ذلك فيما طرء عليه التعذر، فلا تشتغل الذمه بعد العجز لأن استقراره منوط حينئذ فى استدامته و لم يسبقه احد إلى ذلك إلّا انه موافق للقاعده و لازمه ان لا تتعين القيمه إلّا بعد القبض و الأعواز حينه، فلو تعذر ثمّ وجد ليس لصاحبه المطالبه بالقيمه لطرؤ العجز فإن طروه لم يرفع شغل الذمه و انقلاب المضمون قيمياً حتى لو وجد بعد فقده و هو تعين إن لم يكن المشهور على خلافه.

ثالثها: أن القاعده توجب تحصيل المثل بهما امكن لأن له حكم العين الذى يلزم ردها و لو بمثونه فلا ينتقل إلى القيمه إلّا عند التعذر، لكن ظاهر من حكم بالانتقال حين الأعواز لا يلتزم برد العين لو وجدت بعد التعذر و هو كما ترى و يصدق الأعواز بعدم الوجود فى البلد و اطرافه او كان مما لا ينقل عاده و ان وجد فى مقام آخر و هو خلاف القاعده، و إن وجد فى اخبار السلم تحتل ذلك فالمراد بالتعذر هو العرفى لا العقلى.

رابعها: تعرف قيمه المثل بعد فقده بالمتعارف من قيمته لا بالأعلى و لا بالأدنى و الذى لا يوجد له إلّا مثل نادر عند من لا يرغب فى بيعه إلّا بما يريد لا عبره به بل يرفض موجود تتعامل به الناس فلا عبره بقيمه الثلج فى الصيف قبل وجود المكينه و تعارف بيعه و شراءه، فكل ما لم يقدر وجوده فى صدق التعذر لا عبره بوجوده قبل فقده فى التقديم لكن يشكل الحال بوجوده مع المطالبه به، و الظاهر أن حكمه حكم المتعذر لنفى الضرر فلو ضمن له ثلجاً اغتصبه فى الشتاء فطالبه فى الهجير مع وجوده عند من لا يرغب فى بيعه إلّا بأضعاف القيمه ينزل منزله المعدوم، و يستحق قيمته عند التلف او الاعواز و لو تفاوتت القيم للمثل أخذ بما لا ضرر فيه منها و الانصراف إلى بلد القرض أو السلم لا يأتى فى الضمان، و كذا يعتبر قيمه المثل قبل سقوطه عن المالىه، فمن غصب ماء مفازه ينال المغصوب فيها العطب يقرض قيمته المتعارفه هنا و لا- يبرأ الضامن يدفعه وسط الماء لو كانا فيه لسقوطه عن المالىه حينئذ فلا يعدّ المثل وفاءً.

خامسها: لو وجد المثل بعد دفع القيمه كان لا- حكم له لبراءه الذمه بدفع البديل فلا يعود الشغل إذ الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود و إن لم يسقط المثل عن الذمه بالإعواز لأن سقوطه بأداء عوضه كسقوطه بغيره مع وجوده إذا رضى المضمون له بالبديل و مع انقلابه قيمياً عند التعذر فالسقوط اوضح إذ المدفوع نفس ما فى الذمه، و احتمال الاستاذ " رحمه الله " ان القيمه بدل حيلولة التعذر عن المثل فلو وجد انتفت الحيلولة فيعود المبدل، و هو مبنى على ان براءه الذمه مراعاة بعدم وجود البديل كالمرض الحائل عن استعمال الماء الموجب للتييم و لعله هنا لا يمكن ادعاؤه لأوله إلى ضمان عين المدفوع للمالك فلو اتلفه او شىء به فسد بيعه و لزوم مثله فى الأول أو قيمته على ما سلف ورد عينه فى الثانى مع وجودها و لو بأضعاف القيمه أو بدلها، فيتسلسل فى بعض الفروض و لعلمهم لا يلتزمونه مطلقاً مع الرضا بالقيمه او الزام الشرع بها و سيأتى ما يفيد المقام.

سادسها: أن ظاهر مقابله القيمي للمثلى فى كلماتهم هو عدم اعتبار المثل فى الأول و ان وجد المماثل كالكيل و الموزون و تشخيص القيمي اما بالإجماع او بالمتعارف أو بالتنصيص عليه من صاحب الشرع و ليس فى الادله ما يفضى بأن القيمي ما تعذر مثله ابتداء او مطلقاً و بذلك يصرف ظاهر الآيه إذ مع وجود المثل من جميع الجهات و تعين قيمه لم يكن الاعتداء بالمثل فلا يلتفت إلى ما يظهر من المصنف فى القرض تبعاً للشيخ " رحمه الله " بأن الانتقال إلى قيمه عند تعذر المثل يترتب عليه وجوب قيمه يوم الدفع للعين أو للمثل لو وجد ثم تعذر إذ لا يبقى للمقابله وجه و لا للتقسيم معنى و ليس تفسير المثل بعد إحراز، إن التالف من القيمي يوجب فى ادائه لقربه منه فإن ذلك مناسبه بعد خروج القيمي الذى له مماثل عن ظاهر آيه الاعتداء بالنصوص الماضيه بذلك مثل روايه تقويم العبد لقوله "ع": )

من اعتق شخصاً من عبد قوم عليه

( مع امكان وجود المثل، و لذا صحَّ بيعه سلماً و كذا ما قضى بسقوط الدين فى اتلاف المرهون لجابهه الشامل لإمكان البدل و كذا صحيحه ابى ولّاد فى ضمان البغل و غيرها، فنفى البعد من الاستاذ " رحمه الله " فى البحث بعيد جداً، إن لم يكن التفضيل بين المتيسر و عدمه احداث قول ثالث.

سابعها: أن القيمه لو لزم الضامن بدل العين المتلوفه فى البيع الفاسد فهى قيمه العين أو المثل يوم تلفها أو تعذره و نسب ذلك للأكثر و وجه ذلك بكون الانتقال إلى القيمه هو يوم التلف فهو المضمون و قبله الضمان للعين، و خدش بان يوم التلف هو يوم الانتقال إلى القيمه مطلقاً لا خصوص قيمه يوم التلف فلا بد للخصوصيه من دليل فإن فقد رعى جانب المضمون له لتسلطه على الضامن.

و ردّه الاستاذ " رحمه الله " بأن الأصل فى ضمان التالف ضمانه يوم تلفه و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله الذى يجعله بمنزله انه لم يتلف و ليس هو إلّا قيمه ذلك الوقت لحصول التدارك و هو متين، غير ان ضمان العين من حين القبض على هذا النحو و هو ان بقيت ردها، و إلّا اعطى القيمه فتلفها المتأخر عن يوم القبض مع اختلاف القيمه و تعيين قيمه يوم التلف، اما يوجب الضرر على المالك او الغريم لأنه ان نقص عن يوم القبض تضرر المالك و ان زاد تضرر الغريم فينبغى مراعاة يوم القبض لا يوم التلف لأن ضمانه مقيد بعدم تلفه الموجب لقيمه عند قبضه.

نعم، لزوم أعلى القيم فى المغصوب لو قلنا به فبدليله و لو ألحق المبيع فاسداً به كان له حكمه، و هو اعتبار يوم الغصب للروايه و هو دليل آخر لاعتبار يوم القبض و حصول التدارك به لا يوم التلف الذى ربما يزيد أو ينقص غايته.

إنّ الغاصب من بين من عليه العهده يؤخذ بأشق الأحوال فيغرم اعلى القيم و لا يطرد ذلك فى كل ضامن و يكون الزائد فوق ما يتدارك به عقوبه و جزاء لمعصيته.

ثامنها: أن المبيع فاسداً هل يلحق المغصوب فى الغرامه لا- فى الا- ثم أم لا، و الأول الحلى و جماعه، و الثانى لغيرهم، و يستدل للأول بصحيحه أبى ولّاد الكاشفه عن كيفية التدارك و الغرامه فى المضمونات مطلقاً بيوم الضمان فيه، فإنها و ان وردت فى

المغصوب إلاً انهم عمموا الحكم لآتحاد المناط ففى الصحیح عن ابى ولآد )

قال: اكرترب بعلماً إلى قصر بنى هبیره ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت ان صاحبى توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت انه توجه إلى بغداد فأتبعته و ظفرت به و فرغت ما بينى و بينه و رجعت إلى الكوفه و كان ذهابى و مجيئى خمسہ عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذرى و أردت ان اتحلل منه فيما صنعت و ارضيه

فبذلت له خمسه عشره فأبى ان يقبل فتراضينا بأبى حنيفه و اخبرته بالقصه و اخبره الرجل فقال لى: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: أرجعته سالمًا، قال: نعم، بعد خمسه عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل؟ فقلت: اريد كراء بغلى فقد حبسه على هذه المده، فقال: انى ما ارى لك حقاً لأنه اكتره إلى قصر بنى الهبيره فخالف ركبته إلى النيل أو إلى بغداد فضمن قيد البغل و سقط الكراء، فلما ردَّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكواء، قال: فخرجنا من عنده و اخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتى به ابو حنيفه و اعطيته شيئاً و تحللت منه و حججت تلك السنه و اخبرت ابا عبد الله "ع" فقال: فى مثل هذا القضاء تحبس السماء مائها و الأرض بركاتهما، فقلت، فما ترى انت جعلت فداك؟ قال "ع": ارى عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل و من النيل إلى بغداد و إلى الكوفه و توفيه إياه، قال: قلت: فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه؟ فقال "ع": لا لأنك غاصب، قلت: أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم، قيمه بغل يوم خالفته، قلت: فإن اصاب البغل عقرًا أو كسر أو دبر؟ قال "ع": عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه، قلت: ممن يعرف ذلك؟ قال "ع": انت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك و ان ردَّ عليك اليمين فحلفت على القيمه لزمك ذلك أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك

( الخبر، و دلالتها على المطلوب من قوله قيمه بغل يوم خالفته الظاهر كما ادعاه الاستاذ " رحمه الله " ان مراده "ع" قيمه بغله يوم المخالفه لا قيمه مثل بغله فليس منها دلالة على ضمان القيمي بالمثل و ان اسقاط لام العهد من البغل من جهه اضافته إلى اليوم و هو قيد للقيمه او للاختصاص الحاصل من الإضافه إلى البغل و بَعْد " رحمه الله " تعليق الطرف بنعم الواقعه بعد يلزمك بل نفى امكانه بتقرير ان مورد السؤال بعد الفراغ من ضمانه بالتلف بسبب المخالفه انه أى قيمه يدفع عند اختلاف قيم البغل لا أن يلزمه دفع القيمه ام لا- و هو جيد غير ان العبارة محتمله للوجهين يدل على الأول ان السائل اراد تقرير ما حكم به ابو حنيفه بأنى لو ضمنته لم أودى كراه بخيال ان المضمون لا تضمن منافعه فأجابه الإمام بضمن الجميع و عين له ما يضمنه من قيمته حسب ما فهمه الاستاذ " رحمه الله " و يرشد إلى الثانى أن السائل لما الزمه الإمام "ع" بالكراء توهم ان سبيله سبيل العين المستأجره من عدم ضمان عينها فأجابه الإمام "ع" بلزوم يوم المخالفه قيمه بغل بنصب اليوم و تنكير البغل و إنما نكره لعسر معرفه قيمته حين المخالفه لو عطب فلا بد من غرامه قيمه مثله لانحصار براءه الذمه بذلك و هو ظاهر.

لكن الاستاذ " رحمه الله " قال: و لم يأت بشىء يساعده التركيب اللغوى و لا- المتفاهم العرفى .. الخ، و لم يصل ذهنى لتمام مطلوبه و مما يؤيد ذلك قوله: (

أو يأت صاحب البغل بشهود .. الخ

(، فإن الغرض من ذلك اثبات قيمه البغل يوم المخالفه لأنه يوم الاكتره لقرب القصر من الكوفه فهو طريق آخر لمعرفة قيمه بغله حيث لا يوجد المثل أو يتنازعا على مثليته فليس فى الخبر دلالة على ضمان القيمي بالمثل، و إنما هو لأجل انه طريق إلى معرفه قيمه القيمي كالشهود فالإمام ذكر لذلك طريقين و حينئذ فهى صريحه بضمنان القيمه يوم القبض لا يوم التلف إلا أن بعضهم حمل الروايه على التعبد و خصَّ الحكم بالدابه المغصوبه و بعض اطلق لاضطراب متن الخبر و مخالفته للأصل.



و لقد اشبع الاستاذ " رحمه الله " القول فيها بما ملخصه تيمناً و تبركاً و تلذداً بذكر كلماته فإنه بعد الاستشهاد بالفقرتين جعل الميزان في أصابت العيب قيمه يوم المخالفه لا- يوم الرد فعلق يوم ترده بعليكم و لم يجعله قيماً للقيمه فمعناه عليكم يوم الرد القيمه لا عليكم قيمه يوم الرد، لعدم

العبرة بأرش يوم الرد لتبعيته لتقويم العين سليمة و ناقصه و هو يوم حدوث العيب لا يوم ردّه للعين، إلّا ان يزيد العيب يوم الرد على يوم حدوثه فهو و ان قارن التقويم يومه إلّا انه اتفاقى لا تناط به القيمة لأنه لو نقص اعتبر حدوثه بل و ان ذهب و عاد إلى الصحة فإن الضمان بحدوثه لا يرتفع، و حينئذ لا تعرض للرواية ليوم هذه القيمة انها يوم حدوث العيب الذى ذهب وصف الصحة فيه الذى هو جزء من العين فى الضمان و المعاوضه أو إنها يوم الغصب الذى قلنا بظهوره من الرواية مع الاستشهاد بالفقرتين فيكون ذلك قرينه على اراده يوم المخالفه، إلّا ان يكون التعبير به لدفع توهم ان القيمة قيمه ما اشتراه به المرسوخه بالأذهان العوام فذكر الإمام "ع" يوم المخالفه و من البعيد اختلاف قيمه البغل فى مثل مده سيره مع رجوعه سالمًا سليمًا فلا يناط الحكم به بعد هذه القرينه و أيده بذكر يوم الاكتراء فى ذيلها الظاهر بعد اعتناء المتكلم بيوم المخالفه لأن الكراء غالباً بمحضر المكارين و غيرهم فى المكان المعد لذلك و ايده أيضاً بأن سماع بتيه المالك و قبول قسمه لا يلتئم مع كون المناط يوم المخالفه لأن البينه على صاحبه لو قبل قوله "ع" مخالفه قبول قوله للأصل و لو حمل على انهما تراضيا على القسم بدون المحاكمه، و إن المالك اعرف ببغله فله الحلف و له ردّه فهو تمحل بخلاف ما لو كانت العبرة بيوم التلف و ادعى المتلف نقصان قيمته عن شراءه او عن قيمه بعلمها فاليمين يتوجه على المالك حتى لو اثبت القيمتين بالشهود فهو بعيد و ابعده منه الاستشهاد بها على اعلى القيم من خبر الغصب إلى حين التلف مع عدم دلاله فقره فيها على ذلك هذا خلاصه ما أفاده مما التقطه من كلماتهم فى الغصب و لعل الجرى على الضوابط الشرعيه، و قصر الروايه على موردها او الاعراض عمّا يخالف ذلك فيها اولى من التصرف فيها بما يخالف المشهور.

تاسعها: أنه ذهب جماعه من المحققين إلى لزوم التدارك بأعلى القيم حين الغصب أو القبض فى البيع الفاسد و غيره إلى حين التلف سواء قارن التلف أو تقدم عليه و فيما لو تأخر عنه تردد المصنف فى الغصب و لم يعرف لغيره و لعله الجبهه أن الضمان بالمثل حتى فى القيمى و ان دفع القيمة لإسقاط المثل الذى حصلت الزيادة فيه و قد عرفت ما فيه مع عدم ما ينهض لإثبات ارتفاع القيمة قبل ردّ العين لو لم تتلف و تلفها حين نقصان قيمتها بعد الزيادة لا يوجب ضمانها زائده لعروض ذلك لها فى بعض الأناه إذ التلف لا يعين ذلك و غايه ما استدلوا عليه بضمن العين زمن الارتفاع لو قارنه التلف فكذا مع تأخره عنه لعدم ارتفاعه بعد ثبوته و فيه ان المضمون هو العين دون الوصف العارض لها الذى لا يعد جزءاً كى يضمن فواته، و إلّا لضمن مع وجودها و قول بعضهم ان الضمان بمجرد الارتفاع المراعى بالتلف و إن زال الارتفاع حينه إذ بزواله لا يزول الضمان مرهون بمخالفته لأصل البراءه من ضمان غير العين و بحكمهم أدله الضرر على المالك يعارضها ما قضى بعدم ارتفاع القيمة السوقيه مع أن أدله الضرر لا عموم فيها لكثرة الخارج فنقتصر على ما ثبت بدليل منها.

و وجه الاستاذ " رحمه الله " دليل الضمان بأن الحيلولة كالتلف فكما يتحقق الضمان مع الارتفاع فكذا بالحيلولة مع تعقب التلف فإن عدم تمكن المالك فيهما سواء و تخلّص عن عدم ضمان الارتفاع مع ردّ العين بأن زيادة القيمة السوقيه امر اعتبارى لا يقوم بنفسه فيضمن لكونه ليس من الاحوال، فإن يروده الماء و حرارته الباعثه على زياده القيمة و نقصانها لا يسمى مالاً و لا يلحقه الحكم و إنما هو مقوم لماليه المال و مميز له عن مماثله فمراتب ماليه العين تختلف بحسب مرور الزمان عليها فإذا أزيلت يد المالك عن العين و حيل بينها و بينه فإن ردت اليه عينه فلا مال سواها يضمن و ان تلفت فى يد مانعه عنها استقرت تلك المراتب و دخل الأدنى فى الأعلى نظير منافع العين المختلفه المتضاده فإن المضمون أعلاها فلو أزيلت يده عمّا

يساوى دينار او تناقص حتى بلغ الدرهم وقت التلف لم يرتفع ضمانه للدينار الذى ثبت و اشتغلت به الأمه حين الغصب فيستصحب بقاءه لحديث اليد و ليس هو من الشك فى التكليف فتحكم فيه اصاله البراءه من الزائد إذ ذلك فى غير ما ثبت.

هذا غايه ما أفاد و هو بيد الحكم بالتبعيه لا يتصور لضمانه معنى لعدم تحقق التلف الذى يستعقبه الضمان مع فرض عدم الماليه، و إلا لغرم المالك مع اباحه التصرفات و ضمان العين إذا حصلت الزياده بيد المتصرف لأن هذه الزياده مملوكه له من حيث المأذونيه فعدم ضمان المالك لها يؤذن بعدم قابليتها للضمان إلا مصاحبه للعين يوم تلفها لأجل استحاله تعلقه بها منفردا فمتى زالت بقى ضمان العين بحاله لم يختلف حاله فإن الضمان لا بد له من متعلق و لو كان متعلقه حاله الارتفاع لوجب أخذ التفاوت مع بقاء العين و ردها للمالك و هو لا يقول به و لو نفع استصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد لجرى أيضاً مع بقاء العين، و الحاصل انه بعد ما كانت زياده السوق من الأمور الاعتباريه و لا تقوم لها إلا من حيث المصاحبه لا تكون متعلقاً للضمان عند الانفكاك فينحصر الأمر، أما ينفى كون الزياده أمر اعتبارى أو عدم الضمان و هذا من الأمور الواضحه مثلاً لو ضعف الباز عن صيد بعض افراد الغزال

فنقصت لذلك قيمته و تلف لا- يقابل ذلك الضعف بالمال فيضاف إلى القيمة أو المضمون قيمه صقر فائدته صيد الغزال و هكذا، فالزمان كالمكان الذى تختلف القيمة فى أفراده بأن غصبه فى مكان يساوى به عشره و طالبه بمكان يزيد او ينقص عنها و تلف فى مكان كذلك فالمعتبر قولاً واحداً محل التلف لأن تداركه بحسب ماليته و هى تختلف بحسب الأماكن فليلحظ، أما لو كان الارتفاع من زياده فى العين لا فى السوق فقد نفى الخلاف غير واحد فى ضمان اعلى القيم لأن الزيادة بمنزله الجزء و لا اشكال بضمانه منفرداً لو تلف تابعه للعين و لو لا نفى الخلاف لكانت أيضاً مورداً للخلاف فى ان العبره بيوم فواتها أو ضمانها أو اعلى القيم لماليتها كالعين.

### خاتمه فيها فوائد

منها أن الحيلولة بين الغاصب و العين بسرقة أو غرق أو ضياع أو أباق أو منع ظالم لا- يقدر عليه يحكم التلف كما صرح به المعظم فى الامانات المضمونه، و ليس حصول اليأس شرط و ان قيل به خصوصاً لو قصر زمان الحيلولة كاللوح فى السفينه المغصوب مع قرب الجدد و فيها مال لغير الغاصب، فإنه ينتقل إلى القيمة جمعاً بين الحقيين و لعدم منافاته لتسلط الناس على اموالهم بعد الخروج بالقيمة عن عهده، و أما انتزاع اللوح و غرامه الغاصب لما فى السفينه لأنه يؤخذ بأشق الأحوال بعيد جداً لتسلط غير الغاصب على منع الغاصب و لا مكان ضمانه لمال الغير لصدق من أئلف إلا أن يكون الزمان غير معتد به عرفاً كأن تقف السفينه فى الساحل، و لا يخرج الغير ماله منها و ان كانت اجارته لغير هذا الساحل فيجوز الانتزاع حيثئذ، و لو توقف رفع الحيلولة على مقدمات فالظاهر لزوم تحصيلها على الغاصب كما لو توقف انتزاع اللوح على غرق حيوان للغاصب يحرم تلفه مما يذكى فإنه يلزم بذبحه فيعود مالاً له فلا يحرم.

إلاً إنَّ الشهيد " رحمه الله " فى ظاهره حكم بعدم الانتزاع إلى الساحل و لا نعرف وجهه فإن أُلزم بتحصيل المقدمه و ردَّ العين تسقط القيمة زمان السعى فليس للغاصب الالتزام بها لعدم سلطنته على غير العين و يحتمل الانتقال عند التعذر فى الحال و هو الأوفق.

و منها انه يجوز للمالك الامتناع من قبض القيمة قبل اليأس من تحصيلها و لذا يلزم الضامن مما يتوقف على رفع الحائل من جهه قاعده التسلط إلا إذا اخرجت العين عن المالىه كما ذكرناه سابقاً.

و منها ان القيمة لو قبضها المالك فهل يملكها قبل التلف للعين او لا يملكها إلا بالتلف، و إن أبيض له التصرف بها كالأباحتى فى المعاطاه ظاهر المشهور الأول، و مال بعض من قاربنا عصره إلى الأخير و هو المناسب لعدم انتقال العين بدفع القيمة إلى الغاصب و بقائها على ملك المالك إذ لا- تلازم بين خروج الغرامه عن ملكه و بين ملكيته لما ضمنه لعدم كونها معاوضه ليجمع بين العوض و المعوض بل هى غرامه، فالمبدول قبل تلف العين و بعده سواء بالنسبه إلى العين المضمونه، لكن المحكى عن العلامه الحلى و الشيخ الصدوق و الشهيد الثانى الاشكال فى ذلك لشبهه الجمع بين العوض و المعوض و عدم جعل القيمة فى مقابل الحيلولة بل حكم الثانى بالملك المترزىل إلى حين اليأس من الظفر بالعين المغصوبه و استحسنة بعض من تعقبه و المناسب لأصول المذهب و قواعده و لحديث نفى الضرر و هو ملكيه البدل المدفوع عوض العين مطلقاً و زوال المانع ناسخ من حينه

لتلك الملكيه كالماء الناقض للطهاره بالصعيد فيرجع كلُّ إلى ملك صاحبه مع بقاءه و مع تلفه ينتقل إلى البدل من البدل و  
المبدل جمعاً بين الحقين و دفعاً للضرر، و يتفرع عليه ان تلف كل منهما يذهب من كيس القابض فأُتلفت العين

المضمونه، فهي من مال الضامن و لا رجوع له على المغصوب منه و ان تلف البدل و ارجع الغاصب العين رجوع على المضمون له بالقيمه أو بدلها لعدم دفعها له مجاناً و إن لم يكن على سبيل المعاوضه لكن البدليه توجب ذلك و سلطنته على اتلافها لا يورث عدم ضمانها بعد رجوعها إلى الغارم بفسخ ملكيتها فهو من قبيل ظهور الدين بعد تصرّف الوارث بالتركة فإن الموت سبب للتملك و ظهور فاسخ له، و لولاه لما خيّر الوارث بالوفاء منه او من غيره.

لكن الاستاذ " رحمه الله " فرّق بين التلف و انقطاع السلطنه فحكم بالملكيه فى الأول و التسلّط بلا ملكيه فى الثانى و إن المدفوع بدل رفع سلطنه المالك فيتدارك بتسلطه من الضامن على ماله، و استثنى بنعم السلطنه المتوقفه على الملك لتوقف بعض التصرفات كالعق و الوقف عليها فأوجب ملكيه المبدول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهد معترفاً ببقاء العين المضمونه على ملك مالکها و حاكماً بالإباحه و السلطنه المطلقه على البدل المبدول و مرجعاً للملكيه و عدمها فيما يتوقف عليها من التصرفات إلى حكم المعاطاه، و لا داعى إلى هذا كلّ بعد امكان الحكم بالملكيه فى التلف و الحيلولة فإذا ارتفع المانع من ردّ العين انفسخ المالك، كما قررنا غير أنّ هذا لا يناسب ما عن الاشهر من ملكيه البدل مطلقاً و انه بمنزله الدين فى الذمه الذى يملك صاحبه بقبضه و انه لو لم يكن مملوكاً لم يفد فى دفع ضرر المالك بل ربما يكون ضرراً عليه للزوم حفظه لمالكه و نحوه، و ان جواز التصرّف فيه لا بد و ان يكون على وجه يشمل ما يعتبر فيه الملك فيتحرر ذلك انه لا سبيل للغاصب و لا من يحكمه على استرجاع البدل بعد ملكه له و الأصل للزوم، فإن تمام البدليه موقوف على تماميه الملك التى منها عدم تسلّط الغاصب عليه ذلك، و فى الإيضاح لو اجبر على الرد لكان نقصاً فى البدليه و لا يرغب العاملون فيه و اعرض عن ذلك كثير من المحققين لمنافاته للاعتبار، و لاحتمال الجمع بين العوض و المعوّض، و ان حتى تؤدى ظاهر فى ان ملك المغصوب منه متزلزل مراعى بعدم المال فينفسخ الملك قهراً بالأداء الذى هو غايه الضمان، و لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لجهه عدو وصول ملك المالك إليه فهو اما بدل أو لجهه الحيلولة، و الأول قد زال برجوع المغصوب لمالكه و مع زواله لا يمكن عدم رجوع كل من البدلين لصاحبه، و الثانى أيضاً ارتفع فلا وجه لعدم الرد أيضاً. نعم، استثنى بعض المتأخرين منه ما إذا لم يبق للعين المغصوبه قيمه فحكم بخروجها عن ملك المالك بذلك و فرغ عليه جواز المسح بالرطوبه الباقية لو علم الغصب لو علم بالغصب بعد الشغل قبل المسح و استجوده شيخنا لأن اقتضاء ملك القيمه خروج المضمون عن ملكه لكونه عوضاً شرعاً، و رده الاستاذ بعدم الدليل على هذا الاقتضاء لأن بدليه القيمه لتدارك ما ذهب من المالك ففى تلف العين لا مورد للملكيه و فى ذهاب السلطنه على العين الذى به قوام ماليه العين، فالقيمه بدل عنها لا عن العين فهي بدل انقطاع السلطنه مثل سرقة المال او غرفه و هو المسمى ببديل الحيلولة و فى ذهاب الاجزاء التى بها قوام الماليه و خروج العين عنها، فالقيمه بدل ذلك الفائت من الأوصاف و الأجزاء لا بدل العين فلا تخرج عن الملكيه فأين الاقتضاء بل العين باقيه على ملك المالك فلا يجوز المسح بها إلا بأذن المالك و مثله ما لو خاط بخيوط مغصوبه ثوبه و طلب المالك نزعها و ان اقتضى إلى التلف و جب ثمّ يضمّن الغاصب النقص و لو لم يبق لها قيمه غرم جميع القيمه و حينئذ المضمون الأوصاف التى تقابل بجميع القيمه لا نفس العين، و لو تلفت ليس لها عهده ماليه إلا انه لا يخرجها ذلك عن المملوكيه كحبه الأرز و هو جيد لا غشاوه عليه سوى ان الشارع فى بعض المواضع اخرج الملك عن مالکة قهراً و أقام عوضه مقامه مثل وطئ الغير لحيوان غيره، و مثل ما لو تعددت الأيدي و غرم صاحب العين غير من تلفت فى يده فإنه يملك الغارم

ما بذمه المتلف للمالك فإذا ثبت ان المؤدى عن المضمون عوض شرعى فلا يبعد صحة الوضوء حينئذ و ذلك ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالانتزاع و مثله الصبغ بالمغصوب فلو خُصّب كرمته بحناء مغصوبه لا حكم لولونها لزوال ماليته فلم يجب الحلق فى الصلاه إلاً ان يقال ان ذلك من جهة الضرر على مالك المخيط كالبناء المستدخل فيه خشبه مغصوبه، فهو و إن كان مملوكاً للغير لكن لا- يترتب عليه الأثر كالحبس فى مكان مغصوب، و كغصب المال بولايه الجائر لو رغب الضروره اليها فإنهم حكموا بجواز ذلك و ان ملكيه المالك حينئذ لا اثر لها، و كذا لو أقرّ بالغصب بعد بيع الغير أو قيام انها لغيره فإن ظاهر الشرع يقتضى زوال ملكه المقر له عنها فيملك القيمة مع بقاء العين فهى فى الجميع بحكم التالف قبل، و مثله ما لو استحال المغصوب إلى يحرم التكتسب به كما لو غصبه خلاً فصار خمراً فينزل منزله المتلوف و يتفرّع عليه انه لو عاد إلى حالته لا- حق للمالك فيه و لا- يبقى بغير مالك فيعود للغارم و إن استشكل به غيره، و لعله من استصحاب وجوب الرد و من تغيير الموضوع فيورث ذلك، ان ظاهر البدليه كونها عن العين لكن الملكيه للغير بالحيولوله على سبيل التزلزل بعد قبول القيمة تصح جميع التصرفات لمن كانت فى يده، و نماء القيمة للمغصوب منه و العين للغاصب ما دام المانع و هو معنى الاقتضاء الذى قاله شيخنا " رحمه الله " فليلاحظ.

و منها إن الغارم يخرج عن عهده العين بأداء القيمة فلا يضمن النماء مطلقاً و لا الزيادة كذلك و لا ارتفاعها بعد الغرامه إلى حين التلف فى المتعذر، و قيل بالضمان لأن ضمان المنافع تتبع العين، و المفروض أنها لم تنتقل إلى الغاصب بالغرامه و هى باقيه على حالها، و لكن الأرجح خلافه كما أن الأقوى ضمان المنافع و الزيادة الحاصله بعد التعذر و قبل الغرامه للفرق بينه و بين التالف فلا يثبت له حكمه و إن عطف على التالف فى بعض العباثر لعدم الزام المضمون له بالقيمة إلاً بالتلف، فلو صبر حتى يرتفع العذر له ذلك فتبقى العين فى عهده الضامن إلى ان تتلف فيضمن ارتفاعها قطعاً و مثله دفع عن المثل فى المثلى فتمت ارتفاع العذر و صار ردّ العين ممكناً لزم ردّها و ان توقفت على موته فإن سقوط وجوب الرد للتعذر عقلي، فلا- يستصحب عند ارتفاعه و فائدته سقوط الضمان لو تلفت العين قبل ارتفاع العذر عملاً بعموم على اليد المغتيا بقوله حتى تؤدى. نعم، طرؤً التمكن لا يرجع الغرامه إلى ملك الدافع فيحدث للعين به ضمان جديد من يومه أو يوم التلف أو أعلى القيم لاستصحاب كون العين مضمونه بهذه الغرامه و مجرّد عود التمكن لا يوجب سلطنه المالك على العين و لا ينفى ملكيته عن الغرامه ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض فخيال ذلك من جهة قدره الغاصب على اعاده السلطنه لا وجه له لأنه لا يفيد إلاً حكماً تكليفاً بوجوب الرد. نعم، لو دفع العين زالت ملكيه المالك عن الغرامه إلاً إذا قلنا بأن دفع الغرامه كان بدلاً عن القدر الفاتت من السلطنه حال التعذر فلا تزول ملكيه المضمون له عنها بدفع العين و لذا حكموا فى غير المقام بأن للأجل قط من الثمن.

و استضعفه الاستاذ " رحمه الله " إلى الغايه و حكم بأنه يدل عن اصل السلطنه يرتفع بعددها فيلزم دفعه او دفع بدله مع تلفه او خروجه عن ملكه بناقل و ان كان جائزاً دون نماء المنفصل، و لا يطالب بالغرامه إلاً بعد دفع العين لأنها عوض السلطنه التى لا تعود إلا بدفع العين لا عوض قدره الضمان تحصيلها للمالك و ان كان للمالك المطالبه بها فى كل وقت لأنّ المال المدفوع لم يكن عوضاً عن سلطنه المطالبه فليس له ذلك إلاً بعد دفع الغرامه بل هو عوض عن سلطنه الانتفاع على الوجه المقصود من الاملاك و لذلك لا يباح بمجرد بذل الغرامه.

و فرع عليه " رحمه الله " عدم جواز حبس العين عن المالك مع المطالبه أو مطلقاً إلى ان يتسلم الغارم المال رداً على من قال به باعتبار ان القيمة لا تخرج عن العوضيه اما عن العين او عن السلطنه، و إن لكل من المتعاضين حبس ما فى يده حتى يتسلم ما بيد الآخر خصوصاً فى البيع الفاسد و المقبوض بالسوم، و رده بأن ذلك ينفى جواز الجمع بين العين و الغرامه للمالك مع انهم لا يقولون به إذ العين بنفسها ليست عوضاً و لا معوضاً فالمالك سلط عليها و الغرامه عوض عن السلطنه الموقوفه على قبض العين فبعد رجوعها و قبضها يتسلط الغارم على المطالبه بماله، إلا أن يقال بأن له حبس البدل و قد فرضته السلطنه و هو بدون حبس العين لا- وجود له بل يتوقف حبسه على حبسها فحبسها من باب المقدمه، قال: و الأقوى الأول انتهى. و هو كلام وجيه غير انه موقوف على اثبات ان المال المدفوع بدل عن تأخير العين و رفع يد المالك عنها مدّه التعذر أو عن مطلق السلطنه و هو اختار الأخير و لم يذكر وجهه مع ان حبس العين المفقوت لمانفعتها بالنسبه إلى ضمان المنافع فيه خلاف فيكون المال عوضاً عنها فقد يستوعبه المنفعه، و قد يتبعض فليس للغاصب التسلط عليه و مع ان الاشهر ذلك فى حبس الحر المستأجر مدّه معينه و العبد المكاتب أو الذى ضرب عليه ضريبه فى اليوم او الشهر ضمان الضريبه و مال الإجاره، فيصح أن يحبس البدل بعد قبض العين أو رفع الحجر عن الحر حتى يستوفى المسمى من الحابس لهما او يدخل فى ملكه لأنه بدل عن ذلك و الحاصل ان اللازم تتبع موارد الحبس فقد يلزم فى بعض الموارد و قد لا يلزم فى احد العوضين و يلزم فى الآخر، و قد يملك البدل و العين، و لا يلزم الجمع بين العوضين و يلزم اجراء القواعد و الأصول فى غير المنصوص فكل موضع يصح الحبس فيه و يجوز شرعاً لا يجرى عليه حكم المضمون المغصوب لأن حبسه بحق نعم يضمه لأنه قبضه لمصلحه نفسه بقيمه يوم التلف على ما صرحوا به لأنه الأصل فربما زادت على الغرامه و قد تساويها و قد تنقص و احتمل بعضهم ضمان اعلى القيم من حين الحبس إلى التلف على ما سبق و لا يختلف الضمان بالنسبه إلى أسبابه إلا المغصوب لو عمل بصحيحه أبى ولاد من الضمان يوم المخالفه بالمثل و القيمه لا حين التلف، قال الاستاذ " رحمه الله " لم نجد مأخذاً واضحاً لما أشتهر من ان الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال و هو كذلك لأن ذلك من مخالفتنا فجرى على الألسن.



## بيع الصبي

و أما الشروط التي ينتفى بانتفائها المشروط و لا يصح بدونها العقد و هي أقسام:

فمنها ما يتعلّق بالمتعاقدين و إن كان العقد لغيرهما و هو البلوغ الشرعى و العقل و الاختيار بعده فلا يصح بيع الصبي الذى لم يبلغ أشده و لا شراءه، فلو حصل تلحقه احكام البيع الفاسد على الأشهر بين الطائفة بل و لو اذن له الولي أو اجاز معاملته ان لم يأذن، و كذا لو بلغ عشراً على الأشهر، و إن كان مميزاً غير الامام فإنه لا يلحقه احكام الصغر قولاً واحداً عندنا لعدم سلب عبارته الذى هو السبب فى فساد معاملته مطلقاً لتنزيله منزله المعدوم فهو كالصدي و كناطق الطائر و الحجة فيه بعد الاجماع المحكى على لسان جماعه الأصل و عموم أدله الحجر المغيا و شرطيه العقد التي يتوقف احرازها على قبول خبره، و جمله من النصوص كقول أبى جعفر "ع": )

الغلام لا يجوز امره فى البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنه

(، و روايه سنان )

متى يجوز امر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ اشده، قال: ما اشده؟ قال: احتلامه

(، و قوله "ع": )

رفع القلم عن ثلثه الصبي حتى يحتلم

(، و معنى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم، و صحيحه بن مسلم ان عمد و خطاه واحد و روايه قرب الاسناد عن ابى البخترى عن جعفر عن ابيه عن على "ع": )

المجنون و المعتوه الذى لا يفيق و الصبي الذى لم يبلغ عمدها خطأ بجمله العاقله و قد رفع عنهما القلم

( و غيرها مما ورد معتضد يظاهر الاتفاق المحكى فى جمله من العبائر و باستلزام صحه عقده فى بعض الاحيان ارتكاب احد محذورين، أما التصرف فى مال اليتيم بغير ما هو احسن الممنوع او الضرر بالصبر إلى البلوغ و مع ذلك خالف بعض السلف فمال إلى الصحه مع الإيذن مطلقاً، و ببلوغ العشر مع الرشد تمسكاً بعموم الوفاء بالعقد و بآيه الابتلاء و بالاعتداد بعبارته فى احرامه و تدبيره و اذانه و وصيته و طلاقه و هبته و عتقه على الأشهر فى بعضها و بإذنه بدخول الدار و ايصال الهديه و نحو ذلك و بمرسل إذا بلغ عشر سنين و كان رشيداً كان جائز التصرف المردود كل ذلك بوجود المخصص للعموم او الخطاب للمكلفين فلا يندرج فيه غيرهم و لأخصيه آيه الابتلاء من المدعى و عدم وضوح دلالتها على جواز التصرف مطلقاً و احتمال إرادته الاختيار بالبلوغ و الرشد فى غير البيع من مقدماته و قياس البيع على المستثنى ممنوع ان قلنا بالاستثناء للدليل و المرسل مع ضعفه بالإرسال و جمله على البلوغ بالعشر تقيه يمكن ان يشار به إلى ما قضى الدليل بجوازه مثل الوصيه فالمنع مطلقاً هو الأولى، و جعله شيخنا

من البديهيّات المسلّمه بينهم مطلقاً، غير ان ما سوى الإجماع ظاهر في منع استقلاله بالتصرّف بمعنى عدم مضيه كالفضولي فلا ينافى وقوفه على شىء آخر من البلوغ أو اجازة الولي لمعاملته، و حديث رفع القلم ظاهر في عدم المؤاخذه لا سلب عبادته التي منها جعل الاحكام و إلّا لكانت عبادته غير شرعيه، مضافاً إلى ان السببيه و الشرطيه المستفاده من الشرع المعبر عنها بالأحكام الوضعيّه لا تخص البالغين فعقده سبب ناقص يتوقف تأثيره على اذن الولي او البلوغ، و كذا يعاقد كما في جنابته سبب لوجوب غسله بعد البلوغ و للزوم منعه عن مسّ الكتاب، و لو سلّم اختصاصها بالبالغين فلا مانع من ان الفعل الصادر في الخارج موضوعاً للحكم المختص بالبلوغ كالثوب الذي غسله قبله فإنه يكلف بالصلاه به بعده إذا احتاج ذلك كقهره فإنه تكليف بتنفيذه بعد بلوغه و لأجله تردد المصنف بعد ما جزم بالصحه في العاريه في اجازة الصبي بإذن الولي، و كذا الفاضل و ابنه قوى الصحه بإذن الولي و تبعه المولى الاردبيلي و بنى جامع المقاصد المسأله

على ان أفعال الصبى و اقواله شرعيه ام لا فيرهن ذلك فى الإجماع الذى هو عمدته ادله المسأله.

و اعتمد الاستاذ " رحمه الله " فيها على مساواه عمد الصبى لخطئه فى الخبر السابق المذكور فى الجنائيات لعدم اختصاصها بها و إلاً لما تمسكوا به بنفى الكفاره فى الاحرام مع العمد عن الصبى و عن وئيه لوقوع فعل ما يوجبها منه لعدم الأثر لعمده فجعل ذلك شكلاً منطقياً و هو ان قصد الصبى خطأ و كلما هو خطأ لا يترتب عليه الحكم المرتب على القصد فى غيره فيتيح عدم ترتب الحكم على قصده كالهازل و الخاطى و الغالط استأنس له بروايه ابى البخترى السالفه بتقرير ان رفع القلم فى ذيلها اما عله لثبوت الديه على العاقله لعدم المؤاخذه و الجزاء دنيا و آخره فلا يثبت فى مالها الديه فى الخطأ و لا القصاص فى العمد لجهه رفع القلم، و أما معلول لكون عمدها خطأ فيكون ذلك عله لرفع القلم عنهما من حيث ان الشارع الغى قصدهما و جعله بمنزله العدم فلا يسمع اقراره و لا يقتض منه و ان اذن الولى، و لا يبقى الحكم مراعى إلى ما بعد البلوغ بعد ان تساوى القصد و عدمه و إلا لخالفوا البالغين من حيث ثبوت الحكم لهما قصداً او لم يقصد فإذا لم يلزم الصبى و المجنون ما يلزم البالغين او قصدوا حتى بعد البلوغ و الإفاقه و حتى مع اذن الولى لأنهما لا اثر لهما فى حدوث فيوجب ذلك سلب عبارتهما و عدم العبره بإنشائهما مطلقاً و إلاً لقيده الحكم فى الصبى بما يصدر من دون اذن وئيه المفروض عدم القيم لأنه كالمجنون و المعتوه و مقتضى ذلك أيضاً عدم تغريمهما لو اتلفا مال الغير قضاء لعليه رفع القلم مع ان المشهور عدمه، و خرّجه الاستاذ بعدم لزوم ذلك إذا كان رفع القلم معلولاً عله إذ عليه ان يكون المرفوع هو الحكم الثابت للقصد إذا وقع من البالغ، و أما ما ثبت مطلقاً مثل الاتلاف فلا يقضى الخبر برفعه إذ عدم الاعتبار بقصده إذا كان عله لرفع القلم يكون مفاده ذلك فلا نقض بالاتلاف بخلاف ما إذا كان معلولاً فانه يتم النقض فلا بد من التماس دليل على خروجه، هذا خلاصه تحقيقه أمراً باغتنام فهمه مرجحاً بحاصله لكلام المشهور فى سلب عبارته مطلقاً من دون فرق بين اليسر و الخطير و لا بين اذن الولى و عدمه إلى آخر ما دام بيانه و هو وجيه لو لا معارضته بالنصوص المسنده بجواز اطلاقه و وصاياه و اقامه الحدود عليه و المرسله يقتض من الصبى إذا بلغ عشرراً و فى اخرى خمس اشبار، و فى خبرين شداد عن العسكري "ع": )

إذا بلغ ثمان سنين فجائز امره فى ماله و قد وجبت عليه الفرائض و الحدود

(، و قد عمل بها الشيخان و الصدوقان و جماعه و فى صحيح ابى بصير عن ابى جعفر "ع" قال: )

سئل من غلام لم يدرك و امرأه قتلا رجلاً؟ قال "ع": ان خطأ المرأه و الغلام عمد و غيرها مما يخالف ذلك

(، و قضيه الجمع اما باختصاص الرفع عن الحكم التكليفى لا الوضعى كما فى رفع عن امتى على بعض الوجوه او التفصيل بين قصده و عدمه فيطابق فى القصاص ظاهر الكتاب، مع انه لو كان رفع القلم معلولاً للقصد فى رفع حكمه يلزم ثبوت الخطأ فى ماله و المفروض نفيها على انه لا يطابق غيره من اخبار رفع القلم لعليته فيها و كلامهم واحد و المسأله تحتاج إلى البيان خصوصاً بعد ما ذكره أولاً من عدم مانعيه كون فعله موضوعاً للحكم بعد البلوغ و الله العالم، و أما وجه تمسكهم فى رفع كفاره الاحرام فى كون عمدته خطأ فيحتمل انه لجهه كونه ليس من حقوق الناس فيتجه رفعه و ان جعله الشارع سبباً فيفرق حينئذ بين الاحكام الوضعيه و مما يدل على صحه معاملته أيضاً حكايه أبى الدرداء انه اشترى عصفوراً من صبى فأرسله و ما عن السكونى عن ابى

عبد الله "ع": انه نهى عن كسب الغلام الذى مقامه بيده معلماً انه ان لم يجد سوق و لا وجه لحملها على الجواز فى الاشياء  
الحقيره دون غيرها كما فعله الكاشانى " رحمه الله " لعدم ما يدل على الفرق بعد احراز القابليه

لمساواه الحقير وغيره في الحجر و تعليله بلزوم الحرج في المنع مطلقاً ممكن لعدم تحققه في المحققات فقط دون غيرها، و وجوده في الجميع رجوع إلى استقلاله في التصرف الذي مرّ القول فيه مفصلاً فإن جاز فليس من جهه الحرج الذي لا يمكن اثباته بل لما مرّ عليك بناءه. نعم، قال جدنا كاشف الغطاء بعد منعه لصحه عقد الصبي اصاله و وكاله.

نعم، ثبت الإباحه في معامله المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم و تظاهروا على رءوس الاشهاد حتى يظن ان ذلك من ادن الأولياء خصوصاً في المحققات حتى قال: و لو قيل يتملك الآخذ منهم لدلاله مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً لم يكن بعيداً انتهى. و بمعناه ما في الرياض و هو مبنى على دخوله في المعاطاه بناءً على كفايه تحقق رضاء الولي المنكشف بقول الصبي في صحه المعاطاه و لا- يعتبر منها أكثر من ذلك كما لو تحقق الرضا و الأذن يشاهد الحال كصندوق الكبشدار في الحضرات المنورات عوض حفظ النعل، فإن الزائر يدفع الأجره بوضعها فيه أو بإعطاء صانعه و ان كان صغيراً، و كذا في الحمام و القهوة خانه و السقاخانه و غيرها مما لا يتوقف في الدفع احد في كثير من الموارد معاوضه و غيرها حتى في بيع الخبز بطبقه، و الكبريت و آله الدخان و غير ذلك مما ينكر تعارفه و عدم اجتناب اهل العلم و الديانه عنه فالصبي بمنزله الآله و هو جيد لو لا انه ينفع في مقام الدعوى، و لا فيما لو طالب المالك بحقه إذ غايته جواز التصرف بشاهد الحال و الظن بالرضا و هو ان دخل في المعاطاه و ان لم يدخل خارج عن موضوع المسأله، و قد مرّ الكلام فيه مفصلاً من ان مناط المعاطاه على الرضا بالتصرف و ان لم يحصل التعاطى بين شخصين او شخص يقوم مقامهما فلو تصرف

كل بأمانته و حصل الرضا سابقاً أو لاحقاً فهو من المعاطاه اولاً، بل لا بد فيها من الانشاء عند التعاطى بتملك او اباحه او لا يكفى مجرد الرضا بدونه و لا- يمكن الانشاء فى حق الولى لأنه انشاء تملك لشخص غير معلوم فلا يدخل فى حكم المعاطاه لخروجه عن موضوعها فلا يقاس ما نحن فيه بالهدية بيد الطفل لمعلومية المهدي كالأذن فى الاعاره فلو تنزلنا و الحقنا بالمعاطاه حكماً مجرد حصول التراضى من دون انشاء فلا مزيه للصبي حيثذ لأنه احد الكواشف عنه بوصول العوضين فدفعه و قبضه بمنزله العدم و ما هو إلا كقبض صاحب الحانوت من كونه عوضاً عمّا عيّن قيمته بحضوره و غيابه.

و ردّ الاستاذ مقاله الجد " رحمه الله " بتملك الأخذ منهم و يكون موجباً و قابلاً بأن أذن الغائب مفروضه الانتفاء و احراز رضاه من قول الصبي غايه ما يفيد جعله فضولياً فلا وجه لتملكه بدون الاجازه بل المحسوس فى معامله الصبي معامله معه لا عمن أذن له انتهى.

لكن الجد " رحمه الله " لم يفهم منه انكار الفضوليه و ان حكم بالملك بناء على مختاره من الكشف فى الاجازه و عدم توقفها إلا على الرضا بعده و أما قبله فيتمخض الصبي للآليه و يبقى سؤال الفرق بينه و بين غيره مما يحرز به الأذن و لا يختص باليسير ذلك ان لم يلحق بالكبير بما قدمناه او بالسيره، و لو اعتمدنا الإلحاق بالثانى فلا بد من تخصيصه بالمتيقن و جعل ما شكّ فيه من الممنوع و عليه فلا يضمن الصبي للولى بعد اذنه له فى التصرف بماله لو تلف و يقوى ضمانه مع عدم الأذن و المقبوض من يده مضمون و ان رده اليه من مال الصبي و غيره و لا- يكفى فى لزوم هبته قبضه و ان لم يضمنه للمالك لأنه سلطه عليه و لو اذن مستحق الدين فى دفع حقه إلى الصبي لم يبرأ المديون و لم يضمن الصبي و يبرأ الودعي الوديعه للصبي بأمر المستودع و لا يضمن الصبي، و كذا يلحق بالصبي فى سلب العبارة المجنون مطلقاً لعدم اعتبار قصره لو فرض حصوله منه فى بعض الأحيان فيلحق صوته بالصدى و عض البهائم، و كذا المغمى عليه فإنه كالنائم، و مثله السكران غير المميز و غيرهم من مسلوبين الشعور، و ألحق جمع بهم المرتد الفطرى بناء على المنع من توكيله او فضوليته للزوم تلفه الذى ينافيه ذلك و يشكل بعد البناء على حرمة الضد الخاص ان غايته الاثم لا فساد معامله، لكن يظهر من بعض سلفنا المفروغيه من الفساد جازماً بسلب عبارته كالمجنون و لم اقف على نصّ فى ذلك.

### اشتراط عدم الإكراه

و أما المكره المسلوب العبارة فهو الذى لم تطب نفسه بالبيع و إن قصده كالمكره على الأكل و السير و الجلوس و غيرها، لا ما عرى عن القصد لأنه فاسد على كل حال للفرق بين المكره و المجنون و النائم و إلا لما عطف عليهما.

فالمكره هنا كالمكره على الأفعال الخارجيه من سير أو اكل أو قيام أو قعود أو بناء او غير ذلك و ليس هو إلا كإكراه المملوك على خدماته التى لا يعقل عدم القصد فيها فلا قصد فعلاً من الأفعال و بنى على ايجاده ثم عرض له الإكراه عليه بعد مكرهاً و هو معنى [وَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ] فليس انشاؤه مهملاً لا معنى له. نعم، هو لا يرضى بوقوع مضمونه لا أنه ليس له مضمون يفهمه و انه لا- خير و لا- انشاء فالقصد المفقود فى المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد بحيث انه لو لا- الإكراه و الخوف لما أخرجه عن ملكه و حيثذ العقد الذى سبب ايجاده و قصد مضمونه الخوف على النفس او العرض او المال مكره



خاص لا ضروره احوجت إليه أو حادث اوجبه و الذى يطلق عليه الالتجاء فإنه غير مفسد و ان كان ملجأ اليه لضروره احوجت له بل الذى حكموا بفساد عقده، و استدلوا عليه بالإجماع المحكى و بآيه التجاره عن تراض و بحديث طيب النفس فى الحليه، و بحديث الرفع الشامل لحكم الوضع لا رفع المؤاخذه لاستشهاد الإمام بطيبه الإكراه الموجب لعدم استقلال الملك بالتصرف بحيث انه لو وقع منه وقع لا- عن طيب نفس و لا- رضى و لذلك انه لو اكره على بيع احد مماليكه المبهم فباع أحدهم لا يعد مكرهاً و بحيث لو حلف على عدم بيعه كما انه لو قصد بيعه و اكره عليه يعد مكرهاً إذا لم تطب نفسه ببيعه لأجل ذلك خوف نقص يصيبه او غيره من الأغراض، و إن أحب بيعه لو لم يكره فما فعل لدفع ضرر ابعاد الغير لا يترتب عليه الأثر و ما عولج به دفع الضرر و النقص لا ينافى استقلاله و طيب نفسه فليس من الإكراه فى شىء و لو تمكن بالحيله فى رفعه عنه و باعه مع ذلك يعد مكرهاً لأنَّ التمكن كذلك لا يخرج عن موضوع الإكراه و لا عن حكمه خلافاً لجماعه فحكموا بعدم الاكراه إذا تمكن من التخلّص بغير التوريه، و أما منها فهو مكره و لا يعتبر العجز عنها و آخرين فعمموا الحكم لأن القدره على التخلّص يخرج العقاد عن حيز الإكراه و لكنه ممنوع فإن تنزيل العمومات على صوره العجز بلا قرينه او مخصص بل لمحض الاعتبار لا وجه له مع ما فى روايه بن سنان عن ابى عبد الله "ع": )

لا يمين فى قطيعه رحم و لا فى اكراه، قلت: اصلحك الله ما الفرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان و يكون الإكراه من الزوجه و الأم و الأب و ليس ذلك بشىء

(، كما انه لا- معنى للتفصيل بين التوريه و غيرها لا اتحاد المناط فى الخروج عن الاكراه و عدمه إلا ان يكون عدم الخروج مع التوريه او الخروج بغيرها تعبدى، و يظهر من الاستاذ " رحمه الله " رجحان التفصيل بين العجز عن التوريه و العجز عن غيرها، فأعتبر فى تحقق الإكراه الثانى لأن عله سلب عبارته خوف الضرر لا صدق الإكراه فمتى امكن رفعه بغير ما اكره عليه و جب فيكون فعل ما اكره عليه عن طيب نفس لإمكان رفع ضرره بغيره مما هو مختار فيه لا مكره عليه ليكون احد فردى المكره عليه الذى لا- يوجب تخيير الفاعل بينهما سلب الإكراه بل الفعل الاختيارى مسقط لا بدل عن الآخر و مثله لا يعد مكرهاً و أما فى خصوص التوريه فلظهور النصوص و الفتاوى فى عدم اعتبار العجز عنها و ان جرى فيها الكلام السابق، مستشهداً على ذلك بقضيه عمار بن ياسر لما اذن له النبى "ص" بكلمه الكف حفظاً لنفسه و لم ينبهه على التوريه مع انه أما واجب او راجح .. الخ، و هو متين لو لا ان الحكم معلق على صدق الاكراه عرفاً لا على رفع الضرر الباعث عليه فإن تحقق منع الصدق العرفى فى القادر على التخلّص تم ما يقول لكنه لا يسلم و ان سلّمه و ادعى خروج غير العاجز عن الخلاص بدليله بعد شمول العموم له فعليه ابدائه بعد صدقه عليه و إلا لجرى ذلك فى التقيه بالنسبه إلى الآثار المرتبه على المعامله الصحيحه مع انه فى بابها حكم بالترتب مع التمكن من المندوحه تبعاً للشهيدى و ثانى المحققين فى البيان و الروض و شرح القواعد و ان حكمها لا يرتفع بالمندوحه لكون المدار على حصول موضوعها فى الخارج فراجع رسالته فيها، و لعله تنبه لذلك ففرق بين الإكراه المسوّغ لارتكاب المحرّم فأعتبر العجز فيه و بين الرفع لأثر المعامله فجعل المناط فيه طيب النفس و عدمه، و جعل التمكن من الخلاص المؤدى إلى الرحمه يتحقق فيه الاكراه دون ما لا- زحمه فيه فلا- يتحقق و حكم بأخصيّه الاكراه الرفع لأثر الحكم التكليفى لعدم تحققه مع امكان التقصى لا الإكراه الرفع للحكم الوضعى لانفراده عنه فى صورته صعوبه التخلص من المكره انتهى.



و الظاهر ان المكره الذى لا اثر لإكراهه بحكم المعدوم او بحكم الضروره الباعثه على فعل الشئ كالباع لوفاء الدين و مثله غير مندرج فى الإكراه بل خارج عنه موضوعاً، ثم ذكر احتمال العموم من وجه بينهما باعتبار ملاحظه عنوان الإكراه فإن مناطه دفع الضرر فى الحكم التكليفى و عدم طيب النفس فى الوضعى فيحصل اباحه الحرام فيما لو اكراه على احد الأمرين مجربين فانهما اوقعه لا- حرمة فيه لأن مناط فيهما واحد و به يفترق عن الاكراه فى الوضعيات إذ لو أكره على احد عقدين او ايقاعين فاختر احدهما قبل لم يتحقق الاكراه لأحتمال طيب نفسه بإيقاع احدهما لخصوصيه فيه باعته على ذلك، ثم ردّه بأنه لو امكن احتمالاه لخصوصيه فى رفع الاكراه لم يبق مورد للاكراه فى الأحكام الوضعيه إذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات إلّا إذا كان احد الفردين محللاً و الآخر محرماً فإن الاكراه على القدر المشترك لا يرفع اثر ما اختاره من الفردين فهو مختار و غير مختار كالمكره على بيع صحيح و فاسد او ماء و خمر فإن حرمة الخمر لا ترتفع بتناوله، و كذا صحه العقد لعدم تحقق الاكراه عليه بخصوصه فهو مختار فيه و ان كان مكرهاً على جنس البيع لعدم ترتب الأثر على الجنس كى يرتفع بالإكراه و حينئذ فرق بين اكراهه على بيع ماله او دفع شرّه فلو فعل احدهما عدّاً اكراهاً و لا- كذلك لو اكراهه على اداء دين او بيع ماله لأن القدر المشترك لا- أثر له فلو باع وقع البيع صحيحاً و هكذا، اقول لا- اشكال فى تحقق الاكراه فيهما معاً و صدقه و لكنهم ذكروا ان الاكراه بحق خارج عن حكم الإكراه كتنقيح العبد فى سرايه العتق و فكه للارث و شرائه إذا اسلم فى يد الكافر و شراء المصحف منه و بيع ماله لوفاء دينه او لنفقه و واجب النفقه عليه و بيع الحيوان إذا لم يقم صاحبه بنفقه و شراء الطعام عند المخمسه و الاحتكار فذلك كالطلاق فى الايلاء و الظهار و تأديه الحقوق فيكون المقام مما خرج بدليله عن موضوع الاكراه لا انه من حيث التخيير بين المحرم و الواجب يكون غير مكره على الواجب بل هو مكره موضوعاً خارج حكماً و لو جعل المدار طيب النفس و عدمه للزم احرازه قبل وقوع العقد فلم يبق حكم للاكراه و لكان الأصل عدم تحقق الإكراه فى معامله يتوقف رفع اثرها عليه لأصالة اللزوم و الصحه حيث يمكن وقوع العقد عن طيب نفس و لا- احد يلتزم به و كون الاكراه كاشف عن عدم الرضا لا- يناط به الحكم فى مقام المدعى، فتظهر الثمره بين كون الحكم معلّقاً على الإكراه او طيب النفس فى مقام التنازع فإن كان الأول كان القول قول المكره فى فساد العقد و ان كان الثانى كان القول قول من يدعى الصحه لعدم إحراز عدم الرضا قطعاً فلو فرض تخييره بين صحيح العقد و فاسده فأوقع الصحيح منهما فأثبت استثنائه من حكم الإكراه بدليل آخر غير اكراهه على احد الفردين قلنا به و إلّا فلا، إذ نفس العدول لا يجعله غير مكره او مكرهاً لا يلحقه حكم الاكراه فاندراج بال عقد الصادر من المختار الكامل محل تأمل، و جعل المراد من الإكراه فى العقد و الايقاع الرضا و طيب النفس و العبره بما يكشف عنهما اشكل بل ظاهر عبائهم فى شرطيه الاختيار ما هو فى مقابله الجبر و تعليق الفساد على الاكراه فيدور الحكم معه وجوداً و عدماً و إلّا لدخل فى المجنون و المغمى عليه و الغالط و الساهى مع انه ليس كذلك إذ اكراهه على بيع داره كإكراهه على بناء دار او صياغه خاتم، و لا اشكال فى كون ايجاده و تركيبه مقصوداً و إلّا لما حصل فى الخارج و لذلك حكم الشهيد بعدم صحه بيع الوكيل المكره من الموكل على بيع ماله نظراً إلى أنّ الاكراه يسقط حكم اللفظ فهو كما لو أمر المجنون بالبيع او الطلاق فأوقعه و ان احتمال الصحه لتحقيق الاختيار فى الموكل كما انه لا- ريب فى سلب عباره الوكيل او عوده فضولياً لو اكراه المالك على التوكيل و يظهر مما ذكرنا بطلان طلاق المكره حيث ما يتحقق ذلك دون الملجأ لضروره دعتة إليه مع عدم المكنه او الخوف على تلف ولده او والده او زوجته الأخرى، و هكذا فلو طلق و إلى هذه نائياً فالأقرب وقوع الطلاق لعدم سلب عبارته المتوقفه على تمكّنه لا- على ضروره تدعو إلى ذلك إلّا ان الاصحاب اختلفوا فى الفرع المزبور و علل البطلان بعضهم بعدم حصول

القصد و ردّه آخرون بحصوله. و صور الاستاذ الفرع

المذكور بصور:

منها طيب نفس المطلق و ان كان مكرهاً بحيث لم يكن الاكراه باعثاً عليه و نفى الشك في صحته و هو كذلك ان قامت القرينه على ذلك و إلا يسمع قوله بعد حصول الطلاق في سلب عبارته لعدم تحقق الفراق شرعاً و لذلك توقف الفاضل في وقوعه.

و منها عدم استقلال علته بالا-كراه بل هو مع ضم شىء اختياري له كان اكره على طلاق زوجته او الزنا بمحصنه او فعل مباح فحكم بصحته أيضاً و قد سمعت ان عموم المنع من صحه عقد المكره لم يظهر منه الاختصاص باستقلال الإكراه بل يدور مداره و إن كان جزء السبب و ان امكنه رفعه باختيار الفرد الآخر.

و منها وقوعه لدفع ضرر يلحق من اكرهه لو لم يفعله و استشكل فيه و لا داعى للأشكال لما غير من ذلك داخل في قسم الالتجاء لا الإلجاء فهو خارج عن موضوع المسأله.

و منها وقوع الطلاق للتخلص من الضرر الذى أمر به من الأمر و هو الذى حكمنا بعدم صحته لوجود المانع و تحققه و ان صور الاستاذ " رحمه الله " لصحته وجهاً و هو ان المكره لو تيّقن عدم خلاصه إلا برفع اليد عن الزوجه حقيقه فهو قاصد لوقوع الطلاق و الينونه فلا حكم للإكراه حينئذ و أيضاً قد يكون اعراضه لجهله بالحكم الشرعى أو يزعم مجامعه الطلاق للإكراه فيطلق قاصداً لوقوعه و ان كان مكرهاً كمن اكره على لفظ الكفر جازماً بوقوع الكفر منه لو فعله فمن جهه قطعه بسببته فى الينونه يكون قاصداً لها فيرضى نفسه بها، و صورتان تقعان فى العوام و قوله " ص ": (

تعجل الجنه فيمن اكره على الكفر

( و ان الآخر فقيه حفظ دينه مما يومى إلى ذلك إلا انه " رحمه الله " استشكل فيهما، و نحن نقول ان المدار على تحقق الاكراه عرفاً و ان كان مؤدى الكلام مقصوداً أخذاً بعموم الدليل و الشك فى المخصص فهو كعقد المجنون و السكران و غيرهما، و لو رضى كل منهم بما فعله بعد زوال عذره لا يجدى ذلك فى صحه عقده عدا المكره الموثوق بعبارته، فلو عّقب العبارة بالرضا ترتب الأثر و صحّ العقد عند الأكثر لعدم لزوم مقارنة طيب النفس للعقد و اعتباره فى مفهومه و إلا لبطل الفضولى و لما صحّ بيع المكره بحق و ان كان تعبدياً أو تحقق موضوعه فى الخارج كما مثلناه سابقاً و إلا فلو قلنا ان الحاكم ولى الممتنع و العبره برضاه لا- برضاء المولى عليه و إن التقويم فى الارث و العتق خارج عن البيع لم يبق لبيع المكره بحق موضوع فى الخارج و يقضى به ايضاً عموم أدله البيع و الوفاء بالعقود الذى لا ينافيها اشتراط القصد فى العقد لتحققه بالنسبه إلى اللفظ و توجيه الخطاب به لكل من المتعاقدين و اراده مدلوله و ان لم يرض بما قصد كالمكره على ايجاد عمل خارجى فأوجده فان الرضا لا يلزم القصد و لولاه لكان فى شرط القصد كفايه عن اعتبار الرضا و الاختيار إذ المنع فى الاكراه لو كان من حيث عدم القصد لم يتجه افراده بالمانعيه فالمكره قاصد إلى اللفظ الدال غير قاصد إلى المدلول و النقل الشرعى غير مدلول اللفظ و انما مدلوله مطلق النقل فإن جميع الشرائط كان شرعياً، و إلا كان صورياً، و لو احتمل انفكاك اللفظ عن قصد المدلول كالهازل فهو خلاف الظاهر لا يمكن حمل كلام المكره عليه او الاكراه لا يأتى قصد الاستعمال فيما وضع اللفظ مع علم المكره بعدم ترتب الأثر حيث عدم الرضا

الذى سلب بالإكراه لا مدلول الكلام فلو تعقبه الرضا انتفى المانع بل من حكم بصحة الفصولى حكم بها هنا بطريق اولى لأن  
الاجازة المتعقبه، أما إنشاء للبيع من المالك او طيب

نفس بما وقع و كلاهما موجود هنا مع كون الانشاء من المالك بلفظ العقد و الفضولى من غيره الذى لا يجدى طيب نفسه فى صحه العقد ليقال ان طيب النفس موجود فى الفضولى و مفقود هنا و لكن تأمل جماعه من المتأخرين و نسب للمحقق الثانى و الكفايه و مجمع الفائده فى صحه عقد المكره مع تعقب الرضا المحكى اجماع الخلاف على عدم الوقوع، و لآيه التجاره عن تراض الداله على اعتباره فى العقد و للنبوى الرافع لحكم الإكراه و للنقض بالهازل فان الموجود من القصد فى المكره حاصل فيه، و رد ذلك جمع بمرهونه الاجماع مع وجود المخالف و بأن دلالة الآيه اما بمفهوم الحصر أو الوصف و لا- حصر لأن المستثنى غير متصل و لا مفترغ و المنقطع بمنزله، لكن لا حصر فيه، و لتقييد مفهوم الوصف بعدم وروده مورد الغالب كما فى [حُجُورِكُمْ] و كونه فى الآيه احترازياً لا شاهد له، كذا فى مكاسب الاستاذ و انت خير بأنه بعد فرض ورود القيد مورد الغالب فكون الاستثناء متصلاً او منقطعاً لا أثر له فلو فرض متصلاً مع كون القيد وارداً مورد الغالب يتم المراد أيضاً.

و أما الحديث فالمرفوع الإلزام بما اكره عليه و المؤاخذه التى تثبت لغيره لو فعل فعله اختيار أى و معلوم إن الرضا حق له، لا حق ملزم به ليرتفع و دعوى ان الزام الغير بالصبر إلى ان يرضى او يفسخ ناشئ من الزامه أيضاً لدفع الضرر بالإمضاء او الفسخ و الحديث يقضى برفعهما مرهونه بأن ذلك من توابع الحق الثابت له الذى هو غير مكره عليه لا من احكام الفعل الذى اكره عليه مع الزام غير المكره فإن الحديث لا يشمل و ان سبيله عقد المكره فالرضاء المتعقب ناقلاً كان او كاشفاً هو من الحقوق الثابته له لا عليه و الحديث قاض برفع الأخير لا جميع الأحكام حتى التسلط على ماله بعد الإكراه بنقل أو هبه إذ ليس الرضاء إلأ مثلهما.

و ملخصه، أن حكم العقد الثابت لغير المكره يرتفع بالإكراه و ليس إلأ لزوم العقد و قد ارتفع و بقائه مراعى ليس من الأحكام الثابته له لو لا الاكراه ليرتفع فهو ثابت، و رده الاستاذ " رحمه الله " بعدم اندراجه فى العمومات ليصح فهو فاسد، أما لحديث الرفع او لأصالة الفساد لعدم شمول العمومات له لأن حديث الرفع حاكم عليها فهى مقيدة بأن غير ما حصل التراضى بيعة لا اثر لنقله من جهه حرمة التصرف بمال الغير و المنع عن اكل المال بالباطل فالشرط غير محرز فليس لها دلالة على حكم المكره بعد حكومه دليل الاكراه عليها ثم حدث بما مفاده أن العمومات بالنسبه إلى الرضا مهمله فهى ناطقه بترتب الأثر على عقد يتضمّن الرضا سابقاً او لاحقاً و أدله الإكراه ترفع أثر العقد لا ترفع جزئيه سببه لأنها من لوازم وجوده و ان توقف تأثيره على لحوق باقى الأجزاء قال: و هذا امر عقلى قهرى يحصل له بعد حكم الشارع بلون المؤثر هو المجموع منه، و من الرضا او وصف تعقبه له انتهى. و هذا الكلام مبنى على ان حديث الرفع لا ينفى الحكم الوضعى و قد اختار عدمه و معه فلا فرق بين نفيه لبعض السبب أو مجموعه فإنه يفرض وجوده معدوماً لعلّه الإكراه لا أنه ينفى لزومه فقط و لقد ذكروا فى باب الإقرار انه لو أكره على الاقرار بصدور البيع منه ثم بعد رفعه رضا بما أقرّ به لا يطالب بالثمن لو لم يقبضه حتى ينشأ بيعاً لأن أقراره السابق بمنزله المعدوم لا هو موقوف على رفع الكراهه و بقائه عليه خصوصاً بعد موت المدعى فيطالب الورثه بالبدل و ان تسلموه بالاقرار الكرهى، فالأوفق سقوط تسببيه بالرضا المتأخر لنفى جزئيه السبب الواقع

و على تقدير الصحة فالرضا المتأخر ناقل لحدوث حليه مال الغيريه لبقاء أثر الملك و عدم تزلزله و لا يحدث بالعقد سوى انه لو لحقه الرضا رفع الملكيه السابقه حين حدوثه فما هو إلّا كالخيار فى أن العبره بزمان حدوثه لا زمان تعلقه فما هو إلّا كالاكراه على التوكيل فإن التصرف بمال الموكل من حين الرضاء اللاحق فلا اثر للتصرف قبله بمجرد الرضا بالتوكيل السابق فللموكل نقض أثر تصرف الوكيل السابق و ان رضا به و كيلاً و مع ذلك قالوا ان عقد المكره قضى بالنقل و الانتقال غايته قدره العاقد من حيث الإكراه على فسخه فإذا رضا به كشف عن ان النقل أثر أثره من حصول الملك فى زمانه فالأصل يوجب الكشف لا النقل.

و ردّه ان مفاد العقد السابق مجرّد انشاء النقل الذى هو اعم من ثبوت الملك حينه فإذا توقف ثبوته على امر آخر متأخر عن هذا الانشاء كان حصول الملك لا بالإنشاء السابق و إلّا لتحقق الملك قبل القبول و قبل القبض فى السلم و الصرف و الهبه فلا مانع من وقوع الانشاء فى زمان و الملك فى آخر فى نظر الشارع، كما أن الحكم بالملك لا ينفك عنه فى نظره و لذا لا يبطل الملكيه السابقه بفسخ العقد الخيارى مع انه يجعل السابق كأن لم يكن، فلا ريب ان العبره بزمان الحدوث فى المقامين و الإيجاب لم تحدث به الملكيه فى نظر الشارع إلّا بعد لحوق باقى الشرائط و مرجع ذلك إلى ان انشاء النقل من المنشى لا يفيد تملكاً و لا تملكاً عنده إلّا زمان حكمه بصحة انشاءه و لا يعقل ان يحكم زمن الإجازة بوقوع الملك قبلها لتوقفه فى نظره عليها فيلزم محذوران، أما عدم توقف الملك على الاجازة او عدم حكمه على المنقول لا بالملك و لا بعدمه و هما كما ترى، فلا بد من كون المنقول باقٍ على حكمه السابق إلى حين الإجازة و عندها حكمه و إلّا لكان تصرف المالك قبل الإجازة نقضاً للملكيه الحاصله بالإنشاء و لم يقل به احد. نعم، لازم ذلك ان غير المكره له فسخ العقد قبل لحوق الرضا مع انهم ذكروا فى الفضولى ان ليس له ذلك على تقدير الكشف، و لا يمكن فرضه إلّا كونه كالمبيع بالخيار لأحد المتعاضين فى حدوث الملكيه بمجرد العقد و معه فلا احتياج بعد إلى الاجازة و يكون عدم الرضا فاسخاً لا كاشفاً عن عدم الملكيه مع انهم لا يلتزمون به و لا اذاه احد ممن ذهب إلى الكشف فى الاجازة و تمامه فى الفضولى.

نعم، فى شرح جدنا الأكبر " رحمه الله " لو استمر الجبر بلا فسخ ثم تعقب الرضا الأقوى الصحة و لم يذكر الوجه لعدمها و هو بعض تلامذته بأن عدم الرضا لا يحتاج إلى لفظ يدل عليه يزيل الانشاء بل يكفى استمراره و ظاهر هذا الوجه ان الرضا كالقبول يلزم اقترانه به بحيث لم يقترن فسد العقد من اصله و لا اظن ان احد يقول به و يلحق الصغير و المكره القن.

### اشتراط الحرية و عدم صحه بيع العبد

و عليه لو باع المملوك و إن كان متأهلاً للعتق كالمكاتب لا مطلق و المدبر، أو اشترى بغير اذن سيده او ولى سيده لم يصح كما ذكرناه مفضيلاً فى بيع الحيوان و يكفى فيه الآيه و الروايه القاضيان بعدم الملك و استقلاله فى امره و عدم قدرته فى غير المستثنى إلّا ان الاشكال فى كونه مسلوب العبارة كالمجنون و الهازل فلو باع او شرى بغير اذن سيده لغى ما فعل او توقف على الاجازة مطلقاً، أو لا- فإن اذن له سابقاً جاز و ان جاز لاحقاً لا ينفع سواء كان المال للمولى او لغيره و جهان العدم من جهه ان الممنوع من نفس انشاءه لا مضمون عقده كالفضولى و لذا يصح بيعه عن الغير فضولاً إذا اذن له السيد بذلك، فالمدار على ان انشاءه و ألفاظه هل تقبل الإجازة ام لا فيحتمل عدم القبول كالمجنون لو اجاز الولى لعقده و الأوجه قبولها للإجازة كما يصح توكيله بأذن مولاه على قبول النكاح عن الغير او ايقاع الطلاق و لو كان مسلوب العبارة لما صحّ ذلك جزماً و إلّا لصحّ فى



فغايه ما خرج عن عموم الوفاء بالعقود هو توقف تصرفاته على اذن المالك الحقيقي أو المجازى فلو حصلت الأذن و لو بعد القول صحَّ لعدم الفرق بين الأذن السابقة و اللاحقه فى كلما يعتبر فيه الأذن بالجواز و الاقتصار على السابقه فى الجواز لا برهان عليه و إلا لما جاز النكاح بلحوق الأذن و النقص بالطلاق لا وجه له لخروجه بدليله و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، فى روايه زراره عنهما )

قال: قالوا: المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بأذن سيده، قلت: فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئٍ

(، فشىء الطلاق من جهه ان الطلاق محتاج إلى الأذن السابقه و لا- يكفى فيه لحوقها، و الإمام لم يبين فيه ذلك فلا- عبره باللحوق حينئذ، و لكن الطلاق و النكاح سواء.

و منعه بأن الكلام مسوق لبيان حكم، و هو نفى استقلال العبد فى الطلاق و عدم قدرته عليه و احتياجه إلى غيره لا نظره إلى السبق و اللحوق كما يرشد إليه قوله بيد من الطلاق؟، إذ هو تقرير للسؤال و لو أفاد لزوم السبق فقط و عدم كفايه اللحوق لعارض ذلك ما ورد فى صححه نكاح العبد إذ لحقه اجازته مولاه المحلل بأنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده فإذا اجازته جاز و حملة على ما إذا عقد الغير له لا على الأعم من عقده على نفسه مناف لترك الاستفصال و لا قرينه تصلح لصرف الخبر إلى ذلك و ان قال بعض الأفاضل ان أغلب من يتزوج بعقد الغير له فإن الغلبه ممنوعه فلا يحسن تنزيل الروايه على ذلك مع ان عصيان السيد الذى يصححه رضاه لا- يتحقق إلا بالعقد على نفسه بغير اذنه فمورد الروايه الفرق بين ما لا- يمكن علاجه من العصيان فى مثل ما لو عقد على محرم و ما يمكن علاجه مثل العقد بغير اذن سيده فانه و ان تحقق بها نوع عصيان بعد نهى السيد إلا أن المعامله فى نفسها مما لم ينه الشارع عنه إلا بواسطة استمرار عدم رضاه السيد فالمناطق فى الصحه تحقق الرضا و ان تأخر عن العقد و القول بأن معصيه السيد لا يزول حكمها بالرضا كما نقله السائل عن غيرنا غير صحيح و مثله حكايه ان النهى هنا لا يقضى فساداً لأن غايته الاثم فى ايقاع العقد و التصرف بلسان المملوك لغيره و هو لا يقتضى الفساد كما تومى له الروايه كما ترى لظهور ان الصحه فيها من جهه رضاه السيد بما وقع الذى ليس هو ككراهه الله سبحانه التى لا تبدل و هو المصرح به فى الروايه، و احتمال ان المتوقف على الإجازة هو مضمون العقد لا نفس اللفظ فلو عقد العبد لغيره صحَّ و لا يحتاج إلى اجازة مولاه دون ما لو عقد لنفسه او عقد الغير له فإن تزويجه محتاج إلى الأذن اجماعاً يدفعها ان مثل هذه الكلمات و المكالمات لا تتوقف على الإجازة و ليس لها حرمة و على فرض الحرمة لا- توجب فساداً و ما هى إلا تحريك لسان لا يترتب عليه فساد كتحريره فى الصلاه او القراءه الواجبه فانه و ان حرّم لكنه لا يفسد العقد حتى يستند إلى الصحه بالروايه، و لا أظن ان احداً من العلماء يستند إلى فساد العقد لحرمة التكلم بل عمدته دليلهم عدم استقلاله للآيه و الروايه المفصحين بكونه ليس له من الأمر شئٍ و الله العالم، و مما يتفرع على ذلك انه لو أمره أمر ان يبتاع له نفسه من مولاه او ما هو بمنزله مولاه كوكيله المطلق او وليه مطلقاً أو من فضولى غير مولاه ملحقاً بالإجازة منه، صحَّ و علل بعدم توقف الصحه على إباحه العقد مطلقاً و كفايه رضى المولى بإذنه المتصيد من بيعه، و الاستاذ " رحمه الله " صححه و حكم بكفايه الايجاب فى صحه البيع و لزومه لكونه موجباً للأذن الضمنى و نفى اشتراط مقارنه الايجاب للقبول و ذكر انه ليس على حدّ غيره من الشروط بل هو نظير اذن مالك الثمن بالاشتراء لتحققه بعد

الايجاب و قيل القبول الذى بنى المشتري على انشائه فضولاً، انتهى. لكن الظاهر منهم و منه اتصال الايجاب بالقبول و عدم صحه العقد بدونه فينزل قبول العبد منزله الأمر له فى شراءه و عدم الخلل من هذه الحثيه، و قيل و نسب إلى



القاضي انه لا- يجوز لأن عبارته سيده عين عبارته فالموجب هو القابل، و ردّه باقتضاء ذلك المنع حتى مع اذن السيد مع منع الاتحاد فهو كبيع الولي ماله للمولى عليه و لا فرق بين المالك و ما هو بمنزله و ان عصى العبد بالمتكلم الذي لم يأذن به فإنه لا يقتضى فساداً كما سبق بل اقصاه ضمان الأمر الأجره للمالك فإذا قارن قبول العبد رضاء المولى و ما هو بمنزله صحّ، و حينئذ الجواز اشبه لو كان الفساد المدعى من جهه التصرف فى لسانه و أما لو كان لعدم استقلاله و سلب عبارته فالأشبه العدم مع عدم سبق الأذن او ما هو كالسبق.

و من الشروط قصد المتعاضين لمدلول العقد الواقع فلا يصح و لا يتحقق مفهومه إلّا بذلك فهو كالآمر الذي لا يجدى الصورى منه و إن قصد مدلوله حيث لا يريده الأمر شبيه الكذب فى الأخبار الذي يقصد معنى اللفظ فيه و ليس منه بيع المكره و الفضولى لتحقق القصد إلى المدلول فيهما إلّا إذا سلب الإكراه الشعور و لذلك اكتفى بإظهار كلمه الاسلام من الكافر المكره و حقن به دمه و بذلك يفترق عن المجنون و الهازل و الغالط.

و من الشروط أيضاً تعيين المالكين المتعاضين و ما هو بمنزله كما ذكر ذلك جماعه، و قيل لا بل يكفى دخول كل عوض فى ملك المعوض و ان لم يتعين المالك فيكفى حينئذ تعيين المالكين إلّا إذا توقف تعيين العوض على تعيين المالك كما فى الكلى دون الأعيان الخارجيه التى لا تثبت فى الذمم، فلا بد من اضافته إلى مالكة إذ لم يعهد البيع للكلى المنتزع من مالكين او ملأ كما المررد فيختار البائع او المشتري فى الصرف و غيره بين ان يكون له العوض او المعوض مما يملك بالتشخيص و لو بعد البيع فلا- بد من تعيين ما يتوقف ملكيه العوض عليه سابقاً على العقد فلو لم يكن له شريك فيه لا- يجب تعيينه بل يكفى كونه مملوكاً لشخص خاص فلو قال بعتك الغزال المعين بفرس كذلك وقع البيع لمالكيهما او لملاكهما على الإشاعه فإن لازم المعاوضه الحقيقيه دخول البدل فى ملك مالك المبدل تحقيقاً لمفهوم البدليه فلا حاجه إلى التعيين و متى لم يقصد المعاوضه الحقيقيه فالبيع غير منعقد مطلقاً او ينقلب فضولياً إلّا ما لو قصد نفسه بمال الغير ثم ملكه ففيه كلام يأتي ببابه.

هذا خلاصه ما أفاده الاستاذ " رحمه الله " فى الرد على بعض معاصريه إلّا ان العامل الصادق يعطى و جوب التعيين لجهه توقف التجاره عن تراض عليه فان الاتباع بالمعين او بما فى الذمه سواء فى ذلك إذ من الممكن ان لا يرضى البائع بملكه خصوص زيد لفرسه و المشتري كذلك لحماره إذا جهله، فلا يحرز الرضا المصحح للمعاوضه قبل العقد إلّا التعيين و لا يدخل فى التجاره عن تراض مع عدمه إلّا إذا قامت قرينه حاله او مثاليه فى تساوى المشترين للبائع و البائعين للمشتري و بذلك يخرج عن المورد فكل بيع يقصد به غير مالك العوض، اما يبطل من رأس أو تثبت الفضوليه فيه كبيع الغاصب على ما يجىء، و لا فرق فى ذلك بين بيع الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين فى بيع واحد أو الوكيل فيهما أو الولي عليهما فى مطلق البيوع إذ لا- اثر لقصد غير المالك فيه.

نعم، مع الاطلاق فى معوضه العينين يحكم به للمالك مع الاذن فى بيعه و لا- يحتاج إلى تعيينه و له الرد لو لم تحصل الاذن او شك فيها و لا- يلزم ظاهراً ان تعين القائل الموجب و لا العكس فيكفى فيهما اعتبار كونه مالكاً جعلياً أو حقيقياً كبيع الغاصب و الولي و المأذون إلّا إذا قامت قرينه على قرينته على تعيينه من خارج كما فى النكاح و الهبه و الوصيه و الوقف. نعم، لو صرح بإرادته خصوص المخاطب يلزم اتباع قصده و لا يجوز مخالفته، و كذا فى مقام الدعوى لو ادعى احدهما انه غير اصيل فإنها لا

تسمع عملاً بظاهر التخاطب إلا أن ذلك لا يوجب الحمل على اراده المتعاقدين بانفسهما بحيث يؤثر الفساد و لو قصد الغير و لم يعلم به صاحبه

فتدبر، و يفرق بين النكاح و اخوته و بين البيع و الاجاره بعدم تعارف صدق هذه العنوانات على الفضولى و الوكيل فى الأول بخلاف الأخير و هو ظاهر، و يشترط ان يكون البائع بل مطلق الناقل غيره مالكاً حقيقياً أو جعلياً أو ممن له ان يبيع عن المالك مطلقاً كالأب و الجد بلا ارتفاع، و الوكيل بالمعنى الأعم أو الأخص، و الوصى و القيم و الحاكم و أمينه لا وصى الوصى و قد يتعدى لغيرهم من باب الحسبه كالأمين و عدول المسلمين أو مطلق المسلم إذا عرف بالمأمونيه و لاحظ الغبطه و المصلحه و لا يجوز لغيرهم التصرف فى مال الغير ببيع و نحوه، فلو باع غيرهم ملك غيره وقف على اجازة المالك مطلقاً، أو وليه على الأظهر دليلاً و الاشهر فتوى، و يلحق به بيع المالك المحجوز، و نكاح الباكراه الرشيدية بدون اذن الولي، و بيع الراهن و العبد على القول بالملكيه، فكل بيع بلا اذن من يحتاج إلى اذنه فيه يقف على رضاه الموقوف عليه و أذنه تصريحاً أو تلويحاً و ظاهرهم ان الرضاء الباطنى لا- يكفى فى الاجازة سواء قارن العقد او لا فيلزم خروجه عن عموم الوفاء بالعقود و التجاره عن تراض لشمولها له و لا برهان عليه سوى كون الاجازة او القبول الذى لا- يكفى فيهما احراز الرضا بالعقد. نعم، يتوسع فى الإجازة انها تحصل و لو بالفحوى دون طرفى العقد و هو كذلك فإن العاقد لا يملك التصرف و يتسلط عليه بمجرد علمه بالرضا، و لو لا ذلك لكفى فى مطلق العقد و الإيقاع مع انهم يمنعون الفضوليه فى الثانى حتى فى الإجازة الصرفه فضلاً عن الرضاء الباطنى فما هو إلّا ان الاجازة فى صحه العقود خارجه عن الأصل لعدم كون العقد الموقوف سبباً للنقل فلا جرم ان يقتصر على القدر المتيقن منها، و ليس إلّا الصريحه فما هى إلّا كالرجعه فى الطلاق التى لا يكتفى فيها بأحراز الرضاء الباطنى فما هو إلّا ان الاجازة فى صحه العقود خارجه عن الأصل لعدم كون العقد الموقوف سبباً للنقل فلا- جرم ان يقتصر على القدر اليقيني منها و ليس إلّا الصريحه فما هى إلّا كالرجعه فى الطلاق التى لا يكتفى بأحراز الرضاء الباطنى فيها من دون اماره تدل عليها صريحاً أو كالصريح، إلّا ان الاستاذ " رحمه الله " اکتفى برضاء المالك حين العقد متى علم به العاقد أو انكشف له

بعده أو لم ينكشف فيجب على المالك نفوذه فيما بينه وبين الله تعالى للعمومات، وروايه عروه البارقي لأنه تصرّف بالدينار قبل الإجازة من النبي "ص" على ذلك لعلمه برضاه، وأقرّه النبي "ص" على إلى آخر ما رام بيانه مما لا يفيد في رفع أصله الفساد مع الشك في السببيه وإلّا لدخل بعض أقسام الفضولي في المعاطاة والتعبير برضاء المالك منهم يعني إذا كشف قوله عنه لا مجرد وقوعه في نفسه وليس الرضاء من النواقل ولا عدمه من الموانع وإلّا لانتقص بيع الأثر للمدين والمفلس والسفيه وغيرهم، ودعوى ان الفضولي اعم مما يتوقف على الإجازة ممنوعه وبيع ما يتعقبه الملكيه لو قيل به فهو خارج بدليله كبيع العبد الذي يمكن خروجه عن موضوع الفضولي لأن لسانه لسان المولى فيكفي فيه الأذن سابقاً ولاحقاً فهو اشبه شىء بالوكيل لا بالفضولي وإلى ذلك وشبهه نظر من حكم بطلان الفضولي من أصله كف والحلى وابن زهره والفخر والاردبيلي واكثر المحدثين وسيدنا بمصايحه عند تعرضه لاشتراط قدره على التسليم وغيرهم، والظاهر لو لا الشهره والسيره التي قررها جدنا "رحمه الله" ان دليل البطلان امتن لأمر:

منها عدم دخوله في المستثنى من آية التجاره فإن مفهوم الحصر و سياق التحديد يقضيان بمقارنه الرضا و ما خلى من ذلك فهو مندرج في المستثنى منه فلا يبيع، و ان لحقه الرضا لصدق التجاره لا عن تراضٍ على الفضولي حين العقد، و ردّ بكون الاستثناء منقطعاً لعدم دخول المستثنى في المستثنى منه لأنها ليست من الباطل خارجه عن حكمه، وفيه ما قلناه انها فرد من اكل المال بالباطل وإلّا لكان الرضا بنفسه من دون اقترائه بشىء آخر من باقى الشروط يفيد الحليه ولأوجب خروج بيع المفايده و المحاقله و المجانس في الربويين بل مطلق الرضا مما تقتضى الآيه بحليته. مضافاً إلى سياق التحديد الصريح بذلك و لا ينفع فيه وروده مورد الغالب إذ ليس هو كفى حجوركم في الطهور، و لا- كون عن تراضٍ بعد خبر لا- قيد للتجاره لأن الوصف إذا جاء بعد النكره يفيد القيديه إلا ان يكون في الكلام ما يدل على العدم و كون الخطاب مع المملوك و هى لا تصدق إلا بعد الإجازة إذ الفضولي غير مالك فالتصرّف و التخاير بعد العقد هو التجاره لا طائل تحته لعدم المنع من الصدق المجامع لا كل المال بالباطل شرعاً لظهور الآيه بالانحصار و القيديه.

و منها النصوص الظاهره في المنع كالنبيّين المستفيضين )

لا تبع ما ليس عندك

، أى لا تستقل به لا ما ليس حاضر لديك، و

لا يبيع إلا فيما يملك

، و مثله توقيع العسكرى للصغار لا يجوز بيع ما ليس يملك فإنها كالصريحه في اعتبار كون البائع مالكاً و الفضولى غير مالك و الاكتفاء بإذنه مطلقاً لا دليل عليه، و بيع الوكيل و الولي مطلقاً و المقاص لكونه بحكم المالك او هو خارج بدليله و نوقش فيها بعد ظهورها في ملك العين المشخصه دون الكلى للاتفاق على جواز بيعه في الذمه كما في السلف، و فى الصحيح ما يقول فى السلف فقد باع صاحبه ما ليس عنده بحملها على نفى الزوم او نفى الصحه بمعنى عدم ترتب الأثر شرعاً من النقل و الانتقال فعلاً

بدون رضی المالك أو اذنه، و لذا قال الصادق "ع" فی صحیح مسلم فی شراء الأرض المتنازع فيها: )

لا تشتريها إلا برضاء أهلها

(، فلم يعتبر في الصحة إلا الرضا مطلقاً، و حملها الفاضل على ان يبيع عن نفسه ثم يشتريه أو يملكه فانه لا يجوز للفرد لإمكان عدم رضاء المالك بذلك و للنهي و في الرياض حملها على البيع لنفسه لا للمالك و هو باطل و تبني على عدم اندراج الغاصب في الفضولي، و استوجه الاستاذ " رحمه الله " الأول بحمله على البيع عن نفسه فلا يقع عنه و لا ينافي اهليته لتعقب الإجازة فكان الامام نفى تأثيره في حقه لا- في حق المالك كي لا تنفع اجازته في وقوعه، و هو مع خروجه عن ظاهر التخاطب لظهور سقوط هذا البيع عن

درجة الاعتبار منها لترك الاستفصال أولاً، وأنه لو كانت صريحه في ذلك لا تقضى بجواز بيع ما تعقبه الاجازة إلاً بدليله، فيثول الأمر بالآخريه إلى وجود الدليل و كونه مخصصاً لعموم هذه النصوص او مستقلاً دالاً على الصحة لا يفرق بعد ظهور الفساد أما من الأصل او من الدليل فلا خدش في العموم إنما الكلام في المخصص و سيجى ء بيانه.

### البيع الفضولي

و ما يكشف عن الظهور المزبور جواب الحجة (عجل الله فرجه) في روايه الحميرى )

ان الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاً عن مالكةا او بامرہ أو رضی منه

(، و ما في صحيح محمد بن مسلم في شراء الارض قال: )

لا تشتريها إلاً برضاء اهله

(، و صحيح محمد بن القاسم بن الفضل )

فيمن اشترى من امرأه قطائع غيرها أ يعطيها المال أم يمنعها؟ فقال: يمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه

(، فإنه لا- ينكر صراحتها فضلاً عن طهرها في لغويته رأساً من جهة الحصر ما عدا الأخيره فإنه و إن دلت على منع اعطاء الثمن للبائعه من حيث عدم تملكها و هو لا ينافى الفضولي لكونها ظاهره في المنع عن بيع ما لا يملك فهي كتوقيع الصغار في الظهور و توقيع الاحتجاج فيه من قوله لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال غيره إلا بإذنه المطابق للاعتبار الذي لا ينكر قبحة فإن للمالك ذمه على ذلك و استحلاله و لو لا- ذلك لما جاز له بل ربما يجرح به الشاهد و لا يجوز الائتمام بفاعله في بعض الموارد و هو من لغو الحديث الذي لا- فائده ترتب عليه و الاختيار للمالك في الإجازة و عدمها لا- يرفع القبح المزبور و لا يمنع من ردع المالك للفاعل و لا تقبح ذلك العقلاء و ليس هو كالاستضاءه و الاستطلاع بنار غيره نوره.

نعم، هو كهما لو استلزم ذلك الاطلاع على بعض ما لا يرضى المالك به من احواله و لا ريب في حرمة. نعم، لو اعتقد رضاه و اذنه خرج بذلك عن الفضولي و دخل في الوكالة بالمعنى الأعم و كون التحريم لا- يدل على الفساد مرهون بأن ظاهر الأدله المزبوره و الحصر فيها نفى الحقيقه لا نفى ترتب الأثر خصوصاً مع عدم اعلام المشتري للغرر و لاستلزام الغرامه في بعض الصور مع ان ظاهر اشتراطهم لصحة العقد بالقدره على التسليم شامل للفضولي قطعاً، و إرجاعه إلى كونه شرطاً في المالك دون العاقد ينافيه تصريحهم بالعاقد خصوصاً إذا تسلمه المشتري و لم يعلم الحال و ان اعتقد الفضولي قدرته على ارضاء المالك فإن هذا الاعتقاد لو أباح العقد على مال الغير لأباح الأكل أيضاً له و هو باطل، و عن الفاضل انه لو باع مال الغير باعتقاد أنه لشخص مخصوص، و اجاز البيع ذلك الشخص، ثم تبين انه لموروثه لا- له بطل العقد بموت المالك و ان وقعت الإجازة بعد موته و انتقال المبيع إلى المجيز حيث لا- يعلم المجيز بذلك مع عدم تحقق القصد من الفضولي إلى انشاءه و صحة بيع المكره بحق خارج عن المقام لأن العبره برضاء الحاكم لا رضاه فهو بمنزله الوكيل لا الفضولي، هذا كله مع نقل الشيخ ان الصحة مذهب قوم

من اصحابنا و انه لا اعتداد بخلافهم، و قبله بن زهره ادعى الإجماع و بعده الحلّى " رحمه الله " فى بطلان شراء الغاصب و هو و ان لم يتم لذهاب الأكثر إلى الصحه لكنه يصلح مؤيداً، فالعمده التدبر فى ادله من يزعم الصحه كالتقديمين و المفيد و المرتضى و اتباعهم و أكثر المتأخرين استدلوأ بأدله:

أولها: العمومات القاضيه بالحل و وجوب الوفاء بالعقد خرج منه العارى عن الأذن و الإجازة و لم يعلم خروج ما خلى عن الأذن ثم لحقته الإجازة فإنه عقد صدر من أهله و فى محله و هذا مبنى على ان الأهليه تتم بدون سبق الأذن و مقارنه الرضاء الخاص لا مطلقه فى

نظر الشارع و نظر العرف ان البائع مستقل في تصرفه سلط عليه و ان نقل ما لا يتم له و لا ينفذ و لا ثمره له فيه يعد من الأفعال العبيثه المرفوضه و يكفي الشك في دخوله في العموم.

و ثانيها: الظاهر منها ذلك منها حديث عروه البارقي المشهور (

و هو ان النبي " ص " دفع له ديناراً يشتري به شاه للأضحيه فاشترى شاتين و باع احدهما بدينار و اتى النبي " ص " بدينار و شاه فقال له النبي " ص ": " بارك لك الله في صفقه يمينك فإن بيعه وقع فضولاً

، و في الاستدلال بها تأمل ظاهر لأن عروه تصرف بالمال قبل الإجازة و ان بيعه مقرون برضاء النبي " ص " و مثله خارج عن الفضولي، و ان الظاهر من المعامله انها معاطاته يكفي فيها مجرد المراضاه و وصول كل من العوضين إلى صاحبه الآخر و ان عروه استفاد الأذن من النبي " ص " بالتصرف بماله كيفما اراد فيدخل ذلك بالوكاله بالمعنى الأعم.

و منها صحيح محمد بن قيس )

أن علياً قضى في وليده باعها بن سيدها و ابوه غائب فأولدها المشتري فجاء سيدها الغائب و طالب المشتري و خاصمه و طلب منه مملوكته فقال " ع ": " الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذي اشتراها فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه ابوه قال: ارسل ابني، قال: لا و الله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيداً لوليدته اجاز بيع ابنه )، انتهى.

و قد أسند لها الشيخ في المكاسب، و لا يخفى ما في الاستدلال بها من الخلل الذي لا يمكن اصلاحه فإن الإجازة بعد الرد لا حكم لها و هي قضيه شخصيه مخالفه للقواعد فيقتصر فيها على موردها فلا ظهورها في ان اصل الإجازة مجديه في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيه في مورد الروايه ما تمحل في توجيهها خروج عن المتعارف في الكلام.

و منها الأخبار القاضيه بكون الربح لليتيم إذا اتجر بماله المحموله على إجازة الولي في الاتجار.

و منها موثقه جميل في رجل دفع لرجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه فاشترى غير الذي أمره فقال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه فإن كون الربح بينهما ان كان بالإجازة المتأخره دخل في الفضولي و ان كان حكماً شرعياً و لو لم يحصل الإجازة دل على عدم اعتبار الإذن سابقاً في نقل مال المالك لغيره، و في الجميع نظر بين فإن امر الإمام " ع " بالضمان لأن المدفوع لم يكن عيناً و كونه مضموناً بالذمه فيه ايماء إلى عدم جواز التصرف فيه و اشتراك الربح حكم شرعي خاص في هذا المورد و لعله لجهه ان اعتقاد رضاء المالك و ان كان جهلاً يجعل عمله محترماً فيأخذ حصته من الربح لعموم نفى الضرر و شموله لمثل هذا العامل و ان ابيت عن ذلك فهو إجازة إلهيه لا دخل لها بالمألوه و مثلها صحيحه الحلبي و موثقه و صحيح بن مسلم و موثقه ابي بصير و روايه الكناني في شرط السفر لو خالفه.



و منها روايه بن أشيم عن ابي جعفر "ع": ( )

قال له عبد مأذون له بالتجاره دفع له رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و اعتقها عنى و حج عنى بالباقي ثم مات صاحب الألف و انطلق العبد و اشترى أباه و اعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي ليحج عن الميت و بلغ ذلك مولى ابیه و موالیه و ورثه الميت جميعاً فاختصموا فى الألف فقال مولى العبد المعتق إنما اشتریت اباک بما لنا، و قال الورثه: اشتریته بما لنا، و قال المولى: اعتق العبد انما اشتریت اباک بما لنا، فقال ابو جعفر "ع": أما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فى رد فى الرق لموالى ابیه و اى الفرقين بعد اقام بينه انه اشترى أباه من اموالهم كان لهم رقاً

(، فإن مجرد دعوى الشراء و امامه البینه غير كافیه فى الملكيه للمبيع فلو لم تحصل

الإجازة من جهة المطالبه به المتضمنه لها لم يحكم بالملكه إلا ان الروايه مرميه بجهاله الراوى أو غلوّه و بمخالفته الأصول الشرعيه.

قال جدنا الشيخ " رحمه الله " بشرحه أن ظاهر الخبر الأذن فى التجاره للمولى فكيف تصح المعامله و يترتب عليها صحه الحج كما ان ظاهره الوكاله عن الدافع فتفسخ بموت الموكل فيبطل الجميع و لو سلم انها وصايه فليست من التجاره فلا يصح مع ما تفرّع عليها من الثلاثه بل الاحجاج لا يدخل فى التجاره لسيدته و لا لغيره و كيف يمكن شراء مال شخص بمال منه و يمكن ان يقال إن عدم دعوى مولى المأذون بما ذكره يورث اراده الأعم، و ظاهر عبارته الدافع الوصايه و لم ينكر مولاه عليه ذلك فيكون الاحجاج من المأذون فيه كالتق و اشتراء مال شخص بمال منه يكون مع الغفله و ضعفه أيضاً مع سبق بعض اصحاب الإجماع عليه قد ينكر و لذا عمل به الشيخ و القاضى لكن الأشهر ان العبد يرد إلى مولى المأذون و لا يقبل اقراره عليه و ان كان و كلاً بخلاف الحر و لا تسمع دعوى الملكيه للأب بعد حدوث يد المأذون عليه و لا دعوى ورثه الدافع مع انهم اعترفوا بأمر مورثهم كما انه لا فرق بين كون العبد الذى اعتقه المأذون أباً له او لا بعد ترجيح قول ذى اليد و ان امكن ان يقال بسماع اقراره فى حق مولاه بعد اذنه له مطاعاً فى التجاره له و لغيره، فالمتجه فى المسأله لو لم يعمل بالخير ان المأذون على التجاره خاصه للمولى لا يصح منه مطلق العمل لغيره و لا بدله كى يصدق فى قوله بل اليد لمولاه فعقده باطل و المال لمولاه و إن عمت الأذن التجاره لغيره و كان الشراء بالوكاله فى حياه الدافع قبل قول المأذون انه له او لورثته و ليس عليهم سوى اليمين و لم تسمع دعوى مولاه و لا مولى العبد و يحكم بفساد العتق و الحج إلا ان تكون الأذن عامه فتشمل غير التجاره و على العموم ان سلم الورثه الأذن فى الشراء خاصه اقتصروا عليه و بطل الباقي فيرجع اليهم و ان اعترفوا بالعتق او به و الحج اخذوا بإقرارهم.

و احتمال بعض من قاربنا عصره العمل بالخبر لأشعاره بالفضوليه من جهه دعوى القيمه التى يلوح منها امضاء البيع و هو لا يتم إلا بسماع دعوى مولى الأب حيث تكون دفع مالمًا للمأذون ان يتجر به، و دعوى الورثه فى المال و هو مخالف للقاعده فلو طرح الخبر من هذه الجهه سقط الركون إليه على المدعى.

و منها صحيحه الحلبي عن اشترى تربا فكرهه و ردّه على صاحبه فأبى ان يقبله إلا بوضيعة قال: لا يصلح ان يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد إذ الحكم برد ما زاد دون فساد البيع لا ينطبق إلا على الفضوليه و فيه ان الخبر لم يشتمل على الإجازة فلعل الرد بعد ردّه كالأشراك فى الربح المتقدم فى الخبر السابق او يكون ردّه ببيعه ثانياً مع شرط أنه لو باعه بالأكثر ردّ الزائد.

و منها موثقه عبد الله عن ابى عبد الله " ع " : ( )

عن السمسار يشترى بالأجر فيدفع اليه الورق فيشترط عليه انك تأتي بما تشتري فما شئت اخذته و ما شئت تركته فذهب ليشتري المتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: لا بأس إلى آخره

(، فإن قوله يشترى بالأجر ظاهر فى كون الشراء لصاحب الورق على جهه الفضوليه مع اخبار البائع بذلك فيختار ما يريد و ترد ما

يكره و فيه احتمال اذن صاحب الورق له بالشراء مع الشرط و هو اقرب من الأول او ان شراء السمسار لنفسه و الورق قرض عليه فيبيع على صاحبها ما رضىه و له ان لا يبيع و يخالف وعده، قال الاستاذ " رحمه الله " فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و نفى الامام البأس من دون استفعال عن المحتملات افاد ثبوت الحكم على جميع الحالات و هو حق لو لا ظهور الوسط من الخبر بقرينه الأجر و ان كان عمل السمسار ذلك فلا مسرّح للاحتمالين.

و منها فحوى صححه عقد النكاح من الفضولى مطلقاً و عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معلماً بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده إذ تملك بصنع الغير إذا ألزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك لشده الاهتمام بأمر النكاح فى الأول، و إن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله كعصيان الله كان باطلاً و أما ما رعى زواله برضى سيده متأخراً فزواله يصح العقد و هو الفارق بين العصيانيين فى الثانى كذا قرروا فى الاستدلال، و لكن الاحتياط المذكور مرهون بالنص على خلافه من ان الاحتياط فى النكاح أولى و اجدر ان يحتاط به لأنه الفرج و منه يكون الولد فالنكاح أولى بالصحة من البيع فالتعدى من البيع اليه لا العكس و وجهه ان ابطال النكاح يلزم منه التفريق بين الزوجين فى مقام الاشتباه لو كان فى الواقع صحيحاً فربما حصل الزنا بذات البعل بخلاف ابقائه إذ لا يلزم منه إلأ الزنا بغير ذات البعل و هو أهون من الأول و فى الثانى الاقتصار على مورد الخبر بعد كون الاحتياط يقضى بالصحة حيث لا امكان لإجراء الفضولى فى النكاح و صحته بالإجاره فالتعدى مناسبه منعنا عنها، و الانصاف ان المتدبر فى النصوص و كلمات الاصحاب و عدم اشتراط كون العاقد مالكاً فى جميع حدود البيع مما يستشم منه صحه الفضولى إذا كان البيع و الشراء لغيره إلأ ان الحكم به مع ظهور المخالف و حرمة القياس و شرطيه الاستقلال و النصوص المتقدمه مما توقف الفقيه عن الفتوى بالصحة فالذى ينبغى تجديد البيع فى مقام الابتلاء او جعل الاجازة ناقله كى لا يتضرر المالك بشى ء و الله العالم، انما الاشكال بناء على الصحة و الكشف فى أمور:

الأول: ان يبيع عن غيره مع عدم استرضاه صريحاً بذلك فهل يصح بلحوق رضاه ام لا- فيه كلام إلأ ان اكثر من صحح بيع الفضولى صححه و بعضهم اشترط عدم سبق منع المالك للمصحح للعمومات و ترك الاستفصال فى روايه محمد بن قيس فى الوليده و فحوى أدله نكاح العبد بدون اذن مولاه مع ظهور المنع فيها و عدم قدح معصيه سيده و ظاهر بيع عقيل لدور مكه فإن ظاهر قول النبى " ص ":

ما أبقي لنا عقيل داراً

انه كان غير راضٍ بالبيع مع ما قضى ببيع مال اليتيم و المغصوب و مخالفه العامل لشرط رب المال فى المضاربه) و غير ذلك مما ذكر سابقاً، و للنافى النبوى انما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عابر بجملة على سبق منعه به لا مطلق عدم الاذن و لا فرق بين النكاح و غيره، و كذا حمل بطلان بيع الغاصب من جهه دلالة القرينه على عدم الرضا، و له ايضاً انحصار دليل الصحة بخبر عروه المختصه بغير المقام و ان العقد متى صدر و الحال ان صاحبه لا- يرضى به و لو لحظه بعده كفى فى ردّه فلا- تجزى الإجازة اللاحقه إذ لا- يعتبر فى الرد إلأ عدم الرضا الباطنى و قد وجد بعد العقد و لذا حكموا بفساد عقد الوكيل و شرائه إذا حلف الموكل على نفى الأذن له فى الشراء و قالوا ان الحلف قرينه عدم الرضا و اجيب عن الجميع بعدم انحصار دليل الجواز بخبر عروه، و لا- دليل على ان عدم الرضا انما يكفى فى فسخ المعامله او العقد بحيث لا- تنفع بعده الإجازة و قياسه على حلف الموكل مناسبه مع المنع منه أيضاً و الوجه انه على القول بصحة عقد الفضولى و ان الإجازة كافيه، الأخرى نفى الفرق للشك فى تحقق الفسخ و إلأ لكفى فى الخيار إذا ادعاه و حلف عليه او ظهرت منه بعض امارات عدم الرضا من دون فسخ.

الثانى: أن يبيع الفضولى لنفسه مع جهله بأن المبيع لغيره او عصيه من غيره بعنوان الاستحلال كما يأخذه قطاع الطريق نهياً أو سرقة و غير ذلك، فظاهر جماعه عدم صحته مطلقاً و آخرين قصروه على الغاصب دون الباقي لأجل أن المعاوضه لا يمكن

تحققها حقيقه و لا القصد اليها لعدم دخول أحد العوضين في ملك آخر.

و أوجب مضافاً إلى اختصاصه بالعالم الغاصب انه لما جعل نفسه مالكاً أمكن قصده و ان كان هذا الجعل لا حقيقه له فإنه لا ينافى حقيقه المعاوضه كما ذكر في المجاز الادعائي فمع بناءه و زعمه ملكيته للمثمن لا خلل في قصده و لو لم يبنى على ذلك بأن اعتقد عدم الملكيه بطل البيع من رأس و لم يقع لهما كما لو اشترى بماله لغيره قاصداً تملك الغير بالمعاوضه على ماله و البطالين يدور مدار قصده فإن قصد تملك المعوض صحَّ و إلّا بطل طرداً و عكساً إذ مفروض المسأله وقوع المعامله للغير بالإجازة لا ايقاعها على انها للغير بماله. نعم، فيه ان المجاز غير المشى و المنشأ غير مجاز، و جوابه ان الإجازة تصحح العقد و ان لم يطابق القصد، و لا مانع منه بل غايته تبدل رضى الغاصب برضاء المالك كمن باع شيئاً تم ملكه لكن على هذا تكون الإجازة معاوضه جديده لا دخل لها بالعقد السابق و يكون خلاف ما اجمعوا عليه من كفايه قبول المشتري في وقوع المبيع للمالك غير الغاصب إذ بعد فرض انتقال ايجاب الغاصب بالإجازة لايجاب المالك يلزم منه ايضاً ان لا يكتفى بقبول المشتري لأن القبول الواقع التزام بيع الغاصب و تبدله بالإجازة لا يقتضى تبدل قبول المشتري لا عقلاً و لا شرعاً فإذا لم يتبدل القبول فسد العقد جزماً إذ رضاء المشتري و قبوله وقع للغاصب لا للمالك فيحتاج أما إلى قبول آخر أو إجازة للقبول و لم يزعمه احد فما وقع مغاير لما اجيز، و دفعه الاستاذ بما حاصله ان الثمن عوض المثمن لمالكة حيث يعلم و لا دخل للقصد فيه فليس قصد البائع انه له مأخوذاً في مفهوم الإيجاب بل المعاوضه بين المالكين لملاكتهما كما لو باع الوكيل او الولي ما بيده من مال الموكل او المولى عليه و لم يعلم المشتري بالحال فإن الثمن يرجع ملكاً للموكل مع ان الظاهر انه باع لنفسه، و خدشه بالفرق بين الفضولى و الوكيل و الولي لأن الفضولى اجنبى عن المالك دونهما فإن الفضولى لو اشترى بمال الغير لنفسه بلفظ تملك هذا الثوب بهذه الدراهم فلا مورد للإجازة من مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، و مثله ما لو ملك المشتري الثمن للبائع فكيف ينتقل لغيره فلا بد من كون الإجازة نقلًا مستقلاً غير ما انشأه الغاصب و حينئذ لا فرق بين شراء الغاصب لنفسه و بيعه كذلك فوقوعه لنفسه فى الأول دون الثانى تحكّم و خيال بطلان شراؤه لنفسه و صحته يبعه مع الإجازة خلاف الإجماع كخيال ان الإجازة تتعلق بنفس مبادله العوضين و تلغى الخصوصيه المأخوذه فيها و هى كون الغاصب مالكاً لعدم الفرق بينها و بين قول المشتري تملك المبيع بالدراهم المعينه التى هى مغصوبه سواء علم بها أم لا مع انهم يقولون بعدم وقوعه لمالك الدراهم، و كذا ردّ الاستاذ " رحمه الله " على شيخنا " رحمه الله " و ذكر ان الانسب فى التقصى ان البيع و الشراء يكون بين المالكين اعم من ان يكون المالك الحقيقى او الادعائى فلو عقد احدهما لنفسه مع عدم جعل نفسه مالكاً لغى عقده لعدم تحقق المعاوضه و المبادله بخلاف ما لو عدّ نفسه مالكاً اعتقاداً او عدواناً فان الثابت للشىء من حيثه تعبدية ثابت لتلك الحثيه بالإجازة تعلقت بإنشاء الفضولى من ادعائه لمالك المثمن، فلو ظهر بطلان الادعاء كانت للمالك حقيقه لأن الذى وقع العقد عليه هو فرض المالكه التى هى قائمه بالمجيز دون البائع و وقوعها للبائع من هذه الحثيه فيلزم من ذلك انتقال الثمن إليه.

كذا أفاد " رحمه الله " و لا غبار عليه سوى ان ذلك يجرى فى قول المشتري تملك هذا بهذه باعتقاد انها ملكه و ظاهره عدم وقوعه لمالك الدراهم فيعسر الفرق و يعود المحذور بحاله ثم انه ترقى بإمكان التزام ما يظهر من شيخنا و جدنا الشيخ الأكبر بشرحه بأن اجازة المالك فى الفرض المزبور يمكن ان يملك بها الفضولى العوض بالإجازة لفقد الدليل على اشتراط كون احد العوضين من املاك العاقد فى انتقال البدل اليه بل التملك يحصل و لو يأذن المالك له فى

البيع لنفسه او الشراء له، و يملكه العاقد ما لم يحصل فسخ المعاوضه، فإن حصل يرجع الملك لمالكة دون العاقد إذ قضيه الأذن تجعل المال للمأذون ضمناً فلو قال اشترى بمالى لنفسك أو بع، كذلك يملكه المأذون آناً ما قبل بيعه و شراءه ليكون الانتقال عن ملك نظير أعتق عبدك عنى او بع مالى عنك فإذا أجاز المالك صحَّ البيع و الشراء بالإجازة المتضمنة لانتقال ما أذن ببيعه و شراءه لنفسه و تملك ما وقع العقد عليه حينه فهى تصحح البيع و تقضى بحصول الانتقال ضمناً بحيث تدخل المبيع فى ملك العاقد آناً ما و نظر لله الاستاذ " رحمه الله " بعد منع صحه الأذن بالبيع و الشراء لنفسه ان قياس الإجازة على الأذن ممنوع لإمكان ان يوجب الأذن عن باب الاقتضاء تقدير الملك متصل بالعقد آناً ما بخلاف الإجازة التى تفيد صحه ما وقع سابقاً و ليس إلا مبادله مال الغير بمال آخر، و أما بناء رجوع البديل إليه كما هو معتقده اشتباهاً او عدواناً و ان الإجازة تفيد امضاء ما بنى عليه العاقد من الملكية فلا برهان على إفاده الإجازة ذلك و انها تفيد تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقه شرعاً فان الأذن لا دليل على انها تؤثر التمليك لو أذن بالبيع فكيف بإجازته فانها لا تؤثر فى تحقق ذلك البناء مع انه مناف لحقيقه البيع و المبادله كما قيل و ان ظهر من جماعه منهم القطب و الشهيد ان الغاصب مع علم المشتري بغصب المبيع مسلط على الثمن، فلو اشترى به شيئاً ملكه و لا يخرج إلأ على ملكيه الغاصب للثمن مطلقاً أو آناً ما عند العقد و فرغوا عليه عدم رجوع المشتري على البائع بالثمن لأنه سلطه عليه لو ردَّ المالك و لم يجيز و يكشف ذلك عن عدم المعاوضه الحقيقه لأنها توجب رجوع كل عوض إلى مالكة، و عليه فلو جاز المالك لم يملك الثمن لسبق تعلق حق الغاصب به فيكون المبيع بلا ثمن و كون اجازة المبيع يتضمن ملكيه الثمن للغاصب فينزل منزله قبضه له دعوى لا- برهان عليها و لم يفى بها الخطاب، و أما لو ردَّ فيقتضى ان يسترجع الثمن بناء على ان التمليك الضمنى لم يحصل مع ان القابل بتمليك الغاصب الثمن انما هو من حيث انه سلطه عليه لعمله بأن المبيع ليس له فهو ملك للغاصب قبل الإجازة، و لا- دخل للإجازة فيه فعلى النقل تكون كاشفه بلا- ثمن و على الكشف تكشف عن ملكيه المالكين للعوضين لا- ملكيه الثمن للغاصب لأن تسليطه للمشتري على ثمن وقع بعد العقد و الإجازة تكشف عنه لا عمًا وقع بعده و لا ملازمه بين رضاء المالك بالبيع و بين تمليك ما استحقه من ثمنه للغاصب و ان علم بقبضه له، و لذا لو وقعت الإجازة قبل قبض الغاصب الثمن لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري بدون رضاء المالك للعين قبل الإجازة و لا من المالك قهراً من جهه الإجازة فلو سلم عدم استرداد المشتري للثمن فى مفروض الصوره و ان الوجه هو التسليط على تقديري الرد و الإجازة منعناه بما حررنا، هذا غاية ما افاده الأستاذ " رحمه الله " فى الرد على جدنا كاشف الغطاء " رحمه الله " و هو بمحل له لا عدم دخول الثمن بالمال المعرض عنه بالنسبه إلى المالك بالإجازة و إلى المشتري بالرد لدخوله بالإجازة على ذهاب ماله لعلمه بقبض الغاصب له بدل العين و دخول المشتري على اعطائه بدله مع علمه بأنه بالرد لا يستحق العين المبيعه فإذا نوى الغاصب التملك و حازه لحقه حكم المال المعرض عنه، فنظر جدنا " رحمه الله " كان إلى هذا لا إلى ما وجهه به بعض فضلاء تلامذته الذى حكاه الاستاذ " رحمه الله " بكتابه مع امكان انه لو قصد بالإجازة الرضا بالعقد لنفسه على نحو ما قصد الغاصب احتمال رجوعه إلى هبه و بيع خصوصاً إذا قصد الغاصب تمليكه قبل بيعه و ذلك يجرى مع علم المشتري بالغصب و عدمه لأنه مع العلم إذا لم يكن المدفوع ثمناً لم تؤثر الإجازة فى جعله ثمناً و يحتمل حكمهم بعدم الرجوع إنما هو عقوبه للمالك حيث عاوض بماله على محرّم و ذلك لا يوجب ملكيه الغاصب للثمن لو رجع المالك بالعين و لا جواز تصرفه فيه، فالغاصب مخاطب برده فإن بذله أخذه المشتري و إلأ فليس له

مطالبته فهو كالمال المحلوف عليه كذباً على انه يمكن منع جواز الرجوع بالثمن و ان نسب لعامه اصحابنا و جلهم لعدم تحقق الإجماع مع فرض بقاء العين و الأصل بقاءه على ملك مالكة فيختص عدم الرجوع بتلف العين لتسليط المالك و إذنه بالإتلاف و على كل تقدير لا- ممانعه بين جواز رجوع المشتري او عدمه على الغاصب مع عدم الإجازة و بين رجوع مالك العين على الغاصب بالثمن مع الإجازة مطلقاً، و إن تلفت العين مع امكان فرض رجوعه على المشتري أيضاً بناء على الكشف إذ الإجازة على البيع لا تتضمن الإجازة على القبض فيطالب المميز المشتري بالثمن المدفوع إلى الغاصب و سيجىء بيان ذلك موضحاً إن شاء الله تعالى.

الثالث: أن الكلام في بيع الفضولى صحه و فساداً انما هو بالنسبة إلى المالك لو اجاز و إن باع لنفسه، و أما لو باع فضولاً عن الغير مطلقاً او عن نفسه ثم تعقبه ملكيه المبيع له فلا دخل له بالمسألة و بيانه يأتي ان شاء الله تعال في وقوعه للعاقد او المالك.

الرابع: ان الإجازة تجرى في كل ما يصح بيعه في الثمن و المثلث عينا كان او في الذمه فمتى أضاف الثمن أو المثلث لغيره وقف البيع على اجازته، فإن ردّ بطل نحو بعت كراً من طعام في ذمه فلان بكذا و بعتة حال وجوده بكذا في ذمه عمر و يقع العقد للمميز قضاء للمعاوضه لعدم معقوليه استحقاق غيره فلو توقف العوض او المعوض على إجازة شخص وقع العقد للمميز و ان ردّ لا- معاوضه فيبطل العقد و يبقى كل من المالكين على ملك صاحبه، فإن الانتقال متوقف على الإجازة التي لم تحصل و لا معنى لوقوعه عن الفضولى لعدم كون أحد العوضين له إذ لو صحّ لا غنى عن الإجازة.

نعم، لو لم يصدقه الآخر في ذكره أو قصده له عليه اليمين و يقع العقد للفضولى على قول مشهور فظهر من ذلك انه لو اضاف البيع إلى غيره أو إلى نفسه مع اضافه الكلى لغير من اضاف البيع له جمع بين المتنافيين فلا يصح اشترت هذا لفلان بكذا في ذمتي و لا لنفسى بكذا في ذمه فلان إلا بالأنحاء قيديه احدهما فيكون البيع أما لنفسه أو للغير كما قد يقال في صحته فراراً من عدم دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً و عدم تردد المعامله بين المنوى و المباشر فاحتمال انه ان ردّ الغير كان البيع للمباشر في المثاليين لا وجه له إلا إذا اختلفا في القصد أو ذكر العقد و عدمه في المعامله فيرجع الأمر حينئذ إلى الترافع الموجب للبينه أو اليمين.

الخامس: لا يختص الفضولى في البيع بل ان صحّ دليله و جاز فهو يجرى في غيره و في المعاطاه منه مطلقاً إلا ما أخرجه الدليل فيصح في الإجاره و الصلح و الهبه و النكاح بل قد يدعى تعديده الحكم إلى الايقاعات و جميع ما يقبل التوكيل من العبادات كالندور و الزكاه و الخمس و غيرها ان لم يجمع اجماع على خلاف كل ذلك عملاً بعموم الوفاء بالعقد الجامع لشرائط الصحه و خصوص النص الوارد بصحه النكاح الذي يقتضى التعديده لغيره بالأولويه مع عموم التعليل في الصحيح انه لم يعص الله، و إنما عصى سيده فإذا أجاز فهو له جائز فإن مقتضاه إن كل عقد جمع شرائط الصحه سوى الرضا يصح لو تعقبه أجازة من له السلطنه فعدمها مانع من ترتب أثره فإذا زال المانع أثر السبب أثره.

و أما في المعاطاه بناء على أفادتها الملك فيقتضى بجران الفضولى فيها بعد العموم خبر البارقي لظهوره فيها، لكن اشكل جماعه بأن التمليك في المعاطاه موقوفه على التقابض بنيه التمليك فلا يناسب الفضولى من جهة التصرف بمال الغير المحرم فلا يترتب



الأثر معه و دفعه غير واحد من مشايخنا بعدم جريانه فى مطلق المعاطاه كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمه و عدم دلاله النهى على الفساد، و أنه لو دلّ لدلّ على ان الفضولى لا يستقل بالإقباض

بدون رضا المالك فلا ينافى ذلك ان يكون جزء سبب، و أشكل أيضاً بعدم حصول المعاطاه إلّا بقصد الإباحه أو التملك اللذين هما من وظائف المالك و لا يتصور صدورهما من غيره فالبعض المشروط فيهما ان لم يكن من المالك او بإذنه لا أثر له و خدش بأن قصد التملك موجود فى الفضولى كوجوده فيه لو باع فى الصيغه فاعتبار مقارنه الرضا للإنشاء الفعلى دون القولى تحكّم مع اتحاد الدليل فإننا لا- نعتبر فى الفضولى فى المعاطاه إلّا القصد الموجود فى قوله. نعم، لو كان عقد الفضولى على خلاف القاعده و قام الدليل على صحته فى مقام لزم الاقتصار عليه بل يشكل حينئذٍ جريانه فى مطلق البيع فضلاً عن غيره فلا يثبت إلّا فى النكاح لصراحه دليله فيه كما بيّناه سابقاً و كذا لو حكمنا بأن المعاطاه لا يكون بين غير المالكين فلا يجدى التقابض فى تحقق موضوعها و لو حصل فأجاز المالك كانت المعاطاه من حين الإجازة و لا- دخل للتعاطى السابق فيها لكنه خلاف المعروف من كونها عقداً فعلياً هذا كله على القول بإفادتها الملك و أما على القول بالإباحه فلا تصح من الفضولى لأن قصد الملكيه المنقلبه إلى الإباحه خلاف القاعده خرجنا عنها فى المالكين للدليل ثم ان حصول الإباحه قبل رضا المالك غير ممكن فلا يترتب عليه الأثر.

السادس: فى الإجازة و المجيز و المجاز و فيه مباحث:

الأول: فى ان الإجازة المتأخره تجعل العقد كأنها وقعت معه فتعطى حكم الوكاله عن المالك و يفترقان بسبق الأذن و لحوقه و هو معنى الكشف فى كلماتهم أو انها ترد العقد إليها فكأنه لم يكن بدونها و هو معنى النقل، ظاهر الأصحاب حسب التتبع فى كلماتهم الأول بل لم ينسب القول بالنقل إلّا للفخر و الأردبيلى و بعض من تلاهم و صرح بعض اهل الكشف بأن العقد الصادر مردد بين الصحيح و الفاسد بحسب الإجازة و الردّ فإذا حصلت الإجازة تبين صحته و كونه ناقلاً للملك من حينه فكان الإجازة كاشفه عن العلم بحصول الشرط فهو كالبيع مشروط بما يقطع بحصوله شرطه و حينئذٍ لا تأثير لها بالنقل أصلاً، و إنما السبب التام فيه العقد الذى حصل و الإجازة مكمل له و إلّا لم يكن الوفاء بالعقد خاصه بل هو مع شىء آخر و أيضاً لا اشكال بأن العقد أفاد نقل العوضين من حين صدوره و الإجازة كشفت عن مضمونه و لو لم تكن كاشفه للزم تأثير المعدوم فى الموجود إذ لا عقد حين الإجازة و وقعه سابقاً كعدمه حيث لا أثر لها قبلها كذا قرروا، و لكن فيه ان العقد المقارن للرضا لا ريب و لا شبهه فى كونه سبباً تاماً فى النقل و أما ما تأخر عنه فكونه سبباً مردد بين حال الرضا أو قبله و أثره قبل لحوق الرضا منفى بالأصل فلا أثر للعقد قبله لأنه قائم مقام الرضا المقارن فلا معنى لحصول الأثر قبله و ان الإجازة غايه ما تكشف عنه صحه النقل لغير المالك الذى هو مضمون العقد و أما انها تكشف عن النقل المقيّد بالزمان فلا دليل عليه إذ الزمان ظرف لوقوع العقد لا قيد له فإذا انشأ المالك العقد أو من ناب عنه و لم يقترن بالرضا و قلنا بصحته لا مانع من توقف أثره على حصول الرضا فحين حصوله يؤثر أثره إذ العقد لا- يؤثر إلّا بإمضاء الشارع و هو موقوف على امضاء الإجازة فإذا امضاها الشارع أثر العقد حين الامضاء مثل امضائه للعقد، و ليست الإجازة إلّا كالقبول الذى يتوقف تأثير العقد عليه مع انه الرضا بمضمون الايجاب الذى هو النقل، فالعقد و ان كان عله للملك و سبباً إلّا ان سببته موقوفه على امضاء الشارع لمقتضاه و هو لا يحصل إلّا بعد الإجازة و عليه يلغى الفرق بين الكشف و النقل إذا كان الأثر، انما يحصل من حين الإجازة، و لأجله التطم على ارباب الكشف الأمر لحكمهم بكشفها من الملك حين العقد فذهب بعضهم إلى ان الإجازة شرط متأخر و لا مانع من وجود المشروط قبله إذ الشروط الشرعيه ليست كالعقلية فلا مانع من تقدم المشروط على شرطه أو ما يشبه

المسبب على السبب بجعل الشارع كغسل الجمعة في الخميس، و اعطاء الفطره قبل العيد، و غسل الفجر بعده للمستحاضه فى رمضان، و غسل العشاءين لصوم اليوم الماضى، و عليه بنى بعضهم صحه الصلاه مع عدم الإزالة مع اعترافه بالنهاى عنها قبلها بأن الأمر معلق على العصيان و تقديره يكفى فى تحقق كم ركب المغضوب فى الحج إلى حين الأحرام فالعصيان و ان لم ينته إلّا بعد تمام الصلاه لكنه يورث الصحه و رمى غير واحد هذا الكلام بعدم المعقوليه فيما فرض شرطاً او سبباً من دون فرق بين الشرعى و غيره، و لا يجدى تكثير الأمثله التى لا بد من التخلص منها فكيف يقاس عليها.

و غايه ما يقال فى بعض ما سبق ان الشرط الأمر المنتزع فيكون لحوق الغسل شرط فى صحه الصوم أو ان الغسل واجب نفسى أو غير ذلك مما ذكره فى بابه، و الحاصل ان ما حكم العقل بمنعه كاجتماع الاضداد و تقديم المسببات على الأسباب و المشروط على شرطه إذا فرض وجوده و لو بالجعل، حرّى فيه المنع عقلاً فلا- تجتمع الصلاه مع كل ما ينافيها و يضادها و لا البيع و العتق كذلك، و ان كان بالجعل و لما كان الأمر كذلك فزع بعضهم إلى كون الشرط لحوق الإجازة و هو مقارن للعقد على تقدير الإجازة و مرجعه إلى ان لحوق الإجازة جزء من السبب المؤثر و هو مع منافاته لإطلاق الشرط عليه لا يمكن الحكم بالانتقال إلّا بعد اللحوق، فيعود المحذور لنقصان السبب قبله و عدم انقطاع سلطنه المالك و عدم حليته التصرف بماله و ان علم بكونه سيجيز فإن العلم لا- يؤثر فى المعلوم بعد توقف الحل على الرضا على ان الإجازة المتعقبه لا- دخل لها بإنشاء الفضولى و ما هى إلّا كالفسخ بالخيار الواقع من حينه لا من زمن العقد لعدم كونه قيداً فإذا فسخ ذهب العقد المقيّد بذلك الزمان لما علمت من كونه ظرفاً لوقوع الانشاء، و إن الزمان كالمكان فى الظرفيه لا أثر له بالنسبه إلى العقد من جهة وقوعه فيه إلّا لما صحّ أخذه شرطاً فى بعض الفروض و لذا يصح ان يبيع الفضولى بشرط اجازة المالك لإنشائه يوم البيع و ساعته و لو كان قيداً لما كان لاشرطه وجه، و كذا فى الخيار لو شرط ردّ المبيع من أصله فيه لصحه الاشتراط على ظرفيه الزمان، و كون الرضاء المتأخر أما شرط او جزء سبب، و لا يجب الوفاء به إلّا بعد تمامه فلا تشمل الآيه قبل لحوق الإجازة و لا الحليته على ان العقد الموجود موصوف بعدم التأثير فكيف يلحقه وصف التأثير لاستحاله خروج الشىء عمياً وقع عليه فلو توقف تأثيره على شىء آخر كان تأثيره بلحوق ذلك الشىء زمنه فالأنسب بالقواعد هو الفعل لا على جعل الإجازة ناقله و ان العقد لا أثر له فهى من النواقل بل على ان العقد الواقع جزء سبب أو ان الشرط فيه ذلك إلّا إنا لو حكمنا بهذا نافاه بعض النصوص الظاهره بل الصريحه فى الكشف مثل خبر عروه البارقي من قوله له: )

بارك الله لك فى صفقه يمينك

، و خبر الوليده إذ لم يغرم المشتري بعد الإجازة من اجره الخدمه و ما ورد فى الصحيح فى تزويج الصغيرين فضولاً يارث احدهما من الآخر لو اجاز بعد الموت فإنه لا يتم إلّا على الكشف لأن موت احد المتعاقدين قبل القبول يبطل العقد، فلو كانت الإجازة ناقله لتحقق البطلان و لما وجب العزل قبل ادراك الحى منهما إذ المال لو بقى على ملك الورثه كان العزل مخالفاً لتسلط الناس على اموالهم بإطلاق الحكم به يورث ملكيته لو أجاز فى الواقع فهو حاكم على اصاله عدم الإجازة فلا بد من حصول النقل واقعاً قبل الإجازة و ان لم يكن معلوماً للمتعاقدين فتكون الإجازة علامه على حصول الملك و تأثير السبب مثل العراض الذى قضى بحليه مال الغير و تملكه و مثل مضى اجل التعريف فى اللقطه، و اليأس من المالك الذى يحل به مال الغير

فالعقد جامع حتى لرضاء المالك إلّا ان العلم برضاه موقوف على الإجازة فإن الشرط حصوله متقدماً كان أو متأخراً لا العلم  
بحصوله، و علامه حصوله الإجازة

فهى بمنزله قول المالك رضيت بنقلك لمالى فى زمان نقلك لا رضيت بنقلك لمالى إلاً ان نعم، لو صرح به كانت ناقله لا محاله، و أما لو اطلق فظاهره السابق و الإجازة و علامته لاحتياجه إذا كان النقل من حينها إلى اخبار المجيز به و لو افاده لما احتاج إلى ذلك فمرجع قضيته النقل و الكشف إلى ما يظهر من اجازة المالك فلو ظهر منه الرضا بالبيع حال الإجازة كان النماء للمالك قطعاً لأنه من املاكه كما لو ظهر منه حال العقد و الكلام فيما اطلق، و لا اشكال فى ان ظاهره الرضا بالعقد من حينه فيتبع و هو الكشف الذى قال به الأكثر لأنهم يرون إنَّ زمان الانتقال زمن العقد لظهوره من المالك بالإجازة، و حينئذ فلا حاجة إلى ما تكلف به الأستاذ " رحمه الله " و غيره من تصوّر كاشفيه الإجازة على وجوه الكشف الحقيقى مع تأخر الشرط و النقل بحكم الكشف مع حصول الشرط و هو تعقبه بالإجازة و الكشف الحكى و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع إلاً بعد الإجازة و تكلف للثمره بينهما على احتمالات فعلى تقدير الكشف الحقيقى و كون الإجازة شرطاً متأخراً لا يجوز التصرف بمجرد انشاء الفضولى العقد بالعوضين و ان علم، و تيقن وقوع الإجازة لعدم حصول الشرط بخلاف ما لو كان الشرط لحقوقها الحاصل عند الإنشاء و علم بتحقق الشرط فانه يجوز التصرف قبل الإجازة، و تظهر الثمره فى وطى المشتري الجارىه قبل الإجازة و هى شرط فإنه حرام ظاهراً على الكشف الحقيقى حلال واقعاً لكشفها ان الوطى وقع فى ملكه و على الكشف المحكى كذلك و ان اولدها صارت ام ولد على كلا التقديرين لحدوث الولد فى ملكه و يحتمل على الكشف الحكى عدم الحكم بالملكه إلاً بعد الإجازة فيكون الوطى محرماً و مملوكاً بالحكم للمشتري و لو نقل المالك الولد قبل الإجازة ثم أجاز بطل النقل على الكشف الحقيقى لكونه بعد الكشف تبين انه ملك المشتري لا المالك المجيز إلاً ان يكون النقل كالمرد للبيع و يصح نقله على الكشف الحكى و يغرم المالك قيمته للجمع بين الكشف و صحته النقل كالنسخ بالخيار المنتقل متعلقه بعقد لازم فمتى لم يناف الإجازة تصرف المالك قبلها و بعدها يمضى العقد بالجعل من الشارع حكماً كان غرامه ما باع او تلف عليه لأقدمه على الإجازة التى تجعل المتلوف و المبيع ملكاً للمشتري و ان تصرف البائع فيه بحق فيلزم البدل و هو القيمة مطلقاً او مثل ما باع على قواعد الغرامات، و ربما يشكّل بالتلف لمنافاته للإجازة بالعين فالنماء كذلك و قد يفرق بينهما بالرجوع إلى البدل فى الثانى انتهى.

هذا خلاصه ما افاد و المتجه فى نظر القاصر أن الإجازة على الكشف معنى واحد يرجع إلى ملكيه العين حين النقل و ما يحدث منها إلاً ان يظهر من المالك تقييد الإجازة بحينها فيجعل الزمان قيداً او يمضى البعض، كما لو باع الفضولى جملة اشياء صفقه فأجاز المالك البعض فله ان يقتصر على العين دون النماء اما لو يظهر منه ذلك فالمفهوم من اجازته الرضا بما وقع العقد عليه و انفاذه فهو بمنزله التصريح بلحوق النماء للعين فلو تصرف ببعض النماء كان كما لو استثنى بعض افراد المبيع فكيف يدفع البدل مع ظهور الإجازة بالرضا ببعض المعقود عليه فإن تصرفه بمنزله صريح استثنائه، إلاً ان يمنع الأستاذ " رحمه الله " من تبعض الإجازة حتى مع التصريح، و هو لا يسلم له و قياسه على الفسخ مع كونه ليس من مذهبن ان الفسخ ردّ ما وقع العقد عليه و ليس إلاً العين حين

الرّد فإنه قبل الرّد قد سلّطه على فوائد العين فلا رجوع له بها ولا يسرى الخيار إليها بخلاف الإجازة التي لم يسلّط المالك غيره عليها ولا على فوائدها فلو تعدد المملوك كان للمجيز ان يبعض فإن ترك وأجاز ملك المشتري الجميع و ان بعض ملك ما رضى به و التصرف يورث التبعض قطعاً لدلالته على ان الرضا بالنقل فى غيره وإلا لكان المبيع صفقه فضولاً مع التصرف ببعضه يغرم قيمه لو أجاز لذلك البعض الذى تصرف به مع انه كغيره مصرّح بخلافه فلا بد من التدبر فى كلماته فى المقام.

نعم، تظهر الثمره كما ذكره جماعه بين الكشف و النقل فى مواضع أحدها النماء فإنه على الكشف للمشتري و للبائع على النقل و فى الروضه و لو جعلناها ناقله فهى للمالك المجيز، و الظاهر سقوط الواو قبل المجيز و أراد بالمالك المشتري إذ لا يمكن ان يكون نماء الثمن و المثلن للبائع كما هو ظاهره و ربما وجه بأن تمليك المشتري للثلن بقبوله البيع غير موقوف على اجازة مالك المبيع لعدم توقف تصرف المشتري فيما يملكه على اجازة غيره و لما أجاز المالك للمبيع فبالإجازة بالنسبه إليه ناقله و إلى مالك الثمن كاشفه بجعل مالك العين مالكا للثلن واقعاً بشرط لحوق الإجازة.

### توجيه عبارة الروضه

كما اعترف فى الروضه و المشتري سلّطه على المثلن المستغنى عن اجازته لكن ينافيه قضيه المعاوضه فان العوض لا ينتقل عن مالكة قبل انتقال المعوض فإذا توقف انتقال المبيع على اجازة المالك فلا يمكن انتقال الثمن قبلها فكيف يكشف عن انتقال الثمن و نمائه للمالك المجيز و هى بمنزله الإيجاب الذى لا تأثير للقبول بدونه و ان لم يكن لها دخل فى ملكيه الثمن إلا ان تملكه موقوف عليها فليحظ فالأوفق سقوط حرف العطف كما سمعت أو ان المراد بالمجيز ما هو اعم من المالك فلذا اعطفه كالولى و الوصى او القول بأنه بمنزله ايجاب تقدم قبوله فيملك البائع الثمن و نمائه إذا اجاز او إن الضمير راجع إلى نماء المبيع و الثمن بدون نمائه فانهما للمالك المجيز.

ثانيهما: تمكن الأصيل إذا اتفق مع الفضولى مع فسخ البيع على النقل لأنه كفسخ الموجب قبل لحوق القبول بخلاف على الكشف لتمايمه العقد من قبله و ان تمكن الآخر من رده إلا انه مبنى على أن عدم تحلل فسخ الأصيل بين جزئى السبب شرط فى صحه العقد فمن نفى شرطيته منع فساده حتى على النقل، فالأمر دائر بين لغويه الفسخ و صحه العقد و بين عدمه و بطلانه و كل فيه على مذهبه فلا تتم الثمره مطلقاً للتردد فى ان الفسخ القولى مبطل لإنشاء الأصيل ام لا، و أما الفعلى بان يتصرف الأصيل فيما انتقل عنه قبل لحوق الإجازة كان يبيع ما نقله او يهبه أو يطاء ما نقله إلى فضولى قبلها فلو حصلت الإجازة بعد التصرف لغت و لا اثر لها على النقل الفوات محل الإجازة يتصرف الأصيل، و قيل بعدم جواز التصرف لعموم الوفاء بالعقد فى حق الأصيل و وهنه ان القابل بالنقل يرى ان الإجازة أما شرط او شطر فما لم يوجد لم يجب الوفاء إذ وجب الوفاء بالعقد الجامع بجميع ما يعتبر فيه فإذا فقد خبراً او شرطاً لا عقد حتى يجب الوفاء به، و أما على الكشف لا يجوز التصرف من الأصيل.

و صرح شيخنا و الوالد " رحمه الله " بجواز التصرف قبل الإجازة لأمن المال المنتقل عنه ليس بمحقق الانتقال و مثله لا يرفع السلطنه الثابته له غايته ان الإجازة توجب عليه الغرامه أما برد العين مع وجودها أو بدلها مع التلف لكشف الإجازة عن بطلان التصرف و لو نقلها بعقد لازم فهو بحكم التلف و لو تحقق لحوق الإجازة ليس له التصرف، و رده الأستاذ " رحمه الله " بتمايمه

العقد من طرف الأصل فيجب الوفاء به إذ وجوبه عليه غير مراعى بإجازة المالك و عدمها، بل هو

مطلق حتى لو علم عدم اجازته المالك إلا على احد معانى الكشف و هو كونه مشروطاً بشرط متأخر لم يحرز شرطه، و هو ضعيف بل العقد تام و شرطه حاصل و هو تعقبه بالإجازة بمعنى ان تأثيره موقوف عليها فيحرم على الأصيل نقضه إلا إذا ردّ المالك فيكون ردّه فسخاً في حق الأصيل كإمضائه في لزومه فإن صحه العقد بخروج المال عن الأصيل صار كأنه مال الغير فكيف يجوز التصرف فيه منه و إلا لم يكن للعقد أثر في حقه و المفروض صحته و لا- ينافيه حرمة التصرف فيما انتقل اليه من الفضولى إذ لا- تلازم بين المالكين في الحرمة و الجواز، و إن كان هذا بدلاً عن ذلك فينبغى دخوله في ملكه فهو مسلط عليه و الحرمة تنافى ذلك فإن نفس البدليه لا تقضى بجواز التصرف و إلا لجاز للآخر التصرف قبل ان يجيز لوقوع المبادله و سببه ان عموم الوفاء بالعقد لا- يشمل غير الالتزام بما التزم به العاقد على نفسه و الأصيل صدر منه ذلك فلا يتخطى عنه إذ قد التزم بخروجه عنه و أما دخول بدله في ملكه فهو غير ملتزم به و إنما مرجعه غيره لكن فيه ان هذا الالتزام لم يكن مطلقاً بل هو معلق على دخول البدل في ملكه و إذا فقد الشرط لم يكن للالتزام أثر كما لو نذر مالاً و علقه على شرط فأنهم جوزوا التصرف فيه قبل حصول شرطه إذا لم يعلم تحققه، و نظر الاستاذ " رحمه الله " فيه بعد الاشكال في النذر و انه قياس بالفرق بينهما بأن للالتزام هنا غير موقوف على الإجازة بل التزام بالمعاوضه على تقديرها فلا- اختيار له فيما اخرجه عن ملكه مختاراً، و أما يملكك عوضه لا سلطان له عليه إذ لم يخرج مالكة عن ملكه. نعم، يلزم انتظار ذلك فإن لم يرض المالك رجوع ما اخرجه إليه و إلا بقى على خروجه عن ملكه فهو كمن باع و لم يقبض الثمن كأنه ليس له التصرف في البيع إلى ثلاثة ايام و سببه خروجه عن ملكه فكذا ما نحن فيه و لا فرق بين انتظار الثلاثة أو الإجازة، فالتصرف المنافى لما التزم به ممنوع حتى يحصل ما يوجب رجوعه إليه و لذلك حكم بالمصاهرة في المزوج فضولاً فتحرم عليه البنت و الأخت و الأم و الخامسة إلى ان ترد فترتفع الحرمة عن غير الأم و عنها فيه اشكال لهو في الطلاق لترتبه على لزوم الزوجيه و كذا المزوجه فإنه لا- يحل لها نكاح غيره قبل الإجازة أو الرد. نعم، الأحكام المتعلقة على الزوجيه اللازمه مثل نظر المزوجه فضولاً أو أمها فهو باقٍ على الأصول لأن تركه لا يعد نقضاً لما ألتزم به العاقد على نفسه فتم إلى هنا.

إنَّ حرمة نقض الملك كالزوجيه ليس من احكام ثبوت النتيجة المنفيه بالأصل بل ثبوت النتيجة من توابع حرمة النقض من الطرفين، انتهى ما حققه الأستاذ " رحمه الله " و تبعاً لغيره و هو متين غير ان رفع سلطنه المالك عمّا ملك موقوف على خروجه عن ملكه و خروجه كذلك مع عدم تملك بدله مناف لقصد و مشكوك فيه غايته ان خروجه يبقى مراعى بتملك البدل و كونه مراعى لا- يمنع من تصرفه فيه كالمهبة المعوضه قبل قبض العوض و كالتصرف قبل التقابض و ليس الالتزام من موانع التصرف بما التزم به، بل المانع من التصرف ملكيه الغير له التي لم تحرز قبل الإجازة لا كونه سيجيز فيملكك، و ادله الوفاء بالعقد لا- عموم فيها لمثل العقد المذكور و إلا فمن باع مال غيره يلزمه خلاصه من المالك بأى نحو يكون لأنه التزم على نفسه و لا قابل بوجود ذلك عليه فأثر الالتزام في المقام وجوب دفعه بعد الإجازة لا حرمة التصرف فيه قبلها إذ لا يقضى مجرد ذلك به، و أما النكاح فبعد الاعتراف بكونه معاوضه أنه خارج بدليله لأن مبناه على الاحتياط و لذلك استشكل في الطلاق و النظر إلى الأم بعد الفسخ و قضيه تبعيه العقود للقعود تورث جواز ذلك لأن ما قصد بالتخليك مرجو فقبل وقوعه يبقى تملك الغير للمنقول مراعى و المحرم التصرف بمال الغير لا بما سيملكه و إلا لحرمت تصرف البائع في المبيع بالمجلس أو ما كان فيه الخيار للطرفين مع حصول الالتزام على نفسه بالنقل.



و خلاصته ان الأصيل و ان رضى بالمعاوضه مع الفضولى و التزم بالعقد على نفسه بإعطاء البديل للمالك إلاً ان مجرد ذلك لا يجرم تصرفه فيه مع ان ادله الضرر تنفى الحرمة و ان اقدم على ذلك و ليس كلما ثبت فى النكاح من احكام الفضولىه يجرى هنا و إلاً لصحت الإجازة بعد موت الأصيل كما فى النكاح مع ان المذهب بطلان العقد، و مع ذلك لا تخل المسأله عن اشكال فيلزم التفكير فيها و على ما قلنا لا ثمره لصحة التصرف على الكشف و النقل.

ثالثها: بيع المقبوض بالمعاطاه فضولاً فعلى الكشف لا يرجع فيه قبل الإجازة و على النقل يجوز فإن الرجوع فى المعاطاه لا يمكن بعد نقل العين و المفروض على الكشف نقلها لجواز تعقبه بها.

رابعها: تصح الإجازة على الكشف لو سقط المبيع عن درجه الاعتبار أو المشتري قبلها كالانقلاب إلى محرم او نجس او موت او كفر او ارتداد إذا كان المبيع مما لا يملكه الكافر و لا تصح على النقل، و تصح على النقل بتجدد القابليه بعد عدمها قبل الإجازة كما لو بدا صلاح الثمره بعد العقد قبلها أو حصل الشرط بعد عدمه، و لا يصح على الكشف عكس الذى قبله و خدش السابق بأن الإجازة مع وجود القابليه غير مجديه لفساد العقد بارتفاعها، و منعه الأستاذ " رحمه الله " بعدم الدليل على استمرار القابليه إلى حين الإجازة فى المشتري و المبيع على الكشف فبالإجازة ينكشف حدوث الملك من حين العقد لا منه إلى حين الإجازة و إلاً لما صحَّ فى البيوع المتعدده كغايه إجازة الأول منها فى صحه الجميع مع انهم صرحوا به و الحال لا استمرار فى التملك مع اشعار اخبار النكاح بعدم اعتبار حياه المتعاقدين حال الإجازة، و إن فحوى خبر تزويج الصغير يقضى بصحة الإجازة فيما لو خرج المبيع من قابليه التملك قبلها من جهه ان موت احدهما كتلف العوضين فى فوات احد ركنى العقد مضافاً إلى ترك الاستفصال من النبى " ص " فى خبر عروه عن بقاء الشاه و عدمه.

و فيه ما سبق مفصلاً و ملخصاً ان خروج المال عن ملك صاحبه بإجازة يشك فى تأثيرها فى غايه الاشكال فى غير المنصوص خصوصاً لو استلزم ذلك الضرر على المشتري من جهه عدم التملك و سقوط المبيع عن الانتفاع، و لأجله منع الرجوع فى المعاطاه لو خرج أحد العينين عن قابليه التملك دون الآخر مع ان ما ذكر يجرى فيه، فعدم رجوعه مع بقاء العينين فيه تلمح إلى ما ذكرنا.

خامسها: تعلق الخيار و احتساب مبدئه على النقل من حينه و على الكشف من حين العقد و كذا فى تعلق حق الشفعه و معرفه مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلقة بمال البائع و المشتري و كذا كل أثر يترتب على حصول النقل و زمان حصوله.

سادسها: ظهورها فى العقود المتعاقبه على عين مال الغير او على ثمنه، و البائع أما ان ينفرد او يتعدد على الحالين، أما أن يبيع عن نفسه او عن الغير، و الإجازة اما ان تتعلق بالعين او العوض، و المجاز اما ان يكون اول العقد او آخره او ما بين الأول و الآخر فى البديل او المعوض او فيهما و العقد أما بيع و لو معاطاه او غيره مما يتوقف على الإجازة و الفضولى اعم من ان يقصد الفضولىه او لا لجهل او غصب او اشتباه أما لو باع عن غيره و تعدد العقد منه و من المشتري العالم بالفضولىه على الثمن أو المثلن كأن باع فضولاً دار الغير بحانوت و نقل الحانوت بإصطبل و هو بكتاب و هو بفرس و هو بسيف و المشتري للدار باعها بمطى، و الثانى

باعه بوصيف و باعه الثالث بحديقه و الرابع بعروض و الخامس بطاحونه و هكذا، ثبتت الفضوليه في البائع و المشتري فياذا  
حصلت الإجازة و كانت بالثمن صحَّ و ما قبله في ترامى

الأثمان على الكشف لأن ملكيه السيف فرع ملكيه الفرس فكأنه اجاز الجميع، و أما على النقل فلا لأن المجيز لم يملك الأثمان السابقة فلا- تأثير لإجازته و ان كانت بالثمن فهي ملزمه له و لما بعده على الكشف فلو اجاز بيع الدار بوصيف و كشفت عن صحته الإجازة صحَّ ما لحقه من العقود و بطل ما قبله و حيثئذ متى تعدد العقد على مال الغير فإن كان من اشخاص و قد اجيز الوسط صحَّ و ما بعده و انفسخ ما قبله و ان كان من واحد العكس و يحصل ذلك بترامى الأثمان فى العقود و لو عقد على الثمن الشخصى مراراً كأن باع الغير فضولاً بدرهم و اشترى به عسلًا و باع العسل ابتاع به سكرًا و هكذا فهو من القسم الأول، فلا يرد فى اطلاقهم فى ترتب العقود من انه إذا اجاز عقداً على البيع صحَّ و ما بعده و فى الثمن ينعكس فإن مرادهم فى الثانى ليس العوض الشخصى الأول بل مطلق العوض و لو بالواسطه، و تتضح لك صور المقسم بما سبق و ما يجىء و ظهور الفائده، غير ان الاستاذ " رحمه الله " بعد ان نقل عن الاصحاب عدم استرداد الثمن فى المبيع المغصوب مع علم المشتري بالغصب و استشكل كغيره فى لحوق الإجازة فى مطلق العقد و ان تعدد لعدم تسلط المجيز على الثمن المدفوع للغاصب لأنه سلط عليه، ثم وجه ذلك بأن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعلّه لأجل التسلط المرعى بعدم الإجازة فليس التسلط علّه تامه لاستحقاق الغاصب سواء ردّ او اجاز، و علله بان ملكيه الغاصب بنفس دفع المالك له على خلاف القاعده لأن مجرد دفع المالك لماله لا يوجب ان يملكه الغاصب بالعقد الفاسد لكن حيث ذهبوا إلى ذلك لزم الاقتصار على المتيقن و هو التسليط مع الرد لا مع الإجازة و معها بتسلط المجيز على ما أخذه الغاصب معاوضه انتهى. و هو ان كان حملًا حسنًا لكنه أيضاً ظاهر المخالفه لما عليه الأصحاب فإن التفصيل بين الرد و الإجازة احداث قول ثلاث إذ المتصيد من كلماتهم اما صحه العقد رأساً و لا تأثير للإجازة، و أما صحته مع الإجازة فتقرب الثمره على الكشف و النقل فى العقود المتعدده و يملك المجيز الثمن و فى التلف بدله، و أما صحه الإجازة مع كون الثمن للغاصب فيكون المبيع بلا ثمن فلا وجه له و لذا قال فى الايضاح ان الأصح انه مع وجود العين هو للمشتري و ان علم بالغصب عند دفعه مع عدمها و تلفها ليس له ذلك و لا تنفع الإجازة إلّا انه يتم ذلك على الكشف إذ عين الثمن إذا بقى على ملك المشتري قبل التلف و حصلت الاجازة كشفت عن نقل الثمن عن ملكه للمجيز و أما على النقل فيجرى فيه الكلام السابق فى العقود المتعدده من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه من جهة توقف الملك على الاجازة الموقوفه عليه.

سابعها: إن الاجازة كالرجعه تتحقق بالتصريح و بالكنايه و بالأفعال بل بنفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق يكون كما يظهر من جماعه، و قيل بلزوم اللفظ الصريح فيها كأجزت، و أمضيت، و رضيت، لأن الأصل فى النواقل الاختياريه ذلك فيشك فى حصول النقل مع عدمه و ان انكشف الفعل عن الرضا. نعم، لو كان غير اللفظ كهو فى السببيه تعبيداً صحَّ ذلك، و حيث كانت المسأله سرايه لزمنا إيضاها برسم قاعده متقيده من الموارد، و هى إن الرضاء المعبر فى التصرف بمال الغير من بيع الفضولى و المكره و الخيار و الوكاله و الأكل من البيوت الثمانيه و الدخول إلى الدور و المضاييف و غير ذلك مما يبيحه رضاء المالك و هذا الرضاء نفسانى محتاج إلى ما يكشف عنه و الكواشف مختلفه أصرحها اللفظ فهل اعتبره الشارع فى الكشف و الغى كشف غيره مطلقاً، أو فى بعض الموارد او اناط الحكم بكل ما يكشف عنه من لفظ او غيره فى كل ما يكفى الرضا فيه او فى بعض دون بعض يظهر من بعض مشايخنا ممن حضرنا حلقتة لماماً أن المناط هو الرضا فى كل مقام بتوقف التصرف عليه و التصريح به لفظاً كاشف كغيره بلا تفاوت بين الطرق التى تكشف عنه و ان حصل

الظن منها لاعتباره في مثل ذلك و لا- يضر انكشاف الخلاف كما هو الشأن في الطريق الشرعى و العقلى مطلقاً، و يظهر من آخرين الاختصاص باللفظ دون غير لا مطلق بل في كل مورد لم يكتفى الشارع فيه بغيره فإجازه البكر للعقد الواقع عليها تمكينها للزوج و سكوتها و امثالها خارج عن مورد المسأله إلا ان المحكى عن المعظم عدم الكفايه فى البيع و فى غير إلا بدليل اجتهادى و هو الموافق للأصل و إلا لأثر العقد بمقارنته للرضا من المالك و لا احتاج إلى إجازته متأخره مع انهم يلتزمون به، و لا يدرجون فى الفضولى سبق الرضا على العقد مع عدم الفرق حينئذ بين الرضا و الكراهه، فينبغى ان تكون فاسخه للعقد فيلزم ان لا يتحقق الفضولى مع نهى المالك او مع ظهور كراهيته و ان لا- يكون من الفضولى بيع المكره فالمتجه عدم كفايه تحقق الرضا فى الإجازة بدون اللفظ الذى يدل عليه ليكون بمنزله ايجاب المالك الذى لا يكفى مجرد الرضا فيه قطعاً، و حينئذ لا يكفى سكوته مع العلم و لا- مع حضور العقد، و إن دلَّ عرفاً على الرضا فى خصوص البيع او الصلح أو الإجاره، و دعوى ظهور روايه البارقى بالاجتراء بالكنايه من قوله " ص: " )

بارك الله لك في صفقتك

، ممكن مع امكان القول باشتراط اللفظ مطلقاً لا اللفظ المخصوص، كما يفصح عنه قول الشهيد " رحمه الله " فى اللعنه و غيره و ان اوهمت ذلك و لا- يقاس ما نحن فيه على غير المورد كسكوت البكر فى التوكيل على النكاح لمانع الحياء و لا بسكوت المولى العالم بنكاح العبد بغير أذنه للاقتصار فيه على مورده مع انه لو افاد لكان مطلق السكوت اجازة و انه كاشف عن الرضا و لا قابل به، و اعتمد الاستاذ " رحمه الله " على الاكتفاء بما يدل على الرضا مطلقاً بمنع الإجماع و ظهور تعليلهم بان السكوت اعم من الرضا فلو لا كفايه الرضا لما حس التعليل و لمنع بأنه ليس بلفظ و بأن العموم القاضى بصحة الفضولى سالم عما يخصه إلا رضاء المالك بانتقال ماله فلو حصل كفى إلى غير ذلك مما ابداه و هو متين لو لا- ان الإجازة على الكشف و النقل بمنزله الإيجاب الذى لا يتحقق بالرضاء النفسانى خصوصاً على الأخير فيكون من الثمرات بين الكشف و النقل حينئذ مع ان العموم لو افاد لأفاد فى مطلق البيع لا الفضولى منه و احتمال إنَّ سكوت البكر و المولى فى النكاح كاشف عن التوكيل لا الإجازة للعقد فلا يكفى تصرف المالك فى الثمن، و إن كفى فى سقوط الخيار فإنهما ليسا من وادٍ واحد على انه لو حكمنا بكنايه الرضا لما صلح اعتبار ان لا يسبق الرد الإجازة فإن سبق الرد كالكراهه فتأثيره مع عدم تأثيرها كما ترى، و دعوى انفساخ العقد به دونها تخرص، فإن حصل بالرد ما يسقط أحد طرفى العقد فمثله حاصل بالكراهه غايته ان المالك لو قال لا اجيز كان البيع مغصوباً فيكون كبيع الغاصب المصرح بكونه من الفضولى مع ظهور صحه الإجازة مع الرد فى روايه بيع الوليده و القول بأن الفسخ يتوقف على الإنشاء فلا- يكفى الرد الفعلى فيفرق بين الإجازة و الفسخ مختل الأطراف لأن الفسخ هنا كهو فى العقود اللانزمه المصرح بحصوله بالفعل مطلقاً و الذى يلزمه التملك و المسأله مشكله و لذا نحن فى ترد من صحه الفضولى مطلق فوائده:

الأولى: إن نفس الإجازة ليست مما يورث و إنما هى اثر من آثار سلطنه المالك او ما ينوب عنه فأينما حصلت تلك الصفه فى شخص كان له الإجازة، فلو كان فضولياً و انقلب مالاً صار فضولياً و مالاً فالمالك يرث المال لا الإجازة، كذا ذكر الاستاذ " رحمه الله " و يعسر الفرق بينها و بين الخيار فى كونه موروثاً دونها.

الثانية: إن إجازته ما يشترط القبض فيه مثل السلم و الصرف إجازته للعقد و القبض، و أما ما فقد الشرط فإجازته العقد لا تقتضى إجازته التسليم من الطرفين فى الثمن المعين، و أما فى الكلى فتعود الإجازة إلى الإذن بقبض الثمن و التوكيل عليه لا هى بالمعنى المراد هنا لفقد الدليل على ذلك.

الثالثة: يجوز للمجيز ان يتراخى عن الإجازة إلّا إذا حصل الضرر فللحاكم إجباره اما على الراد أو الإجازة فى مقام المخاصمه و مع عدمها فللمتضرر الخيار بناء على الكشف، و أما الإجبار بدونها لغير الحاكم فيشكل، و أن ظهر التعميم من الاستاذ " رحمه الله".

الرابعة: يجوز تبعض الإجازة فى المبيع صفقه مثلما لو كانت بين مالكين فأجاز احدهما و يندفع الضرر بالخيار و لا يجوز التبعض بين المشروط و شرطه فلا تتعلق الإجازة بالمشروط فقط لعدم قابليه العقد للتبعض كذا قرر الاستاذ " رحمه الله" و هو غير واضح بعد قوله فى باب الشروط و كيف كان فالقول بالصحة فى أصل المسأله لا يخلو من قوه انتهى.

و قوله أيضاً انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد و انه ليس التصرف المرتب على العقد بعد انتفاء الشرط تصرفاً لا عن تراض انتهى.

و قوله يكفى المستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجاره لا عن تراض و هكذا، و حينئذ لا يمنع الاشرط إجازة العقد دونه و ان لم يرضى البائع، و فى ثبوت الخيار و عدمه مع تلف العين و بقائها مذكور بجمله، و مثله ما لو أجاز المالك البيع مشروطاً بشىء فلا يلزم اداء الشرط إلّا تبرعاً و إن رضى به لأنه كالشرط الواقع فى حيز القبول الذى لم يتواطأ عليه فانه لا يجب الوفاء به و لا يكفى الارتباط كما ذكر الاستاذ فى باب الشروط مما قواه هنا من ان الشرط متى لغى، لغى المشروط لكون المجموع إلزاماً واحداً مع ما قواه هناك يحتاج إلى التفكر فى كلماته و له الفضل.

### البحث الثانى: فى المجيز

و يلزم ان يكون كاملاً صحيحاً فلو أجاز فى مرض الموت كان حكمه حكم المنجزان بلا فرق بين الكشف و النقل و فى اشرط ان يكون موجوداً حين العقد او جائز التصرف حاله أيضاً كلام يتم برسم أمور:

منها ما عن الفاضل من لزوم وجود المجيز فعلاً فلا ينفع لحوق إجازة الصغير إذا بلغ لو باع ماله فصولاً الولى أو غيره حيث يقف على الإجازة، أما لعدم المصلحه أو لعدم الولايه و علله بامتناع صحه العقد عند الفسخ فيستمر و لا ينفع فيه إجازته او اجازة وليه عند ظهور المصلحه و بلزوم الضرر فى المبيع و الثمن لتوقف التصرف بهما على الاجازة و ضعفاً بعد الانتقاض ببعده المجيز من الطرفين او من طرف واحد بقصر الامتناع على الممتنع دائماً لا مطلقاً و بأن الضروره تندفع بما تندفع به فى البعيد الذى يتعسر عادة الوصول إليه إلّا بأكثر من مده يبلغ الصبى فيها المعترف بصحته، و بتخلفه فى نكاح الصغيرين فصولاً لو اهمل الولى الإجازة أو فقد الأيب و الجدد المنحصر بهما الولايه بناء على عدم ولايه الحاكم على الصغير فى النكاح و مثل فى عدمه لعدم وجود

المجيز ببيع مال اليتيم و هو مبني على تعذر الوصول إليه او على منافاه بيعه للمصلحه فيرجع إلى اشتراط امكان الاجازه من  
المجيز لا- وجود من له الإجازة لعدم خلو الأرض من الإمام، أو الحاكم، أو العدول، أو العارف بالمصلحة التي يجوز معها  
التصرف بمال اليتيم و لو ابدل المثال بنكاح الصغير حيث لا ولايه

لغير الأب و الجد عليه، أو بمال اليتيم الموصى له به التنصيب من الموصى على بقاء عينه لليتيم إلى حين بلوغه فلا ولايه لأحد على بيعه لكان أولى، فقول الاستاذ " رحمه الله " بأنه فرض غير واقع في الأموال يمكن منعه ذكرنا في عروض ملزم شرعى لإبقائه إلى بلوغه و إن كان خلاف المصلحة.

و منها عدم اشتراط استقلاله بان له التصرف فيما تصح اجازته فيه حين العقد لحجر او لكونه حين العقد غير مالك للبيع و لا مأذون ببيعه، و الظاهر انه مع اتحاد المالك للملك و للإجازة كبيع المرهون قبل فكه و إذن الراهن يصح الإجازة بل لا يحتاج إليها لو فكه المالك بعد البيع فينفذ البيع و لا يجوز للمالك الفسخ كى يحتاج إلى الإجازة على تأمل.

و منها تعقب لما باعه أما للبائع او لغيره أو تعقب جواز تصرفه لو باع معتقداً لعدمه و تحتها صور:

الأولى: إن الملك لو تجدد للفضولى بعد بيعه بشراء او بغيره و ان كان بغير اختياره فإما ان يجيز عقده او لا يجيز اختار المصنف فى زكاته توقف الملك عن الإجازة منه سواء باع عن نفسه او عن المالك، و ردّ الشيخ حيث ذهب إلى عدم الحاجة إلى الإجازة فى بيع غير المزكى بالنسبة إلى حق الفقراء لو غرم الزكاه بعد بيعه و صحته فى الجميع و اشكله المصنف بافتقاره إلى اجازة مستأنفه كما لو باع مال غيره ثم اشتراه، و كذا لو رهنه و حكى عن المحقق الثانى البطلان، و استقوى الوالد و الاستاذ الصحه لجواز بيع مال الغير عن نفسه كما سبق، و لأن الرضا المصحح نفس كونه مالكا زمن العقد إذ دليله من السلطنة و عدم الحل بلا- طيب نفس و قبح التصرف بما هو للغير بدون رضاه لا يوجب اكثر من ذلك، و لأن الكشف المعتبر فى الإجازة هو خروج المال عن ملك المجيز فى الوقت الذى يقبل خروجه فيكفى كفها عن خروجه بعد ملكيته و ان تأخرت الملكية عن العقد لا- حين العقد ليلزم خروج المال عن الملك قبل دخوله و هو باطل و التزام ذلك أولى من رفع اليد عن العمومات الموجب للصحه، فالعقد و ان اقتضى وقوع من حينه إلا انه لا- يقدر فيه عدم تأثير الإجازة إلا حين الملك و ليس عدم تأثيرها قبله من مبطلات العقد فهو كبيع مال اليتيم الذى يملكه حين بلوغه إذا اوصى له به كذلك فانه تكفى فيه اجازته وقت بلوغه و لا تؤثر اجازة وليه فيه قبل ذلك بل و غير البائع إذا اوصى له بمال يسلم له فى زمن خاص، فلو بيع لانتفع اجازته قبل الوقت او بيع ما هو مبيع عليه بخيار مؤقت فضولاً فإنه لا يثمر اجازته قبل انتقال الملك المستقر إليه، و إن كان مالكا و ليس هذا من قبيل تخصيص الاجازة بزمان متأخر مع قابليتها قبله للفرق الواضح بينهما، و بهذا يندفع ما تخيله البعض من المحال مقررأ أن اجازة الفضولى للعقد الأول لا- يكون إلا بدخول المبيع فى ملكه و لا- يدخل قبل الاجازة و بها يملكه المجيز و المجاز له فى آن واحد، و هو محال الاستلزام كل من المالكين عدم الآخر فيلزم وجوده و عدمه فى زمن واحد فإن ذلك مغالطه لا تختص بالصورة المفروضه بل تسرى فى مطلق الفضولى لتوقف صحته على اجازته و هى موقوفه على بقاء الملك للمالك و مستلزمه لملك المشتري فيلزم بعد العقد اتحاد ملك المشتري للمالك و هو محال على الكشف، إذ الاجازة تكشف عن عدم بقاء الملكية و تقتضى بقائها و انتزاعها و البقاء و الانتزاع مما لا- يجتمعان فى مورد واحد، و ان امكن الفرق بين الصورتين انه فى الأولى لا- يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى، و فى الثانى يكفى استصحاب الملكية إلى حين الاجازة لأنها اسقاط لذلك الحق الثابت له و رافع ليده عنه، و لكن حيث اتضح لك ان الكشف لا يقتضى إلا تملك المشتري من حين ملك العاقد لا من حين العقد فصحته العقدية و الاجازة لا توجب إلا خروج العين عن ملكيه المالك الأصلي فتؤثر الاجازة

أثرها زمن الاثراء لا العقد فمتى رضى المالك الثانى كان العقد له كذا أفاد الاستاذ " رحمه الله " و هو من التحقيق الانيق، إن لم ينافيه ما حققه سابقاً من الثمره فى النماء انها من حين العقد ام من حين الاجازة إذ على ما ذكره يتبعض النماء على الكشف و قد يقال فيما غير انه يقول مطلق لمن انتقل اليه العين و لم يستثنى هذه الصورة و حينئذ لو باع الفضولى الدار و اشترها آخر من المالك و أجاز بيعها ملك المالك الأصلى منافعها إلى حين بيعه و لغا عقد الفضولى إلى ذلك الوقت، و لا يكون الكشف عن صحته موجباً لانتقال منفعه إلى المشتري بالاجازة فالأنسب فساده لخلوه عن الأثر مع ذهاب المشهور إلى أن الاجازة من الشروط المتأخره التى يوجب حدوثها تأثير السبب المتقدم من زمانه و لا مانع من ذلك فيما لو باع فضولاً ثم ملك و اجاز لأنه كالمقدم على ان تكون المنافع للمشتري.

و أما فى شراء غيره و اجازته للعقد الأول فيشكل الحال إلّا ان يكون ذلك من احكامها الشرعيه فتخرج المنافع بالاجازة من ملك المالك الاصلى و إن تأخر تأثيرها فتكشف عن صحة العقد الأول و يكون المال للمشتري هو وقوعه لكن يلزم منه لزوم اجازة المشتري حينئذ للعقد الثانى لأنه وقع على ماله كى يصح و يلزم فإجازة المشتري من المالك تتوقف على اجازة المشتري من الفضولى لأنه ماله و اجازة الفضولى أيضاً تتوقف على اجازة المشتري من المالك، و يتوقف صحة كل من العقدين و الاجازة على اجازة المشتري غير الفضولى و هو مستلزم للمحال و لعدم تملك الأصيل للثمن و المثلن و تملك المشتري من الفضولى المبيع بلا- عوض لذا وقع شراء غيره بمماثل ثمنه تملكه بما زاد عن ثمنه او نقص عنه لو زاد و نقص ثمن المشتري الثانى من الأصيل و هكذا و هذه الالتزامات و ان ذكرها فى الإيضاح، إلّا ان الاستاذ أجاب عن جميعها بترتبه على الاجازة من حين العقد لا من حين تأثيرها و هو ممنوع، و الجواب حسن لو لا ما ذكرناه.

الثانيه: العقد الفضولى كالخيار يرفعه التصرف بالعين لذى الخيار فكذا تصرف المالك بما وقع عليه العقد من الفضولى، و لا يبقى مورد للاجازة و يكفى ذلك فى فسخه فلو باع المالك تلك العين لغير المشتري من الفضولى يفسخ به عقده السابق فإن أجاز المشتري الثانى لا تنفع اجازته فعقد الفضولى كسائر العقود الجائزه التى يبطلها ما ينافيها، كذا قيل و أجاب الاستاذ " رحمه الله " تبعاً لغيره بأن الفعل المنافى لمضيه ليس كإنشاء ردّه الفاسخ له بل هو مفوت لمحل الاجازة لا فاسخ للعقد كما أبدأ كما لو زوجت نفسها المعقود عليها فضولاً لغير من عقدت له، و أما لعدم قابليه العقد لإجازة من باع عنه الفضولى كأن باع خالد دار زيد لعمر و فضولاً و زيد نقلها لبكر فليس لزيد الإجازة جزماً و أما فوات محلها مطلقاً حتى من بكر ممنوع فللمالك الثانى و هو بكر ان يجيز بيع خالد لبقاء العقد مترزلاً بالنسبه إليه و ان بطل أثره فى الجملة خصوصاً إذا جهل البائع شخص المالك فلو تعددت من الملاك او لم تعدد الإجازة بحالها لأى مالك منهم وقعت فى ملكه. نعم، لو علم المالك الفضولى و باع قاصداً للفسخ كان كالفسخ القولى لا تنفع فيه اجازة المالك الثانى بل و ظاهره ذلك و ان لم يتحقق قصده، و دفع قياسه بالعقود الجائزه مثل الهبه و البيع زمن الخيار بتوقف صحة التصرف هناك على الفسخ لا- بدونه يكون تصرفاً بمال الغير و ليس كذلك فى المقام لأنه تصرف بماله فلا يتوقف على الفسخ بل يذهب معه محل اجازته لا اجازة من ملك المبيع، قال " رحمه الله " فقياس المترزل من حيث الحدوث على المترزل من حيث البقاء قياس مع الفارق انتهى. و هو من المتان به مكان لكن حيث كان مضى عقد الفضولى على خلاف الأصل، كان القدر المتيقن فى نفوذه اجازة من وقع عقده عليه و هو فى ملكه و أما لو انتقل عنه فمشكوك الحال فى البقاء



و عدمه و الشك يكفى فى سقوطه مع تمام الثمره بين الكشف و النقل لو قلنا بصحته إذ المنافع مملوكه للمالك إلى حين بيعه فلو كشفت الإجازة عن صحة العقد السابق لرجع الفضولى على المالك الثانى بتلك المنافع بناء على الكشف و هو باطل.

و أما القياس فليس هو من باب ان هذا كذاك بل هو من جهة التقريب إلى الذهن فى كيفية ارتفاع العقد بل ينبغى على قوله انه لو طلقت تلك الزوجه و كان معقوداً عليها فضلاً لا لغير زوجها الفضولى او مات زوجها الأخير و خرجت من العده لم يفت محل الإجازة فلها ان تجيز نكاحها الفضولى و هو حكم غريب، و الفرق بين النكاح و البيع لم نلف له كرامه.

الثالثه: أن النصوص العامه الحاكيه لنهى النبى " ص " عن بيع ما ليس عندك ان لم نقل انها للمخاطب و المالك معاً بل قصرناها على الأول فقط فتكون داله على عدم فساد بيع مال الغير مع عدم ملكيته له، و إن تعقب ملكه له و اجاز او بيع مال الغير و ان نقله عنه و اجاز المنقول له العقد الأول و يعاضد العمومات بعض النصوص الخاصه كروايتى يحيى و خالد ابنى الحجاج ففى الأول (

اشترها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او تشربها

)، و فى الثانيه (

أليس ان شاء أخذ و إن شاء ترك قلت: بلى، قال: لا بأس انما يحرم الكلام و يحلل الكلام

)، على ما سبق من تفسيرها من أن المارد بالكلام عقد البيع و يحلل إذا وقع بعد الشراء و يحرم إذا كان قبله بعنوان العقد و يحلل إذا كان بعنوان المراضاه و على كل حال فيها ما يدل على المطلوب، و فى صحيحه بن مسلم (

إنما يشتريه منه بعد ما تملكه

)، و صحيحه بن حازم (

إنما البيع بعد ما يشتريه

)، و صحيحه معاويه بن عمار و غيرها الظاهره فى عدم صحة بيع ما لا يملكه البائع، فلو باعه و هو ليس عنده ثم ملكه احتاج إلى بيع جديد و أجيب عن الجميع بالمنوع الالتزام و الإلزام بآثار العقد المذكور قبل الشراء و بعده سواء لكن من دون الإجاره، و أما بها فلا مانع من تأثير العقد اثره فحينئذ يصح معها فهى مسوقه لبيان عدم لزوم البيع بنفس الاشتراء، و دعوى سقوط أثره بالكليه لا تسلّم فلا نمنع من ظهور النصوص فى النهى عن البيع قبل الملك و لا تنازع فى ان النهى هنا لا يدل على الفساد بمعنى عدم ترتب اثره من النقل و الانتقال و التصرف فى الثمن و مطالبه البائع بتسليم المبيع و تحصله من مالكة و جبره على تسليمه بعد تمكنه منه فإن ذلك كله مسلم، إلّا أنه لا يورث لغويه العقد أصلاً من جميع الجهات حتى بعد لحوق الإجازة، فحاصل النهى فيها الارشاد إلى ان هذا العقد بمجرّده لا فائده فيه، و أما انه لغو حتى مع الإجازة فالنهي فيها لا يفيد ذلك و إلّا لبطل الفضولى من رأس، و نظر فى الجواب بأن العقد الذى يتوقف صحته على شرط لاحق لا يطلق عليه الفساد و لا يقتضى النهى عنه بقول مطلق

فهو كالهبة و الصرف لا- كالمنازده فى فساد البىع و غيرها مع ان ظاهر الاخبار ان لم يكن صريحها النهى عنه مطلقاً المورث للغويته، و حينئذ لا اشكال فى فساد بيع المبيع الشخصى مع انه لا يملكه، و إن ملكه بعد و اجاز بل و إن اجاز المالك و إن لم يكن فى الأخبار تعرض له إلا انه داخل فى العموم حيث لا يعلم المشتري الفضوليه، و أما بيع الكلى الموصوف بعض افراده فلا اشكال فى جوازه فيسلم البائع الفرد و لا يحتاج إلى الإجازة، و إن خالف المخالف فى ذلك و عموم بعض الأخبار تقتضيه إلا أن فى روايتى الثوب كفايه صرف المطلق منها إلى بيع الشخصى أو تحمل على التقيه.

و منها أن يبيع عن المالك بغير اذنه فبان أنه جائز التصرف و له الولاية على ذلك صحَّ بيعه كما لو اذن المالك فى التجاره و البيع و الشراء مع شخص بماله و هو لا- يعلم ثم علم به بعد ذلك، و كذا لو باع عن آخر فبان انه هو المالك كأن باع عن انحصر ارثه به يظن حياته فتبين موته فإن الأقوى صحه عقده و وقوفه على الاجازه.

أما الأول: فيدل عليه جميع ما قضى بصحة بيع الفضولى بما تقدم ولا دليل لمن منع سوى ما حكه عن الفاضل و ابنه من انه لم يقصد نقل المال عن نفسه و لأنه و ان كان منجزاً صوره فهو فى معنى التعليق لانحلاله إلى ان مات مورثى فقد بعثك و لأنه كالعابث عند مباشره العقد لأن المبيع لغيره، و ردّه الاستاذ " رحمه الله " بالخطأ فى الاعتقاد و هو لا ينافى الجزم بالنقل كمن باع مال غيره معتقداً انه له و طيب النفس و الرضا بالعقد، و إن كان شرطاً فى الصحة لكن مقارنته للعقد لا تلزم بل يكفى فيه لحوق ذلك و لأن التعليق انما يتم لو قصد البيع لنفسه و مفروض الرد الأول انه قصده عن ابيه و على فرضه كبيع الغاصب غايته لزوم القصد الصورى لكونه معلوماً فى الواقع و هو لا يضّر و إلا لما صحّ مطلق عقد الفضولى و كونه كالعابث مما لا يفهم له معنى فإن عمله بأنه لغيره لا يبطل عقده.

و أما الثانى: فلأنه لم يقصد البيع الناقل عند العقد بل قصده مع اجازة المالك مطلقاً فقصد البيع كافٍ فى الصحة و قصد غير مدلول اللفظ من انتقال البيع و عدمه حينه لا يخل بالعقد لأنه من الأحكام الشرعية العارضة للعقود، فلا يغنى قصد ملكيه نفسه و هو لغيره و لا العكس فى عدم الاجاره كما توهم و رضاه بنقله ينفع إذا اعتقد انه لا ينقله مطلقاً فيتفق انه له لتفاوت الاغراض فى ذلك كما لو اذن فى التصرف بمال يعتقد انه لغيره و المأذون يعلم انه لا يجوز له التصرف بذلك الأذن، و يتفرع عليه انه لو اعتق عبداً عن غيره فبان أنه له لم ينعق و لا يطلق زوجته لو طلقها عن غيره اشتهاهاً حتى لو لحقتها الاجازة و لو غره انسان بعق عبد عن نفسه و هو لا يعلم انه له بل يعتقد انه للغار فبان انه له لم ينعق و هكذا. نعم، فى مكاسب الاستاذ " رحمه الله " بعد حكمه بما ذكرنا قال: فالحق ان القصد إلى الانشاء المعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له لكن لا يكفى ذلك فى تحقق الخروج عن ماله بمجرد الانشاء ثم ان كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الاجازة كما فى العقود و إلا وقع الانشاء باطلاً كما فى الايقاعات انتهى، فإن فحواه يقضى أنه مع علمه بأن المال له فى العقود لا بد من الاجازة و ان كان له فى الواقع مع انه صرح سابقاً و لاحقاً بصحة البيع لو قال ان كان لى فقد بعته و عدم وقوفه على الاجازة و صحته ايضاً فى بيع مال ما لا يعلم انه له من دون تعليق فانكشف انه له فينبغى الجمع بين حكميه بالنسبه إلى صور عدم العلم او اعتقاد العدم و ايضاً بعد ان حكم ان الحق للمالك من باب الاجازة لا من باب خيار الفسخ فالعقد مترلزل من باب الحدوث لا البقاء، و نقل عن العم " رحمه الله " التعليل لذلك بلزوم الضرر و ردّه بأن الخيار فرع الانتقال الموقوف و اطيب النفس لا لجهه الضرر، فإن الضرر المرتب على لزوم البيع ليس الأمر راجع إلى العوض و المعوض و انما هو لجهه انتقال الملك عن مالكة و لا يفرق الحال فى رفعه بين ثبوت الخيار أو توقيفه على الاجازة، كذا أفاد " رحمه الله "، و الحال ان الضرر يرجع إلى العوض و المعوض إذ لو فسخ بالخيار كان النماء للمشتري إلى حين

الفسخ و لا كذلك لو اجاز فان المنافع المستوفاه له على الكشف الحكمى الذى اختاره فالضرر راجع الى العوض و المعوض لتضرره بالفسخ دون الاجازه فليلاحظ.

و منها أن يبيع عن نفسه فانكشف أنه ولى على يبعه فقد حكم بصحته جماعه و فى وقوفه على اجازته او اجازه المولى عليه لو زال العارض قبل اجازته كلام سبق تحقيقه.

و منها ان يبيع عن نفسه باعتقاد انه لغيره فينكشف انه له، و حكمها حكم ما لو باع من غيره فتبين انه له. نعم، يحتمل هنا عدم الوقوف على الاجازه و له وجه لأن الاعتقاد لا يصيره لغيره و لا يخلّ بمدلوله اللفظ، و يحتمل توقفه عليها لتفاوت الاغراض فى نقل المال لجهه قيام احتمال انه لو اطلع أنه لم يبعه و انما باعه و ثوقاً بإجازه غيره عند الانكشاف و عدم رجوعه عليه بالعوض.

### البحث الثالث: فى المجاز

#### اشاره

و فيه أمور:

#### الأول: أنه لا فرق بين اجازته الواحد

فيما لو كان منفرداً أو فى عقود متعدده على تفصيل سبق فى الثمرات.

#### الثانى: قيل باعتبار كون المجاز معلوماً للمجيز بالتفصيل

من تعيين العقد الذى يصح فيه الاجازه و تعيين جنسه من بيع أو نكاح لأن الاجازه تشبه القبول و هو لا يكفى مع عدم تعيين الايجاب فهى احد ركنى العقد، و قيل يكفى العلم الاجمالي بوقوع عقد قابل للإجازه لأنها بمنزله الأذن الذى يجوز تعلقه بغير المعين و على القولين يلزم العلم بوقوع العقد أما تفصيلاً او اجمالاً و لا يكفى مجرد احتمالها فيجيزه على تقدير وقوعه إذ التعليق فى الإجازة يؤول إلى التعليق فى العقد الممنوع لصحة المطالبه بالوفاء بالعقد بعدها، كذا افاد الاستاذ " رحمه الله " و لكن صحة العقد على تقدير الإجازة جار فى الإجازة على تقدير العقد، فكما يصح، يصح لعدم المانع و الأقرب التفصيل فى العقد بينما تغتفر الجهالة فيه كالصلح و بينما لا تغتفر فلا يشترط المعلوميه فى الأول إلّا من حيث الجنس.

#### الثالث: يلزم مراعاة الشروط مطلقاً فى الموجب و القابل

#### اشاره

سوى رضا المالك فلا تنفع الاجازه مع فقد بعضها. نعم، لا يشترط بقاء الشروط المعتره فى المتعاقدين إلى حين الإجازة فلو جيز

قبل الإجازة بعد العقد تصح الإجازة إلّا إذا قلنا بكونها بيعاً مستقلاً مستأنفاً و أما شروط العوضين فالظاهر اعتبارها على الكشف و النقل و فى فقد الشرط الذى يصح معه العقد لو تجدد مثل القدره على التسليم لو تجدد بعد العقد و اسلام الكافر بعد اتباع المسلم تصح الاجازه لو قارنها أيضاً، فإن لم يجر بأن العقد صريحاً بقول او فعل مخرج له عن ملكه فسخ العقد و رجع كل إلى صاحبه قبل دفع البائع له و ان دفعه و لم يقبل الأصيل كان له انتزاعه من المشتري من دون شبهه بالأمرين معاً.

أما الأول فللزوم العقد من طرف الأصيل فلا يفسخ إلّا بالرد، و أما الثانى فلتسلط الأصيل على مال و توقف نقله على طيب نفسه فما لم تطب بقى على ملكه جزماً برده قولاً و فعلاً لفوات محل الإجازة فى الثانى فإن تصرفه بعد فرض سلطنته عليه و صحته مفوت لمحل الإجازة لأنها لا- تكون إلّا فيما يملكه فلو خرج عن ملكه بالعتق و الهبه كيف يجيز و إلّا لبطل تصرفه المفروض جوازه و صحته، و هو مناف لأصل العقد فإن وقع صحيحاً امتنع وقوع الأخير لمنافاته له و التحقيق الموافق لمذاق الفقاهه ان كلما نكش عن ضد الرضا الذى

تحصل به الاجازة من كراهه العقد يحصل به الرد من قول أو فعل بنا على عدم اعتبار اللفظ فيهما معاً هذا مع العلم بالعقد و الالتفات إليه، و أما مع عدم العلم فإن فوت التصرف على الإجازة بأن خرج المبيع عن ملك الأصيل بموت أو نقل لغيره أو وطئ أو عتق أو هبه فقد ذهب موضوعها و لا محل لها فلا تؤثر أثراً، و أما لم يفت ذلك و لكن التصرف اورث نقصاً أو عيباً فى المبيع او فوت منفعتة عنه تم ايجاز البائع ثبت للمشتري الخيار فى الأولين و مقدار يدل الفاتئ فى الأخير بناء على الكشف من حين العقد. نعم، من حكم بأن العقد الملحق بالإجازة مؤثر من حينه فلا مناص له عن الالتزام بصحة العقد مع عدم العلم و بطلان التصرفات الواقعة مع عدم الاثم بين العقد و الإجازة و هو احد الوجوه السابقة فى الاجازة، و لكنه ممنوع و ان صحح بعضهم اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثم ملكه، فتم إلى هنا ان التصرف المفوت لمحل الاجازة يحصل به الرد مطلقاً و لو من دون الالتفات و الرد القولى مع القصد أيضاً مبطل للعقد، و الفعل الظاهر منه الرد مع الالتفات كتعريض المبيع للبيع الكاشف عن الكراهه كالكاشف عن الرضا أيضاً مبطل للعقد و مصحح له، و أما الراجع من دون التفات فلا اثر له فى فسخ العقد، و إن أثر مع الالتفات فلا- يفسخ به العقد كما لا- تبطل به الوكالة و الوصاية فيفارق ما نحن فيه الفعل فى العقود الجائزه بالذات او بالخيار الذى لا- يجامع صحة العقد بأن الفسخ مقصود للفاعل لا من جهة منافاتها للعقد فإن الأقوى بطلان ما ينافى العقد مع عدم الالتفات لا- فسخه بخلاف المقام لذهاب موضوع الاجازة، و من اقسام الرد الانتزاع من يد المشتري لا لجهه عدم الامتناع من تسليم الثمن و لا- لغير مما يظهر منه عدم الرد لأنَّ الأخذ اعم بل لعدم اجازته لبيعه و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها مما اتلفه المشتري على المالك إذ لا ريب فى بقاء المبيع على ملك البائع فالأيدى المترتبة عليه ايدى ضمان و لا يفرق الحال بين العالم و الجاهل لأن يده يد ضمان مطلقاً، فهو أما من افراد المغصوب أو ملحقاً به فى الضمان فإن الفضولى من البيوع الفاسده المضمونه للقاعده و لعموم على اليد و للاتفاق على الحاق المقبوض بالبيع الفاسد فى الضمان بالمغصوب فاللزام رد العين مع بقائها مطلقاً و ان أدى إلى ضرر المشتري كالمساحة فى البناء و اللوح فى السفينه أو إلى تعسر الرد كمزج الحنطه بغيرها من الحبوب بل يلزم ردها و إن تغيرت عن هيئتها سواء كان الفاتئ منها جزءاً مادياً أو صورياً أو صفه بفعل المشتري او غيره حتى بالآفه السماويه و كذا يجب تسليم العين مع الزيادة من دون رجوع على المالك بها لو كانت صفه او اثراً كتعليم صنعه او علم او قصاره ثوب.

و أما العينه التى لا يمكن فصلها كالصبغ و امتزاج الحبوب بجنسها لا ان امكن و لو بعسر فإنه يجب الفصل، و إن تضرر الغاصب لوجوب رد العين كما هى و يتلافى الغاصب النقص لو حصل بالعين بسبب المزج كما انه لو طلب الغاصب الفصل و لم يرضى بالشركه يلزم المالك اجابته بتحمل النقص إلا إذا تضرر المالك او بذل قيمه الممزوج فى وجه قوى بعض سلفى عدمه حاكماً بعدم جواز اجباره على قبض بدل ماله ببيع او غيره و انجبار نقص العين بالأرش، و فيه ان ازاله الممزوج تصرف فى مال الغير بغير طيب نفسه و هو ممنوع و لا- يعارضه تصرف المالك بالصبغ مثلاً و هو مال الغير أيضاً، فإن اجبار المالك على قبول الارش مع التقصان ليس بأولى من اجبار الغاصب على اخذ قيمه بل فيه جمع بين الحقيقين مع انه فى الغاصب العالم بالحال اولى و لا مفصل، و الوالد استظهر اجبار الحاكم لهما على بيع العين من ثالث و يأخذ كل حق ان تنازعا، و فيه نظر نعم، لو طلب المالك ذلك لا يبعد لزوم اجابته دون العكس كما افتي به بعض المحققين و هو مما يؤيد ترجيح جانب المالك.

و من هنا حكم الشيخ " رحمه الله " فى ظاهره بالمالك ان يجيز مستعير الأرض منه للغرس على قيمه الغرس، و انتزاع الأرض منه مع اذن المالك و عدم تضرره و كالعين فى وجوب الردّ المنافع و النماءات الحادثه تحت يد المشتري متصله او منفصله، و كذا اجره ما مات من منافعها المحلله دون المحرّمه مطلقاً و ان كانت بالعارض حتى لو لم يستوفها المشتري لأصالة الضمان و لكونه غاصباً بناء على عدم اعتبار العدوان فى ماهيته او ملحقاته حكماً، لكن يظهر من جماعه منهم الفخر و الشيرازى عدم ضمان غير المستوفى من المنافع لعدم صدق الاتلاف، و الأصل البراءه من الضمان مع مطلق الفوات و لعدم قبض النافع لا بالغصب و لا بفاسد البيع لحدوثها بعد البيع فلا تضمن بالفوات من دون مفوت و يبقى المتجدد من المنافع امانه شرعيه بيد المشتري لا يضمن بغير التعدى و التفريط و له وجه الوفاق خلافه و يلزم ضمان اعلى الأجره لو تعددت و إن استوفى المشتري الأدنى و فى تفاوتها فى الزمان يضمن أجره المثل بحسب الوقت لا بأكثرها مع التفاوت، و ان احتمله بعض سلفى الصالح و هذه الأحكام مع بقاء عين المبيع و امكان ردّه و مع التلف للمالك المثل او قيمه و ان تضرر الغاصب بتحصيله او قيمته و لو خرج المثل عن القول بحسب الزمان و المكان فهو كالأعواز لا يلزم المالك قبوله حينئذ أخذ قيمه يوم الدفع و الإقباض فى وجه لبقاء المثل بالذمه إلى حين دفع العوض، و لذا لو امكن المثل بعد إعوازه ليس للمالك المطالبه بالقيمه من حيث عدم وجوده قبل ذلك فلا تجب قيمه إلّا حين المعاوضه و الدفع و للمالك اخذ المثل لو تعذّر ردّ العين مع وجودها لغصب و نحوه فإن يمكن الغاصب منه رجوع على المالك بالمثل و دفع ماله إليه و للمالك ايضاً أخذ عين ماله من الغاصب و دفع البدل إليه، و استوجه بعض مشايخنا عدم تسلّط المالك بعد اخذ البدل على استرجاع عين ماله لو حصل بيد الغاصب خصوصاً مع تلف المثل من المالك لو انتقله للقيمه لو رجع بعين ماله لسقوط حقه من العين بقبض البدل، و يظهر منه عدم ملكيه البدل مترزلاً بل هى معاوضه قهريه و فيه تأمل، و أما لو كان قيمياً و تعذّر ردّه أخذ المالك قيمه و ملكها ملكاً مترزلاً لمكان الحيلولة و المشتري لا يملك العين فإن حصلت بيده و ارتفع المانع ردّها و أخذ قيمه من المالك و يجوز حبسها حتى يقبض قيمه، فى وجه قوى الأستاذ " رحمه الله " عدمه و ان تلف ضمن قيمه ايضاً يوم الغصب و القبض لأنه اول دخول العين فى الضمان، و فى صحيحه ابى ولّاد قيمه بغل يوم خالفته بناء على ان الظرف صلّه للقيمه لا متعلّق بالفعل المقدر على ما سلف مما احتملناه فيها و ذهب بعضهم إلى لزوم اعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف نظر إلى نيه مضمون فى جميع حالاته التى منها العلى و قيل بالأعلى من حين الغصب إلى ردّ قيمه و المشهور على اعتبار قيمه يوم التلف لوجوب ردّ العين من غير ضمان ينقص من قيمه السوقيه اجماعاً فحينئذ تجب قيمه يوم التلف لانتقال الحق إلى القيمه إلّا ان يكون التفاوت من جهه نقص العين لا-التفاوت الواقى، كما أن القيمه للحيلولة تعتبر حين الدفع لا حين تعذّر الرد لو ناف الدفع عنه و هذه الاحكام تقدّم ذكرها و الكلام على بعضها و يأتى باقيها، و يرجع المشتري بعد انتزاعه منه و إن تمكن من حبسه على البائع بما دفع إليه مع وجوده و بما اغترمه لصاحبه من نفقه او عوض او اجره او نماء و غيرها مما انفه على المبيع لإصلاحه و ان لم يزد فى قيمته و لم يحتج إليه المشتري بل لمحض التفكّه و التفرّج كوضع قصور و اجراء ماء فيها و غير ذلك، لكن إذا لم يكن عالماً انه لغير البائع سواء علم البائع انه لغيره او جهل ذلك، و كذا لو علم فظن انتقاله اليه او ادعى البائع ان المالك اذن له فظن المشتري صدقه حيث لا منازع له، و ان لم يكن كذلك كان علم فضوليته او غصبه لم يرجع بما اغترم و يرجع البائع عليه بما استوفى من غرم للمالك او

المالك كذلك. نعم، يرجع بالثمن فقط، وقيل ونسب إلى جماعه انه لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب فهنا مسائل:

### المسألة الأولى: رجوعه عليه بالثمن بشرطه

و هو مما لا خلاف فيه مع بقاءه و تلفه إلا إذا ثبت بطريق شرعى من بينه و نحوها انه له عند المشتري فاعترف بأنه له دون ما لو كان منشأ اعترافه ظاهر اليد و لو شك في اعترافه عمل في البيئه في مقام الدعوى فإذا لم تكن يكلف بالقسم او يرده و لا يأخذ بظاهر الحال و لا بلفظ الإقرار من جهه دلالتة على الواقع فله الرجوع حينئذ إلا إذا اثبت البائع ثبوت ذلك عند البيع عليه و فى غير الدعوى يؤخذ بظاهر الحال كما فى غيره من المقامات، و الاستاذ " رحمه الله " احتمل وجهين هنا و لم يرجح احدهما مع رجح ظاهر الحال فى باب القبض.

### المسألة الثانية: رجوعه لو علم بالفضوليه بالثمن مع بقاءه

و هو موضع وفاق على ما قيل لعدم الموجب لانتقاله عنه شرعاً إلا تسليط البائع عليه و هو غير موجب لانتقاله عنه و إلا لجرى ذلك فى البيع الفاسد مع ان البائع لو ملك الثمن فلا معنى لرجوع المالك عليه به لأن الاجازه ليست من النواقل، و إنما تصحح نفس البيع و تصحيحه يستلزم نقل الثمن للبائع فينحل الأمر إلى الرضا ببيع ماله و تملك البائع ثمنه و الناس مسلطون على اموالهم او يذهب محلها بتملك الغير للثمن فلا تتحقق الاجازه، و فيه تأمل لما حررناه و ظاهرهم عدم جواز التصرف من البائع بالثمن لأنه مع عدم الأذن أكل مال بالباطل و هو كذلك.

### المسألة الثالثة: لو تلف الثمن من البائع مع علمه بالفضوليه

و ظاهرهم عدم الرجوع على البائع بعوضه لتسليط المشتري عليه الفضوليه و ظاهرهم عدم الرجوع على البائع بعوضه لتسلط المشتري له عليه بلا عوض فلا موجب لضمانه فإن عموم على اليد مخصص بالأمانه و الوديعة و العاريه و العين المستأجره فإن اليد فيها إذا لم تقض بالضممان فما كانت لتقضى بضممان مال سلط صاحبه غيره عليه فاتلافه كتلف العين فيما مثلنا ان لم يكن اولى إذ مالك الثمن و ان دفعه عوضاً لكنه مع علمه بأن المعوض لغير من دفع منه العوض، لا تصلح صورته العوضيه للضممان فهو من قبيل الهبة الفاسده و البيع بلا ثمن و الاجاره بلا اجره المنفى فيها الضمان، و خيال ان الضمان هنا للأقدام عليه الموجب له مدفوع بأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن لعلم المشتري بأن المبيع ليس له و للمالك استرجاعه و مع ذلك سلطه على ماله فأين الاقدام.

و القول بأن مقتضى المعاوضه الضمان فإنه من أحكامها فيدور الأمر هنا بين نفى المعاوضه رأساً و بطلان البيع فلا تنفع الاجازه فيه و بين صحته و الضمان الثابت فى كل معاوضه لامس حينئذ إلى الأول فيتم الثانى و عليه فيدفع المشتري له من جهه زعم



البائع ملكيه المبيع ادعاء و به تصح المعاوضه فيلحقها الضمان، و إلا لما صحَّ بيع الغائب عن نفسه فتسليط المشتري على ماله لم يقصد به المجانيه بل لأنه نزل المبيع منزله المملوك له ادعاء فلا- منافاه بين التضمين و التمليك عدواناً كما لو خرج المبيع المعين ملكاً للغير مع اعتقادهما عدمه فإن المشتري يرجع بالثمن حتى مع التلف اتفاقاً مع انه كان بإزاء مال الغير في الواقع بالتضمين الحقيقي و كونه مالاً له اعتقادي لا- يقدر في التضمين فكذا اعتقاد العدوانييه فيما نحن فيه لا يقدر في التضمين الحقيقي، و أيضاً ينتقض بالضمان في البيع الفاسد مع علم المتبايعين

او احدهما بفساده لوقوع ضمان من يعلم بالفساد بما يعلم عدم الضمان به من جهة فساده أيضاً ممنوع بأن ضمان مال الغير لا يعقل مع كون المضمون به ملكاً لغير الضامن فإن حقيقه الضمان منتفيه مع العلم و إلا لكان المبيع مغصوباً قبل اداء بدله للغاصب مع علم المشتري أنه ضامن لهما معاً فإذا علم المشتري بأن ما دفعه لا يستحقه المدفوع له كيف يرجع عليه بما دفعه مع تلف عينه غايته ان البناء يصحح وقوع العقد و التضمن بحاله و لذلك ينتقل بالإجازة الثمن إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه، و أما الضمان عند انكشاف الخطأ فلاختلاف التسليطين إذ لو علم أنه لغيره لم يسلطه على الثمن فلا تطيب نفسه بالتصرف فيه بخلاف المقام فإن سلطه على التصرف فيه بطيب نفسه فقد اقدم على عدم تضمينه.

و أما المبيع مع العلم بفساد العقد أن المضمون به مال للضامن فلا تسليط مجاني لأحدهما على مال صاحبه بل غايته ان التضمن الخاص لم يحصل و هو امضاء الشارع لكن ذلك لا يلزمه عدم الضمان لمال الغير بإثبات اليد عليه. نعم، لو كان فساده من جهة عدم قابلية احد العوضين للمعاوضه كبيع الاعيان النجسه عيناً او بالعارض مع عدم قبول الإزالة دخل فيما نحن فيه، فدفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث لا ربط معه بالمبيع و تسلطه على اتلافه فإن الخلل الذي يصيب المالك لا يرجع فيه إلى هذا الثالث، هذا ما ذكره لرفع الضمان، و لكن الاستاذ " رحمه الله " خدشه بأن المقام يدخل بالبيع الفاسد فلا يخرج عن قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده فإن لهذا العدد فرد فإن لهذا العقد فرد صحيح يضمن به إلا ان يكون مثل الهبه الغير معوضه فيراد بالعقد مطلق المعاوضه الماليه و هو خارج عن مذاق الفقاهه، و هو متين لو لا الاجماع على عدم الضمان و ظهور اعراض المشتري عنه و تسليطه عليه مجاناً لعلمه بعدم الاستحقاق و فساد المعاوضه و مقتضى ذلك عدم استحقاق رد العين المدفوعه حتى لو لم تتلف إلا ان يدعى ذلك لا يوجب الاعراض و التملك المجاني كغيره من البيوع الفاسده مع العلم، فحينئذ يجرى فيه ما استندوا اليه في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد من قاعده او اجماع.

و فيه أنه يفترق بين الفساد الناشئ من عدم الملك و بين ما لو كان لجهه عدم القدره على التسليم او عدم المعلومه فيجرى ما نحن فيه مجرى المدفوع إلى الصبي و المجنون و ان كان بصوره المعاوضه بل لو قلنا بحرمة التصرف فيه أيضاً لا يقدر في سقوط ضمانه فإن سقوط الحرمة المالكه يبذل الثمن للغاصب و تسليطه على اتلافه لا ينافي بقاء الحرمة الالهيه من جهة فقد ما يقتضى اباحه الاتلاف و التصرف فيه كما لو اذن المالك بتلف ماله عبثاً يأثم المتلف و لا يضمن و منه يظهر احتمال عدم المطالبه به مع بقاء عينه عقوبه لدفعه عوضاً عن المحرم إذا حكمنا بحرمة تصرف البائع به، فإنه كالمال المحلوف عليه كذباً فلو خرج المقام عن قاعده ما يضمن بصحيحه او حصل الفرق بينهما كان العدم الرجوع و سقوط الضمان هو الموافق للقاعده في المتلوف و الباقي لا- أقل كونه في الأول ثابتاً فلا- تمنع من رده دون استرداده. نعم، لو باع الفضولي عن المالك و قبض الثمن فالضمان متجه إذ لم يسلطه عليه و لا اذن له في اتلافه مع احتمال العدم لكونه بمنزله الوكيل في التقيض لو تلف بآفه دون ما لو كان هو المباشر للاتلاف مع دفعه اليه بتوقع الإجازة و ظاهر الاستاذ " رحمه الله " تضمينه مطلق و وجه غير ظاهر، و لو أخذ البائع الثمن بمقتضى العقد بدون اذن المشتري ضمن من غير اشكال لأن التسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان و لذا أجاز له التصرف فيه من كونه مضموناً و مثله ما لو اشترط المشتري على الفضولي ضمان ما يدفعه عليه لو خرج المبيع لغيره كلاً او منفعه و لم يجز المالك في حاله العلم بالفضوليه لعموم أدله الشروط، كما

انه لا فرق على القول بعدم الضمان بين دفع الثمن المشخص و بين دفع بعض افراد الكلى من الثمن كما نبه عليه الاستاذ رحمه الله " و إن قام احتمال عدم دفع الثمن فى مقام المنازعه فيصدق من أتلف و الله العالم.

### المسأله الرابعه: أن المالك إذا لم يجز البيع و رجع على المشتري مع الجهل ألزم المشتري دفع العين له او قيمه مع التلف

#### اشاره

و كذا النماء التالف و أرس العيب الحادث و الجبايه و اجره منافع مستوفاه و غير مستوفاه، و كذا النفقه و هما اصرفه فى العماره و ما اتلف منه أوضاع عن عرس و غيره و قيمه الولد المنعقد جزءاً بل كل نقص و هو يرجع على البائع فى غير ما استوفى من المنافع فى مقابله على الاشهر لنفى الضرر و الغرر مثل شاهد الزور إذا رجع عن شهادته و خالف المحدث البحرانى فلم يلزم بالرجوع إلّا بالثمن مستنداً إلى خبر زريق و خلّوه من ذلك ورد بالإجماع و فحوى خبر جميل عن الرجل يشتري الجاريه من السوق فيولدها ثم يأتى مستحق الجاريه قال: يأخذ الجاريه المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمان الجاريه و قيمه الولد التى اخذت منه، إذ فى قوله "ع" أخذت منه اشعار بعليه الحكم فيطرد فى غير المورد من حيث التوصيف و ان كان الولد نفعاً عائداً إلى المشتري فالأولويه يتم المطلوب و ما ركن إليه فى بقاءه لا يفى بدعواه لأنه مسوّق لغير ذلك قال زريق كنت عند ابى عبد الله "ع" يوماً إذ دخل عليه رجلان فقال احدهما: )

انه كان على لرجل من بنى عمار مال و له بذلك حق و شهود فأخذ المال و لم استرجع عنه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتاباً و لا- اخذت منه براءه بذلك و ذلك لأنى وثقت به و قلت له مرق الذكر و الحق الذى عندك فمات و لم يمزقه، و عقيب هذا طالبنى بالمال وارثه و حاكمونى و اخرجوا بذلك ذكر الحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال و كان كثيراً فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى الكوفه معيشه لى و قبض القوم المال و هذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثم ان ورثه الميت أقروا ان اباهم قد قبض المال و قد سألوه ان يرد على معيشتى و يعطوه الثمن فى انجم معلومه فقال انى احب ان أسأل ابا عبد الله "ع" عند هذا فقال المشتري كيف اصنع جعلت فداك؟ فقال "ع": ترجع بمالك على الورثه و ترد المعيشه إلى صاحبها و تخرج يدك عنها، قال: فإذا فعلت ذلك له ان يطالبنى بغير هذا؟ قال: نعم له ان يأخذ منك ما أخذت من الغله من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوماً فى المعيشه يوم اشتريتها يجب ان ترد ذلك إلّا ما كان من زرع زرعته انت فأما للزراع اما قيمه الزرع و أما ان يصير عليك وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل ذلك كله كان ذلك له و ردّ عليك قيمه و كان الزرع له، قلت: جعلت فداك هذا قد احدث فيه بناءً او غرساً؟، قال له: قيمه ذلك أو يقلعه و يأخذه، قلت: فإن كان فيها غرس او بناء فقلع الغرس و هدم البناء؟، قال "ع": يرد ذلك إلى ما كان و يغرم قيمه لصاحب الأرض فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو ردّ قيمه كذلك يجب على صاحب الأرض كلما خرج منه فى اصلاح المعيشه من قيمه غرس او بناء او نفقه فى مصلحه المعيشه و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه ..

الخ)، فإن غايته السكوت فى مقام البيان و هو ان ظهر منه عدم الرجوع على الغار إلّا انه لا يعارض الدليل، و مثلها روايه زراره (

فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ سَوْقِ الْمُسْلِمِينَ جَارِيَةً، فَخَرَجَ بِهَا إِلَى أَرْضِهِ فَوَلَدَتْ مِنْهُ أَوْلَادًا ثُمَّ آتَاهَا مِنْ يَزْعَمِ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ

البينه، قال "ع": يقبض ولده و يدفع له الجاربه و يعوضه من قيمه ما اصاب من لبنها و خدمتها ..

(الخ).

و ردّها الاستاذ " رحمه الله " بظهورها في عدم التمكن من البائع، و الثانيه بأن البائع القاضى و قضائه باطل ظاهراً فهو بيع فاسد مضمون و لو فرض صحته أيضاً مسلوب الدلاله لأنه حاكم و الحاكم ليس بغار إذا كان بحسب القواعد الشرعيه المأمور بالحكم على طبقها، و هو وجيه لو لا- ظهور خبر جميل في ان المشتري يعلم بالفضوليّه فإن قوله لم يجىء مستحقها ظاهر في ذلك و حينئذ يكون الوالد " رحمه الله " رقاً للمستحق ان لم يجز التصرف قبل الإجازة فإن أجاز كما هو ظاهر الخبر و أفتى به بعض المحققين ممن قارب عصرنا نزل الولد منزله المملوك من حيث عدم الإجازة و منزله الولد من حيث جواز التصرف و لعل في قوله "ع": )

اخذت منه ان المشتري لكونه اولده دفع قيمته ليحرره

(، فحينئذ تخرج عن المورد. نعم، الرجوع بقيمه الولد على خلاف القاعده إلّا ان يكون مشروطاً على البائع او انه جائز التصرف مع توقع الإجازة كما ينسب إلى المحقق، و يظهر من اللعمه و شرحها او انه غرامه شرعيه يقتصر على موردها و على فرض عدم ظهوره في ذلك فما كان ليقاوم ما ظاهره ذلك غيره، فالأجدر بعد ظهوره يعلم المشتري بعدم ملكيه البائع اما حملة على شرطيه المشتري على البائع الغرامه او يطرح فإن عدم الرجوع مع العلم إلّا بالثمن مع بقاءه أمر مفروغ منه بل الأشهر الرجوع بالمنافع، و إن حصل للمشتري نفع في مقابلها كمن قدّم مال الغير لغيره مع جهله به فتناوله و اكله فإنه مغرور بدفعه له مجاناً فعدم رجوعه ضرر فيه عليه لا يدفعه مجرد حصول نفع له، و في ظاهر ان قاعده الغرر ما لم يصف اليها حصول الضرر لا تفيد شيئاً كما ترى لحصول الضرر قطعاً في بعض الموارد و مجرد حصول النفع غير كافٍ في رفعه، و من ان قاعده الغرر المنبعثه على قوه السبب على المباشر تكفى في المقام، و إن ردّه الاستاذ و غيره بأن مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الاتلاف غير منقح فالقدر المتيقن منه ما قارن الضرر او قوه السبب على المباشر كما في المكروه و الريح العاصفه و الشمس المحرقة لو اوقد ناراً او ألقى ما يذوب في الشمس بحيث يستند التلف عرفاً إلى المباشر دون السبب، و أما تقدم المباشر مطلقاً و ان كان بمنزله الآله فلا يسلم لكنه حكم بالضمان في المقام لتقديم السبب إذا كان أقوى، و لمنقول اجماع الايضاح او للأخبار المتفرقة التي يستكشف منها الحكم او لكون الغلا عليه تامه في تغريم المغرور مثل شاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته لو عدل فإذا تحقق الضمان في نظائر المسأله ثبت فيها لعدم الفرق بين أكل طعامه بتقديم الغاصب و بين تسليطه مجاناً على المنافع فإن اتلاف المشتري لما شراه و اثبات يده عليه لم يكن بعنوان انه مال الغير بل قصده إلى اتلافه مال نفسه او من اباح له اتلافه فيكون غير قاصر إلى إتلاف مال الغير، ثم استظهر من خبر جميل ذلك بدعوى ان حرّيه الولد فيه نفع للمشتري و قد رجع بقيمته و هذا من التحقيق الرائق البديع لو لا عدم تحقق الغرور عرفاً لو جهل الفضولي إنّ المبيع لغيره، ثم انكشف ذلك و رجع المشتري عليه لأنه لم يسلطه على مال الغير و لتضرره بالرجوع عليه و عدم تضرر المشتري بوصول مثل عوضه اليه من النفع من ان ظاهره اطراد القبضه و لم يفرق بين العالم و الجاهل و إلّا تبعض الحكم مضافاً إلى صريح صحيحه محمد بن قيس فيمن باع وليده ابيه بغير أذنه أنه يأخذ الوليده و ابنها و سكت عن المنافع الفائته و الرجوع على المشتري بأصل المنافع من البائع مطلقاً محل بحث كما سبق فلا يخل الحكم به

عن اشكال و على فرض الحكم بالرجوع بالمنافع على البائع يتضح أيضاً ان له الرجوع بزائد القيمة حين العقد عند تلف العين  
كما لو باع عشرين بعشره و رجع المالك على المشتري

بالقيمة، فإنه يرجع بالزائد على البائع لا بالجميع كى لا يحصل الجمع بين العوض و المعوض فإن التلف لا يكون من كيس البائع حتى لو كان مالكا فالغرامه للثمن لم تنشأ من كذب البائع فالمشترى و ان اقدم على ضمان العين إذا تلفت فى يده لكنه مغرور بالنسبه إلى الزائد فيرجع به على البائع إذ ليس هذا الأقدام سبب لضمان العين بقيمته الواقعيه بل هو سبب لضمان المبيع بالثمن المدفوع و الزائد انما سببه تغير البائع فالزائد مستقر على الغار فإن العشره الزائده و إن كانت مسببه عن الاقدام غير انها لم يكن مقدماً عليها فظهر بذلك دفع ما توهمه بعض المحشين على الروضه فى ردّه بالتدافع بين عدم الرجوع بالثمن و الرجوع مما زاد عليه إذا غرّمه المشتري للبائع على إن الأقدام على الضمان ليس سبباً تاماً فيه مع عدم امضاء الشارع، بل سببه القبض لا على وجه الائتمان، و حينئذ فقاعده الغرور أولى منه فى المسأله السابقه من جهة عدم حصول نفع فى مقابله الغرامه هنا دون ما هناك سواء كانت الزيادة حين العقد او تجددت بعده و سواء كان المتلوف جميع المبيع او بعضه مع زياده القيمة على الثمن فيقسط الزائد و يرجع المشتري به على البائع حتى بالوصف المفقود عند المشتري، كما لو نسي العبد صنعه كان يعرفها سابقاً او زال الصبغ الذى يتفاوت به القيمة عنده فرجع المالك بالتفاوت عليه فإنه يرجع على التابع لجريان عله الغروريه. نعم، لو كان فساد البيع من جهه اخرى غير كونه فضولياً بأن كان فاسداً و ان حصلت الإجازة فلا رجوع على البائع لعدم كون الغرامه بسببه و لا حصلت بتغيره فلا موجب لضمانه بل حكم الزائد حكم الثمن و إلّا لزال الغرامه مع المالك لو فسد البيع و تلف المبيع فحكمه إذ ذاك حكم المالك بقى الكلام فيما لا يرجع المشتري به على البائع مثل ثمن العين المتلوفه فى يده لو غرم البائع تمام القيمة للمالك فهل له الرجوع بمثل الثمن على المشتري ام لا، ظاهر من حرر هذه المسأله ان له ذلك لحصول التلف فى يده الموجب لضمانه لصاحبه الذى له الرجوع عليه كما له الرجوع على صاحبه فحيث رجع المالك على أحدهما نزل الغارم منزله المالك فى الرجوع على المتلف، لا يقال ان تلف المشتري ليس من اسباب الضمان للبائع غايته ان للمالك الرجوع عليه و على البائع فإذا رجع على البائع فقد وصل حقه إليه.

و أما البائع فليس له مطالبه المشتري بما اتلفه لأنه لم يتلف ماله و هو قد سلطه على اتلافه فرجوعه عليه على خلاف القاعده لا دليل عليه لأننا نقول أن ضمان الأيدى المتعاقبه معناه ان لكل واحد منهم على البديل ان يخرج على العهده بدفع بدل ما اتلف نظير الواجب الكفائى لعدم كون الشىء الواحد مما يستقر فى ذمم متعدده عقلاً فيسقط عن الجميع يدفع احدهم فكان كل واحد منهم مأموراً بالخروج عن العهده فى الشىء الواحد فإذا حصل التدارك بالبديل من احدهم يعد لا رجوع لمن له الرجوع على كل واحد منهم على البديل على الباقي، كما أنه لا رجوع للدافع على غيره لأنه لم يدفع عمّا فى ذمته بل دفع عمّا فى عهدته و عهده الدافع و حينئذ فمطالبه الدافع للمتلف و ضمانه له خلاف الأصل لكن لما كان الضمان للمالك مستقراً على المتلف فقط ببذله و الشارع من جهة الغصب أجاز له إلزام غيره ممن وضع يده عليه فإذا ادى عن التلف اشتغلت ذمه المتلف للمؤدى ببديل البديل فكان المتلف اشتغلت ذمته لشخصين على البديل ببديلين اما ببديل العين او ببديل التدارك و الثانيه معاوضه شرعيه قهريه فيكون أحدهما خطابه بالأداء ذمى و الثانى شرعى كذا قيل و فيه ان الغرامه من جهه اليد و دلالة على اليد بالنسبه لهما سواء، و لا ثمره لهذه التفرقه مع الاجماع على ان كل من دخل مال الغير تحت يده تشتغل ذمته للمالك بالمال ما لم يسقط بأداء احدهم او إبراء المالك مع انه يلزم على هذا ان الغارم لا- يرجع إلّا على المتلف دون ذوى الايدى المتخلله بينه و بين المتلف ان كان الضمان

ينتهي إلى المتلف لا- غيره، فالوجه في الرجوع هو اشتغال ذمه السابق للمالك قبل اللاحق فاللاحق يتدارك ضمان البدل و السابق يتدارك ضمان العين، فهو ضمان واحد إذ لا يعقل ان يضمن اللاحق العين من دون ضمان بدلها لأن الشئ الواحد لا يكون في ذمم متعدده بل المضمون هو و بدله على البدل فحال الأول على الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في انه لا يدفع إليه إلّا بعد الأداء عنه هذا بمقتضى القواعد الفقهييه و لكن وقع الخلاف في عده مواضع منها مهر الجاربه لو غرّمه المالك بعد استيفاء منفعه البضع فإن رجوع المشتري على البائع بما زاد من المهر على المسمى فيه خلاف و الموافق للأصول و المذهب الرجوع و منها اجره المنافع فإن الفاتت منها بدون استيفاء يرجع بها على البائع كغيرها مما لم يحصل في مقابله نفع و خالف في ذلك شذمه بغير برهان.

و منها المنافع المستوفاه كسكنى الدار و ركوب الدابه و خدمه العبد على ما ذكرنا، و لكن الشيخ و الحلى حكما بعدم الرجوع على البائع للأصل و لما سلف رده.

و منها أرش العيب الحادث في يد المشتري فإن للمشتري الرجوع على ما حررناه، و قيل لا و هو ضعيف لابتائه على ان عقد البيع لا- يوجب إلّا ضمان المجموع بمجموع الثمن و ضمان الأجزاء مما يقابلها من الثمن أيضاً، كما يوجب ضمان المجموع كذلك إلّا إذا زاد الأرش عما يقابله فإنه يرجع بالزيادة كما في ضمان القيمه و الخوان العقد يوجب ضمان المجموع بالمجموع و للمشتري الرجوع بالأرش لأنه لأقدمه على ضمان المجموع دون الأجزاء لعدم مقابلتها بشئ ء من الثمن انما المقابل به هو المجموع فإذا غرّمه المالك رجع به على البائع لغروره و عدم اقدمه على ضمانه و سيجى ء في المبيع قبل القبض إذا حدث فيه عيب عدم ضمان البائع له لأن به تعلق بالمجموع خاصه فلا سبيل للمشتري على أخذ الأرش بل يلزم اخذه مجاناً، أو رده و قيل له الامساك بالارش بناء على ان ضمان الجملة يستلزم ضمان الاجزاء إذ الموجب للضمان عدم القبض و هو موجود في الجميع و المقابله بالثمن حاصله و إلّا لما وّرّع الثمن على الأجزاء إذا احتج إلى التقسيط و المتجه عدم صلاحيه الجزء للمعاوضه و مقابله بالثمن و لو فرضت الصلاحيه فلا اشكال لعدم ضمان البائع ما لا يقابل الأعواض و ان انقص القيمه كيد



العبد ورجله إذا نقص عند المشتري لعدم انفساخ البيع به ورجوع الثمن إلى المشتري و أما ضمان البائع قبل القبض فهو ضمان بيع لا تلف.

و منها ما يغرمه المشتري مما لا يعود نفعه إلى المالك كالبناء و الغرس في الأرض المغصوبه لو قلعه المالك فإن المشتري لكونه مغروراً يرجع إلى البائع ببطله لأن اقدامه على ان الأرض له، و قبل لا لأنه لم يأمره بذلك و هو كما ترى، و الحاصل كلما يرجع المالك به على المشتري يرجع به على البائع أيضاً إلا في مثل مهر الجارية لأن ضمان المشتري من حيث الاستيفاء خاصه فليس للمالك الرجوع به على البائع حيث يطؤها لعدم ضمان منفعه البضع بالتفويت و الاستيفاء مقصور على المشتري.

## فروع

أ- لو أبرأ المالك المشتري مما يرجع به إليه لا رجوع له على البائع لأنه لم يدفع شيئاً.

ب- لو دفع المشتري إلى المالك شيئاً برجوعه عليه ثم وهبه ما رجع به كان الرجوع بالمدفوع حينئذ لو صالحه على الأقل لم يرجع إلا به ذلك لو لم يمكن انتزاع العين ممن في يده في تعاقب الايدي يغرم من رجع عليه المالك بدل الحيلولة، و للمالك ان يرد البديل بل لا يرتفع سلطنته على مطالبه الأول بمجرد تمكنه من استرداد العين لأن عهده على الأول نعم، لو استردها ردّ البديل إلى الثاني و ليس للمالك الرجوع بمثونه الاسترداد او أخذ شئ عليه لياشر بنفسه، بل لو تعذر استرداد العين على غير المالك و امكن في حقه و طلب من الغاصب عوضاً على الاسترداد لا يجب عليه في الأوفق بذل العوض فينزل ذلك منزله التعذر و يغرم بدل الحيلولة أو يدفع الأجره المتعارفه، و لا يلزم بالأشق و ان كان غاصباً و سيجىء مزيد توضيح لهذه المسائل ان مد الله في العمر، و كذا لا فرق في الفضولى بينما لو باع ما يملكه غيره او باع ما يملك و ما لا يملك صفقه واحده و بعقد واحد فيصح البيع فيما يملكه، و قد مضى بيعه فيما يملك ان كان يقبل النقل منفرداً و كان فيما لا يملك موقوفاً على الإجازة إلا إذا كان مأذوناً أو ولياً أو حاكماً أو باطلاً على رأى من لا يصح الفضولى مطلقاً أو في خصوص المسأله كما احتمله مولانا بمجمع برهانه تبعاً لغيرنا معللاً له بأن التراضى وقع بالمجموع و العقود تتبع المقصود و فيه ان التراضى بالمجموع لا يأتى التراضى بالأبعض ما لم يشترط انضمام الأبعاض و ان كان للهيئه الاجتماعيه مدخل في البيع فإن الاغراض لا تنتهى و الخيار ثابت للمشتري، و بأن صيغه العقد واحده فلا تتبعض.

و فيه أن التبعض ليس فى الصيغه بل بمتعلق العقد و بأنه يؤدى إلى جهاله الثمن لأن ما يقتضيه التقيسيط غير معلوم للمتعاقدين حين البيع.

و فيه أن الجهاله التى تأول إلى المعلومه بعد التقيسيط غير ضار و أصل الثمن معلوم حين البيع و إلا لبطل البيع هنا حتى مع الاجازه، و الظاهر أنه لا موافق له منّا فيكون معلوم النسب بالنسبه إلى الاجماع إذ لو أبطلنا بيع الفضولى كان حكمه حكم بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله مضافاً إلى صحيح الصفار السابق.

و فيه لا- يجوز بيع ما لا يملك و قد وجب الشراء فيما يملك فالأقرب الصحه إذ السبب الشرعى كالعقلى يؤثر فى القائل دون غيره إلّا الصحه مقيده ما إذا لم يستلزم الرد مفسده أخرى تمنع منها من غير جهه الفضوليه، كما لو فرض غير المملوك ضميمه لما يتوقف بيعه عليها كضمه إلى ما فيه الربا او بيع الأبق او لتحقق المعامله الصرفيه من دون تقابض أو كان ضمن غير المملوك يؤدى إلى جهاله ثمن المملوك بما لا يؤول إلى المعلوميه و مثل له بعض

مشايخنا ببيع النصاب الأول من الغنم من زكاتها من غير اشتراط التأديبه على المشتري، و لا ضمان قد الزكاه منها فإن ثمن حصه الفقراء حينئذ مجهول إذ الواجب واحده من الأربعين غير معينه فلا- تتعين قيمتها قبل تشخصها و ذلك يستلزم جهاله حصه المالك أيضاً فيبطل البيع و هو حسن لو لا كون الواجب واحده لا بعينها إذ الوجوب المعين لا يحل فى المبهم فيكون ربع عشر كل واحده هو حق المستحق لها و عليه فثمن حصه المالك غير مجهول و لو بالعلم الاجمالي، و يمكن فرض الجهاله فيما لو باع ما ينتهى إلى النصاب الثانى فإن الزائد عفو و النصاب غير معين و ان امكن إلحاقه بالأول بصعوبه و مثله ما لو باع جمله من الثمره، و فيها عشر الصدقه إلاً أن يجعل البيع ضماناً فى المقام لمالك الصدقه و هو مشكل بدون شرط التأديبه او ضمان المالك، و لا- بد ان يقسط الثمن قضاء لحق الشىء له بين المالكين على كل من فرضى الاجازه و الرد ليعلم منه مقدار ما يملكه كل منهما و طريقه ان كان المبيع مثلياً ان يقسط الثمن على العين المتحدده او المتكثره ان اتحد الوصف الباعث على زياده قيمه و نقصانها مع الاختلاف بقسط على قيمه و هكذا كل قيمى لا يمكن فيه تقسيط الثمن على العين لاختلافهما إلاً إذا كانت الشركه على الاشاعه فيمكن فيها أيضاً تقسيط الثمن على العين و كيفيته على ما فى الكتاب و غيره، بأن يقوموا جميعاً المملوك و غيره ثم يقوم احدهما منفرد او ينسب إلى قيمه الأولى و يرجع المشتري على البائع لو قبض الثمن يحصله من الثمن ان لم يجز المالك او بدفع الفضولى للمالك مقدار حصته على حسب تلك النسبه ان اجاز فإذا قوّم المجموع بأربعه دراهم و قوّم المنفر بمثلها و كان هو الثمن فإن ساواه الآخر بالقيمه رجع و أخذ نصف الثمن و هو درهمان، و ان نقص او زاد عليه اخذ بتلك النسبه فالمدار على نسبه قيمه المنفرد من مجموع القيمتين فحينئذ فى عباره الكتاب و عدمه و اللغه تسامح، إذ لو كان المراد من تقديمها جميعاً تقويم كل واحد منفرد إلاً تقويم المجموع لزيد قولهم ثم يقوم احدهما لعدم الحاجه إليه بعد تقويمهما فإن به تعرف النسبه و إن حملها عباره كما هو الظاهر ان يقوّم مجتمعين ثم يقوم احدهما منفرداً و ينسب لقيمه الاجتماع لزم الضرر فى بعض الفروض كما لو كان دخل للهيئه الاجتماعيه من الملكين فى زياده قيمه كمصراعى باب و زوج خف و ركابى الفرس و غيرها، فإذا قوّم مجموعهما بست و قوّم مال الغير باثنين و كان الثمن ثلاثه رجع المشتري على البائع بواحد لأنه خبر من الثمن نسبه إلى كنسبه الاثنين إلى الستة بل يقضى ذلك إلى اجتماع العوض و المعوض كما لو باع ولدأ مع أبيه أو فرساً مع بنتها و كانت قيمتها من حيث الاجتماع خمسه و قيمه كل منهما منفرداً خمسه أيضاً و كان الثمن أربعه يرجع على البائع بخمسه لأن نسبه قيمه المنفرد إلى مجموع القيمتين نسبه الشىء إلى مماثله فيحصل الضرر على البائع، و لا يتم الضابط و لو قيل ان البائع لا يستحق إلاً قيمه ما ملك منفرداً فلو رجع المالك على المشتري بقيمه ما ملك أيضاً منفرداً كأن ما قابل الهيئه الاجتماعيه للمشتري، فلا يظلم حينئذ قلنا هذا و ان لزم تقويم كل واحد منفرداً و عدم ظلم المشتري و لأجله اختار فى الكفايه تقويمهما مجتمعين ثم يقوم المملوك خاصه ليأخذ من الثمن بنسبه إلى قيمه المجموع و يرد الباقي إلى المشتري او تقويمهما مجتمعين تاره و منفردين اخرى فيسقط قدر ما بين القيمتين من اصل الثمن و يأخذ البائع بقيمه قدر مملوكه إلى مجموع القيمتين من بعد الاسقاط و يدفع الباقي إلى المشتري إلاً ان هذا مبنى على ضمان البائع لقيمه الهيئه الاجتماعيه و الدليل عليه غير واضح، فإن البائع هنا كالمغصب الذى تلف احد العينين فى يده من ضمان التالف فقط لا ضمانه و ضمان هيئه اجتماعه لعدم مقابلتهما بالثمن بل هى وصف يزيد قيمه العين فلو انكشف زواله لم يسقط من الثمن شىء فى مقابله إذ المشتري اراد شيئاً لم يسلم له

غايته انه دفع الزائد لتوهم اتصاف العين بالانضمام فانكشف خلافه فإذا كان في الغصب لا يضمن فهنا بطريق اولى حتى لو قلنا بضمنان الزائد فى العدوان كما حكم به جماعه من أخذنا أعلى القيم فلا اقل من ذلك مقصور على باب العدوان لا المعاوضات. نعم، هو اوهم المشتري باتصاف المملوك بالانضمام فتبين خلافه و هذا الابهام لا يقضى بأكثر من الخيار و تسليطه على الفسخ لرفع ضرره و نحن لا نمنع من ثبوته فى المقام للتبعيض او للإيهام و التدليس و ربما قيل بإجراء المملوك هنا مجرى المعيب فى جواز الامساك بالارش و فيه ان فوات الوصف ليس من العيوب كما سيجى ء من ان الارش على خلاف الأصل يقتصر فيه على مورده، لكن يبقى باجتماع العوض و المعوض بل الزائد على الثمن فلا محيص عن ان يقيد الضابط بما لم يكن للاجتماع مدخل فيه و ان لا يقضى ذلك إلى محذور الظلم على أحدهما، فالأوفق حينئذ حسب ما اختاره الاستاذ " رحمه الله " ان يقوم كل واحد منهما منفرداً او ينسب قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين لو فرض عدم مدخله الاجتماع فلا غرض يتعلق بتقويمهما مجتمعين إذ لو اخذ لكل واحد جزء من الثمن بعد تقويم كل واحد منهما يناسب القيمة لا يلزم محذور أصلاً لكن ربما ينافى ذلك لو كان قيمتهما مجتمعين اقل من قيمه الانفراد فإنه لا بد من مراعاة الاجتماع فى هذه الصورة حذراً من تغريم المشتري زياده على ما أقدم عليه البائع من بيع ملكه و احتمال فى الروضه لزوم تقويمهما جميعاً إذا كان المالك واحداً فأجاز فى احدهما دون الآخر لعله مبنى على ان المالك مستحق لما له منضمماً فلو اجاز فى احدهما قوّم منفرداً ليبقى فى يده الآخر و قيمه الاجتماع و هو غير موجه للزوم ان يخصّ المنفرد فى قولهم ثم يقوم أحدهما بالمملوك فقط، و الظاهر عدم الاختصاص فى عبائهم ثم ان غير المملوك قد يكون مشخّصاً بانفراده كعبد و فرس و متصللاً مشخّصاً بمقداره كثلث فرس و لم يجر المالك فهل يوزع الثمن على المجموع فيرجع المشتري على البائع بثلثه او يقوم الثلثان ثم يقوم الثلث و ينسب قيمته اليهما و يؤخذ بتلك النسبه فلا يوزع الثمن على المجموع لأنه يختلف احتمالان لأن ارجحهما الثانى لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لقله الرغبه فيه دونهما فلو بيع الجميع بنسبه و كانت قيمه الثلثين مثلها و قيمه الثلث اثنان يرجع بربع الثمن لا- ثلثه و حينئذ لو ثبت فى صورته الجهل و عدم الاجازه الخيار، و اراد المشتري ردّ الجميع كان له ذلك و لو اراد ردّ بعض المملوك للبائع دون بعض أيضاً له ذلك مع رضاء المالك لتبعّض الصفقه عليه فى الأول و على البائع فى الثانى.

و ظاهر الاصحاب الاتفاق على ان له الخيار مع الردّ و الظاهر ان تبعّض الصفقه و الشركه سبب موجب للخيار و ان يحصل الضرر منه، و خدشه بعض اسلافنا بعدم الدليل عليه مطلقاً فما لم يحصل الضرر فألحقه اللزوم بحالها و حصوله فى بعض الاحوال لا يكون مناطاً للثبوت مطلقاً بل هو اشبه شىء بالمناسب و هو متصور إلا ان اتفاق الاصحاب يوهنه، و فى كره بيع الثمار ثبوت الخيار للمشتري مع جهله حتى لو اجاز الشريك لتفاوت الاغراض فى الغرماء و هو ترقى لا- يقبل إذ هذا القدر من الضرر المعارض بأصالة اللزوم لا- يكون موجباً و باعثاً على الخيار و عليه لا- يثبت الخيار و عدمه إلا بعد الاجازه او الرد فلا- خيار للمشتري قبل ردّ المالك و عدم اجازته، و لكن الجدل كاشف الغطاء " رحمه الله " حكم بثبوته بين البيع و الاجازه مع الحكم بكون الاجازه ناقله لا مطلقه لجهه بقاء ما بيع فضولاً على ملك المالك و لم ينقله البائع فيتحقق التبعض الموجب للخيار، و نظر الوالد " رحمه الله " فيه انه مع توقع الاجازه لا- ضرر فى مثله إلا ان ينظم إليه ضرر آخر مثل الصبر و التأخير و الخيار له لا للتبعيض، و إن كانت الاجازه ناقله و حيث يفسخ المالك لا خيار للبائع فى امساك الباقي فى كل الثمن إذا شائه المشتري و ان كان

البائع جاهلاً بأن بعضه لغيره أو كان مدعياً أذن المالك و إن اراد المشتري امساكه بحصته من الثمن ففي الظاهر ان للبائع الخيار مع الجهل أو ادعاء الاذن في كلمات اكثر من تعرض للمسألة العدم لأصالة اللزوم و عدم الضرر على البائع و لا يبعد قربه و لو عبر البائع بلفظ محتمل لبيع ما بملكه خاصه أو لبيع مالاً يملكه كلياً أو بعضاً ظاهر الاصحاب (رحمهم الله) انصراف الأول إلى ملكه، و إن ترد بينه و بين غير ملكه و مثلوا له بمتحد الاسم في المبيع المتعدد و اتفقوا في الثاني كبيع نصف الدار إذا كان له النصف فيها فهل المبيع نصفه المختص أو من كل نصف نصفاً فيبقى الربع من النصف الآخر الذي لغيره موقوفاً على الاجازة و يكون المبيع النصف من نصفه و يظهر من بعضهم انه حيث لا قرينه على احد نسختين النصفين، فمدلول اللفظ محتمل لبيع نصفه المملوك له و نصفه المشاع بينه و بين الاجنبى لتعارض ظاهر النصف في الاشاعه في مجموع النصفين إلى نصفه المختص لجهه التصرف بل الحمل على الاشاعه أولى كما لو أقرّ بالنصف أو يدعى بظهور انشاء البيع انه لنفسه لا- لغيره و لو كان للغير لبينه أو انه جازماً بملكه الجميع لعدم علمه او عدواناً و فرقوا بين الأول و الثاني بأن الأول و هو ما اشترك بالاسم بينه و بين غيره ان البيع منصرف إلى ماله لا إلى ما شاركه في الاسم دون ما هنا لما قلنا، بل بعضهم قاس الثاني على الأول بعد الفراغ من الانصراف في الأول و كأنه ليس بمحلله فإنه لو باع سالماً مثلاً و الف عبد لغيره اسمه، كذا لم يكن الفكر يحتمل غير ضده فلا ظهور في بيع غير عبده كى تحصل المعارضه بين الظهورين كما فيما نحن فيه فالظهور في الأول يستكشف به اجمال اللفظ دون الثاني هذا في الأجنبى، و أما الولى و الوكيل إذا باع النصف من الملك، فالظاهر انه على الاشاعه بين المالكين لأن المعارض لظهور النصف في المشاع انصراف لفظ البيع إلى مال البائع عند التصرف فهو حاكم على ظهور الملك في الاشاعه إذ ظهور المقيّد حاكم على ظهور المطلق، لا- يقال ان ظهور الملك في الاصله أيضاً معارض لظهور النصف في المشاع و الظهور ان من باب الاطلاق على حد سواء فلا معنى لترك احد الظهورين.

قلنا نعم، إلّا انه لمّا حكمنّا بظهور القيد بقى ظهور ما عداه على حاله فلم تحتج إلى المعارضه بظهور الملك فلا الاضافه لكى يقال انه ترجيح من غير مرجح بعد كون الظهورين من باب الاطلاق اللهم إلّا ان يمنع ظهور النصف في غير النصف المشاع و حينئذ لا يفيد ظهور النصف بالاصاله، إذ لا يجدى ظهوره بالانصراف إلى ملكه الذى لا ينكر و لا يعارضه ملاحظه حق المالكين الموجبه للإشاعه فى الكل فإن النصب المشاع على ما ذكرنا هو النصف المختص فهو يملك عن الكلى مصداق النصف، و قد ذكروا فى السلم انه لو باع نصفاً سلماً و كان مأذوناً فى بيع النصف الذى لشريكه مثلاً و لم يقصد إلّا مدلول لفظ النصف من دون ملاحظه انه له او لغيره و لا قرينه تدعوا اليه انصرف إلى مال نفسه لا إلى الاشاعه و لا إلى مال شريكه، فإنه عقد على ما يملكه لا ما يملك العقد عليه لاحتياجه إلى قرينه تدل على انه مأذوناً او وكيلماً، و حكم الفاضلان و تبعهم من والاهم و تلاهم فى خصوص ما لو أصدق زوجته عيناً و هبت نصفها له او لغيره مشاعاً قبل الطلاق فللزواج لو طلقها النصف الباقي من عين المهر لا نصفه و قيمه النصف الموهوب و ان احتمل و سببه منحصر بصدق النصف على الباقي فيصدق نصف ما فرضتم، و توجيه الفرع لعدم اعتبار قيمه، بأن مساواه الربع الموجود لها بالتألف من الزوج من جميع الجهات ينفى اعتبار قيمه كما لو دفع المقترض العين المقترضه و هى قيمه، موهون بعدم ايجاد المماثل عليها عندهم أيضاً فالتوجيه لا ينفى مع انهم حكّموا بان نصف الباقي مقدار حقه للعله المزبوره فلا يريدون الوجه الأخير و عليه

فينافى ذلك حمل النصف على ما يملكه فقط و يعضده ما حكموا به أيضاً فى باب الصلح و الاقرار من التنزيل على الاشاعه حيث لا قرينه فلا ينفذ إلّا فى الربع و يبقى الربع الآخر موقوفاً على الاجازة لانه ينصرف إلى نصفه كما لو أقرّ أحد الشريكين بمشاركه ثلث لهما فى العين الذى تحت يدهما فإنه يحمل على الثلث المشاع فله على المقر سدس الأصل الذى هو ثلث ما فى يده لكن إن أنكره الآخر ثبت له على المقر نصف ما فى يده لتساوى المقر و المقر له فى غضب السدس الذى بيد المنكر فيقدر تالفاً من العين عليهما و يوزع على الاستحقاق فيدفع له المقر بدل نصف المتلوف فيكون حقه نصف ما فى يده إذ للمقر له من الستة اثنان باعتراف الشريك فإذا غضب واحد من الاثنتين التزم المقر بموجب التقسيط بنصفه فيدفع للمقر له واحد و نصفاً و هو نصف ما تحت يده فان المنكر إذا لم يجيز على أخذ السدس منه فالمتلوف سدس مشاع لا يخص المقر له بل يوزع عليه و على المقر. نعم، لو قلنا بتعلق الغضب بالمشاع و صحه تقسيم الغاصب مع الشريك العالم بغضبه اتجه حسابه على المقر له فيثبت له ثلث ما فى المقر، لكن هذا مهم فى محله، و الحاصل إذا كان للمقرّ و المقر له ثلثان شائعان فى الغير المزبوره فما تلف منها يذهب عليهما فيوزع، و احتمال الاستاذ " رحمه الله " بأن هذا التلف قبل ثبوت حق على الشريك هو بأذن الشارع و ما كان حبسه على مالكة باعتقاد الشريك مؤذناً فيه من المالك الحقيقى فكأنه هو الذى حال بين المقرّ له و بين المال فلا يحسب منه على المقر شيئاً فإن أقرّ بما هو شائع فى العين و ليس هذا كالمأخوذ عدواناً منها بلا طريق شرعى كى يجب على الشريكين دفعاً لضررهما.

و من هنا ذهب الأكثر فى الأخوين الوارثين إذا أقرّ احدهما بثالث انكره الثانى يدفع له الزائد على حقه لا نصف ما فى يده نظر الى تساويهما فى مال المورث باعتراف المقرّ، فإن هذا التساوى لا- يوجب دفع النصف الذى بيد المقرّ بالاقرار يعين نفس الاستحقاق فيدفع له ثلث ما فى يده و يذهب عليه الثلث الذى بيد المنكر، لكنه " رحمه الله " ضعفه بأمرين:

أحدهما: انه قياس ذلك على الاقرار بالنسب من دون تنقيح لا يسمع فلو قلنا به فى النسب لا نقول به هنا لخروج النسب بدليله فقد ورد به بعض النصوص الضعيفه المنجبره بالعمل و لأجله صرح غير واحد من المتأخرين بمخالفه ذلك للقاعده حتى قوى الشهيد و سبطه " رحمه الله " و ظاهر الحمل على الاشاعه.

ثانيهما: أن الشارع جعل اقرار المرء على نفسه حجه و الزم المقرّ مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذى أقرّ به و لا اشكال أن المنكر لو علم الواقع أو كان عالماً به أرجع الزائد اليهما معاً لا إلى المقر و حدّه و لو فرض صدق المقر واقعاً كان للمقر له معه نصف ما فى يده لأن المقبوض له نصيبهما الشائع فى العين منصف بينهما أ ترى لو كان المال عند المقر له عاريه بمضمونه من صاحبه و علم المستعير اشراك شخصين فيه و أقرّ احدهما بشراكته يلزمه ان يدفع لواحد نصف ما فى يده، و للآخر نصف النصف و لا يمكن مطالبه المقر له بأكثر من ذلك لاعترافه بأنه يساويه باستحقاق و لا يمكن المقرّ له ان يحبس ما زاد عن الثلث عن المنكر لأنه حقه ظاهر و هو واضح و كذا ذكروا ان المقرّ له لو صالح المقر عن نصيبه الذى اعترف به نفذ فى الربع و بقى الزائد موقوفاً على اجازة الشريك لإشاعه حقّ المقر له فى نصيبهما لو كان المقرّ به نصف المال فينافى ما ذكره هنا من الاختصاص بنصيبه، إذ عليه يختص حق المقر له بنصف المقرّ فقط كما اختاره بعض من تأخر و لا ينزل على الاشاعه و لكن الظاهر خلافه منهم، و لعل الوجه فى الحمل على الاشاعه فيما ذكرنا مع ظهور لفظ النصف منصرف و ضعاً او اطلاقاً إلى النصف المختص هو ان الحق متى

كان مشاعاً لكون الاشاعه قرينه على

عدم الاختصاص بخلافه في غير المشاع كان يقتر بأن لك نصفاً في داري و دار زيد مثلاً فلا تنافي بين انصراف لفظ النصف لا المختص و بين الحمل على الاشاعه من جهه اشاعه الحق في الابعاض، و كذا يجري ما ذكر في المسأله السابعه، لو باع الكافر على المسلم ما يملك و ما لا- يملكه المسلم او باع المسلم كذلك على المسلم او الكافر مطلقاً او ما لا يستحلّه الكافر و ان استحلّه المسلم من غير فرق بين صورته العلم و الجهل لهما او لأحدهما في الجميع و لا بين كون الضميمة مما تقابل بالعوض لو لا منع الشارع او بين ما لا يملكه مالك لسقوطه عن درجه الاعتبار، فالأول كالعبد مع الحر و الشاه مع الخنزير و الخمر مع الخل. و الثاني كبعض القذارات و حفنه من تراب و بيع الشئ في الماء مع ما فيه منه و هكذا فمتى بيع صفقه بثمان واحد صح في المملوك مطلقاً للإجماع المحكي صريحاً و تلويحاً فيفيدنا و لإطلاق مكاتبه الصغار من قوله "ع": ( )

لا يجوز بيع ما ليس بملكك

( و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك في جواب كتابه إلى ابي الحسن "ع" في رجل باع قرية و انما له فيها قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري في ذلك و قد اقرّ له بكلها فوق "ع" الجواب إلّا ان يدعى باختصاص مورد الجواب بما تضمنه السؤال من وجود مال الغير في القرية لا مطلقاً من جهه الانصراف، و وهنه قاعده ان العبره بعموم السبب لا خصوص المحل و ان المورد لا يخصص الموارد على ان الوفاء بالعقد ممكن في القرض فتشمله الآيه و الروايه و لا ينافي عدم قصد البعض في ضمن المركب لانحلال العقد إلى عقود متعدده يصح ما يصح منها و يبطل ما يبطل و ان وقع التراضي على المجموع، و لم يمضه الشارع من حيث المجموع إذ لا- فرق بين نقل الملك لآخر بالهبة او البيع و لا اشكال بأن هبه ما يملك مجهولاً و ما لا يملك يصح في الأول فيملكه الموهوب له و يصح أيضاً جعلهما جعله فيجعل المجعول له بقيمه غير المملوك بالنسبه، كما هنا فتوقف الاستاذ "رحمه الله" فيه و التجأ إلى الفرق بين العقد الفاسد لفساد شرطه و بين ما هنا بالنص و الإجماع لعلّه مما يمكن فيه الفرق و المتهم فكري و مقتضى العطف و التشبيه في عبارته المصنف بين مملوك الغير و ما لا يملكه البائع أصلاً عدم الفرق في صحه بيع المملوك هنا بين علم المتعاقدين و جهلها أو جهل أحدهما بالحكم أو بالموضوع كما هو ظاهر اطلاقهم بل لا يبعد انصراف الصحه إلى صورته العلم في كلامهم فضلاً عن الجهل للأولويه فإن تمثيلهم بالخنزير و الخمر مما يبعد خفاء حكمهما على المسلمين او موضوعهما و في يرى الحكم بالصحه و الخيار مع الغش فإنه كالصريح في الصحه مع العلم بدون الخيار و لكن في الروضه و المسالك قيد الصحه و التقييد بعد دفع الثمن بصوره جهل المشتري بالفساد تبعاً للفاضل في تذكره الفقهاء معللاً ذلك بإفضائه في صورته العلم إلى جهاله ثمن المبيع حال البيع لأنه في قوه بعثك العبد بما يخصّه من الألف إذا وزعت عليه و على الضميمة و بأن التوزيع لا يتم بعد دفع الثمن لمنافاته لعدم رجوع المشتري بالثمن مطلقاً لو مع التلف على البائع الغاصب كما تقدم و حكى ذلك أيضاً عن المصنف في حواشيه و عن كشف الرموز، و يمكن خدشه بعدم الموجب للتفرقة بين الصورتين كما ذكره كلّ من تعرض للمسأله لفساد التعليل بجهاله الثمن في صورته العلم لمنعه بأن العلم بالفساد لا يورث غرراً بعد الحكم بتقسيط الثمن و عدم المنع من قصده للنقل و لو تشريعاً كييع الغاصب و لو امتنع القصد لكان الثمن في مقابله المملوك لتحقق بذله ثمناً من المشتري و امتناع قصده لشراء ما لا يملك و ليس هو إلّا ان امتناع قصد المشتري شرعاً لا يأتي امكان قصده تشريعاً فليس هو كذلك قصد فالثمن حيز البيع معلوم لا يضر معه جهاله التقييد و معلوميته الرافعه للغرر يكفي في صحته و هو ممكن في تقسيمه و مقابله المبيع له و لذلك صحّ عند من يبطل الفضولي ببيع ملكه منضمماً إلى ملك الغير او بيعه مع العم بعدم



اجاره المالك، بل لا اشكال عندهم فى صحه البيع لجهه المقابله بالثمن و ان لم يتحقق النقل الشرعى على القول بأن الاجازه ناقله او كاشفه مع تحقق الرد، و فى الروضه اشكل الصحه بإفضائه إلى الجهل بثمان المبيع و جعله فى قوه قولك بعتك العبد بما يخصه من الألف إذا وزعت عليه و على شىء آخر لا- يعلم مقداره، و فيه ان الألف فى المثال لم تفرض ثمنًا و لا مقابله لثمن كما فيما نحن فيه من المقابله العرفيه الذى يضر معها العلم بعدم ترتب الأثر شرعاً، و أغرب منه حكمه بفساد البيع من طرف البائع العالم و صحه من المشتري الجاهل قائلاً لا يعد فى

بطلانه من طرف واحد فإن بعد الكليه لا يخفى مع ما علمت من الصحه التي لا ينافيها ذلك، و أما مخالفته للشارع تبعاً للمحكي في حواشى الأول من تقييد الحكم بجهل المشتري بالموضوع و الحكم و مساواته لبيع مال الغير من العالم به في عدم رجوعه بالثمن لأنه سلط البائع عليه مجاناً لعلمه بأنه لا يسلم المبيع له فهو أما ان يقصد مقابله الثمن بالمملوك فقط، و أما ان يسلمه على قسطه مجاناً، ففيه ما ذكرناه سابقاً من عدم انطباق هذا الحكم على الضوابط لحصول المقابله في الجميع من البائع الذى لا ينافيها العلم بالفساد شرعاً، فهو و ان تم هنا لا يقاس المقام عليه فلا جرم من لزوم التقسيط كما هو فى المسأله السابعه و يتم بتقويم كل منهما منفرداً و نسبه قيمه المملوك إلى مجموع القيمتين فيرجع بالثمن على تلك النسبه او ما ذكره المصنف من الطريق الذى ربما يحدّش و كفيته ان يقرر الحر عبداً فى المثل بصفاته و الخمر و الخنزير بقيمتها عند المستحل بحسب المكان و العاده الغالبه لا مطلقاً و تعرف تلك القيمه كغيرها بالامارات الشرعيه الكاشفه عنها كشهاده العدلين المسبوقين بالكفر أو المجاورين للمستحل، و لو دار الأمر بين التقدير و امكان التقويم قدّم الثانى مع عدم الاشتباه فلا يقدر إلّا عند التعذر، و أما فى الاشتباه بأن باع الخمر بزعمه خللاً و الخنزير بخياله شاه قوماً قيمه الخل و الشاه عند جماعه، و فيه اشكال كالاكتفاء بالظن و يلزم تعدد المقوم و إن كان عدلاً إلّا إذا رضى به الطرفان فالأقوى اعتباره حتى مع عدم العداله فتم إلى هنا أن عقد ما سوى المملوك للعاقده لا يمضى إلّا بالاجازه أو التقسيط و تملك الاجازه الأب و الجد للأب، كما يمضى تصرفهما فى مال الطفل مطلقاً ما دام الوالد غير رشيد و بالغ و يلزم لقيامها من حيث الولايه مقام المالك و ينحصر ما يقوم مقامه، و ما لا يجوز للمالك نقض عقده و غيره من تصرفاته على ما هو المعلوم من نصوص اهل العصمه بأفراد انهاها فى اللمعه إلا سته و قد يزداد عليها الأب و الجد له و الوكيل و الحاكم و أمينه الخاص و المقاص و عدول المؤمنين حسبه مع تعذر الحاكم و غير العدل عند تعذره و المرتهن مع امتناع الراهن من البيع و تعذر الحاكم و بيع الوصى مال الوديعة إذا خاف تلفها كلاً او بعضاً و بيع الملتقط مال اللقطه بعد التعريف للمتصدق بها و إن لم يقصد التمليك.

## الولايات

### اشاره

و الظاهر أن ملك العقد ملك الاجازه فيجرى حكم الفضوليه فيمن ذكرنا على اشكال فى غير السته و بيان كفيه الولايه و جواز التصرف مبعوضاً و غير مبعوض فى مطلق هذه الموارد يأتى فى محله اعلم ان الأصل المسلم المعمول به حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه مطلقاً حتى بالنسبه إلى المالك الحقيقى فضلاً عن الصورى و المنع من اجباره على شىء من التصرفات الماليه او البدنيه إلّا ان الشارع لدفع الحرج و للضروره و عدم الاستغناء عنه عقلاً أو اعاده قد اثبت الولايه و النيابة شرعاً فى غير مقام واحد منها ولايه الأب و الجد له على الصغير و ثبوتها فى الجمله غنى عن البيان لاستفاضه ذلك فى النصوص مع قيام الاتفاق عليه و لما كان ذلك خلاف الأصل لا جرم أن المشكوك لا تثبت به الولايه فلا بد من اعتبار كل شرط اتفق عليه و ما اختلف فيه يفرع فيه إلى الضوابط الشرعيه فإن ازدحمت و تراحمت فالاحتياط ساهل بحر الهلكه.

## الشرط الأول: اعتبار النسب فيه دون الرضاع

و ولد السفاح و الملا-عن و المنفى و الكافر و ان وافق تصرفهم المصلحه لظهور الرخصه فى غيرهم فتوى و نصاً و آيه، و كذا المملوك و المدبر و المكاتب و إن اعتق بعضه فلا-ولايه له أيضاً ما لم يتحرر و يجمع الشرائط و فى عزله لمن يتولى غيره إذا استكمل الشرائط اشكال يتضح لرجوع غيره إلى الولاية إذا زال

المانع و عدمه كما نبه عليه و على تقدير العزل ليس له نقص تصرفات الولى السابق عليه مع مراعاته للمصلحه و إن انكشف الخلاف إذ المدار على الرعايه لا- موافقه الواقع و إلا لنفذ تصرف من يقارن تصرفه المصلحه ممن لا ولايه له و لا أهليه فما توهمه بعض من تأخر لا وجه له و ان ورد فى الحاكم و امينه ما يوهم ذلك كما سيجى ء.

### الشرط الثانى: اعتبار العدالة فيهما،

و الأصل يقتضيه للشك فى ثبوت الولايه الخارجه عن الأصل مع عدمها غير ان الأكثر نفى اعتبارها فيهما للأصل بعد تحقق استثنائها عمّن لا- ولايه له مطلقاً لإطلاق دليله و لفحوى ولايه الفاسق فى الترويج مع الاحتياط فى الزوج، و دعوى ان ولايه استثمان و لا- أمانه لفاسق بنصّ الكتاب فلا- يقبل اقراره فى حقّ غيره، و لا يصدق فى خبره بل الركون اليه ركون إلى الظالم المنفى سنه و كتاب مخدوش بأنه مناسبه يشبه الاجتهاد فى مقابله النص و بإمكان علاجه بمواظبه الحاكم او من يعينه لأفعاله فإن وجد خللاً عنه له كذا قيل، و فيه ان هذا رجوع إلى الحاكم بالآخره فلم يكن ولايته مطلقه و لم تغتر على من أزم الحاكم بذلك و مع عدمه المحذور بحاله. نعم، لو انكشف للحاكم الخلل له عزله و التحجير على مال الطفل و تسليمه إلى من يثق به كما لو ثبت سفه المالك فإنه تحجر على ماله و يمنعه من التصرف فيه، و أما الركون إلى الظالم فليس من مصاديقه المقام لا عرفاً و لا اطلاقاً.

### الشرط الثالث: مراعاة المصلحه

و هو شرط و فى ظاهره جعله من الخمسه الذى لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و فى خلافه خلاف ما نسبوا له و جعله الحلى مما يقتضيه اصول المذهب إلى غير ذلك من مقالاتهم الظاهره فى اعتبار المصلحه صريحاً و تلويحاً فى مواضع متعدده، و استقوى غير واحد منهم الاستاذ " رحمه الله " كفايه عدم المفسده فى التصرف لظهور النصوص مثل (

انت و مالك لأبيك

)، و ما بمعناها بسلطنه الجد و الأب على مال الابن لأن الدين موهوب للأب، و رواه بن سنان على الرضا "ع" و علله ان الموهوبيه حللت مال الولد لوالده، و فى صحيحه مسلم ان الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء إلى غير ذلك مما يشهد بعضه ان مال الابن كمال الأب يتصرف فيه كتصرفه بمال فلا يعتبر فيه المصلحه و لا عدم المفسده، و يؤيده ما ورد فى جواز الاقتراض مع الملائه من مال الابن و مال جماعه من المحتاطين إلى اشتراط عدم المفسده دون اعتبار المصلحه لعموم [و لا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\*] فإنه يشمل الجد و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل بل يظهر من فحوى كلام الجد الأكبر استظهار الاجماع على اناطه تصرف الولى بالمصلحه فضلاً عن اعتبار عدم المفسده مضافاً إلى ظهور صحيحه ابى حمزه الشمالى عن ابى جعفر "ع" قال: )

قال رسول الله "ص": "انت و مالك لأبيك، ثم قال: لا نحب ان يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد"

(، و الاستشهاد بالآيه يشعر بالحرمة من عدم الحب دون الكراهه و تنظروا فى الجميع بخروج الجد مع فقد الأب بدليله القاضى بولايته على ابنه و ابن ابنه الصريح فى ان له التصرف بمال طفله كيف ما شاء، و لو سلم عدم التخصيص يكون الحكم مقصوراً عن الجد دون الأب، و عدم الفصل ممنوع فيلحق الجد غير الأب من الأولياء المشترط فيهم ذلك، و لذا جوز جماعه اقتراض الأب مع عدم اليسر دون الجد و مع ذلك فمراعاة المصلحه دليلها قوى لكن فيه مخالفه ظاهر الأصحاب، ثم ان الظاهر عدم انفراد الجد بالولاية إذا كان له اب بحياه الأب و يفقده فلا ترتيب فى الأجداد فيشارك العلى الأدنى و عن

وصايا كذلك ان الولايه للأب و من يليه من الأجداد لآيه اولى الأرحام النافيه لولايه البعيد بناء على ان المراد بالأولى الاختصاص على حد قولك هو أحق من فلان بكذا لا التفصيل مع الاشتراك فى المبدأ، و هو غير مسلم ان لم يخرج الجد مع الأب عن هذه الكليه لمنافاته لخلافهم فى تقديم عقد الأب او الجد مع التعارض بل الرجحان لعقد الجد لفحوى ما قضى به فى عقد النكاح روايه و فتوى و عدم القيامه أيضاً مع اختلافهم فى ان ولايه الجد مشروطه بحياه الأب ام لا حتى فرّعوا عليه تقديم وصى الأب على الجد و سيجىء الحكم بالعموم و لا ولايه لغيرهما من الأقارب إلّا الأم فيما يتعلق بالحضانة، و ينقطع ولايتهما بثبوت البلوغ الشرعى و الرشد لا بالبلوغ وحده و ان كان سفيهاً و ذهب جمع إلى الانقطاع به و انتقال الولايه للحاكم و الأقرب البقاء لظاهر آيه [فَإِنْ أَنْسْتُمْ] فمع عدم إيناس الرشد يبقى المال فى يد الولى على ما هو عليه قبل البلوغ و لظاهر اتفاقهم فيمن بلغ مجنوناً على بقاء الولايه و لا فارق بينهما حيث أن الخطاب متوجه إلى الأولياء و تعود ولايه الأب خبر انقطاعها بالبلوغ و حصول ما يقتضى بالولايه من جنون و سنه لعموم ولايته للأحوال، إلّا ما استثنى من انقطاعها بالبلوغ او هو و الرشد، و لكونها منوطه بالإشفاق و دفع الضرر عن الولد فهى ذاتيه فترجح بذلك على ولايه الحاكم الذى هو ولى من لا ولى له و هذا له ولى فلا وجه لترجيح ولايه الحاكم فى مفروض الصوره، كما مال إليه بعضهم و الجد الأكبر حكم بعودها بالجنون دون السنه و معه الولايه للحاكم و عسى ان يكون الباعث للتفصيل اختصاص الحجر على المال بالحاكم و رفعه متوقف على رفعه فالولايه له دون المجنون لعدم المتوقف حصولاً و رفعاً على حكمه و هو متين لو سلم اللازم و الملزوم فإن الملازمه لم تثبت مع حصول النقص بمن بلغ سفيهاً فإنه " رحمه الله " لا يقول برجوع ولايته للحاكم فيجرى فى مال من عرض له السفه ما يجرى فيمن بلغ كذلك و الحكم بأن التحجير للحاكم لأنه من مناصبه و الولايه للأب له وجه و هو بمقام الولد و كنفسه فى جميع التصرفات أخذاً و اعطاءً، إلّا الطلاق لأنه بيد من أخذ بالساق و مثله فسخ النكاح و هبه ما بقى من اجل المتعه لو حده المناط فولايتهما فى غير المستثنى ثابتة و المال و النكاح و القصاص و العفو عن المهر و التأديب و التغرير، و يجوز لهما ان يتوليا طرفى العقد و لهما تولى احد طرفيه أيضاً، فيجوز ان يبيع كل منهما عن ولده من غيره و عن نفسه من ولده و من ولده من نفسه بالاتفاق و يكفى فيه نصّ تقويم جاريته عليه و اقتراض مال و احتمال بعضهم اعتبار التعدد و لزوم التوكيل و هو غريب إذ المغايره الاعتباريه و الحيشه كافيه فى الفاعليه و القابليه و الفعل و الانفعال و لا فائده فى التوكيل الصورى الذى يرجع إليه فى الحقيقه و لا تأتى الولايه و لا العقد التضاييف، و ممن له الولايه أيضاً الوكيل فإنها ثابتة فيما و كل فيه، و يمضى تصرفه على الموكل و ان اختلف فى الدرس و الاجتهاد و التقليد و بشكل فيما لو وقع ما يرى الموكل فساده من عقد و غيره له و لم يبعد الاستاذ " رحمه الله " بدرسه عدم ملكيه الموكل و عدم صحه النكاح فينتقض ما أبرمه.

و استظهر الصحه بعض مشايخنا لوقوع ما اوجده صحيحاً فيترتب أثره عليه فالصحه ينظره تكفى و ان كان الموكل يرى الفساد لأن المدار على صحه الفعل من الفاعل و ليس له الرد و لا يغرم الوكيل على ان الاتفاق فى الاجتهاد او التقليد ليس من شروط الوكاله فيسقط اعتبار علم الموكل بالقضيه فيملك لو عقد له بالفارسيه او اتباعه معاطاه و هو لا يرى صحتهما مثلاً او اذن له فى الصلاه على جنازه هو اولى بها، فظهر إن صلته عند الموكل فاسده او و كله على نحر الهدى الواجب او ذبحه فبان عدم اجزاء ما صنعه باجتهاده او تقليده،

و كذا فى العتق و الطلاق و الوقف إلى غير ذلك و اطلاق المصنف و غيره يمضى تصرفه بشمل المفروض فلا محيص عن التزام الصحة و النفوذ، كذا قرر " رحمه الله " و مرجعه إلى ان الأحكام الظاهرية المجتهد بها بمنزلة الواقعية الاضطرارية لغير المجتهد لا انها احكام عذرية لا يعذر فيها إلّا من اجتهد او قلّمده فيها و انها كطهاره المتيمم لو اوجد الماء فإن اجتهاد المجتهد فيما استفرع الوسع فيه كفقده الماء بالنسبه إلى المتيمم فكما ان الواجد يرتب احكام الطهاره على الفاقد فكذا يرتب آثار العقد لأنه واقعى اضطرارى.

نعم، ذلك لا- يجرى بالارتباطيات و تمامه بمحلّه، انما الاشكال على القول الثانى انه لو فسد العقد بالنسبه إلى الموكل فهل يفسخ من أصله او يثبت للوكيل و هل يرجع الموكل على الوكيل بمثل الثمن لو لم يفسد العقد بالنسبه إليه او يكون بمنزله التالف لو تلف المبلغ منه و هكذا فيرجع فى كل فرع إلى ما اقتضيته القواعد الشرعية على فرض الفساد من اصله و الصحة مطلقاً، او هى لأحدهما دون الآخر و يجرى ذلك أيضاً فى الوقف و العاربه و الصلح و الهبه المعوضه و الإجاره و غيرها مما اختلف فى بعض ما يعتبر فيها متى اختلف الموجب و القابل او الموكل و المجيز ثم ان تصرف الوكيل لا ينفذ على موكله، إلّا ما دام حياً جائز التصرف فتقطع بالموت من حينه و ان لم يبلغه الخبر إلّا بعد التصرف كانقطاعها بموت الوكيل للاتفاق ظاهراً، و للمرسل الوارد فى النكاح و كذا بعروض الجنون و الاغماء و كلما يخرج احدهما عن الأهليه مطلقاً فلا فرق بين طول الزمان و قصره و لا المطبق و الأدوار و لا علم احدها بالحال و جهل الآخر لمحكى الإجماع على ذلك كله و ألحق شيخنا السكر بهما و غيره بالنوم و السهو و النسيان و عسى ان يكون اقرب إذ ليس المناط زوال العقل مطلقاً و إلّا للحقهما النوم بل المناط ما يرتفع به الأهليه دائماً لا- فى وقت دون وقت، فحينئذ لا تنتفى بالعوارض المزيله للاختيار من النوم و المرض و غيرهما مما لا يدوم بقائه و عليه فزوالها بالجنون الأدوارى و الإغماء خلاف القاعده بدليله او على القاعده لقضائها عرفاً باختلال الشعور الذى يضر بالوكيل و الموكل و لو بعد الإفاهه فتكون المعامله فيه.

و أما ما لا- يضر مثل النوم و السكر الباعث على صحه المزاج عند الافاهه لو كاله بحالها و لا يجدى استصحاب الانقطاع فى العارض المزيل بعد ارتفاعه لتبدل الموضوع كالصحه بعد المرض و لولاه لما عادت بعد الإحرام و الاعتكاف بالنسبه إلى النكاح و البيع و لعل إليه نظر الحد بشرحه فإنه سيّر جملة من الموانع التى تشكل الحكم بعدم العود بها كالوكاله المؤقته بزمن مخصوص لو عرض الجنون و الإغماء قبل مجىء وقت العزل ثم قبله كالجنايه و التفریط فى غير الولى القهرى إذا تاب بعدهما و المرتد عن مله لو وكدل قبل ارتداده على بيع مسلم او مصحف ثم ناب و كالإذن لعبده او زوجته او شريكه فزالت الصفه ثم عادت، و كما لو انتقل ما وكدل على بيعه منه ثم عاد إليه او زوجت نفسها ثم عادت خليه و هكذا، و خدشه شيخنا بإمكان الفرق بين مفروض الصور و بين جميع ما ذكر من ارتفاع قابليه الاذن و عدمها فأدعى ارتفاعها فى الجنون و الإغماء دون ما ذكره مما منع من العمل بمقتضاها مانع شرعى كالإحرام و لعله اشبه شىء بالمصادره لحصول المقتضى فى الجميع لو لا المانع و لكن مخالفه ما عليه المعظم مع كون العدم احوط خصوصاً فى الأحوال مما يوقف الفتوى به، و إلّا فإلحاق الوكيل بلا ريب و الجدل فى سائر العوارض لا- يخل عن وجهه و مع ذلك فلا اشكال فى بقاء حكم الوكاله فى صوره العزل حتى يبلغ الخبر إلى الوكيل و ان طال الزمان و هو و ان كان خلاف القاعده لكنه خرج بالنص مع موافقته للاعتبار لكونه يورث النزاع و الترافع و ربما يوجب الضرر المنفى فى بعض الأحوال و لأجله قرنه الشارع ببلوغ الخبر، كما انه لا اشكال بعدم

بقاء الاذن فى التصرف مع الحكم بارتفاع الوكاله و قياس ذلك على بطلان الوكاله بردها او تعليقها على شرط، فإن الأكثر قالوا ببقاء الأذن الضمنى الذى يجوز معه التصرف و ان بطل عند الوكاله ما لم يفهم تقييد الاذن بصحة العقد صريحاً او بقرينه بينه مدفوع بأن انتفاء الأهليه و العزل سواء فى ارتفاع الاذن بهما رأساً دون المقيس عليه لعوده بعد بطلان الوكاله إلى الوكاله المعاطاتيه فالمبطل مختلف، و هل يجوز للوكيل كما جاز للولى ان يتولّى طرفى العقد بمجرد عقد الوكاله إلّا بأذن الموكل صريحاً او ظهور ذلك من عبارته.

قيل و حكى عن جماعه منهم الفاضل و الفخر و الشيخ و قبلهم ابو الصلاح. نعم، له ذلك مطلقاً و ان لم يعلم الموكل، و قيل لا يصح مطلقاً أيضاً و عزى للشيخ و الحلّى و غيرهما، و قيل و نسب لجماعه منهم المصنف أن علم الموكل جاز، و حكى عن عامه المتأخرين و ان لم يعلم لم يجوز و هو اشبه و أقوى لجهه ان نقل المال عن مالكة لغيره بغير النواقل المتفق عليها لا يصح و لا يجوز التصرف به، فإن وقع الوكيل ذلك قبل اعلامه و احرازه رضاه وقف على الإجازة لكونه اجنياً لعدم تناول التوكيل لما اوقعه لجهه ظهوره فى البيع من غيره.

و فى شرح جدنا " رحمه الله " الركون إلى انصراف التوكيل للمغايره الحقيقيه لأنها الفرد الشائع و بأن غرض الموكل المماكسه مع حكمه الشرع بها ايضاً، و هى تمنعه مع الوكيل نفسه بعيدة عادته عن النفس الأماره، و ذكر بحاصله ان المتكلم و المخاطب لا يدخلون بلا- قرينه فى متعلق الخطاب إلّا للولى فإنه خارج بدليله و ان فى الشك فى الدخول تحت الاطلاق كفايه فلا يسوغ ذلك انتهى. مضافاً إلى ظهور المعبره فى ذلك، ففى الصحيح ابو الحسن لابن الحكم )

إذا قال لك الرجل اشترى لى فلا تعطه من عندك و إن كان الذى عندك خيراً منه

(، و فى موثق عمار بن اسحاق )

سألت ابا عبد الله "ع" عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول له ابتع لى ثوباً فيطلب له السوق فيكون عنده ما يجد له فقال "ع": لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه

( .. الى آخره، و فى الرضوى )

إذا سألك الرجل شراء ثوب فلا تعطه من عندك و لو كان الذى عندك أجود

( .. إلى آخره، و من ذلك ما ورد فىمن دفع إليه ما لا- ليصرفه فى محاويع و هو كان منهم، و لكن شيخنا " رحمه الله " اختار القول الأول و خدش ادله الثالث بأن متعلق الوكاله البيع و الشراء و الاستنابه فى التصرف الذى لا قيد فيه فىشمل المفروض.

و دعوى الانصراف ممنوعه و إنما ذلك من جهه الاستثناس باعتبار الأغلبه فىنساق إلى الذهن انسياق أفراد المشكك الذى لا يقتضى الاختصاص، و الصحيح مع كون عبارته اشترى لى و تسليم صحبته هو أخص من المدعى لوروده فى الثوب مع ان النهى فيه يحتمل كونه ارشادياً من جهه تطرق التهمه غالباً مما لا تهمه فيه لا نهى عنه، و لذا أشار الصادق "ع" فى موثق اسحاق إلى



ذلك بقوله: )

لا يدتس نفسه فإن النفس أماره فقد ترى القبيح حسناً و الحسن قبيحاً فينبغى التحرر منها

(، و الرضوى على ما فيه كسابقيه و خبر المنع فى تفريق المال معارض بخبر الجواز المرجح عليه بالاعتضاد بما سمعت و بخبر حج الوصى عمن اوصاه مطلقاً، فإن الوصى و كيل فى المعنى و لا فرق فى العبارة، و ردّ كلام الجد " رحمه الله " بما حاصله ان الموكل لا يريد إلا ما يصحبه من الوكيل فلو فعل خلاف ذلك تعمداً انعزل بالخيانة فغايتة التوقى من الهلكه و ميل النفس بالاحتياط فى المعامله مع نفسه و المغايره ممنوعه، و فحوى خبر الأولياء يقضى بالعدم إلى آخر ما رام بيانه، و هو من المتانه بمكان لو لا ما فى غايه المرام من نسبه المنع إلى اكثر اصحابنا مع اذن الموكل للوكيل فى بيع ماله من نفسه فكيف بما لو اطلق، و أيضاً نسب فى تذكره الفقهاء إلى المشهور فيما لو أطلق ذلك و ان حكم به فى ذلك و عدمه لأصالة عدم ترتب الأثر فيما تردد فيه و ظهور كون التهمه حكمه لا عله للبيع

يدور الحكم مدارها ولا ينكر ظهور الدليل الاجتهادى فى ذلك فمضافاً إلى ما مرَّ من النصوص خبر القلانسى قلت لأبى عبد الله "ع": ( )

الرجل يجيئنى بالثوب فأعرضه فإذا اعطيت به الشىء زدت فيه وأخذته فقال "ع": لا تزده، قلت: ولم ذلك؟، قال "ع": أ لست انت إذا عرضته احببت ان تعطى به او كس من ثمنه؟، قلت: نعم، قال: لا تزده (، و خبر ابى حمزه )

سمعت الزيأت سأل أبى عبد الله "ع": جعلت فداك أنى رجل ابيع الزيت يأتينى من الشام فأخذ لنفسى مما ابيع، فقال "ع": ما احب لك ذلك، قال: انى لست انقص لنفسى شيئاً مما ابيع، قال "ع": بعه من غيرك ولا تأخذ منه شيئاً ولا تقربه (، فإنها مع ما قبلها كالصريحه فى المنع مطلقاً و لا يعارضها خبر اسحاق بن عمار )

يجىء الرجل بدينار و يريد منى دراهم فأعطيه ارخص مما ابيع، فقال "ع": اعطه ارخص ما تجد له لظهوره بعدم التوكيل و اراده الصرف منه

(، و جوابه من جهه المسامحه و اراده البائع منه ذلك كما يقول المشتري يعنى بأنقص مما يبيعه غيرك، و لخبر قيس قلت له: (، يجيئنى الرجل فيقول اشترى لى و يكون ما عندى خير من متاع السوق، فقال "ع": ان أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك و ان خفت ان يتهمك فاشتر له من السوق

(، إذ هو صريح فى بيع السلعه عليه، أما بحضوره او بأعلامه و إلا فلا معنى لاثتهامه، ففيه اشاره إلى لزوم الاعلام و لو حذرا من الاتهام و النقص ببيع الولى و حج الوصى و الوكيل على قسمه مال المحاويج إذا كان منهم لو قلنا به فما هو إلا لظهور اراده ايصال المال إلى المتصف بما وصف، كما لو وقف على وصف تحلّى به الواقف، و لكون المراد وقوع الحج فى الخارج و فراغ ذمه الموصى من الوصى أو غيره بأن نحو يكون فلا خصوصيه فى مثله لإرادته فعل الغير على أن تصرف الوصى بالولاية لا النيابة عن الموصى فهو كالأب و الجد يتصرف بحسب نظره و لا حجر عليه فيما يفعله مما يراه صلاحاً و لذا جاز له شراء مال الطفل لنفسه لكن المصنف ترد فيه كما سيجىء و جعله كالوكيل ثم الوكيل ان اتحد فلا كلام و ان تعدد فالعقد للسابق منهما و يبطل اللاحق إلا إذا كان و كيلاً أيضاً عن المشتري فى بيع ما يشتره له و لم يشترط فى صحه بيع الوكيل القصد من الموكل فيصح البيع عن الوكيل الآخر لعدم سبق عقد عليه و لو اخترنا بطلاً معاً اتحد المشتري بأن باع احدهما عليه و الآخر على و كيله كل بثمان غير ثمن الآخر من عين او نقد او زياده او نقصان او تعدد و سببه عدم المرجح لأحدهما دون الآخر مع تضادهما لاقتضاء كل عقد انعزال الآخر فيمتنع التأثير و ذهب بعضهم إلى التنصيف فى صورته الاقتران عملاً للسببين مهما امكن جمعاً بين الدليلين الحاكم على اصاله القرعه كما فى التداعى و تعارض البيئات، و إن ثبت الخيار من جهه التبعض لكل من المشتريين، و ضعفه جماعه من المتأخرين بالفرق بين المفروض و بين المتداعيين الذى يمكن استحقاقهما المال بالمنصفه جمعاً بين حقيهما لتساويهما فى

الدعوى و انتفاء المرجح منهما بمنزله الرباين الذى لا يفى المال إلَّا بأحدهما و أما ما نحن فيه فنسبه كل واحد من العقدين إلى مجموع البيع متساويه فلا يمكن فيها الصحه إذ لازمها اجتماع الضدين و لو جهل السبق و اللحق او علم سبق أحدهما لا على التعيين من الأصل لو طرء الاشتباه كان حكمهما حكم المقترنين و يحتمل لزوم اجازة أحدهما للموكل فراراً من المخالفه القطعيه فيما لو علم السبق و اشتبه السابق و احتمل أيضاً القرعه فى هذه الصوره او الحكم بصحه معلوم التاريخ او وجوب الانتظار مع امكان انكشاف الحال او الالتزام بالإقاله أو النسخ لمن له ذلك، و يجرى جميع الاحتمالات فى بيع الأب و الجد لو اقترنا أو جهل السابق بعد العلم به أو لا، و كذا بيع الأصيل و الوكيل، لكن احتمل شيخنا " رحمه الله " تقديم بيع الأصيل مع الاقتران إذا اختلف الثمن سيما مع اتحاد المشتري كما قدم الأصحاب فى باب

النكاح عقد الجسد على الأب لو اقترنا و عسى ان يأتى لهذه الأحكام بيان، و ممن له الولاية فى الجملة الوصى، فإن ولايته مشروطه على الصغير و المجنون و السفیه المتصل سفهه بالصغر بعدم

وجود الأب و الجد و ان كان وصياً عن احدهما، و لا يمضى تصرّفه إلّا بعد الوفاء فى جميع ما يوصى به من الثلث و وفاء الدين و اداء الحقوق و غير ذلك و لو اوصاه على ثلثه شارك الورثة لكن ليس له تمييزه إلّا إذا نصّ عليه الموصى و لا- ضرر على الوارث فى الأشهر و مثله ما لو أوصى بإخراج الحقوق التى عليه من اعيان مخصوصه من ماله، فليس للوارث معارضة الوصى و له الولاية على ذلك و ان رجع نمائها للوارث حتى قلنا بانتقالها إليه بعد الموت و له ان يوصى على ما اوصاه به مع الأذن بلا اشكال فى الحقوق و الأطفال ما عدا نكاح الصغير فى الأصح و مع عدمه و عدم المنع بالمشهور انقطاع ولايته بالموت، و الشيخ و من تبعه جوزه مطلقاً إلّا مع عدم الأذن صريحاً فى كل تصرف يملكه حياً لكون الاستنابه من التصرفات التى يملكها حياً و لأنه اقامه مقام نفسه فثبت له جميع ما يملكه الموصى و إلّا لمنع من التوكيل بحياته و لظهور مكاتبه الصغار عن رجل كان وصى رجل فمات و اوصى إلى رجل هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيته فكتب "ع": )

يلزم بحقه ان كان له قبله حق

، و ردها الأ-كثر بأن تصرّف غير الوصى موقوف على الاذن من الميت الذى لا يثبتها اطلاق الوصيه و عمومها لعدم شموله للمفروض من جهه ملحوظيه تصرّف الفرد الخاص للموصى لظهور اراده تصرّف و تصويبه شبه الوكيل الذى ليس له ان يوكل غيره و ان اطلق الموكل الوكاله و به يفرّق بين المقام و الشك فى بعض موارد العقد و المكاتبه اجمال الجواب فيها يسقط الظهور المدعى و ذهب بعض اصحابنا تبعاً للجمهور بأن وصى الوصى وصى فى الترتين مطلقاً و خصّه بعضهم بأن له الايصاء بما هو وصى عليه إلّا فى النكاح لكشف ذلك عن اذن الموصى له و النظر إلى الحاكم فى غيره و الأكثر منعوا من ذلك مطلقاً و هو المتجه لأصالة عدم الولاية إليه فى الأحكام و عدم صحه العقد و لزومه مع ردّ الصغير إذا بلغ و لا يفيد عموم الوفاء بالعقد مضافاً إلى مفهوم صحيحه بن مسلم و عمومها منطوقاً فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان قال "ع": )

إذا كان ابوهما الذى زوجها، فنعم

، فإن تفصيله قاطع للشركه مطلقاً و مثلها مفهوم صحيحى الحذاء و ابن بزيع، إلى هنا جفّ قلمه.

القول فى الخيارات قال الجانى على نفسه، الغافل عن رسمه العباس بن الشيخ حسن النجفى كاشف الغطاء، هذا كتاب الخيارات من (منهل الغمام فى شرح شرائع الاسلام) و هو المجلد الثانى من شرحنا وفقنا الله لإتمامه و جعله من صالح الأعمال، قال المصنف:

### الفصل الثالث: فى الخيار

#### إشاره

هو من الاختيار اسم مصدر بمعنى الخيره، لا المقابل للاكراه و اريد به هنا ملك فسخ العقد، و لامه للعهد لا مطلق العقد ليشمل العقود الجائزه و الفضولى و الرجعه فى الايقاعات، و مطلق البيع الذى لم يكن شرعيته على اللزوم كالمعاطاه و الاقاله و تسلط احد المتبايعين على الفسخ لو شرط فيه رضاء الآخر و فسخ العقد فيما زاد على الثلث للوارث و العمه و الخاله فى فسخ العقد على بنت الأخ و الأخت و الفسخ للزوجين بالعيوب و فسخ نكاح العبد إذا ملكته زوجته مما لا يسمى فيما اصطلح عليه المتأخرون خياراً، أو ان اطلق فى الأخبار فى بعض كلمات الاصحاب على السلطنه فى نقض بعض ما يسمى عقداً كالهبة و الفضولى.

و عرّفه شيخنا " رحمه الله " بملك اقرار العقد و ازالته مده معينه، و خدشه الاستاذ " رحمه الله " باستدارك ازالته إذ هى عين القدره على تركه لعدم تعلّق القدره بأحد الطرفين ان اريد ابقائه و ان اريد بالاقرار لزوم العقد فمرجه إلى ملك اسقاط الخيار الذى لا يؤخذ فى تعريفه مع ان المشتركين فى العقد إذا لزم من احدهما صدق فيه ملك اقرار العقد و الحال أنه باقٍ على عدم اللزوم انتهى.

و هو جيد لكن من المحتمل انه اخذ الواو بمعنى (أو) فإنه كذلك شائع و لا نقض بالمشترك إذ القدره بالنسبه إلى كل منهما حاصله مضافاً إلى انكار ان ملك اقرار العقد من ملازمات ملك زواله و بالعكس لأنه اعم من البقاء و الإبقاء،

#### و قبل ذكر اقسام الخيار يلزم ذكر أمور تتعلق به:

#### منها أنه لا اشكال فى ان مطلق الخيار من الحقوق

التي تنقل و تقابل بالعوض و تورث بخلاف غيرها مما ثبتت فيه السلطنه على امضاء العقد و ابقائه أو ابطاله فإنه ليس من قسم الخيار و لا الحقوق، بل هو من الاحكام الجعليه الشرعيه مثل التسلط على الفسخ فى العقود الجائزه و الرد و الاجازة فى الفضولى و ردّ الوصيه فى حياه الموصى و هكذا، كل حق لا يورث و لا يسقط بالاسقاط و منه الرجوع فى العده للزوج و غيره مما سننبه عليه.

## و منها أن ترتب آثار العقد من الأحكام الوضعيه الثابته من السببيه

فحيث يصد العقد من اهله و في محله تترتب آثاره عليه، فإذا كان لازماً حصلت السلطنه لكل من المتعاقدين على ما عاد لكل منهما به مع زوال سلطنه المالك قبل نقله لما نقله به بل عاد الثاني بمنزله الأول في

تسلطه على ما فى يده بسبب العقد فكونه له الخيار بعد فى امضائه و ردّه مخالف للأصل الموجب لخروجه عن ملكه إلى ملك الثانى لكن ذلك فرع لزوم العقد مطلقاً و هو أيضاً مخالف للأصل، إذ ليس عندنا ما يوجب ذلك بعد انقسام مطلق العقد إلى جائز و لازم و انقسام، اللازم أيضاً إلى ذلك فلا بد من تشخيص العقد اللازم من الجائز و بعد معرفه الأول يلزم أيضاً تعيين ان الاصل فيه الجواز أو اللزوم و لما كان البيع اول العقود و نقدم الكلام به ثم نعطف غيره عليه فنقول يظهر من كلمات اصحابنا أن الاصل فى البيع اللزوم كما فى ذكره، و هذا الأصل انما يحتاج إليه فى مقام الشك و هو أما بمعنى القاعده المستفاده من العمومات او بمعنى الراجح و الاستصحاب و هو استصحاب بقاء أثر العقد و عدم ارتفاعه بفسخ أحدهما.

أما الأول: فاستدل له بقوله تعالى [أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] فإنه يدل على وجوب الوفاء بالعقد مطلقاً الذى هو بمعنى العهد أو العقد العرفى الذى يطلق عليه لفظه و حرمة النقض لا- شك بأنها تلازم استمرار بقاء أثره و لا نغنى باللزوم إلا هذا فهو حكم وضعى مدلول عليه بحكم تكليفى من حيث مساواته له فإن نقض العقد يضاد وجوب الوفاء مطلقاً به حتى بعد فسخ أحد المتعاقدين إذ الفسخ لا- يرفع وجوب الوفاء و إلا لقيّد به و خيال أن العقد منه ما هو جائز قطعاً و الآيه لا تقضى إلا بوجوب العمل بمقتضاه ان جائزاً فجائزاً أو واجباً فواجب، فكيف يظهر منها اللزوم موهون بأن لزوم العقد و جوازه لا يشخص إلا بمشخص لأنه خارج عن مقتضاه و آثاره إذ ليس هو إلا انه سبب لنقل ما وقع عليه من فرد لآخر و الجواز و اللزوم فى افراده حكمان شرعيان فإذا انتفى التصريح بالعقد الواقع انه لازم للنقل لا مما يجوز نقضه توقف على البيان من الشارع لجوازه و لزومه، لكن الآيه صرحت بوجوب العمل بمقتضاه شرعاً فيتولد منه هذا حكم شرعى مساوٍ للزوم العقد لاحتياج وجوب الوفاء به إلى مزيل يزيله و حيث لا مزيل يبقى كما هو و هو معنى اللزوم فإن فسخه من غير تجويز الشارع لا أثر له جزماً و معه يحكم الدليل الاجتهادى الدال على وجوب الوفاء بنص الكتاب به و لمساواه وجوب الوفاء للزوم العقد توهم بعضهم بأن الآيه اقتضت حكماً تكليفاً و وضعياً و لم يدرى ان مفادها حكم واحد تكليفى يستلزم حكماً وضعياً كهو فى [أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] لأن الحليته معناها عدم المنع سائر التصرفات فى كل ما نقله عقد البيع فهى حكم شرعى و حليته عموم التصرفات تشمل ما كان بعد الفسخ من احد المتعاقدين بلا رضا الآخر فلا أثر للفسخ حينئذٍ، و كذا آيه التجاره عن تراضٍ فإن الفسخ لا يجعل ما بعده من التصرفات خارجاً عن موضوع التجاره عن تراضٍ، و الحل مرتّب عليها لكن عرض الشك فيما بعد الحل فإن الفسخ رافع فلا غنى عن الاستصحاب او وجوب الوفاء بالعقد حتى يكون الفسخ لغواً، فدلاله الآيتين الأخيرتين ليسا كدلاله الأولى من حيث عدم نفع الاطلاق فيهما و قد يستند أيضاً إلى الآيه الناطقه بحرمة أكل المال بالباطل بدون رخصه الشارع فأذنه فيما لولاه لكان الأكل باطلاً يكشف عن عدم البطلان مثل الأخذ بالشفعه و الخيار و عند الضروره و اكل الماره و غيرها و حينئذ بعد انتقال المال بالعقد الذى فائدته ذلك كيف سوغ الفسخ أكله و أخذه ممن ملكه إلا بدليل كما فى العقود الجائزه بالذات او بالعارض، فإنه يكشف عن ثبوت حق للفاسخ فى العين فالفسخ حيث لا دليل يقضى به و أخذ المال به أكل له بالباطل و قد قال " ص: " )

لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه

(، و قال: )

الناس مسلطون على اموالهم



، و معلوم أن التسلط بالفسخ بمجردة بلا احراز الرضا لا ينفى السلطنة و لا يحلل المال و لا يوجب طيب النفس و لو فرض كما ادعاه البعض ان الشرط مطلق الالتزام

و لا- يحتاج إلى الربط، و إن ظهر منه ذلك او كان أظهر أمكن الاستناد على أصاله اللزوم بالمؤمنين عند شروطهم لظهور ان الالتزام بمجرد العقد قد حصل ففسخه بباقي الشرط المزبور، لكن الاستاذ " رحمه الله " تردد أو رجح عدم عموم الشرط المطلق الالتزام بل هو التزام خاص و لعل ظهور كلمات اللغويين في معنى الشرط مما يرشد ترجيحه.

و في تقارير الوالد (طاب ثراه) ان اطاله اللزوم في البيع او مطلق العقد يقضى به ان البيع عندنا باقٍ على معناه اللغوي أو العرفي و لا تصرف للشرع فيه و مبناه على اللزوم عرفاً و شرعاً فإنهم بحدوثه يعاملون المالك الأول معاملة الأجنبي و لا خيار له بعد فيه و ان ما جعل فيه الخيار فهو حق خارج عن معناه اعتبره الشارع في بعض موارد فقد يكون لأحدهما اولهما و حكمه ان يسقط بالاسقاط و بغيره لا- أنه مأخوذ في معناه كالمهبة التي يجوز الرجوع فيها الذي لا تسقط بالاسقاط لجعل الشارع الرجوع للواهب حكماً شرعياً أصلاً و بالذات، و حينئذ مما لا رجوع فيه منها يحتاج إلى دليل إذ هي بنفسها تعند ذلك بحكم الشارع و لا كذلك البيع حتى بالنسبة إلى خيار المجلس الثابت عند انعقاد البيع إذ ليس البيع المشروع إلّا ما أفاد النقل العارى عمّا يبطله و خيار المجلس حق خارجي قارن وجوده وجود البيع في أول أزمته انعقاد قابل للانفكاك عنه بالاسقاط فلا- ينافي اعتباره كذلك لأصالة اللزوم في العقد، فالميزان بين العقد الذي يجوز الرجوع فيه و بين غيره، هو اتصاف المجوّز للرجوع بإمكانه اسقاطه و عدمه فعلى الأول يكون حقاً خالصاً عن مفهومه، و على الثاني لا، فما في المكاسب من قوله: نعم، لو كان اول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه لاحقاً مجعولاً قابلاً للسقوط كان منافياً لبنائه على اللزوم انتهى، مشكل من حيث ان خيال المجلس يحتمل الأمرين معاً و مجرد امكان الانفكاك لا يجعله حقاً خارجياً فعسى ان يكون اعتباره فيما فيه يفيد جواز الرجوع في بدأ انعقاده فينقلب العقد من اللزوم إلى الجواز و امكان سقوطه لا ينافي ذلك لكن لزومه بعد ان كان جائزاً يحتاج إلى الدليل فلا يحكم بانقطاع علاقه المالك عن العين بعد السقوط لا اقل من الشك و معه يجري الاستصحاب و إليه أوماً في الوافيه فيحكم هذا الاستصحاب على الاستصحاب المتقدم الموجب لا اللزوم و ردّه بأن هذه العلاقه المستصحبه ان كانت هي العلاقه الثابته في المجلس المجوّزه للرجوع فيقال بعد انقطاعها بعد المجلس كعدم انقطاع جواز الرجوع في الهبه بعد التصرف فهو مع انه لا- يجدى فيما لا خيار فيه في المجلس فلا يثمر مطلقاً، إن الواجب تحكيم وجوب الوفاء بالعقد عليه، و القول باللزوم للآيه لا- للاستصحاب بل لا ينكر تواتر النصوص كما يأتي بانقطاع الخيار مع الافتراق. نعم، لو انكر ظهورها و ضعفت سنداً او دلالة فللقول المذكور وجه.

و الحاصل الأخبار القاضيه بلزوم العقد تكفي في قطع الاستصحاب لعلاقه المالك قبل النقل او بعد ارتفاع الخيار بل و يكفي فيما لو شك في عقد جديد انه من قسم الجائز او الواجب إذا فرض التخصيص للزوم بما جاز منه بدليله لا للتنوع بالأصل و حينئذ إذا تردد الفرد بين عنواني العام أو المخصوص أدرج في العام حتى يثبت التخصيص، و به قال الآغا البهبهاني بنجاسه الدم المشكوك فيه بأنه مأكول اللحم ام لا- بناء على دخوله في العام لا- في عنوان التخصيص لكن التحقيق خلافه و حينئذ يكون المرجع عند الشك في لزوم ذلك العقد و جوازه إلى أصاله استصحاب عدم زوال الأثر بمجرد فسخ احد المتعاقدين و لازمه القول باللزوم، ما لم يكن هناك أصل موضوعي يترتب الجواز عليه كالشك في ان الواقع هبه او صدقه فإنه بضميمه أصاله عدم قصد القربة يترتب على العقد أثر الهبه الجائزه لا تعيين العقد حتى يقال بأنه مثبت فإذا شك في العقد الواقع بين كونه هبه او بيعاً و اريد تعيين احدهما بالأصل لا يمكن

ذلك و الحكم ان يرجع فى كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إليه، فلو شك فى العوض بالذمه حكم بالبراءه التى هى من آثار الهبه، و لو قطع بفساد العقد و شك فى الضمان مع فساد حكم بالضمان لعموم على اليد ان قلنا به، و أما لو حكمنا بالضمان لجهه ضمان العين او قلنا بأن الهبه لما خرجت عن عموم اليد اورثت التنوع فيكون الشك فى دخوله بأيهما و حينئذ تجرى اصاله البراءه فينبغى التفكر فى مجارى الأصول.

### و منها ان الفاضل صرح فى تذكره الفقهاء و القواعد بأن الأصل فى البيع اللزوم،

قال: و لا- يخرج من هذا الأصل إلّا بأمرين ثبوت الخيار و ظهور العيب، و ظاهره ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار مع انه من اسباب الخيار بل عطفه عليه يوجب المباينه لا- الأعم لو وجّه بعطف الخاص على العام و وجهه بعضهم بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار لأنه يوجب استرداد بعض الثمن فالعقد بالنسبه إلا الأرش متزلزل قابل للإبقاءه فى ملك البائع و اخراجه عنه يكفى فى التزلزل ان البائع يرجع جزء من العوض و يخرج عن ملكه مع ان العقد وقع على مجموع العوضين من حيث المجموع إلّا انه على هذا يكون الأرش جزء حقيقياً من الثمن لا انه غرامه فإن الاخير لا يوجب التزلزل فيلزم معرفه الخيار، و النظر فى احكامه و اقسامه و يحصل ذلك بذكر تفصيلها، و هى كثيره ذكر المصنف منا خمس و غيره سبعة و ظاهر من حذف الباقي انه لدخولها فى الحكم فلا موجب لأن يكون لها عنوان مستقل.

### [اقسام الخيار]

#### الأول: خيار المجلس بمعنى الموضع،

و هو الحيز الذى يضم المتبادره بحيث يصدق اجتماعهما به فمتى خلا منهما بعد صدور العقد سقط الخيار المذكور و ثبوته بيننا غير محتاج إلى دليل فى كل اقسام البيع و انواع المبيع و المستثنى معدود فلا يجب البيع إلّا بعد سقوطه بمسقطه، و المحكى عن الأمير "ع": )

إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب

، و هو كغيره مما يوافق الجمهور مطّرح أو مؤول، و عليه فإذا حصل الايجاب و القبول انعقد البيع و تمّ، و لكن لكل من المتبايعين مطلقاً او المالكين فقط خيار الفسخ ما داما فى المجلس، و إن تعقّب اجتماعهما فى محل العقد عنه او انتقالا مجتمعين إلى محل آخر فلا- يسقط إلّا بتفرقهما عنه، و يختص الثانى بخياره ان دام فيه حتى يأمر غيره كل ذلك مما لا شبهه فيه و لا يحتاج إلى اقامه البرهان عليه غير انهم اختلفوا فى مواضع:

أولها: فى ثبوته للفضولين و الأشهر نفيه لها لفحوى عدمه للوكيلين كما سيجى ء، و علله شيخنا بكونهما غير بائعين على ما هو التحقيق من انه النقل سواء قلنا بأن الاجاره كاشفه او ناقله فلا خيار لهما فى عقده انتهى.

و فيه أن البيع كما اعترف به " رحمه الله " هو البيع العرفي و لا- ينكر وجوده إلا ان ينزل كلامه بأنه النقل المؤثر للملك شرعاً و عرفاً المنتفى قبل لحوق الاجازة في الفضولي و يندفع ايضاً بالنقض بالسلم و الصرف قبل القبض لعدم حصول الملك الآيه، انه لا- يتم بناءً على توقف الملك على انقضاء الخيار. نعم، يحتمل ثبوته للفضولين بعد لحوق الاجازة لهما مجتمعين او للمالكين بعدها الشرط المزبور على القول بالنقل الذي يجعلها كالعقد المستقل و لو اجتمع المجيز مع المنشئ في مجلس و اجاز فكالفضولين في لحوق الاجازة من المالكين و لو تباع الغاصبان ايضاً كذلك و ان تفاسخا، فإن العقد لم يمنع من لحوق الاجازة إلا إذا ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر فلا لعدم حصول صورته المعاقده في الخارج و الأرجح في النظر عدم ثبوت الخيار المرقوم للمجيزين إذ الاجازة التزم بالعقد لا عقد جديد كما لا يخفى.

ثانيها: في ثبوته للوكيلين مطلقاً و عدمه و فيه مطالب:

الأول: ان ظاهر الخبر كما فى القول ان الخيار لمطلق من تلبس بالصيغه او حصل النقل منه او اوجد سبب الانتقال و فى الرياض ثبوته للمتبايعين سواء كان العقد لهما او لغيرهما او على التفريق بالإجماع القطعى المستفيض .. الخ، و ظهرهما ان الخيار من توابع اجراء الصيغه و لا- دخل له بالموكل و اذنه لصدق البيعين على الموجب و القابل بل هو لهما حتى مع منع الموكل قبل عزلهما عن الوكاله و الخيار باقٍ و ذهب جماعه منهم المحقق و الشهيد الثانى إلى عدم ثبوت للوكيل على اجراء صيغه البيع لتبادر غيره من الخبر المحقق خروجه عنه و ان شمل بعض افراد الوكيل، و وجهه الاستاذ بأن مفاد أدله الخيار ان للبائع حق و سلطنه فيما انتقل عنه و كذا للمشتري، لكن هذا الحق و السلطنه حيث يكون كل من الموجب و القابل متسلط على ما انتقل إليه بعنوان الملكيه لا- مطلق، فلا- يثبت بأدله الخيار هذا التسلُّط بل يكون مفروغاً منه قبلها و لذا يجب عتق من ينعق على المشتري بمجرد شرائه، فلو شك المشتري فى كون المبيع ممن ينعق عليه لقربه او يجب صرفه لنفقتة او اعتاقه لنذر قبل صدور البيع فلا يمكن الحكم بعدم وجوب عتقه إذا تردد بينه و بين ما يوجب الخيار غيره لأدله الخيار من حيث اثباتها للخيار و المستلزم لردّه على البائع فلا يجب عليه عتقه إذ الخيار لا يثبت إلّا بعد سلطنته عليه، و معلوم ان الوكيل ليست له هذه السلطنه فلم يثبت له الخيار و ان هو المباشر لا- اجراء الصيغه مؤيداً ذلك بأن حكمه الخيار تبعيد ثبوته للوكيل على اجراء الصيغه و ان القول به فى سائر الخيارات لا- ينبغى من الفقيه لعدم تناول أدلتها لموقع الصيغه و اقتران هذا الخيار بخيار الحيوان كاشف عن اتحاد المراد بالمتبايعين فى بعض النصوص و التعدى إلى ثبوت خيار الحيوان لمطلق موقع الصيغه بعيد كل البعد، و إن لم يكن المقام من باب تعارض المطلوب و المقيد لتمايزهما نوعاً بل هو لاتحاد المراد فقوله الخيار للمشتري كقوله "ع": )

البيعان بالخيار فى عدم شموله لغير المالك

(، و ظاهر الاستاذ " رحمه الله " اختياره و هو وجه حسن لكن شمول الخبر لمجرى الصيغه لا يكاد ينكر و الانسياق إلى الذهن فى خصوص المالك لعلّه من الدنس لا انه مخرج له عن العموم مع اعترافه بدخول بعض افراد الوكيل به فلا تطرّد العله و للزومه سقوط خيار المجلس لو باع الوكيلان مع عدم حضور الموكلين، بل و مع حضورهما لارتفاعه عن الوكيلين لما تقدّم و لعدم ثبوته للموكلين حيث لم يصدر البيع منهما و هو مناف لعموم ثبوته فى كل مبيع غير ما دلّ الدليل على خروجه إلى بدل او مطلقه، و لا يكفى فى ثبوت الخيار شيوع نسبه الفعل إليهما و شراء من ينعق المحتمل كونه مملوكاً لغير البائع او المشكوك فى تعلق وجوب العتق به او صرفه فى نفقه لا- يوجب عدم الخيار للمجلس فيه و ان لم يشك فيه غايته انه مسقط له لا ان الخيار لم يتعلق فيه فليلاحظ دليل سقوطه كما سيأتى، و حكم شيخنا بإنصافه بعدم ثبوته للوكيلين أصاله و رأى ان الخبر انما هو فى البيعين و هما لمالكان و إن كان العاقد غيرهما حضرا معهما ام لم يحضرا و الضمير راجع إليهما لأن الخيار لمن انتقل المال اليه و عموم ادله الوكاله لا تقتضى ان كل ما للموكل للوكيل خصوصاً فيما هو قابل للتوكيل عليه بخصوصه و هو متين، لكن قد يمنع ظهور الخبر فى ذلك و على فرضه يقتضى أن يخصّ الخيار بالمالك الموقع للصيغه دون من لم يوقعها إذ هو غير بائع البتة فينتج أن التوكيل مطلق من مسقطات هذا الخيار لعدم ثبوته للأصيل لجهه انه لم يبيع للوكيل لانصراف الخبر لغيره و لا اظن ان يلتزم.

الثانى: إن الظاهر من النص و الفتوى ثبوت هذا الخيار للأولياء إلّا إذا ارتفعت الولاية فى مجلس العقد و لا فرق بين الأب و الجد و غيرهما من الأولياء فى الحكم، و أما الوكيل إذا كان و كلاً فى التصرف كالعامل فى القراض بحيث يشمل فسخ العقد فالمعتمد



لعموم النص، و دعوى تبادل الماليتين عنه ممنوعه كما ذكر الاستاذ " رحمه الله " خلافاً للجواهر انما الاشكال فى ثبوته للموكلين أيضاً لو حضرا بحيث يكون الخيار فى عقد واحد لمتعدد من طرف واحد او من طرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد إلى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين مطلقاً و لو اجازوا او العكس إذ ليس هو من باب تقديم الفاسخ على المجيز احتمال الثبوت جماعه بتقرير ان المستفاد من ادله سائر الخيارات او خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار الذى هو من خواص المشتري دون و كيله كون الخيار حقاً لصاحب المال و ارفاقاً به، و ان ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه و هو كما ترى بعد جعله لغيره و انه ليس مما لا يصح التوكيل به و ظهور مدخلية المباشر للعقد فيه فلا يثبت لغيره. نعم، لو فسخ او اسقط قبل الوكيل ربما يقال باستفاده عزله عن ذلك و معه يخرج عن مفروض المسأله.

الثالث: لو قلنا بثبوته للموكلين فهل العبره بتفرقهما او تفرق الوكيلين دونهما او تفرق المجموع الصادق بتفرق و كيل و اصيل فلا خيار و ان بقى منهما و كيل و اصيل و هل يكفى تفرقهما عن مجلسهما إذا لم يكن مجلس العقد ام السقوط مقرون بالتفرق عن مجلس العقد كل محتمل، و استقوى الاستاذ الأخير و هو متين إذا كان الباقي مع الاصيل و كيل الآخر الماضى، و منه يعلم انه لو كان و كيلاً على تصرف خاص كنفس المعاوضه فإن خصصنا الخيار بالعقد فلا كلام و ان حكمنا بانصراف الاطلاق إلى غير هذا أيضاً لا-اشكال، و أما لو منعنا ذلك فالظاهر عدم كون الخيار للوكيلين لأن اطلاق ادله الخيار مسوق لإفاده سلطنه كل من المتعاقدين على ما نقل اليه من صاحبه بعد الفراغ من تمكنه من ردّ ما أنتقل اليه فلو شك فى هذا التمكن لم ينهض تلك الأدله لإثباته و لا تقتضى سلطنه الوكيل على ما ملكه الموكل بالفسخ و الرد فيما انتقل إليه، و فى ثبوته للموكلين ما سبق.

الرابع: ليس للموكل إذا كان الخيار له ارجاع الأمر إلى الوكيل بحيث يكون ذا حق خيارى إذا كان العقد منه او مطلقاً إذ الخيار خلاف الأصل و المتيقن من دليله ثبوت الخيار للعقد عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله فى الفسخ و الالتزام أو مطلق التصرف الشامل لهما و هذا بخلاف نقل حق الخيار اليه بحيث يكون بالتفويض صاحب حق خيارى.

ثالثها: نفى غير واحد تعلق هذا الخيار فى بعض أفراد المبيع مقل بيع من ينعق على المشتري و شراء العبد المسلم من الكافر و شراء لنفسه من مولاه، أما الأول و هو بيع من ينعق على أحد المتبايعين و ان احتمال شمول ثبوته للبائع دون المشتري، لكن المشهور خلافه كما فى لكّ عند من لا يرى توقف الملك على انقضاء الخيار و إلا فلا معنى لسقوطه غير ان سقوطه من نفس العين لا اشكال فيه للمتقل إليه و المتقل عنه.

أما الأول: فلأن تملكه موجب لانعتاقه و صيرورته حراً فعوده إلى الرق بالفسخ يحتاج إلى دليل و الفسخ بالخيار من دينه لا من اصله.

و أما الثانى: فلأن بيعه ممن ينعق عليه اقدام لإتلافه و اخراجه عن المالىه، و توقف فى الحدائق فى نفيه عنهما مدعياً تعارض ما دلّ على العتق و ما قضى بالخيار تعارض العموم من وجه و لا مرجح و جمع غيره بينهما يفرض أن المنعق كالتالف، و حينئذ على المشتري ان يدفع قيمه للبائع و يسترد الثمن زاد أم نقص، و التحقيق ان الملك التقديرى ان كان يحصل معه العتق يفرض حصوله قبل تحقق الخيار فلا ريب فى سقوط خيار المشتري لأنه المسبب للتلف و اخراج المبيع عن المالىه و الخيار يسقط بأدنى

تصرّف فضلاً عن هذا و مثله البائع لا- بيعه ممن ينعق عليه اقدام على اتلافه لكن ذلك حيث يعلم او يعلم احدهما فيختص  
السقوط



بالعالم و ان قلنا بتقدم ثبوت الخيار و حصوله بمجرد العقد، كما هو الظاهر من جماعه بل كل من اطلق ثبوته فى مطلق اقسام البيع من دون استثناء لا- اقل من حصولهما دفعه من دون سبق لأحدهما على الآخر فالأ-كثر على تحكيم ادله العتق و للتوقف مجال، و حيث يبنى التحكيم فالمعامله مع العلم من المتبايعين مواطاه على اخراجه من المالىه و سلكه فيما لا- يتموّل فيسقط خيارهما معاً و على الثانى إذ يحصل العتق حيث لا ينفى الخيار و عود الحر للرقيه حيث يقضى به الدليل لا مانع منه كما لا ينعقد العبد الموقوف إذا كان الموقوف عليه ممن ينعقد عليه هذا فى العين.

و أما الخيار فى قيمه فى صوره الجهل و تغليب العتق فله وجه لأن الفسخ من البائع لا- يقتضى اكثر من ردّ العين ان كانت موجوده او بدلها مع التلف أو ما كان بحكمه و أما المشتري لو فسخ حيث لا يمكنه ردّ العين بدفع قيمه للبائع و هو برد الثمن إليه لكن هذا مبنى على ان لا- نعتبر فى الفسخ بالخيار او الاقاله خروج الملك عن ملك المشتري إلى ملك البائع لأن خروج احد العوضين يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديراً فإن اعتبار ذلك ينفى الخيار فى المقام حتى لو قلنا بثبوت الخيار بمجرد العقد و الانعتاق بعد الملك متصلًا به فإنه لا يمكن ان يدخل فى ملك البائع بتقدير الملك ثم ينعقد على المشتري، فإن هذه الملكيه التقديرية لا- يترتب عليها سوى الانعتاق و لا يمكن ان يدخل فى ملك البائع بمثل هذه الملكيه الملجأ إليها من جهه لزوم العتق فيفرض ذلك، و ليس هو كالباع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع بخلاف إذا لم تعتبر يلغى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه له منه بل يكتفى ان تكون العين مضمونه بعد التلف بقيمتها للفاسخ كما كانت مضمونه قبل الفسخ بشمونها و لذلك حكموا بأن المفسوخ عليه إذا نقل العين قبل الفسخ بعقد لازم ثم فسخ من له الخيار و وجدها كذلك غرم المنسوخ عليه قيمه للناسخ لعدم امكان عود الملك إلى الفاسخ فينزل الانتقال منزله التلف و مثله ما لو باع بشرط العتق ثم ظهر معيباً على المشتري بما يلزم منه العتق كأن يكون ممن ينعقد عليه او على البائع، فأنهم حموا بالرجوع إلى قيمه فى مثله و حينئذٍ فالأوفق تبعاً للأستاذ الرجوع إلى قيمه لشمول عمومات الخيار لمثله إلا إذا اقدم المتبايعان مع علمهما بخروجه عن المالىه بنفس البيع لأنه ينزل منزله تفويت نفس الخيار و سقوطه بالاختيار كما ذكروا بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع و هذا منه، فإن الانعتاق كالاتلاف له من حيث المالىه فيسقط الخيار الذى هو أهون من رفعه ان لم يرجع ذلك إلى الاستحسان الثانى شراء العبد المسلم من المحكوم بكفره و منه المرتد و الناصبى فقد قيل انه لا- خيار بينهما لا- فى العين و لا- قيمه، و عن الشهيد أنه يباع و لا يثبت فيه خيار المجلس و لا الشرط و سببه ان فسخ البائع يتوقف على عدد المبيع إليه الممنوع و كذا المشتري بالنسبه إلى العين و كذا العين و كذا فسخ المشتري، و أما قيمه فلتوقف ثبوتها على تملك العين و لو تقديراً سواء فسخ البائع أو المشتري و الكافر لا يملك فلا تضمن العين له بقيمته و يظهر من بعضهم اختصاص نفى الخيار بالكافر فقط دون المسلم فله استيفاء الثمن و ان لم يملك العين، و منعه الأستاذ " رحمه الله " بأن المحقق للخيار للبيع من الطرفين إذ لا معنى له إذا كان من طرف واحد و لا يصدق عليه انه بيع و هو كذلك حيث يظهر ممن ينفى خيار الكافر لكونه غير بيع بصوره البيع، و ليس كذلك فإن النافى يرى انه مع علمه هو الذى أسقط حق خياره لعلمه بعدم تمكنه من رجوعه مع الجهل يأتى فيه ما مضى من تسلطه على قيمه حيث يتمتع ردّ العين و ليس ذلك سبباً، و الظاهر كما اعترف به جماعه ثبوت الخيار فى الفرض المزبور فى قيمه دون العين فإن فسخ البائع تسلط المشتري على الثمن و ليس للكافر إلا

القيمة عليه مع عدم فسخه و ان ملك العبد تقديراً أو أنه يسترد العين لكن مع اجباره على بيع ليس من السبيل و إن فسخ المشتري فكذلك.

الثالث: شراء العبد نفسه فلا يتعلق به خيار لعدم قدره على رد العين لا أنه تعلق به و سقط بالتلف فيرد بأن التلف لا يسقط الخيار كما هو ظاهر شيخنا " رحمه الله " و مثله لو شري جمرأ في الحر فكان الشرط في ثبوت الخيار اعتبار قابليه العين للبقاء و مع تحقق العدم لا يثبت فيها الخيار فعدم سقوط الخيار بالتلف حيث يكون ثابتاً قبله لا مطلقاً.

الرابع: بيع العبد على نفسه إذا كان لذمي و أسلم.

الخامس: البيع الواجب على البائع كالبيع على المضطر في المخلصه و بيع المحتكر بعد أمر الحاكم و تسعيره.

السادس: شراء العبد ليرث و الحكم فيها ما سبق.

رابعها: يختص هذا الخيار بالبيع دون سائر العقود و إن كانت جائزه كما هو المشهور لكن عن الشيخ عدم المانع من دخول خيار المجلس و الشرط في الوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله و نحوه عن القاضي و قال " ص " في تذكره الفقهاء أنه لا معنى للخيار فيها إذ لا يزيد على ان تكون جائزه و هي كذلك و حمله في الدروس على عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، و خص جملة الاستاذ بالقائل لا- الموجب إذ لا- معنى لتوقف تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود جواز التصرف بها الغير المالك الممنوع عنه قبلها فهو الذي يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ أثر البيع متوقفاً عليه و لازم ذلك أن الخيار يمنع من التصرف مطلقاً و فائدته فائده العين المرهونه و هو ممنوع. و حمل الاستاذ " رحمه الله " كلامه ان مراده من دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد لازم كالبيع فتنفسخ بفسخه في المجلس و هو قريب إلى الذهن ان قيل بالفسخ و لو ادعى ان الالتزام بالشرط بحاله و ان حصل الفسخ ففسخ البيع لا يلزم فسخ الشرط ليس للحمل المذكور وجه، ثم ان هذا الخيار لا يخرج عن كونه خياراً في عقد البيع و ان تبعه انفساخ ما دخل فيه من العقود تبعاً فلا يلزم من خياره الخيار فيها او في بعضها و يحتمل ان الخيار ان امر الخيار فيها او في بعضها هو ان الفسخ كالعزل لكن يفارقه بأن الثاني لا يثمر قبل بلوغ الخبر للوكيل بخلاف الأول فالتصرف المتخلل بين الفسخ و بلوغ الخبر لا يمضي في الفسخ على الموكل و يمضي في العزل و هو جيد لو لا عدم اطراده فيما ذكر من العقود و ان احتمل فاتضح ثبوت هذا الخيار في المجلس للعاقدين و حينئذ لو ضرب بينهما حائل لا يصدق الافتراق به او غيره تمنع رأيه احدهما صاحبه او نهر لا يتخطى لم يبطل الخيار مطلقاً مضافاً إلى اصاله عدم البطلان بكل ما شك في حصول التفرق به فضلاً عن غيره، و كذا لو اكرها على التفرق الصادق بإكراه احدهما في وجه و يحتمل اعتبار المغبه فيه و خلاصه القول فيها، أما الثاني فالمشهور و المعروف بينهم ان اكرههما عليه لا يبطل الخيار و الأصل فيه الصحاح كصحيحه الفضيل البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على ان الشرط في السقوط الافتراق بعد الرضا منهما و هو محتمل لأن يكون الرضا قيد للافتراق أى حتى يرضيا بالافتراق لا ان يرضيا بالعقد حينه و يحتمل انه الرضا بالعقد المتصل بالتفريق بحيث يكون التفرق عند لعدم اعتباره بعد صدور العقد في زمان غيره او هو اشاره إلى ان التفرق مسقطاً لكشفه نوعاً عن رضاها بالعقد و اعراضهما عن الفسخ، و على الأول فمتى اكرها على التفرق من غير التزام

صريح بالعقد سواء رضياً به قلباً او امكنهما ذلك مع الاكراه او قبله لم يسقط خيارهما لأصاله بقاء الخيار المقترن بالتفرق، و على الثاني لا بد من تقييده مما لو

اكرها و لم يتمكننا من التخاذير، كما مثلوا لذلك بسد افواهما او هداا عليه و تظهر الثمره فيما لو اكرها على التفرق مع امكان التخاذير و لم يصدر منهما، لكن شيخنا " رحمه الله " يرى تبادل الاختيار من الفعل المستند إلى الفاعل المختار الذى ينافيه الاكراه مع التمكن من امضاء العقد و فسخه و به ردّ على الروضه و حكم بمساواه التمكن للسكوت لو اكرها على الافتراق فينزل التمكن معه منزله المعدوم لا ان المراد به سلب الاختيار، و أيده الاستاذ " رحمه الله " بحديث رفع ما استكرهوا عليه بناء على عموم الرفع للحكم الوضعى المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف لكنه منع من عدم سقوط الخيار بمطلق التفرق، و لم يستثنى منه إلاّ صورته منع التخاذير مطلقاً بالإكراه مطلقاً مع الافتراق متى تحقق الاسم و ان لم يسلب الاختيار، و ادعى انه المعروف بين الأصحاب و منع التبادر المزبور و خصّه بالاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل بل هو صورته فعل قائمه بجسم المضطر مع ان التفرق الحاصل به لا يمنع مع التمكن فكيف بما لا يسلب الاختيار من الاكراه، ثمّ أيد ما ذهب إليه بعبارة المبسوط و مع الصادق فإنهما عللاً- سقوط الخيار مع الاكراه على التفرق بأنه لو ترك مع التمكن من التخاذير فافتراقا مكرهين او غير مكرهين كان ذلك دليل الرضا، حتى قال و الحاصل ان فتوى الاصحاب ان التفرق عن الاكراه عليه و على ترك التخاذير غير مسقط للخيار و انه لو حصل احدهما باختياره سقط خياره انتهى. و حينئذٍ فالتفرق الاختيارى ليس بعلة تامه للسقوط و لا غير الاختيارى لعدمه ليستدل عليه بحديث الرفع، ثمّ استدل بالصحيحه على الوجه الثانى و هو ان تمّ على ذلك اجماع فلا كلام و إن منع او ادعى ان سند الشهره بينهم او الإجماع هو الصحيحه فقد عرفت الاحتمالين فيها ان لم يكن مدار اللزوم و الخيار على الاكراه فى التفرق و عدمه حيث لا يصرح بالالتزام بالعقد او عدمه أجلى فى النظر و يساعد عليه الكثير من كلماتهم.

و أما الأول و هو اكراه أحدهما دون الآخر فيعرف مما قبله، و لكن الاستاذ " رحمه الله " اطب فيه للتشريح و إلاّ لا حاجه إليه و خلاصته تبعاً ان الأصل يقتضى ثبوت الخيارين ما لم تحصل الغايه و هى تفرقهما على الاحتمالين السابقين من انضمام الاكراه على التخاذير و عدمه، فإن تحققت الغايه سقطا و إلاّ ثبتا و إذا تراضيا فى الصحيحه يدل على ذلك و ينتج إن رضاء الواحد لا يسقط خياره فضلاً عن خيار صاحبه و ليس لهذا الأصل رافع إلاّ صدق التفرق و ان حصل من جانب واحد و منع تبادل كونه عن رضائهما معاً بل يكفى فيه رضاء الواحد مع انه يعارض ظاهر الصحيحه القاضى برضاء الطرفين و هى صحيحه بن مسلم عن الباقر " ع " بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثمّ رجعت إلى مجلس لبحث البيع حين افترقنا، فجعل مجرد مشيه سبباً لصدق الافتراق المجعول غايه للخيار الذى يحصل به العله الغايه و هى وجوب البيع من دون اعتبار رضاء الآخر او شعوره بمشى الامام " ع " و لا- انصراف فيها إلى ترك مصاحبه الامام " ع " فى التفرق اختياراً و لا بالالتزام بالبيع، و نوقش فيها مع انها حكايه فعل لا اطلاق و لم يعلم حاله انها أعم من الصحيحه فيجب حملها عليها، و لكن الاستاذ بعد اعترافه بأخصييتها قال: إلاّ ان ظهور الروايه فى عدم مدخليه شىء آخر زائد على مفارقه احدهما صاحبه انتهى. مما يهون الحمل المزبور و أيد ذلك بالالتزام مقتضاه فى موت احدهما و مفارقه الآخر اختيار لتحقق الغايه، و كذا فى نوم احدهما او غفلته مع ان القائل به جماعه و هو ظاهر المتن و لا بأس به كما لا بأس بمنع التبعض بأن يسقط خيار الراضى و يبقى الثانى لأن الغايه ان حصلت سقط الخيار و إلاّ بقيا للتلازم فى السقوط و عدم التفكيك بين الخيارين المتحددين فى الغايه و ان ظهر من الشيخ و القاضى سقوطه فى حق المختار خاصه

نظر إلى ان الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غايه لسقوط خيار كل منهما فاختيار احدهما مسقط لخياره دون خيار صاحبه بعد اشتراكهما فيه لكنه مخالف لظاهر النص، في صحيح بن مسلم الأخير فالأظهر حينئذٍ سقوط الخيار لتحقيق الغايه و لا فرق بين ان يكون المكروه هو المفارق او الباقي و ان طفحت عبائرهم بذكر الأول و البحث فيه إلّا ان المال واحد و مع عدم زواله بالافتراق الاضطرارى و لو من حيث الاكراه، فمقتضى القاعده بقاءه حتى يحصل المزيل له و قبل بامتداده بمقدار الزمن الذى اكرها أو أحدهما فيه لفرضه كالمعدوم فكأنهما مجتمعان فى مجلس العقد او لأن الخيار كان لهما زمن الاكراه و متى ارتفع يلزم تلافى ذلك الماضى بمقداره و حتى انقضى فإن بقى الافتراق سقط الخيار و الأمالى أن يحصل المسقط جمعاً بين نفي الضرر القاضى بعدم سقوط زمن الاكراه و بين سقوطه بالتفريق عند ذهاب زمانه و عدمه بالاجتماع بعد الافتراق لكنه مبنى على جعل مجلس الزوال بمنزله مجلس العقد و النص لا يفى به و ان كان الباقي هو الخيار، و لو قيل ان الخيار المجلسى لا يبقى حكمه وحده بل لا بد له من مجلس و لا- يزيد على مجلس الاكراه فهو و ان احتمل إلّا ان الدليل لا يساعد عليه و لا يفيد نصّه الملازمه و هل الخيار فورى بعد زوال الاكراه او لا حتى يحصل المزيل يرجح الأول سكوت النصّ عن الغايه فى مثله لكونه المتيقن.

و يحتمل الثانى الاستصحاب بقاءه و كل خيار لم يظهر ماله من الأدله يجرى فيه الوجهان، و يسقط باشتراط سقوطه لا اشتراط اسقاطه الذى يدخل فيه شرط السقوط به الذى هو أحد الأربعة فيجامع مع سقوطه بالشرط و غيره من المسقطات و استدل على الحكم بإجماع الغنيه و المؤمنون او المسلمون عند شروطهم و عموم لزوم الوفاء بالعقود الذى يجعل المشروط كالجزم من العقد فيستفاد من مجموعها أصاله اللزوم فى الشروط مطلقاً إلّا ما خرج، و شيخنا " رحمه الله " بعد ان استند إلى ذلك جزم بترجيح هذه الأدله على ادله الخيار مع وجوه، و إن كان التعارض من وجه فإن أدله الشروط تقضى بلزوم الشرط مطلقاً و ما قضى بالخيار يقضى به أيضاً مطلقاً و لو مع الشرط، و الاستاذ " رحمه الله " حصر المرجح بالدلاله و السند او موافقه عمل الاصحاب و نفي الأولين بالمساواه ان لم تكن أدله الخيار أقوى و الثالث بمعلوميه المستند لعلمهم و انحصاره فى عموم أدله الشروط، فلا يصلح لأن يكون مرجحاً مع ان أدله الخيار أخص مطلعاً من عموم الوفاء بالعقد فيخص به، ثم جزم بحكومه أدله الشروط لا لذلك بل لأن المعارضه فرع المزاحمه المفقود فى المقام فإن غايه مفاد أدله الخيار انه حكم شرعى فى العقد فهو كسائر الأحكام الشرعيه التى يزيلها الشرط و لا يحصل بها التعارض فإن وجوب الوفاء به يسقط كل حكم ورد عليه فكيف يعارض أدله تلك الأحكام و ليس الشرط بالنسبه إلى أدله الخيار إلّا كالشرط بالنسبه إلى أدله الوقف و الوكاله و الهبه و المضاربه و غيرها مما يقتضيه اطلاقها لو لا الشرط بل هى من قبيل ما ألزم الوفاء بالندر و العهد من الأدله التى لا يعارضها أدله احكام الأفعال المنذوره لو لا النذر، إذ الفعل المنذور قبل نذره لا يخل عن حكم، فإذا ازاله النذر زال مستشهداً باستشهاد الإمام " ع " بهذا العموم على مخالفه بعض الاحكام الأصلية كصحيحه مالك بن عطيه و غيرها من نفي خيار المرأه الثابت بالشرط و هى و ان حملت على خلاف الظاهر لكنها تشهد بالمراد.

أقول ما ذكر فى غايه الجوده و غير أن المعارضه المذكوره لعلها من جهه ان أدله الخيار تقتضى ثبوته فى أصل العقد فيكون ذلك من مقتضاه كأدله الايجاب و القبول فإن اشتراط عدم اخذهما يعارض اعتبارهما، و حينئذٍ لا بد من الرجوع إلى المرجحات ثم كثره الخارج من عموم لزوم الوفاء بالشرط مما يوهن حكومتها على أدله الخيار، و دعوى ان المقتضى للخيار

العقد بشرط لا طبيعه العقد مما تحتاج إلى الدليل حيث ينكر ان لم يكن قوله "ع": ( )

### البيعان بالخيار

( انتهى، له ظهور في العله التامه الذى تقتضى عدم وجود العقد بدون الخيار فكيف يدعى ان التبادر من اطلاقه صورته الخلو عن شرط السقوط، و أغرب من ذلك مقاله الاستاذ " رحمه الله " ان مقتضى الجمع بينه و بين ادله الشرط كون العقد مقتضياً لإتمام العله ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً انتهى. فإنه منافٍ لقوله بعدم التعارض آنفاً و كون الخيار حق مالى قابل للإسقاط و الإرث لا يرفع ثبوته فى ماهيه العقد غايته ان لصاحبه اسقاطه و ليس قاعده شرعيه ان كل ما يجوز اسقاطه يصح اشتراط سقوطه و يلزم. نعم، يصح اشتراط ما لا يقتضيه بعده لصحته بلا شرط و من حق الشفعيه فإنه يسقط بالإسقاط بعد العقد و لا يسقط بالشرط، و هذا هو الميزان بين الشرط المنافى للعقد و عدمه. نعم، ينافى ذلك إذا اشترط سقوطه فى غير العقد المشترط فيه فإنه يسقط بنفس الشرط فى العقد الآخر ان لم يرجع ذلك إلى الاسقاط قبل العقد كإسقاط حق الحضور فى المرافعه من المدعى عليه قبل المرافعه التى توجب حضوره و هو مؤثر فى المقام، و لولاه لكان سقوطه بالشرط اسقاطاً لما لم يجب لأن الخيار يحدث بعد تمام العقد فكيف يسقط قبل حدوثه، و لا ينفع فى ردّه ان العقد العارى عن الشرط متأهل و مقتضى للخيار و الشرط رافع لاقتضائه و مبطل له لا- أنه مانع و مزاحم له فيكون حاكماً عليه فالمقتضى هو الخالى من الشرط و غير العارى لا اقتضاء فيه ليكون الشرط مانعاً فيستكشف فيه عدم الاقتضاء لإهماله فيه من هذه الجهه، فإن ذلك مما ينافيه تصريحهم فيه بالسقوط لأنه إذا لم يثبت كيف يسقط إذ السقوط فرع الثبوت بل لا مانع من أن يكون الشرط كاشفاً عن الاسقاط المسبب للسقوط بعد العقد و نظائره كثيره فى الشرع كوجوب المقدمه قبل وجوب الناشئ و جوبها من وجوب ذا المقدمه فى بعض المقامات ثم على القول به فصريح من حكم بالسقوط اشترط ان يكون ذلك فى متن العقد لا قبله لعدم صدق الشرط عليه كى يحب الوفاء به و فى قول الدروس انه الالتزام و الالتزام فى البيع فلا يلتفت إلى المحكى عن الشيخ و القاضى بتأثير الشرط المتقدم لعدم خروجه عن عموم ما قضى بالالتزام به، و فى الفاضل و عندى فى ذلك نظر إلاً إذا شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى. و وجه النظر غير معلوم بعد امكان ان يكون مراد الشيخ ما ذكره و عبارته الفاضل لا تأباه، قال " رحمه الله " فيه و لو شرطاً قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد انتهى. ثم هل الخلاف عن بعض الشوافع و ظاهره اراده القبليّه المضافه إلى تمامه لا مطلقه بقريه خلاف بعض الشوافع لأنهم ينفون جوازه فى متن العقد و يعللون ذلك بأن الخيار بعد تمام العقد فكيف يصح اسقاطه قبل تمامه و لو بإرادته الرافع قبله لكنه مما قصده المتعاقدان فى العقد فهو كالشرط فى متنه خصوصاً لو اشار اليه، اللهم إلاً ان يوجب التلفظ به من اعتبر وجوده فى متن العقد و لا- يكفى قصده و لا الاشاره إليه، و حينئذٍ وجه النظر واضح لما وجوب الوفاء به إذا تقدّم على العقد لعدم كونه إلزام فى التزام لأنه لا يقتضيه العقد و هو من متعلقاته مثل العوضين و لا هو كالمحذوف الذى لا يتم الكلام بدونه ليقدر فيه ممن قصد بيعه عدم الخيار لم يحصل فى ضمن بيعه انشاء التزام بعدم الخيار ليقيد به فى مقام المرافعه و انما هو كالوعد، و إن قصد بخلاف ما ذكره فى الصيغه و لو بالإشاره إليه التى لا تحمل الخلاف يكون انشاؤه للبيع مقيداً بعدم الخيار فيقيد التزامه بالبيع التزامه بعدمه، كذا أفاد الأستاذ " رحمه الله " لكن تردد فى باب الوكاله ان البائع لو باع بقصد و كاله المشتري و لم يعلم قصد الوكيل و لا صرح بها البائع مع قيام قرنيه كان ذكراً ذلك قبل البيع فهل يبطل لتلك القرينه ام يصح للمشتري و هل تجرى فيه ان العقود تتبع المقصود ام لا- لتلك القرينه، و الظاهر ان ما نحن فيه من

ذلك القبيل و مثله لو قال

الشريك لا اشفع قبل العقد فوقع العقد مع قصد عرائه عن الشفعه ثم شفع فهل يكون البيع للشفيع أم يبطل من اصله لأن الذى قصد لم يقع فهو كمن قال قبل العقد قد اسقطت خيار مجلسى و تصادقا عليه ثم تبايعا بهذا يبطل العقد لقصدهما ما ينافى مقتضاه او اطلاقه أم يثبت الخيار فيه ام يسقط يلزم ملاحظه كلماتهم فى معنى تبعيه العقود للقصد و إن كانت الضوابط الشرعيه ترجيح ما افاده الاستاذ " رحمه الله " نعم، سيد الرياض توقف من شمول ادله الخيار لذلك و كأنه لما ذكرنا، و يسقط بمفارقة كل منهما صاحبه اختياراً مع امكان التبايع و لو بخره و فى اكثر الكتب ان التفرق يحصل بها لكن فى صحيح الحلبي ان اباه اشترى أرضاً يقال لها العريض فلما استوجبها قام فمضى فقال له يا أبه لم عجلت فأجابه: بأنى اردت ان يجب البيع، و فيه دلالة على الأ-كثر مع انه لا اطلاق فيه، و صحيح بن مسلم عن الصادق "ع" بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى محلى يجب البيع حين افترقا، و هو أيضاً لا- يقيد، فرغ الخيار بها ما لم يتبقى الافتراق عرفاً فيه تردد و لا- فرق بين ان يكونا مفترقين مال العقد او متلاصقين فالافتراق بالنسبه إلى الهيئه الاجتماعيه الحاصل لهما حين العقد، فإذا حصل مسمى الافتراق سقط الخيار و يحصل بمفارقة احدهما و لا يعتبر حركتهما معاً سواء قصد السقوط ام لا، و لو لأجل لزوم البيع حيله للصحيح السابق و اطلاق فتاويهم فى المقام، و يسقط بإيجابها إياه بأن يلتزم بالعقد و يمضيه باللفظ الدال عليه غير مكرهين على ذلك فإن السقوط به مما لا- اشكال فيه، و لم اعثر على من لفظه بل عممه بعض الأفعال فضلاً من الأقوال لإطلاق الرضا فى النص فيكتفى بما يدل عليه مطلقاً و لأن الفسخ اللازم بالتقابل يدل على لزوم الجائر بالتبايع و تردد فى بقاءه فيه بأن ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم و أقصاه التأكيد فلا ينافى الخيار و لا يخرج بذلك عن عموم أدلته موهون بعدم الموافق و بأن المراد ما اسقط الخيار لا ما دل على اصل وقوع العقد، كذا أفاد شيخنا و هو فيما قضى بسقوط الخيار واضح المؤاخذة، و أما ما شك فى دلالة بحيث لا يفيد إلأ مجرد الرضا بالعقد الذى هو مفاده فلقوله وجه لكن السقوط بإيجابهما، أو احدهما و رضاء الآخر كأنه من المسلمات، و روايه السكونى لا تخل من اشعار به الوارده فى بيع من له الخيار قبل مجىء وقتها، قال " ص: " )

ليشهد انه استوجه ثم ليعه ان شاء الله، فإن اقام فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه

، و لو التزم احدهما به سقط خياره دون صاحبه إذ لا ملازمه بين خياريهما شرعاً و لا يقاس على مفارقة أحدهما صاحبه فى السقوط إلأ ان يلتزم و يفارق على رأى، و لو خيره فسكت فخيار الساكت باقٍ و لا اطراد فى ان السكوت علامه الرضا، و كذا المخير الأخير الأمر به لعدم ما يقتضى سقوطه و نقل خياره لصاحبه، و قيل و نسب للشيخ " رحمه الله " فيه انه يسقط و الأول اشبه لفقد المزيل بعد الثبوت، و لو ركن إلى النبوى البيعان بالخيار ما لم يفترقا او يقول احدهما لصاحبه اختر، فيبعد ثبوت الزيادة فى ذيله فما كان ليقضى بسقوط خيار المخير بل ظاهره سقوط خياريهما او يحتمل على ان ظاهر التخيير تمليك المخاطب أمر الشىء، كما هو فى باب الطلاق فإن تمّ دلالة على ذلك فالعمل بظاهر النبوى متعين و إلأ فلا- مزيل لخياره، و سبب الخلاف هو اختلاف الفهم فى كلمه (اختر) فى كل مقام وقعت فيه كتخيير الشريك لشريكه بعد القسمه، و كما هو فى الطلاق و المهايه فى منافع الوقف عند التشاج و غير ذلك. نعم، لو التزم احدهما او اجازة و فسخ الآخر انفسخ العقد كما لو كان الخيار لأحدهما فيه فإن الالتزام به لا يزيده على ان الثانى لا خيار له فيه أصلاً. نعم، لو ثبت الخيار لأثنين كالوكيل و الأصيل فأجاز احدهما و فسخ الآخر فى زمن واحد و كان لكل واحد مهما الفسخ و الاجازة فلا ريب فى التعارض و كما لو باع احد عبداً له به الخيار بجاريه ثم اعتقه دفعه او تدريجاً فإن



عق العقيد يورث الفسخ و بيع الجاربه يوجب عدمه و مثله لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازة إذا ورثوا خياراً، و نقل الاستاذ عن العلامة الحلى تقديم الفسخ قال: و لم يظهر وجهه مع قوله باستصحاب بقاءه عند الشك فى مزيله، و سيأتى تعرضه و يسقط بعد العقد بلا اشكال لأن لكل ذى حق اسقاطه المشمول لتسلط الناس على اموالهم فإن السلطنة على حقوقهم المتعلقة بالأموال اولى فمعنى سلطنته على الخيار و غيره من الحقوق التى هى غير العين التى تنتقل و تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط و لو اسقط احدهما الخيارين و رضا الآخر سقطاً معاً و يحصل السقوط بكل ما يدل عليه كالا اجازه. نعم، لا يسقط خيار المجلس و لا غيره فى مورد ذكره الفاضل فى تذكره الفقهاء و هو ما إذا نذر المولى ان يعتق عبده إذا باعه بناء على صحه النذر فإذا باعه بإسقاط الخيار لا يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به الذى لا يتم إلا بإسقاط الخيار، و قيل لو شرط فى بيعه نفى الخيار، صح البيع و لغا الشرط لكن هذا بناء على ان النذر لو المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية فيكون كالعين المرهونه إلى ان يفى بالنذر، و أما لو قلنا بعدمه و ان المخالفه تورث الاثم فقط فلا اشكال، و يسقط الظاهر بالتصرف لظاهر التعليل فى النص الوارد فى خيار الحيوان قال فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضى منه و لا شرط .. الخ، فإن المنفى يشمل الشرط و الحيوان و كذا قوله "ع": )

إذا احدث فيها حدثاً و جب الشراء

، و ظاهر الأكثر عليه، و لو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب و الجد و كالوصى لطفلين او مطلقه سواء اشترى لنفسه او غيره عن نفسه او غيره و كذا لو كان و كلاً عن اثنين حيث يثبت للمولى و الكيل مطلق التصرف و الخيار ثابت للمتعدد الموكل و المولى عليه فالمحكى عن جماعه انه لو كان كذلك كان الخيار ثابتاً له عن الاثنين إذ هو بائع و مشتريه فالكامل منهما كباقي الاحكام الثابتة للمتعدد إذا قام مقامه المفرد فللبديل حكم المبدل و باختلاف الجبهه فى المفرد يثبت التعدد و ثبوت الخيار بشرط الانفراد بإنشائه لم يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد فله الخيار حينئذٍ عن الاثنين، ما لم يشترط سقوطه فيسقط او يلتزم به عنهما بعد العقد او يفارق المجلس الذى عقد فيه على قول لحصول مسمى الافتراق و الاستصحاب يقضى بالعدم حيث لا دليل على النزول لكن قد يقال ان الاتحاد من موانع ثبوت الخيار فى العقد و يكفى فى عدمه الشك فى عموم ادله الخيار له كالنذر المانع منه كما غير عن الفاضل و ثبوت الملازمه بين وجوده و بين ما يكون بيعاً لم يثبت إلا على كونه من مقتضيات العقد الذى ينفيه الشرط مع اعترافهم بعدمه و ان منع بعضهم من اشتراط عدمه مطلقاً فى العقد لكن الاشهر خلافه مضافاً إلى ان الموضوع فيه صورته التعدد، و الغايه فيه الافتراق المستلزم للتعدد و ظهور حتى يفترقا فى اختصاص الحكم بصوره امكان فرض الغايه و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد، و لكن شيخنا تبعاً للأكثر حكم بثبوتها هنا لأن جعل الغايه التعدد مبنى على الغالب، و إن التثنيه فى قوه التكرار بالعطف فالتعدد فى الموضوع لبيان حكم لكل من البائع و المشتري كسائر الأحكام إذ لا يفرق بين ان المتبايعان كذا أو كل من البائع و المشتري ذلك و بأن كلمه حتى تدخل على الممكن و المستحيل أو أن التفرق غايه مخصوصه بصوره التعدد لا مخصصه للحكم إلا أن الانصاف أن هذا تمحل فى الخبر منافٍ للظهور فالأوفق العدم و عليه فلا يسقط إلا بأحد المسقطات.

و منها التصرف فى وجهه و ليس مفارقه مجلس العقد مسقط للمنفرد منها كما يظهر من المصنف نظراً إلى سقوطه بمفارقه من

غير اصطحاب، و هو خلاف الافتراق المسقط فإنه بالأبدان. نعم، مبدأه مطلق من حين العقد إذ البيع عله تامه إلّا فى بيع الفضولين بحضور المالكين فإنه من حين الاجازة مطلقاً و لو على الكشف و لا يخص هذا الخيار بنوع من انواعه

لعدم الاستثناء في ظاهر فتاويهم فيعم الصرف و السلم قبل القبض لو وجب القبض و المجلس كما ذهب إليه الفاضل من جهة لزوم الوفاء بالعقد او دفعا لأحتمال الربا و ان بقى الخيار بعده و لم يكن بنفسه مملكاً، و أما على عدم وجوب التقابض بأن لم يكن وجوباً تكليفاً بحيث يجوز تركه و ان حصل التفرّق فتمره الخيار حينئذٍ خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليه لحوق القبض المملك حتى لو اشترط أحدهما على الآخر سقوط الخيار فى متن العقد فللمشروط عليه ان يفسخ قبل القبض و لا يخرج العقد بذلك عن قابليه التأثير و الحاصل صريح تذكره الفقهاء و الدروس ثبوته فيهما قبل القبض و بعده، و إن ترددوا فى العصيان بعد الالتزام به و سقوط الخيار لو امتنع احدهما من القبض

## الثانى خيار الحيوان

### اشاره

الذى تصح المعامله عليه ليعم ما يقبل التذكير منه و ما لا يقبل إذا تعلق غرض به للمشتري يسوّغ شرائه حتى فى الكلب و الخنزير و ما يعيش إلى الثلاثه و غيره الحى لا- الميت، و إن جاز شرائه كلاً او بعضاً مشاعاً فى غير المشاع منه تردد و لو انضم اليه غيره ثبت فيه خاصه لتبعض الصفقه و فى شموله لما يباع ميتاً منه تردد لدخوله فى الحكم لا- فيه دون ما ولجته الروح مطلقاً و ان اشرف على الموت فى الصيد و غيره ان لم ينافيه ذكر الثلاثه فى النصوص فلا تكون لامه للاستغراق و على العموم يختص هذا الخيار البيع المعين من مطلق الحيوان و لا يعم الكلى الثابت فى الذمه تبه عليه الوالد فى (قدس سره) لعدم جريان حكمته فيه و يحتمل الجريان، و هو الظاهر من اطلاق النصّ و الفتوى، و الشرط فيه كله و ان كان كلياً او انسياً ثلاثه ايام للمشتري دون البائع فى المشهور بين القدماء و من تلاهم و حكاه الاستاذ "رحمه الله" عن (حين و صين) و ابن حمزه و الجنيد و خمسه الشاميين و سته الحلبيين و الأصل فيه صحيحه الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله "ع" قال: (

قلت: ما الشرط فى الحيوان؟، قال: ثلاثه ايام للمشتري، قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟، قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا

، فخصه بالمشتري و نفاه فى بيع غيره الشامل بإطلاقه لما إذا كان الثمن حيواناً و روايه على بن سابط، صحيحه الحلبي و ابن رباب حيث اطلق فيها الحكم بالخيار و قيد بالمشتري و ذكر القيد مع اطلاق الحكم من دون نكته من الامام "ع" لا يمكن و اظهر الجميع ما فى قرب الاسناد، قال سألت ابا عبد الله "ع" عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري او للبائع او لهما كليهما؟، قال "ع": (

الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه ايام فإذا مضت ثلاثه ايام فقد وجب الشراء

، و استند الاستاذ ايضاً إلى عموم إذا افتراق وجب البيع خرج المشتري و بقى غيره و إلى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، قال: بالنسبه إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل او بالاشترط و يثبت الباقي بعدم القول بالفصل انتهى. أى ما فيه خيار المجلس و لكن لا مورد

بعد التأمل إلى مثال ليس فيه خيار المجلس بالأصل و يمكن أن يكون فيه خيار الحيوان إذ المستثنى مما فيه خيار المجلس لا يجرى فيه خيار الحيوان، و قيل لمن انتقل له الحيوان ثمناً او مئماً و هو لجماعه ممن تأخر منهم لك، و قيل لمن انتقل عنه و إليه و هو للمرتضى و ابن طاوس، و حكى بالإجماع عليه في الانتصار استند الأول لعموم صحيحه ابن مسلم المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام و التقييد بالمشتري كما يمكن تنزيل الإطلاق عليه، كذا يمكن تنزيل القيد عليه للغلبه من كون الثمن غير حيوان كما تخصص صحيحه بن مسلم جمعاً مما إذا كان العوضان من الحيوان فلا ينافي في اثباتها الخيار للمتبايعين، و استدل على الثاني بالاجماع المحكى و اصاله جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس الذى ينافيه لزومه من طرف واحد، و لصحيحه محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا فهى مخصصه لما قضى بلزوم العقد بعد سقوط خيار المجلس

او مطلقاً، و فيها رجحان السند على روايه قرب الاسناد لترجيح ما روى فى الاربعه على ما اشتمل عليه الكتاب المذكور مما لم يذكر فيها و لرجحان راويها على بن رباب و ما بقى من الصحاح المشعّره بالاختصاص بالمشتري فالمعارضه بينها و بين الصحيحه معارضه المنطوق للمفهوم فى غير مفهوم الشرط فلا- يصح للمعارضه حيث لا يساوى ظهور مفهومها لظهور منطوق الصحيحه فتحمل على الغالب، و إن المسئول عنه فيها خصوص المشتري كما ورد ان للمشتري بالفسخ بالعيب لو ظهر المبيع معيباً مع انه لا اشكال فى انه للبائع ايضاً بالنسبه إلى الثمن فذكره يقضى بنفيه عن البائع، و قالوا فى باب التراجيح ان الأظهر به فى الدلاله مقدمه على الاكثرية و الشهره لو قيل بحجيتها فهو مع جهل المستند او لأحتمال مرجح لم يذكره و هو مفقود فى المقام، و اجماع الغنيه ان كان على ثبوته للمشتري لم يرح علقته، و إن كان على الاختصاص به فهو معارض بإجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع، و الاستاذ " رحمه الله " بعد ما ذكر ادله الطرفين حكم بإنصافه ان نصوص المشهور لا- تقصر فى الظهور عن الصحيحه مع ان المرجح بعد التكافؤ عموم ادله لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشتري لكثرة وروده بالنص فلا ريب فى ضعف هذا القول.

قلت قد يظهر من مجموع النصوص ان لبيع الحيوان خصوصيه فى تعلق الخيار به لدفع الضرر المحتمل مع عدم الاختيار فجزبه الشارع بثبوت الخيار فى المده المضروبه و لذا ذهب جماعه إلى ضمان البائع مده الاستبراء للجاريه و ليس إلا انها مده الخيار المضمون ما يحدث فيها على البائع و هو و ان لم نقل به لكن فيه رمزاً إلى ان الحيوان ليس كغيره مما يتعلق به البيع، و حينئذ لا فرق بين البائع و المشتري فى ذلك، و هذه العله و ان كانت فيما لو كان الثمن حيواناً لحيوان و غيره، لكن عموم الحكم مع تخلف العله غير عزيز لفوائد أخرى كما ذكره فى العده، مضافاً إلى صحيح بن مسلم الآخر عن ابى عبد الله " ع " قال: قال رسول الله " ص ": (

البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام

، و صحيح زراره عن الباقر " ع " مثله و كون الصاحب هنا المشتري ليس اولى من كونه البائع يعنى صاحبه إذا باعه، بل هو اظهر عرفاً فى مثل هذه العبارة فالمراد الأعم إذ لم يدعى احد تخصيصه بالبائع على أن الصحيح الأول كفايه و مقاله شيخنا انه نقل عن الراوى بالمعنى من جهة صحيحه الآخر أو إرادته الخيار لمجموعهما الصادق بالمشتري خاصه او ان الخيار للمشتري على البائع فهو لهما و نحوها من الاحتمالات التى بأس بها .. إلى آخره. فإنه بحسب نظرنا القاصر ان المحامل المزبوره لا يقبل النص الحمل عليها لخروجها عن المتعارف و أظنه يرى بعدها لكن ذكرها جبر للتوهين إذ حمل هاتيك على الغالب لا يخرج عن المتعارف لوقوع ذلك فى كثير من الموارد بل المتدبر فى كلماتهم و نصوص الخيار مطلقاً قد يدعى قاعده كلييه و هى إن الأصل فى كل خيار أن يثبت للمتعاقدين معاً حيث يمكن إلا ما أختص بالمشتري مما لا ينفع البائع ثبوته بوجه، فالأوفق ما ارتضاه المرتضى و على عدم القول به يجاب عن الأول بما ذكره الاستاذ " رحمه الله " بقوله لكن لا اشكال فى اطلاق الصحيحه الأولى من جهة قوه انصرافه للمشتري، فلا مخصص يعتمد به لعمومات اللزوم مطلقاً او بعد المجلس فلا محيص عن المشهور إلى آخره. و هو فى غايه الجوده حيث لا- نرجح قول المرتضى " رحمه الله " لأن التفصيل بالاقتصار على بيع حيوان بحيوان لا بيع دار او غيره غير الحيوان بحيوان مما لا وجه له جزماً بل فيه شائبه خرق الاجماع المركب، هذا لو تميّز المشتري من البائع، أما لو اشتبه كما لو بيع

حيوان بحيوان معاطاه او اشتبه بعد العقد فالمرجع فيه إلى الأصول الموجبه لسقوط الخيار إلّا مع معلوميه المشتري و يحتمل اجراء القرعه فيهما او في الأخير فقط. نعم، لو دخل خيار

الحيوان فى المجلس فيحتمل بقاءه بعد التفرق فى صورته الاشتباه ولا بأس فى ذكر بعض ما يتعلق بالبحث فى مباحث:

الأول: ذكر غير واحد بأن المراد من الأيام الثلاثة ما كانت مع الليالى الثلاث حتى فى المنكسر لدخول الليلتين اصاله فتدخل الثلاثة و إلا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد انتهى.

و لعله أراد الليله الأولى و إن وقع البيع فى ليلتهما و إلا فلا معنى لدخول الثلاثة لأنها ليله اليوم الرابع و لذا لو عقد فى الليل استمر الخيار إلى آخر النهار الثالث على الأقوى و ان قيل بنقصان النهار الثالث بمقدار ما بقى من ليله العقد.

و فيه ان ذلك أقل من ثلاثة أيام و هى مصرح فيها بالنص و لو صلح ذلك لأسقطنا مقدار الليلتين أيضاً فلا يبقى زمن للخيار إذا الليل طال لعدم أولويه الخط من النهار مما يوازى ما ذهب من الليله الأولى بعد العقد فالمدار حينئذ على النهار الذى هو المراد من اليوم و يلزمه دخول الليل قبل اكمال المده فالمراد من الثلاثة ايام هى بليالها أى ليالى مجموعها لا كل واحد منها.

قال الاستاذ "رحمه الله" فالليالى لم ترد من نفس اللفظ و إنما أريدت من جهة الاجماع و ظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال الخيار يستمر إلى ان يمضى سته و ثلاثون ساعه من النهار انتهى. و هو كذلك لكن تقدير الماضى من النهار بما ذكر لا يتم إلا فى يومين من السنه فيوهم انه اعتبر اليوم اثنا عشر ساعه و هو كغيره لا يقول به لطوله و قصره بحسب الازمان و الآفاق و الأمر سهل.

الثانى: قالوا ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد و يتفرع عليه بقاء خيار المجلس لو بقيا إلى منتهى الثلاثة فى المجلس و هو ظاهر قوله "ع": )

ان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام و فى غيره حتى يفترقا

، و المراد يحين العقد اول ازمته الملك لا- حين اجراء الصيغه و ان لم يحصل الملك للمشتري، فلو قلنا ان الاجازه ناقله فى الفضولى كان الابتداء من حين الاجازه لا حين اجراء الصيغه بناء عليه لو اسلم حيواناً فى طعام و حكمنا فى خيار صاحب الحيوان و ان كان البائع كان مبدأه بعد القبض، و بذلك مثل عمنا العلى " رحمه الله " فى خياراته و الوالد الحسن " رحمه الله " فى شرح القواعد و تمثيلهما يظهر منه عدم شمول هذا الخيار لكلى الحيوان ثمناً مثمناً بل يختص بالعين و لكن لنا فيه تردد كما سبق.

الثالث: إذا كان للخيار أثراً ما لا بأس بثبوتة فى العقد و ان لم يحصل الملك و ذكرنا كيفيه اثبات الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض، و قيل أن الخيار فيه من حين التفرق، و نسب لابن زهره و للشيخ و الحلّى فى خيار الشرط و لا فرق بين الخيارين فى خصوص هذا الحكم لما ذكره من عدم ثبوت العقد قبل التفرق فى علته و مرجع التعليل إلى ان ارتفاعه بعد الثلاثة و قبل التفرق مع استصحاب بقاءه يحتاج إلى دليل مضافاً إلى اصاله عدم حدوثه قبل التفرق، فمقاله الاستاذ " رحمه الله " انه بهذا التقرير مثبت فيه تأمل، إذ ليس المقصود اثبات كون خيار الحيوان بعد التفرق بل لجهه ان اسقاطه فرع ثبوتة و هو منتفٍ بالأصل و ثبوتة مسلم الطرفين بعد انقضاء خيار المجلس فلا يضر كون الأصل غير حجه لاعتراف الخصم بثبوتة فالمقصود بالأصل عدم حدوثه فى غير

ما اتفقا على ثبوته فيه لكن فيه ان الدليل الاجتهادى قاطع للأصل و لا ينكر ظهوره و استدل من تابعهم بلزوم اجتماع علتين على معلول واحد و نوقش فيه بأن تلك ممنوع إذ يكفى اختلاف الخيارين من حيث الماهيه فى التعدد و ان اتحد لأن اجتماع علتين المستقل كل منهما بالتأثير حيث لا تجتمع مع الأخرى مما لا بأس به فهى علل تامه إلّا



من هذه الجبهة على ان الاسباب الشرعيه كلها معرفات لا علة و يتم لما قلناه بها و إليه اشير في تذكره الفقهاء و ركنوا أيضاً إلى أن تلف الحيوان في الثلاثه من البائع مع ان المتلوف في الخيار المشترك من المشتري، و فيه ان ذلك محمول على الغالب من كونه بعد المجلسي، و حينئذ الوجه ما ذهب الأكثر إليه،

### و يسقط هذا الخيار بأحد امور:

أولها: ارتفاعه باشتراط سقوطه اجمع او سقوط بعضه في متن العقد على الأصح فيهما.

و الثاني: سقوطه بالتزامه كما مرّ.

و الثالث: ارتفاعه بأن يحدث فيه حدثاً كوطئ الامه، ففي صحيح بن رباب فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه ايام فذلك رضى منه و لا شرط له قيل له "ع" و ما الحدث؟، قال "ع": (

ان لامس او قبل او نظر منها ما كان محرماً عليه قبل الشراء

)، و في مكاتبه الصفار فيمن اشترى دابه فأحدث فيها فوق "ع": (

إذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء ان شاء الله تعالى

)، و في ذيل صحيح قرب الاسناد قلت (

أ رأيت ان قبلها المشتري او لامس او نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع

)، و يسقط أيضاً بتصرفه فيه مطلقاً و لو لم يحدث فيه حدثاً سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع و غيره من العقود اللازمه او لم يكن كالهبة قبل القبض و الوصيه فإنه من الحدث بل اولى منه، و الاستاذ " رحمه الله " أطنب في هذا المقام و استقصى فتاوى القوم و احاط بكنهه المطلب بما لم يسبقه اليه احد حتى انتهى إلى قوله و بالجمله، فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً فدلالته على الرضا بلزوم العقد و بين تقدم من التصرفات المزبوره في كثير من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الردّ و التردد فيه و في التصرف للاستخبار مع العلم بعد اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غايه الاشكال انتهى.

لكن الماتن اعلى الله مقامه كأنه تفتن للأشكال في ذلك فرفعه بأوجز عبارته لأنه جعل الحدث من المسقطات ثم عقبه بعطف التصرف و لم يفصل بين الكاشف عن الوصايا بالعقد عليه و غيره و ظاهره المغايره بل صريحه ان احد المسقطات المتعاطفه، و هو الذي يقتضيه كلامهم في المسأله فإن النصوص مصرّحه بالأمرين معاً في صحيحه بن رباب السابقه، و روايه عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن علي بن الحسين "ع" عن ابيه عن جعفر عن ابيه قال: قال رسول الله "ص" (

فى رءل اشءرى عبداً يشءرء إلى ءلاءه ايام فمء العبء فى الشءرء؁ قال: يسءءلف بالله ءعالى ما رضىه ءم هو ىرى من الضمان

( الخبر؁ و ءىءئذ فما ىءءل بمسمى الءءء مسءقء؁ و إن لم ىءل على الرضا بالعبء نوعاً او مءلقاً فىءمع بىن نصوص الباب و فءاوى الاصءاب و لا ىءءاء بعء إلى ما ءكر من الوءوء فى ءبر بن رباب من كون الجملة طرباً للشءرء او كونها ءوطئه للءواب لا عله ءقىقه فىءء ان كل ءصرف مسءقء و ان علم عءم ءلاله على الرضا؁ و لا كون الجملة اءباراً عن الوءاع المءءوظ فىه الغلبه مثل لا ءأكل الرمان لءموضءه و ان كان فىه الءلو؁ فىفاء اءلاق الءكم عءءى عءئه؁ و ىءءل فىها بءل عله و ان لم ىءءرء عرفاً بالءصرف كالأءرىض للبىع و لأن الجملة اءبار عن الوءاع و ىكون العله الرضا الشءصى الفعلى فىكون هو موضوع الءكم و ءىء لا ىءبء ءلك لا ءىار فإن ءلك كله مما لا ءاءه الیه؁ و لءلك مثل المصنف للءصرف بالبىع و الهبه و الوصیه و طوى عن ءكر الءءء كشى ء فلىس كل ءصرف مسءقء و ان لم ىءل على الاءءرام و لا كل ءءء ءال على الرضا مع كونه مسءقاً مءلقاً إلا ان هذا الءى اسءظهرناه من الءءاب ىنبغى عرضه على ما ءكره المعظم فى ءصوص المسأله لىءمع بىن كلماءهم فمءل ءقبىل الءارىه للمشءرى ءءء مسءقء و ان لم ءصرفاً كما أفءى به لءماعه و مثل العرض على البىع اءازه و ان لم ىكن ءءأ.

نعم، ظاهر المصنف انه اعتبر مطلق التصرف لا الكاشف عن الرضا و تذكره الفقهاء مثله نظر إلى النص من قوله "ع": ( )

و انظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء

( و مثل في تذكره الفقهاء لذلك باسقنى ماء او ناولنى الثوب و اغلق الباب و اسقط الردّ بها، و قال أيضاً عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب او بعده يمنع من الرد الى آخره، و اشكله الاستاذ " رحمه الله " بعدم تبادل ما يعم ذلك من لفظا الحدث و عدم دلاله ذلك على الرضا بلزوم العقد و ان المملوك لا ينفك عن مثل ذلك فى الثلاثه فيكون الخيار فيه كاللغو إلى آخر ما دام بيانه حتى جعل ذلك خلاف ما عليه الاصحاب لحكمهم بمساواه التصرف الذى يقضى بالاجازه فى البيع للتصرف الذى تسقط الخيار إلى ان جعلها كلييه، و نسب إلى تذكره الفقهاء ذلك و ردّ من قال بأن الفسخ فى مقابل الاجازه لكنه لم يعتبر الرضا الفعلى بأن جعل التصرف اراده فعليه، ثم نقل عن القواعد، و الفوائد، و الصراط المستقيم، و السرائر، و جامع المقاصد ما يدل على مطلبه لكن الانصاف عدم خلو النص و لا كلمات الاصحاب من ان المسقط التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد مثل خبر عبد الله بن الحسن من دون فرق بين تصرف المشتري للعبد موته لو مات زمن الخيار و عدمه و انما قرن سقوطه بالرضا الفعلى و مثله خبر الشاه المردوده قبل مضى المده، قال "ع": ( )

ان كان تلك الثلاثه ايام شرب لبنها يرد معها ثلاثه امداد و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شىء

(، و حمل على الاستحباب ردّ اللبن مع ان ترك العمل به لا يوجب ردّها فلا مناص عن الحكم بأن التصرف الكاشف عن الرضا يسقط الخيار لا مطلقه و دخول التصريحات المسقطه للخيار التى لم تقترن بالرضا يقيناً بالحدث المقابل للتصرف و لعل إليه اشار الماتن " رحمه الله " فيبنى الاشكال إلّا ان الجزم به مع عدم الالتفات من الاستاذ اليه و ان ظهر من المصنف فى غايه الصعوبه

القسم

### الثالث خيار الشرط

المشترط فى العقد المفروغ من صحته عندنا كتاباً و سنه مع تعيين المده كى لا يحصل الغرر، و إن نافي مقتضى اطلاق العقد او قلبه من اللزوم إلى الجواز إذ اللزوم ليس كالمملك الذى هو من مقتضيات عقد البيع و إلّا لما شرع و الضروره على خلافه و قلب العقد من اللزوم إلى الجواز إذ ليس بعزيز و إلّا لانتفى اصل الخيار، و هو بحسب ما يشترطانه مما يسوغ شرطه او يشترطه احدهما مما لم يخالف الكتاب و السنه و ان لم يوافق ظاهره و ظاهر اطلاقه كغيره عدم تقديره بمدته معينه و غيرنا قصر المده على الثلاثه قياساً على خيار الحيوان المشروع فيع ذلك و هو مرفوض و عدم لزوم اتصال زمانه بالعقد و إلّا لمنع فى خيار الرؤيه و التأخير إلّا ان يفرق بالحدوث و عدمه على حدّ خيار العيب المفقود ذلك الشرط لكن يهونه عدم الخلاف فيه بل قيل و يلزم من جوازه جواز التعاقب لعموم المقتضى و جزم به شيخنا او احتمال ذلك عدم جوازه و هو المتجه للشك فى شمول اطلاقته لمثله هذا، و لكن يجب لو قرنه بمدته ان تكون مدته مضبوطه ما لم تتجاوز ما لا يتسامح فيه عرفاً او لا يدوم إلى المده و حينئذ لا يجوز ان

يناط بما يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج و طيار البيدر و يوم الحصاد و الرياسه و ان تعارف ذلك عرفاً.

قال العم و الوالد (رحمهما الله) ان دائره الغرر فى الشرع اضيق من دائرته فى العرف و ليس المانع فى المده المجهوله لو تراضيا عليه المتعاقدان إلا لزوم الغرر المنفى الذى لا يرفعه مسامحه الناس او اقدم العقلاء عليه فى بعض الاوقات للزوم الفساد لو تبعض مع معلوميه عدم اراده شخصيته و هو السبب فى فساد بيع الجزاف و ما تعذر تسليمه و الثمن المحتمل للتفاوت و غير ذلك و يشير إليه موثقه غياث لا- بأس بالسلم فى كيل معلوم إلى اجل معلوم لا- يسلم إلى دياس او إلى حصّاد مع ان التأجيل إليهما متعارف بين الناس. و قال شيخنا

انه مخالف للسنة و ما دلَّ على وجوب اتباعهما من الكتاب، و اعترضه الاستاذ ان اشار بلفظ القيل اليه بما حاصله ان المقصود فساد البيع الفردى لا الشرط لعدم اتصاف الشرط به غايته ان الشرط المخالف لو وقع فى البيع تبعية البيع فى الفساد و المقصود لغويه الشرط و فساد البيع المخالف، اللهم إلاً ان يراد نفس الالتزام بخيار فى مده مجهوله غرر و ان لم يكن بيعاً فيشملة نفى الغرر، قال: لكن لا يخفى سرايه الغرر إلى البيع فيكون الاستناد فى فساده إلى فساد شرطه المخالف، كالأكل من القفا انتهى.

و الظاهر أن مرام من عبّر بذلك اراده ان الشرط المجهول المخالف غررى و فساد البيع لا من فساد الشرط إذ فساد لغويته بل لأنه إذ ذاك بيع غررى، و حينئذٍ لو شرط ذلك بطل البيع لما ذكرنا لا لبطلان الشرط و ان فسد حتى إلى القول بعدم بطلان البيع لفساد الشرط لأن فساد هذا البيع ليس سببه كون الشرط باطلاً إذ قد يقال بعدم بطلان العقد لأنه لا يوجب فساداً فى أصل البيع مثلاً و لكنه من حيث ان جهالته تفضى بكون البيع غررياً و هو كافٍ فى البطلان، و لو لم يوجب فساداً فى اصل البيع هذا فيما لو ذكر المده المجهوله، أما لو ذكرها و سكت بأن اطلق ذكرها او لم يذكر مده اصلاً فذهب جماعه من معتبر فى اصحابنا الى عدم الفرق لاستواء الكل فى الغرر بل هو الأشهر و عليه الفاضل و ثانى الشهيدين و الصيمرى و الديلمى و نسب للسيد " رحمه الله " و غيرهم خلافاً لما حكى عن المفيد و السيد و الشيخ فى انتصاره و خلافه الجواهر و الغنيه و الحلبي و مال إليه فى الدروس و جزم به الطباطبائى و قواه شيخنا و مفتاح الكرامه و تردد فيه العم و الوالد " رحمه الله "، و لكن الثانى فى غير انوار الفقاهه جزم بخلافه و حكى أيضاً عن جدنا كاشف الغطاء اختبار عدمه كالأستاذ " رحمه الله " لقاعده الغرر التى لا يمكن الخروج عنها إلا بما يوازىها فى الاعتبار او ما يرجح عليها لكونها من المسلمات بين الفريقين استدلوا بالاجماع المنقول عن السيدين و الجواهر وجود اخبار الفرقه به كما عن الخلاف قال شيخنا " رحمه الله " و ان لم نقف على شىء منها فيما وصل إلينا من النصوص سوى ما قيل من فحوى قوله " ع " فى الصحيح (

الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط او لم يشترط

( الى آخره، و تقرير الفحوى ان ضمير اشترط راجع إلى الخيار لا- الثلاثة فمتى اشترطه و لم يشترطها حيث يمكن اشترط أى عدد يكون اختص بها اطلاق الاشرط ثم قال " رحمه الله " و فيه ما فيه الى آخره. لكن قال بعد ذلك بأن الفرد مندفع بتحديد الشرع، و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان إلى آخره، و الحال ان التحديد المزبور حسب ما قرره لم يفهم إلا من الفحوى فى نصوص خيار الحيوان و قد ذكر ان فيه ما فيه فينبغى التفكير فى الجميع بين كلماته فإنه فريت الفقه و أنا لنا ببلوغ شأنه، و استدلوا ايضاً بما رواه الجمهور ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجه اصابته فى رأسه فقال له النبى " ص ": (

إذا بعث فقل لا خلاء به و جعل له الخيار ثلاثاً

(، و فى روايه (و لك الخيار ثلاثاً)، و فى الدلاله فضلاً عن السند كما ذكر الأستاذ " رحمه الله " ما لا يخفى و حكى شيخنا عن تذكره الفقهاء لا- خلاء به عبارته فى الشرع عن اشترط الخيار ثلاثاً فهى خارجه عما نحن فيه إذا كان كذلك. نعم، حكاية الشيخ " رحمه الله " فى فقه وجود أخبار الفرقه به تصلح ان تكون دليلاً لأنها بمنزلة ارسال اخبار لا اقل انها كمرسلات بن ابى عمير فيكفى انجبارها بمنقول الاجماع ثم ليس فى الادله ما يوهن ذلك لاندفاع الغرر بتحديد الشرع الذى لا اشكال فى صحه

العقد مع الجهاله به او بمدته، و ردّه الاستاذ " رحمه الله " بما لا مزيد عليه و خلاصته ان بيع الغرر محكوم بفساده في كل ما يصدق عليه الاسم و يدخل في موضوعه عرفاً من جميع افراده و لا يستثنى شىء مما يدخل في موضوعه إلاّ بدليل اجتهادى تعبدى يكون مخصصاً لعمومه كأن يكون لفظ عام او مبهم، لكن ثبت شرعاً اراده بعض افراده أو حدده

الشارع بحدّ كالكثير مثلاً بالسبعين فإذا علّق عليه أخذ بذلك التحديد كما ذكره في الوصايا المبهمه الذى جعل شيخنا المقام مثلها مع ان الفرق بينها هنا وهناك جلى لا انك تستنبطها من الاجتهاد فى مقام آخر كأخبار الحيوان مثلاً ثم تسريه إلى غيره بأن تجعله تخصصاً لا- تخصصياً، إذ ذاك لا- يفيد إلّا فى حق من اجتهد ولا يكون حجه على من خالفه فى اجتهاده ولا ريب فى عدم المخصص الشرعى لبيع الغرر المنفى والنوى قد عرفت الحال فيه والاجماع المحكى لو كان جابراً فهو فى قاصر السند الواضح الدلالة، أو ما أبهم واختلف فى دلالة مطلقاً حتى المجهول الذى لم نقف عليه ولا نعلم كيفية دلالة فعاظم فهموا منه شيئاً ونخالفهم فيه فلو عوّل يعوّل عليه لا على المنجبر فكيف والظن القوى ان المجمعين اعتمدوا على أمور اجتهادية مستنبطه من اخبار فى غير هذا المورد مما يصلح فيها ان تكون مخصصاً، والحاصل إن الخروج عن قاعده الغرر المتفق عليها بغير النص الذى يورث حكماً تعديداً شرعياً لا يمكن ولا يصلح ما ذكر لذلك إلى آخر ما رام بيانه، لكن عدم الوجود لا يدل على عدم الوجودان والجزم بأخذ ذلك من اخبار الفرقه خيار الحيوان لا يمكن بعد قول مثل الشيخ واخبار الفرقه الى آخره، فهو مثلما لو ذكر الخبر الصريح بالاستثناء تعديداً ولايتهم مثله فى الاشتباه فى الدلالة ولو فرض التساوى وأنا بذلك فلا اقل من أنّ القرب إلى زمن الصدور لا نسبه له بالبعيد عنه فى معرفه لسان الحجج ( ) وعدم ذكرها فى كتابيه لا يوجب العدم بل لو اطلق الفتوى فهو مضمون خبر جزماً. نعم، لو ظهر من كلامه ان مقصوده بأخبار الفرقه ما استنبطه الاستاذ " رحمه الله " فالحكم ما استقوا " رحمه الله " لكن ذلك لا- شاهد عليه، ومبدأ هذا الخيار بعد الثلاثه فى الحيوان ان قلنا بعدم ترادفهما كما سبق لا عين التفرق لأنه مجهول فيتحد هو وخيار المجلس وله اثر كما سلف وغيره من حين العقد فى المتصل وفى المنفصل اول جزء من الزمان الذى يستمر الخيار فيه ولو على التعاقب فى الايام فينفيه فى يوم ويثبته فى آخر فيكون فى الشهر خمس عشر يوماً مثلاً، لكن الشيخ والحلى (رحمهما الله) جعل مبدأه من حين التفرق ومضى ما ذكر من المؤاخذة فى دليله وجعل فى البصائر إن الخيار لا يكون مع جواز فسخه بخيار آخر لأن معنى الخيار انه لولاه للزم العقد، واعترضه الاستاذ " رحمه الله " بعد كونه لا يمكن اتصاله فى العقد بالنسبه إلى الحيوان ان ذلك يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس والحيوان وإلّا فمع الجهل به لا يقصد إلّا الجعل من حين العقد وان ثبت على المتعاقدين ما لا- يقصد انه فهو من احكامها لا انه مقصود لهما، لكن ظاهر السرائر انه اراد به الخيار المنفرد لا- صوره الاجتماع إذ لم يعلم حكمه فى ذلك. نعم الخيار المنفرد لا ريب انه كلّ والأمر فيه سهل كما انه لا فرق بين المتعاقدين فى هذا الخيار وحينئذٍ لكل منهما ان يشترط الخيار لنفسه وله ان يبعضه بالنسبه إلى الزمان والمكان والمبيع على محو ما اشترط، وله ان يشترطه لأجنبى معين وان تعدد ولو شرطه للحجه (عجل الله فرجه) عاد امره إلى الحاكم فى قول جدنا لعموم النيباه أو الوكاله له وقال بعض المعاصرين بالعدم، ويجوز أيضاً له مع الاجنبى كذلك ويمضى فسوخ الاجنبى وان امضى او اجاز المالك، وكذا العكس وإلّا لم يكن لذكر الاجنبى فائده، وقيل ان النصوص ورثت فى المتعاقدين والاجنبى خارج عن مورد النص مشكوك فى جواز الاشرط له فيقتصر على المتيقن، و رده جماعه منهم الاستاذ " رحمه الله " بأن المعبر تعلق حق الفاسخ بالعقد او بالغير وان كان اجنبياً فيجوز للتابعين اشتراط حق لأجنبى فى البيع ولو كان كذلك لما ورثت الزوجه الخيار مع عدم تعلق حق لها فى العين، ويؤيده ان ذلك يجرى لها حتى فى التوكيل ولا شك فى عموم ادله الشروط لمثله لكن ربما يتأمل فى اشتراط خيار المجلس والحيوان لغير المتعاقدين بحيث منه إلى الأجنبى بل سائر الخيرات الثابت منها فى

الأصل أو يأخذ الأسباب الباعته عليها مع أن أدله لزوم الشرط لا تأتي ذلك و لعله للعله التي ذكرناها، فلا يتم المدعى ثم ان مشرط الخيار لغير ليس على حدّ الوكاه و الاستيناب بحيث يجب على المجمعول له الخيار، أن يراعى المصلحه للجاعل إلّا إذا اظهر منه ذلك و ان سبق إلى الذهن ان الجعل لا بد للجاعل ان تكون له مصلحه به و إلّا عدّ لغواً فيلزم المجمعول له ان يراعى المصلحه إذ مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل مطلقاً، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه اميناً لا يخل من نظر كما ذكره الاستاذ " رحمه الله "، و يعضده ان الأغراض تتفاوت فقد يكون في خصوص الجعل للمعين مطلقاً مصلحه للجاعل بنفس الجعل و ان علم أنه لا- يأتين، و يجوز اشتراط المؤامره مده معلومه بأن يشترط البائع او المشتري او هما الانتهاء في الفسخ و الإمضاء إلى ثلاث سواء كان مشروطاً بأمر من المالك او لا بل باختيار الأجنبي، فإن فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ لأن خياره موكول إلى امر من أمره عليه حين شرط و لو ان من له الخيار و أستأمره بالفسخ فأمره به ملك ذو الخيار الفسخ لا و جب عليه و ان اجاز لا ينفذ الفسخ لو فسخ من له الخيار إذا استأمر و هو جائز إجماعاً محكياً في ان سلطته الأمر له و الخيار لغيره لا- له لكن يراد اجاز الفسخ لذى الخيار قبل الاستثمار و ضعّف بقاعده لزوم العقد و بأنه جعل خياره مرتباً على الأمر، و يجوز استثمار من كان خلف الجدار لو علم بوجود اشخاص خلفه فلا يجب التعيين، و إليه ذهب العم في خيارته قال بناء على ان الشرط كالمصلح في الجهاله و على القول بصحه هذا الشرط و لزوم بالوفاء به فلا فرق على الظاهر بينه و بين شرط الأخذ بنهيه او بعكس امره او بإذنه او رضاه او بسكوت او بغير ذلك.

نعم، لو ادعى ان تعليق شرط الخيار منافٍ للقواعد أقتصر على المتيقن كما يقتصر فيه على الايجاب في القبول و يحتمل ان يعم الندب لأنه أمر أيضاً و للمسأله شقوق الاطاله فيها للوقت تفويت، و يجوز ايضاً اشتراط مده غير مجهوله و لا مطلقه ان يرد البائع فيها بالثمن او بعضه او موزعاً نجومياً مختلفه او متساويه إذا شاء الاطلاق او التوزيع في الثمن و المثلث او هما، و يرجع المبيع و هو المسمى ببيع الخيار، و ثبوته عندنا غنى هن الدليل من البديهيات الأولى للبائع و المشتري حيث يشترط ردّ الثمن في مده معينه يرد فيها المبيع إلى البائع كل ذلك للعمومات و تنقيح المناط و الغايه و عدم الفارق بينهما و لهما معاً اشتراط ذلك في مده واحده مفصوله او موصوله بالعقد او مدّ مدتين لكل منهما مدّه على الوصل في المده بينهما او الفصل سواء شرطاً ردّ الكل او الكل بالبعض او البعض بالكل او البعض بالبعض بالحصص و الزياده عند ردّ الكل بالبعض تبقى ديناً او امانه في البيع او الثمن و لو اطلق كان الخيار معلقاً برد الجميع، و ان ذكر مده مجهوله و اطلق الخيار فسد العقد و لا ينصرف إلى الثلاثه لأن الخيار بعد الردّ غير موصول بالعقد غالباً كما انه يجوز جعل المده غايه للرد بعد ذكر مده الخيار كأن يقول ولى الخيار سنه إذا رددت عليك الثمن بعد شهر، و يجوز ايضاً جعل المده ظرفاً كأن يقول إذا رددت عليك الثمن في هذا الاسبوع او الشهر و لا يصح العقد بتقييد المده او اطلاق الخيار بعدها للجهاله كأن يقول ولى الخيار بعد ردّ الثمن في آخر الشهر على ان يكون ظرفاً للردّ لا للخيار، و الحاصل ان اعتبار ردّ الثمن فقد يكون قيده للخيار فلا- خيار قبله فمتى فعل ماله دخل في القبض من طرفه و ان ابى المشتري حصل الخيار و ان كان للمشتري فكذلك، و الظاهر انه لا مانع منه لعموم ادله الشروط و مثله إذا اخذ قيده للفسخ في مطلق المده المضروبه فله الفسخ في كل جزء من المده بشرط ردّ الثمن أى مقارناً له او هو متأخر عنه و يحتمل ان يكون نفس الردّ فسحاً و لا يحتاج إلى الفسخ، و يظهر ذلك من موثقه اسحاق بن عمار قال: (

سمعت من سأل ابا عبد الله "ع" عن رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى



أخيه فقال له ابيعك دارى هذه و يكون لك احب إلى من ان يكون لغيرك على ان يشترط لى انى إذا جتتك بثمانها إلى سنه تردّها علىّ؟، قال "ع": لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردها عليه، قلت: أ رأيت إذ كان للدار غله لمن يكون؟، قال: للمشتري إلّا ترى انها لو احترقت كانت من ماله

(، و من صحيح سعيد بن يسار قال قلت لأبى عبد الله "ع": )

انا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فبيعهم و نربح عليهم فى العشر اثنا عشر و ثلاثة عشر و تؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنه و نحوها و يكتب لنا رجل منهم على داره و ارضى بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء بأنه باع و قبض الثمن منه فينفذه ان جاء و ان جاء بالمال إلى وقت بيننا و بينهم ان نرد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا فما ترى فى هذا الشراء قال: ارى انه لك ان لم يفعله و ان جاء بالمال فرد عليه

(، و فى الغنيه من الشروط الجائزه ان بيع و يشترط فى متن العقد على المشتري ان ردّ الثمن عليه فى وقت كذا كان المبيع له انتهى. لكن ظاهر روايه معاويه بن ميسره إن ردّ الثمن قيد لانفساخ العقد فمعنى ان الخيار له انه مسلط على سبب الانفساخ و هو ردّ الثمن بلا مباشره الفسخ بالردّ، قال: سمعت ابا الجارود سأل ابا عبد الله "ع" عن رجل باع داره و كان بينه و بين من اشترى خلطه فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله، قال "ع": )

له شرطه، قال له ابو جارود ان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين، قال: هو ماله، و قال: أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري

(، و احتمال الوالد "رحمه الله" ان ردّ الثمن بالشرط يلزمه وجوب الاقاله على المشتري او البائع حيث يكون الشرط للمشتري بأن يلتزم احدهما على نفسه الإقاله، و فى الرساله إذا باع شيئاً على ان يقبله فى وقت كذا يمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الاقاله ان جاء بالثمن فى المده انتهى. و يجبره الحاكم ان امتنع او يقبل عنه و إلّا فينفسخ او يستقبل و حمل على ذلك روايتى سعد بن يسار و اسحق بن عمار على ان ملزوم الردّ الاقاله فهو كناية ملزومه غير ان ذلك خلاف الظاهر، كما ان ظاهر المصنف ان ردّ الثمن قيد للفسخ و لا بأس به و لا بغيره مما ذكرنا إلّا ان يكون ردّ الثمن قيد للانفساخ فإن المتجه عدم كون نفس الردّ فسخاً للعقد من دون انشاء فعلى او قولى ليتوقف المسببات على اسبابها الشرعيه فهو يشبه انعقاد البيع بنفسه و غيره من العقود، و كذا الشروط فإن المشروط عليه الردّ لا يجب عليه إلّا بعد الفسخ عن المشتري و عوده إليه بالانفساخ موقوف على الفسخ لعدم تعلق القدره بدون الفسخ، و لا يصح اشتراط ما لا يتعلق به القدره و لا دلالة للرد على الفسخ بوجه من الوجوه القاضيه بالدلاله، لكن ظاهر جماعه تبعاً لظاهر النص أنه بالنص يفسخ و يترتب عليه انه ليس من اشتراط الخيار و حينئذٍ و لا يحتاج إلى شىء آخر حتى ضبط المده و لعل وجه كون الردّ فسخاً او لصحه اشتراط الغايه و هو عود المبيع إليه فيملكها بالشرط بناء على انه غير مناف لمقتضى العقد لأنه انتقال بالشرط لا تحديد للملك بغايه و ان الشرط يؤثر أثر العقد عند حصوله من النقل، و استقواه الوالد "رحمه الله" فى خصوص ما لو كانت صيغه الشرط ان يقول ولى مالى عند ردّ الثمن و شبهها دون ما لو قال ولى الخيار عند ردّ الثمن فى المده المعينه فإنه يتوقف على الفسخ و تنزيل كلماتهم كالنصوص على الغالب من حصول الفسخ بعد الردّ لا

ينكر بعده، غير الاستاذ " رحمه الله " جعله من الفسخ الفعلى الداخلى تحقيقيه الفسخ لحصول الدلاله عرفاً، فإنه يفهم من ان المشتري ملك الثمن لتملك البيع او يفهم منه دلاله الرد بنفسه على الرضا يكون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري و لا يعتبر فى الفسخ الفعلى اكثر من ذلك، و هنا امور يلزم ذكرها:

أولها: إن الثمن المشروط رده في عود المبيع للمالك يتبع الشرط في كون المردود عينه أو بدله و مع فقد الغير قيمته أو مثله أو يكتفى برد ما يساويه فيجترى بالمثل و القيمي و بالعكس و مع الشرط لا-اشكال في الصور لو اشترطت كلما أو بعضاً إلّا في خصوص ردّ نفس الثمن لظواهر الأخبار بجواز التصرف به و ردّ مثله هذا كله في الثمن المعين المقبوض لو اشترط فيه خاصه في الردّ، أما لو أطلق فالظاهر الاكتفاء بمثله ان لم يكن موجوداً و كان من المثليات و من القيميات فعينه، و يحتمل الاكتفاء بقيمته ان كان قيمياً و بمثله ان وعدت تسامحاً و أما لو كان كلياً في الذمه فهو اما ان يكون في ذمه البائع فردّه و بأداء ما في الذمه و يلوح هذا من روايه بن يسار و ذلك لسقوط ما في ذمه البائع فردّه بأداء ما في الذمه للبائع لأنه ملكه، و المملوك كالمتلوف فيعود اشتراط رده إلى اداء بدله و أما إذا لم يكن في ذمه البائع و قبضه ممن كان عليه فيتبع شرطه برد عينه أو ثمنه أو مثله أو القيمه على النحو الذي سلف و عند الاطلاق ينصرف إلى ردّ ما يعم البدل مطلقاً أو مع فقد العين، و يدل عليه النصوص السابقه صريحاً و ان تيقن منها صورته تلف العين مطلقاً، و أما المبيع فالظاهر من الاطلاق ردّ عينه أو مثلها لو كانت مثليه مع عدم وجودها أو قيمتها على بعد لو كانت من ذوات القيم و يجب ردّ ما قيدها مع التقييد. نعم، لو لم يقبض الثمن من المشتري و كان له خيار الردّ، فقوى الوالد " رحمه الله " عدم لزوم البيع بانقضاء المده إذ اشتراط الردّ بمنزله اشتراط القبض قبله، و يحتمل أن له الخيار على تقدير القبض و تكفى هذه التقديرية في ثبوته و ان لم يتحقق الردّ فإذا انقضت المده قبل قبض الثمن لزم البيع، و لم يرجح الاستاذ " رحمه الله " أحد الاحتمالين الثاني سيجى ء ان شاء الله تعالى.

الثاني: ان التلف مطلق من مال ما لا خيار له مطلقاً فيختص بالمشتري حيث يكون الخيار للبائع و للبائع العكس أو منهما إذا كان لهما أو لجنبى معهما فكذلك، ثم التلف قد يكون بأفه سماويه و غيرها من دون تفريط، أما معه فالضمان على المفترط مطلقاً و حينئذٍ لو تلف البيع فهو من مال المشتري قبل الردّ و بعده و نمائه له، و لا يسقط خيار البائع لو بالتلف مع احتمال له إذ ظاهر مورد الخيار ان له ردّ الثمن و استرجاع المبيع فيعتبر بقاءه بل و إبقاءه من المشتري لأن غرض البائع استرداد عين ماله و لا يتم إلّا بالتزام له، و أما لو تلف الثمن بعد الردّ قبل الفسخ فهو من مال المشتري للقاعده و ان كان ملكاً للبائع و نماءه له و ان نافاه حديث ان الخراج بالضمان لحكومته القاعده المجمع عليها و لو تلف قبل الرد فممن مال البائع إذا منع ثبوت الخيار قبل الردّ، و فيه تردد يأتي في بابه.

و ينفسخ البيع ان حكمنا بأن تلفه من مال المشتري و ان قلنا انه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فينفسخ البيع مع ردّ البدل و تفصيل يأتي.

الثالث: انه يقوم الولي بالوكيل المطلق مقام الأصيل في الردّ و ان لم يصرح الموكل بقبض الوكيل لذلك بالخصوص فيرد البائع إليهما الثمن و يسترجع المبيع و إن كان القبض للثمن خلاف مصلحه الغائب مع الغيبه للمنصوب شرعاً لحفظ ماله، فإن هذا القبض لا يراعى فيه المصلحه للمالك بل البائع حيث وجد من يصح له الدفع اليه فسخ المشتري و غيره حتى عدول المؤمنين عند التعذر.

نعم، لا اشكال في انه ليس للبائع الفسخ و بقاء المال عنده أمانه مع غيبه المشتري فضلاً عن حضوره مع التمكن منه أو ممن يحفظ المال له بالولاية أو الوكالة عند التعذر و عدم وصول البائع إليه أو إلى المأذون شرعاً بقبض ماله فهل له الفسخ و ابقاء ماله عنده

امانه او لا خلاف بين من تأخر، بل ذكر الوالد " رحمه الله " انه لو كان المشروط رده إلى المشتري مع عدم

التصريح ببذله فأمتنع ردّه إليه لمانع عقلي كالغيبه او شرعى كالمجنون و نحوه، ففي جواز دفعه لوليه او الوكيل الغائب اشكال و يرتفع ضرر البائع بأقدامه و رضاه بشرط ردّه إلى المشتري فكأنه اسقط خياره بحيث لا يمكنه الردّ عليه انتهى. لكن ذلك حيث يفهم من الاشتراط الخصوصية متين و إلّا ففيه تردد و اطلق غير واحد ممن تأخر بحصول الشرط برده إلى الحاكم او الوكيل المطلق بناء على شمول عقد الوكالة لمثله. نعم، نقل عن طريق دعوى الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، قال: بعد ان نقل عن المشهور عدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار و انه لا اعتبار للإشهاد خلافاً لبعض ان ظاهر الروايه اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن اليه فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن امانه إلى ان يأتي و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلّا انه بعيد عن مساق أخبار الباب، و اعترضه الاستاذ " رحمه الله " بعدم العثور على ما نقل ظاهر الاتفاق عليه فإن تصيده و استفاده من ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار فهو لبيان حال الفسخ في قبال من اشترط حضور الخصم فيه ممّا و من غيرنا، و لا- ينافى ذلك ان يعتبر حضوره لوجه ردّ الثمن إليه فهو شرط آخر و كون مورد النصوص صوره حضور الخصم لا- يقضى باعتبار حضوره مطلقاً و ان كان موردها ذلك لكى يتحقق الردّ و ان تأخر الفسخ عنه إلّا على القول بحصول الفسخ بالرد فموردها حينئذٍ حضور الخصم و لعل الاصحاب لم ينكروا اعتبار حضور الخصم في هذا الخيار خصوصاً من قرن الفسخ بالردّ منهم هذا، و لكن مقاله جلّه انه لا يعتبر الاشهاد في الفسخ نلزمه ان يكون الرد ايضاً لا يعتبر حضور الخصم فيه لا اشتراط الفسخ بسبقه فيشمل صوره الغيبه و إلا لاستثنوا من جواز الفسخ الصوره المفروضه بل له الفسخ ايضاً مع تعدد الأولياء لو تعذر الوصول إلى المشتري كما لو اشترى الأب او احد الحكام للصغير و لم يمكن البائع الوصول اليه فرجع إلى الجد أو إلى غير ذلك من الحكام فهل يجوز دفع الثمن لغير المباشر للشراء و الفسخ مع الامكان اختياراً في الاجبارى، و الحاكم يحتمل العدم لصدق انه لم يدفع لمن اشترى و يحتمل الجواز لأن كل واحد منهم له اهليه ذلك و يحتمل التفصيل بين الوليين الاجباريين و بين الحاكم فيجوز في الأول و يمنع في الثانى لعدم جواز مزاحمه الحاكم لمثله في مطلق ما يتصرف فيه إلّا أن ينكر تحقق المزاحمه في الفرض لأن البائع متى وجد من يدفع له الثمن شرعاً و يسترجع المبيع به دفعه و جاز له الفسخ فلا- يزاحم الثانى الأول بمجرد تملكه عن المشتري فيجب دفعه للأولياء إذا تعددوا على البدل و لا يعينه كونه هو المباشر للشراء ممن له الولايه عليه فليس الأولياء إلّا كوكلاء بشخص واحد، إلّا ان الاستاذ استظهر المزاحمه العرفيه فيه فيظهر منه عدم جواز الرد على غير المباشر فلو ردّ و فسخ لا يتحقق الفسخ متى تمكن من الرد اليه، و فيه تأمل.

الرابع: إن ردّ المثل حيث يكون الخيار للمشتري يقتضى ردّ عين المثل او مثله مع التلف من غير شبهه كرد عين الثمن. نعم، قيل ليس له اشتراط برد بذله مع التمكّن من العين لأن مقتضى الفسخ ردّ كل من العوضين فاشتراط البدل مع وجود العين منافٍ لمقتضاه فهو اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، و كذا لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي و بالعكس، و ان تردد الاستاذ " رحمه الله " في عدم مشروعيته لعوده إلى بقاء ما فى الذمه بغير جنسه و هو محل تأمل لعدم خروجه عن اشتراط غير ما اقتضاه العقد إلى البائع.

الخامس: فى مسقطا هذا الخيار و يسقط بأحد أمور:

اولها: بإسقاطه لمن كان له تعدد او انفرد بعد العقد فيما لو اخذ ردّ الثمن قيماً للفسخ لا- للخيار فهو ثابت في جميع المده المضروبه و يمكن ذلك حتى لو اخذ قيماً للخيار لأنه مسبب عن العقد و تحقق السبب كافٍ في اسقاط الحق إلّا على ما في كراهه من عدم الجواز في خيار الشرط و الحيوان بعد العقد لعدم حدوثهما إلّا بعد التفرق و لا يسقط الشئى ء قبل حدوثه إلّا ان يفرق بأن الخيار يتحقق بالرد للمشروط له لأنه يملك الردّ الموجب له فله اسقاطه.

ثانيها: سقوطه بانقضاء المده و عدم ردّ الثمن و لو ردّ من غير نسبه فلا ردّ إلّا مع الشرط و لو ظهر معيماً كفر في الردّ و يلزمه البديل او يرضى بالأرث المالك.

ثالثها: سقوطه بالتصرف بإجماع القواعد و الغنيه و كثر الفوائد و جامع المقاصد و العله المنصوصه في الحيوان و الاولويه فإنه متى سقط الخيار الأصلي فالمشترط أولى بالسقوط به، و لنقل الشيخ و القاضي (رحمهما الله) و رود اخبار من طريق الاصحاب بسقوط خيار المشتري بالتصرف و كفى بها ناقلين، كما ان الظاهر انه لا فارق بين ان يكون الخيار للمشتري لو تصرف في المبيع، او البائع ان تصرف بالثمن حسبما صرح به جماعه و علم من رأى الباقيين و لمنقول الاجماع الحاشيه عليه و هو مع اشتراط ردّ الثمن المعين واضح و مع الاطلاق حيث يحمل عليه، أما الفرد المدفوع من الثمن الكلّي فيحمل الاطلاق مع ان المنافاه ممنوعه إذ القبض ان اعتبر في الصحه فالخيار بعده او في اللزوم فيلزم جهه الشرط، و قبل القبض يجتمع فيه الجهتان و يجرى فيه ما مرّ.

السادس: لا اشكال في ان شرط الخيار عند الرد للثمن او المبيع و عند الأمر به في المؤامره مختص بالبيع لاختصاص دليله به و ان حكم الوالد " رحمه الله " بالسرايه لغيره، قال " رحمه الله ": لأنه إذا اجاز التعليق على الشئى ء بما هو اشد و أقوى في المماكسه و المعايينه، فيجرى في غيره بطريق اولى و ان كان من باب الوصف و التقييد، فالرايه على القاعده انتهى. و هو وجيه لو لا- ان الأصل عدم سببته الفسخ التى يتوقف صحه اشتراط الخيار عليها و لا يمكن اثبات السبب بنفس دليل الشرط فكلما حصل الشك فيه لا يثبت فيه الخيار. نعم، يصح التفاؤل فيه لا يبعد ثبوت الخيار فيه فمتى شرع بعد العقد مع التراضى جاز حين العقد ان يتراضيا على سلطنه احدهما او كليهما على تفسخ و لا يصح له الرجوع عمّا شرطه على نفسه لأن الشارع أقامه مقام رضاه الفعلى فإن اقدمه عليه حين العقد كافٍ في ذلك فلا اعتراض لمن ليس له الخيار بعد رضاه حين العقد به و متى لم يصح التقابل فيه لا يسوّغ اشتراط الخيار به لأنه فرع ثبوت امكان الفسخ بالتراضى بعد العقد، فالالتزام حين العقد منهما لسلطنه احدهما او هما عليه لا يحدث له أثر لأنه لا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً من حيث افادته إلّا الرضاء الفعلى بعد العقد و لا يزيد على ذلك فإن امتنع امتنع، فالضابط في الخروج عن اصاله عدم سببته الفسخ هو فيما امكن فيه من العقود التقايل فإنه كما يكون بعد العقد يكون حينه، و حينئذ فمثل النكاح الذى لا يفسخ بغير الطلاق و لا يشرع التقايل فيه لا يجرى فيه الخيار اتفاقاً كما عن مسائل الخلاف، الصراط المستقيم، السرائر، جامع المقاصد و مثله الوقف على الاشهر المعلل في كلام جماعه بأنه فك ملك بلا عوض و ان القربه شرط فيه و الاقاله لم تشرع به و بحكمه الصدقه، غير ان الاستاذ " رحمه الله " بعد ذكره للعلتين قال: و الكبرى في الصغيرين ممنوعه انتهى. العوض حاصل و القربه غير شرط و على فرض العدم فلن يصلحاً بمجردهما للمنع مع ظهور الخلاف فيه، و ذكر ايضاً ان الاستدلال بالموثقه مجمل تأمل. و منشؤه ان جعله ميراثاً بشرط الواقف العود اليه لا يقضى بعدم جريان خيار الشرط فيه، لكنه ختم مقالته بالجزم بالمنع

لعموم ما قضى انه لا يرجع فيما كان لله تعالى حتى الهبه اللازمه، و اعرض عن ذكر الضابط الذى جعله اخيراً هو الميزان.

و أما الصلح و الاجاره و الضمان و الرهن فإن ما تحقق جواز التقايل فيه كأحد قسمى الصلح الذى لا يفيد فيه فائده البراء و ما بعده جاز فيه خيار الشرط بلا كلام. نعم، توقف بعضهم فى الرهن لأنه وثيقه للدين، و الخيار ينافى الاستيثاق فلا يصح للراهن، و هو كما ترى إذ غايته وضعه على اللزوم و هو لا ينافى الخيار بتراضى الطرفين. نعم، حكم الاستاذ " رحمه الله " بعدم جريانه فى المعاطاه حتى على القول بلزومها من اول الأمر او بعد التلف، و علله بأن الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلى، و كذا فى القسمة فى التراضى الفعلى فى السها، و أما القولى ففى احتياط دخول خيار الشرط فيها و ان لم تتضمن ردّاً و تصويره بأن يشترط الخيار بالتراضى القولى بالسها و أجاز احتياطه أيضاً دخوله فى الصداق و لعله المشروعى الفسخ فيه فى بعض افراده كما لو زوجها الولى بدون مهر المثل، و الحاصل ان ما لم يدخل فى الضابط يبقى على الأصل فى العقود و الايقاعات و كأنه لا اشكال على الظاهر فى امتناعه فى الطلاق و العتق و إيلاء و غيرها كذلك إذ الأخذ بعموم ادله الشرط باطله و إلا للزم كل شرط فى كل مشروط و لم يزعمه احد فيكون كالمجمل يؤخذ بما يتيقن ارادته منه و الله العالم.

#### الرابع: [خيار الغبن]

##### اشاره

من اشترى شيئاً و لم يكن من اهل الخبره و لا موجب لشرائه بأكثر من ثمن المثل كماء الوضوء و غيره عند الضروره، و ظهر فيه غبن و ان تصرف المشتري فى بعض افراد المبيع و جهل الغبن ثم طهر غبنه فى الباقي، و لم يجرى العاده بالتغابن به بالنسبه إلى الزمان و المكان او نفس المبيع كأن له فسخ العقد إذا شاء فسخه لا انفساخه بحصول الغبن فيه و هذا هو المسمى بخيار الغبن الذى هو لغه الخدع الذى يشمل التدليس.

و فى اصطلاح الفقهاء ما ذكره الماتن و مرجعه إلى تمليك المال ممن له السلطنه عليه بما يزيد على قيمه مع جهل الملك فهو غابن و الآخر مغبون، و الظاهر عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فيه فهو اما معنى لغوى ثانى او حقيقه عرفيه عامه و ثبوت هذا الخيار هو المعروف بين الاصحاب خصوصاً من تأخر منهم، و لا يجرى فيما يتفاوت لعله ثمنه كالمبيع المشترط فيه الخيار لأن الشرط المرقوم بنفس الثمن قطعاً عن بيعه لازماً و لم يحكى منعه صريحاً من غير الاسكافى و استدلل عليه مضافاً إلى الاجماع المحكى بالكتاب و السنه فالأولى و هو لتذكرة الفقهاء قوله تعالى [إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ] بتقريب ان المغبون لو عرف الحال لا يرضى، و وجهه الاستاذ " رحمه الله " بأن القادم على شراء شىء حيث لا موجب لشرائه انما يملك ماله و يرضى به إذا كان العوض مما لم تنقص قيمته عنه فكأنه يقول اشتريت ما يسوى درهماً بدرهم، ان لم يكن المتعارف فى المتبايعين ان المشتري لا يشتري إلا ما يحتمل به الزيادة على ثمنه لكى يربح فيه، و العله لم تستلزم بطلان البيع لأن المقصود صفه من صفاته كسائر الصفات المقصوده من كون الحيوان مثلاً يدخل لإصطبل فانكشف انه يخافه او كونه يحمل القنطار فتبين عدمه فإنها لا تخل بأصل العقد و لكن لا مانع إذا تبين عنوانها ان يوجب تبين فقدها الخيار جمعاً بين عدم فساد المعامله و بين استلزامها، ألزمه بما

لم يرضى به و لم يلتزم فيه، فالآيه تقضى بعدم لزوم العقد فى غير المساوى من العوض فإذا حصل التراضى بالناقص نزل منزله الرضاء السابق لفحوى حكم الفضولى و المكره و ضعفه بأنه من الدواعى



الذى لا يوجب تخلفه شيئاً كما مثلنا، و ليس الوصف المذكور عنواناً، قال " رحمه الله " بل قد لا يكون داعياً ايضاً كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار ماليتها بل قد يقدم عليه بأضعاف قيمته مع ان اخذه على وجه التقييد لا يوجب خيار إذا لم يذكر فى متن العقد انتهى، و هو كلام رائق لكن المأخوذ لغرض ليس محلاً للكلام و لا يلتزم الفاضل و غيره بالخيار فيه لأن الغرض كالمسقط لخياره من حيث اقدمه عليه كما هو بين، و أما انه من الدواعى و عدم ذكره فى متن العقد فهو و ان جرى على الضوابط الشرعيه إلا انه لا اصل يثبت ملازمه الخيار لما يذكر فى متن العقد لتخلف فى موارد كثيره و خروجه عن موضوع التراضى المفهوم من الآيه المشمول لعمومها تقييد فى الآيه محتاج إلى المقيد و ما ذكره لا يصلح ان يكون مقيداً بعد ظهور الآيه بما دلته، و مقتضى ذلك الظهور هو فساد العقد لكن جمعنا تردد المفهوم منها بين ان يكون عنواناً او داعياً، و قلنا بثبوت الخيار لأجل ذلك، ثم انه " رحمه الله " ذكر ان الفاضل لو ابدل الاستدلال بها بقوله [وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ] كان اولى، و وجهه بعدم حليه مال المخدوع فى هذا العقد فلو لم يجبر بالخيار لكان المأخوذ منه بالخدع أكلاً للمال بالباطل و خرج بالاجماع جواز الأكل قبل ان يتبين للمخدوع خدعه فيبقى ما بعد اطلاعه عليه فيثبت له الرد ان لم يرضى لكنه عارضه بالمستثنى بناء على حصول الرضا و عدم الرضا المتأخر لا- يخرج عن موضوع التراضى و مع التكافؤ يرجع إلى اصالة اللزوم إلا ان يكون رضا الجاهل بالحال يحكم بعدم فيكون من الأكل بالباطل بعد التبين و ان جاز قبله، ثم انه نفى الخيار فيما لو اقدم المغبون على شراء العين محتملاً لأن يكون بأضعاف قيمته، فلا تشمل الآيه هذه الصورة و لا قائل بالفصل فلا خيار فى الباقي و يرجع بعد تعارض الآيتين فى غير هذه الصورة و تكافئهما بضميمة عدم القول بالفصل إلى أصالة اللزوم انتهى. و هو فى غايه الجوده لكنه بنعيه و ماله إلى ان الرضا المقارن للعقد جهلاً بحيث لو اطلع لما رضى هل يفيد لزومه او لا يكفى ذلك فى لزومه حتى يرتفع الجهل فيبقى مراعى حتى ينكشف الحال لأن المتيقن فى التجاره عن الرضا فى غير هذه الصورة فتندرج فى المستثنى منه و لا تعارض بعد معلوميه الخارج بالاستثناء، و أما عدم الخيار فيما فرض من الصورة و جعله فهو أول الكلام لأن الأقدام كذلك مع معلوميه الغبن و احتمال الزيادة او مع الجهل به مع احتمال الزيادة فإن كان الأول فلا ريب فى عدم الخيار و لكنه خارج عن محل البحث و ان كان الثانى فهو من مفروض المسأله، و دعوى عدم الخيار فيه لا تسمع، و على أى حال فاستدلال التذكرة بالآيه لا غبار عليه على فرض كونه عنواناً لا من الدواعى التى لا تنافى لزوم العقد و الثانى النصوص و هى طوائف:

























































































































































منها الواردة في حكم الغبن، روى ثقة الاسلام مسنداً إلى اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله "ع" قال: (

غبن المسترسل سحت

)، و عن الميسر عنه "ع" قال: (

غبن المؤمن حرام

)، و في روايه أخرى (

لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل

)، و الحديث (

أيما مسلم استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا و كذا

( في المجمع و هي اخص من المدعى لأن الغبن الخدع و هو الضرر من جهه القيمه و هذه ظاهره في الخيانه من جهه المشاوره التي هي معنى الاسترسال و يحتمل بفتح الباء على ان التحريم بالفساد لا الخيار و ما فيها من لفظ السحت و ان كان ظاهره التعلق بالأحوال، لكن يحتمل ان يراد السحت الحرام تجوز بقريته المسترسل، أى انه كالسحت في الحرمة على حد اعانه الظالم كفر، و يحتمل ان ما يأخذه بطريق الخدعه من الزائد على استحقيقه كالسحت في الحرمة و الضمان و يمكن ان يراد به الحرمة بعد اطلاع المغبون و حصول الردّ منه للمعامله فلا يفيد مع هذا التردد.

و منها أخبار التلقى الواردة في ان الركبان إذا دخلوا السوق تخيروا و النهى عن شراء ما يتلقى و اكله مع التنقيح للعله، و إنها هي الغبن كما في لفظه، و ما ورد من انهم يتخيرون إذا غبنوا و منع من دلالتها بأنه لم يكن منها نصّ على العله بل هو استنباط و العله المستنبطه لا- يعبأ فيها عندنا مع احتمال ان تكون العله التدليس و إذا غبنوا في الأ-خيريه قيل بزيادته او جهاله راويه و المراد به التدليس الذي لا يخل بلزوم العقد.

و منها قوله "ص": (

لا ضرر و لا ضرار

)، فإن لزوم العقد على من يتضرر بعدم فسخه للمعامله بيعان او غيره ضرر منفى و الغبن في المبيع احد ما تشمله الروايه فحاصل معنى الخير عدم حكم الشارع بحكم يتوله من الضرر فلا يمضى تصرف ما فيه ضرر على الممضى عليه، و خدش الوالد "رحمه الله" و الاستاذ "رحمه الله" و غيرهما الاستدلال بالخبر بما ملخصه أن ارتفاع الضرر يحصل بثبوت الخيار و بغيره من استرجاع الزائد من الغابن و امضاء العقد فيما قابله من العوض، كما لو اشترى المريض فحبابه يا زيد من ثمن المثل و مات فإن الوارث

يرجع بالزائد على الأظهر الأشهر لا انه يتخير إلّا على قول الفاضل بأن ذلك ينافى مقتضى المعاوضه على الكل و من الزم الغابن بالفسخ بالكل اورد القدر الزائد او بدله عند تلفه فإن امتنع من الغرامه كان للمغبون الفسخ، و هذا نظير ما فى التذكره من ان الكاذب فى المراهجه فى خبره يرأس المال إذا بذل بعد تبينه المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري، و حينئذٍ فلا يثبت الخيار للمغبون إلّا بعد امتناع الغابن من البذل للزائد الذى يرتفع به الضرر، و كذا استشكل غير واحد فى ثبوت الخيار مع البذل لكن الايضاح و الجامع حكما صريحاً بعدم سقوط الخيار مع البذل للاستصحاب و لأن المبدول أما هبه مستقله او جزء من احد العوضين فإن كان الأول فلا تخرج المعامله معها عن كونها غنيه بل لو كان وقع الغابن الزياده، لا يجوز للمغبون اخذها بغير الهبه و قبولها لا- يسقط الخيار و ان كان الثانى فالجميع بين جزء العوض و تمام المعوض مناف لمقتضى عقد المعاوضه، و خدش ذلك جماعه بأن المبدول غرامه لما اتلفه الغابن عليه من الزياده فى المعامله الغنيه فلا يعتبر كونه من غير الثمن فهو كالأرش فى المبيع و نفى الضرر اثبت هذه الغرامه و نظروا فى الاستصحاب بأن البذل للزائد لا يثبت معه الخيار لا انه ثبت فيرفعه البذل لا أقل بكونه مشكوكاً و حينئذٍ فالخيار يثبت مع الامتناع لا مع البذل.

و مولاي الاستاذ " رحمه الله " حكم بأولويه حمل الحديث على ذلك من حملة على ثبوت الخيار له، و وجه الاولويه بضرر الغابن لو أُلزم بالفسخ لأن بذل المال في مقابلته شيء ظاهر في تعلق غرض له فيه كشراء دواء المريض مثلاً فأخذه منه ضرر عليه لأنه نقض الغرض فهو مرجح و ان لم يكن كضرر المغبون، لكن بعد اندفاعه بأخذه التفتات يصلح مرجحاً، اللهم إلا ان يعارض بأن عوض المغبون قد يتعلق بعين القيمة في بعض الفروض فلا- يتمحض الترجيح و هو من التحقيق الاثني، غير ان حديث نفى الضرر أقصى ما يثبت تسلط المغبون على ارجاع ماله إليه لا انه يقضى بتسلطه على مال الغير و أخذه من دون عوض و بذل الغابن للزائد لا يجعل البيع موقوفاً على بذل الزائد بمعنى انه جزء الناقل فإن كان الغبن عله للخيار فلا يتخلف المعلول عنه بالبذل و ان لم يكن عله له فلا معنى لثبوت الزائد في ذمته و الحديث لا يثبت انه بعض ثمن المبيع كى يستحقه البائع و لا يقاس بالأرش لأنه عوض عن الرد إذا رضى به المشتري لا- انه مع بذله يسقط الخيار و ابن هذا من ذاك، و أما رجوع الوارث بالزائد دون العين، فهو ان تمّ فبدليله الخاص. نعم، بذل الزائد مع رضاء المغبون يسقط حق الخيار بعد ثبوته لا انه يجعل المبيع لا خيار فيه مع عدم المعاوضة عليه كسقوطه بالرضا او التصرف فالعقد بواسطه الغبن من جهة نفى الضرر يسقط المغبون على فسخه و كونه لا يسقطه على ذلك إلا بعد امتناع البائع من دفع الزائد محتاج إلى دليل آخر غير نفى الضرر و لعل ذلك مما لا شبهه فيه كما لا ريب في سقوط الخيار بالرضا بدفع الزائد و قبوله، و مما يتفرع على ذلك ان المغبون إذا لم يتحقق الغبن و أخبره الغابن و دفع الزائد له و هو يرى عدمه ثم بعد اخذه للزائد اتضح له الغبن، فإن هذا الأخذ لا يسقط به حق خياره لأنه لا يرى غبنه و لا اورث غيره الظن به فضلاً عن القطع بعدمه و عسى ان الايضاح و الجامع اراد هذه الصورة و إلا فلا يمكن ان ينسب إليهما القول بثبوت الخيار مع الرضا بسقوطه بالبذل و يأتي توضيح ذلك،

**ثم انهم اعتبروا في هذا الخيار امرين:**

### **الأول: الجهالة بالقيمة جهلاً مركباً أو بسيطاً**

و إن استشكل في الأخير بعض زاعماً ان فيه نوع اقدام فلا يسمى غبناً و يشمل الجاهل المتفطن لو ترك السؤال او سأل و لم يعلم بالقيمة قبل، و يشمل حتى مع الظن بالزيادة او النقيصه لصدق الجهل عليه و خدش بكونه كالأقدام على المعامله، بل الشاك الملتفت إلى احتمال الضرر بحكم العالم إذا اقدام، و لذا يخس في حقه المدح و الذم و منع بأن المستثنى من عموم نفى الضرر الأقدام مع العلم دون غيره ممن يقدم راجياً لعدمه بل مبنى الناس على ذلك، و منه يعلم انه لو اقدام على الغبن اليسير فزاد على اقدام عليه بحيث يكون الزائد مع ما وُطن نفسه عليه مما لا يتشابه لم يسقط الخيار و ان كان كل منهما إذا انفرد مما يتسامح به، و لو اقدام على ان المجموع مما لا يتسامح به دون فرده فبان خلاف ذلك فللخيار وجه، كما ان المدار على القيمة العينية عند العقد فلو زادت بعده لا ينفع في رفع الخيار و ان لم يعلم المغبون النقيصه او الزيادة حصلت في ملكه و قبل بالعدم لحصول التدارك قبل الرد و صرح في تذكره الفقهاء إن زوال العيب مسقط للخيار قبل العلم او بعده فهو كما لو ابرأ قبل الاطلاع على العيب خصوصاً بالملك المتوقف على القبض لو كان فيه الغبن وقت العقد و زاد لانتقال الملك بلا نقص إليه إذا لم نوجب التقابض حين العقد و لو اعتبرناه ثبت الخيار لصدق الغبن في رفع الزائد بدل الناقص، و ظاهر الأكثر عدم الاعتبار بالزيادة و النقيصه بعد العقد و الوكيل على مجرد العقد لا عبره بعلمه و جهله دون الموكل، فإن الحكم يدور مدار علمه و جهله إلا أن يكون و كلاً على



الاطلاق و لو ثبت للوكيل خيار فهو لموكله

و تفصيله فى الوكاله. نعم، لو جهل الوكيل المطلق و علم الموكل فلا خيار اقتصاراً على المتيقن و القول قول المغبون فى نفى العلم بالغبن حين العقد و يحلف على نفيه عند الاتهام إلاً إذا كان من اهل الخبره عند جماعه فيثبته بما يثبت به عنده تقديماً للظاهر على الأصل، و خدشه الاستاذ " رحمه الله " بأنه لا يثمر فإن عدم قبول قوله لا يخرج عن كونه مدعياً و المدعى إذا تعسر اقامه البينه عليه او تعدّر لجهه انه لا- يعرف إلاً من قبله يقبل قوله مع اليمين، ثم ناقش فى الخدش بأن معنى تقديم الظاهر على الاصل هو جعل مدعيه ممن يقبل قوله بيمينه لا جعل مخالفه مدعياً يجرى عليه احكام المدعى و لذلك لا يقبل بيمينه فى فساد العقد و ان عسّرت عليه البينه على سبب الفساد و عليه فالقول قول منكر سبب الغبن متى حصل الاختلاف بين المتعاقدين مطلقاً لأصالة اللزوم و عدم التغيير لو اختلفنا اليه سابقاً و لاحقاً، و كذا لو اتفقا على التغيير مع الاختلاف فى تاريخ العقد و ان علما تاريخ التغيير فأصالة تأخر العقد لا يثبت وقوعه حينه فلو تعدّر على المغبون اثبات غبنه، أو سببه سقطت الدعوى و لا يتوجه على الخصم اليمين بعدمه لعدم علمه بفعل غيره و السقوط بلا بينه و يمين مشكل كتوجه اليمين عليه انه لم يعلم بجعله فإنه بعيد غايه البعد.

### الثانى: ان لا يكون التفاوت مما يتسامح فيه

كما لو زاد على الخمس لا ما نقص عنه و مع الشك و جهان من كونه ضرراً لم يعلم التسامح فيه فيثبت الخيار و من اصالة لزوم العقد لعدم خروج مطلق الضرر عنه، بل الفاحش منه غير أن اطلاق الدليل يقتضى الأول فلا يخرج منه إلاً الفرد المعلوم و هل الضرر نوعى او شخصى ظاهر الاصحاب هنا نوعيته لتحديده بما لا يتغابن به الناس عرفاً، و ظاهر استدلالهم فى الابواب المتفرقه فى الحديث ملاحظته بالنسبه إلى شخص الواقعة و لذا و جبوا شراء ماء الوضوء حيث لا يضر بحال الشخص لا بماله، فإن شراءه بأضعاف قيمته من المعامله الضرريه النوعيه بناء عليه، ان المغبون إذا لم يضر غبنه بحاله لا خيار له، و إن كان الغبن فاحشاً و له الخيار مع الاضرار بشخصه، و إن كان مما يتسامح به فيسقط الشرط و يدور الخيار و عدمه مدار شخص المغبون و الالتزام بذلك فى غايه الصعوبه بعد اطلاقهم الشرط المزبور، و يمكن أن يكون المدار على النوعى منه بحيث ان لا- تكون المعامله ضرريه، و يلتزم بتخصيص القاعده بالدليل الاجتهادى فى بعض المقامات كالمثال المزبور او يدعى نفى الضرر مع احراز العوض العظيم فإنه غنيمه كالجهاد و غيره.

و منه شراء ماء الوضوء ما لم يستلزم الاجحاف، فإنه منفى بأدلته لا ادله الضرر، هذا و ظاهر المصنف هنا و غيره فى غيره ان ظهور الغبن شرط لحدوث الخيار فلو فسح المغبون اقتراحاً أو ظاناً انه له الفسخ لسبب غير الغبن فتبين غبنه لم يفسح العقد و ليس له ذلك، و يظهر من كره ان الغبن سبب لثبوت الخيار علم به المغبون او لم يعلم فهو كاشف عقلى لا- شرط شرعى و حكمهم بنفوذ التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون بالغبن و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل كاستدلالهم بحديث تلقى الدكان انهم إذا دخلوا السوق بالخيار يؤيد الأول فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لأطلاعهم على قيمه و قولهم بعدم سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم بالغبن يرجح الثانى، و جمع الاستاذ " رحمه الله " تبعاً لشيخه العم " رحمه الله " فى خياراته بين كلماتهم باختلاف الآثار فى هذا الخيار و المتبع فى ترتب كل اثر منها الاعتماد على دليله فإن كان مرتباً

على السلطنه الفعلية كالمسقوط بالتصرف المتوقف

على العلم و كالتلف الذى حكموا بأنه من المغبون قبل ظهور الغبن باستثناء ذلك من قاعده كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له الشامل لخيار الغبن على قول فهو و ان كان الخيار ثابتاً فى نفس الأمر غير ان الحكم معلق على السلطنه الفعلية دون الخيار فى نفس الأمر و مثل اسقاطه بعد العقد قبل ظهوره و سقوطه شرعاً به كأنه معلق على ثبوته فى نفس الأمر المجهول لصاحبه.

### أما التصرفات قبل العلم بالخيار

#### إشاره

فبعض اسقطه بها فيعلم منه ان الحكم مرتب على ثبوت الخيار فى نفس الأمر على سلطنه المغبون و آخرون حكموا بمضى تصرف الغابن قبل العلم بالغبن دون ما بعده فهو يشعر بأنهم رتبوه على سلطنته الفعلية و الثانى اشهر و سيجىء الدليل عليه و المرجح فى الشك إليه و ان كان للأول وجه يخرج على القواعد كما فى بعثك هذا ان كان لى و الإبراء مما له عليه إذا لم يعلم بدين له فى ذمته سقوط خيار العيب قبل العلم به كما ذكره الفاضل و جامع المقاصد فى تعيب الأمه المدلسه عند المشتري بناء على ان العيب فى زمن الخيار مضموناً على من لا خيار له فى الغبن و غيره و مثله خيار الرؤيه، فإنه محتمل للأمرين و ان ظهر من عدمه حدوثة بها و هكذا، ثم انك قد عرفت ان الأصل سقوط الخيار بالتصرف ممن له مطلقه قبل العلم و بعده على الخلاف، و لكن اطلق اكثر الاصحاب كالمصنف انه لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف، و قيده شيخنا " رحمه الله " تبعاً للأشهر بالسابق على ظهور الغبن بشرطه، و ظاهر اطلاقهم عدم الفرق بل فى ظاهرهم و صريحهم انه لا فرق بين الخيارات فى سقوطها بالتصرف و فى عدمه و لا يثبت الرد مع التصرف إلا هذا أى التصرفه فإن ظاهره الاطلاق فى غير المستثنى، و يرشده سقوطه قبل العلم فى خيار العيب و التدليس و لو فزع للنص فى العيب اشترك الغبن و التدليس فى عدمه غير المتدبر فى كلماتهم يرى استثناء هذا الخيار من السقوط بالتصرف مطلقاً، حتى ان العم و الوالد (رحمهما الله) أدعيا عليه الاجماع، و الاستاذ " رحمه الله " استظهر منهم و ان قال نعم، لم اجد لهم تصريحاً بذلك عده لذلك و من تأخر عنه و الدليل يقضى به فالاستشكال فى غير محله استدلال العم عليه بما نصه لما هو الأصح من فوريه هذا الخيار اقتصاراً على المتيقن من عموم دليل السقوط بالتصرف على الموضوع الخاص الذى قام فيه الدليل الخاص كخيار الحيوان و انه لا عموم فى دليله فكان ذلك على وفق القاعده و يكون التخصيص بالمشتري بالنظر إلى السقوط بالتصرف الناقل كما هو ظاهر البعض فى محله و لكنه احتمال ضعيف.

و أما فى صوره الجهل و ان كان السقوط لدلالته على الرضا كان عدم السقوط على وفق القاعده، و أما بناء على الوجوه الأخر فى التصرف و القول بعموم دليله فلا بد لإخراج هذا المقام من دليل خاص، و الظاهر قيام الاجماع عليه و خروج المعلوم لا ينافى الاجماع، و حيث ان البناء على عموم دليل السقوط بالتصرف يقتصر على المتيقن من عدم السقوط، و هو صوره الجهل للإجماع و شموله لصوره العلم محل شك فيبقى على وفق القاعده انتهى. و الاستاذ " رحمه الله " حكم بعدم السقوط لبقاء الضرر مع الجهل، و استثنى العيب لدليله و بتداركه بالأرض.

و أما التدليس ان تم له دليل و إلاً هو كسائر الخيارات غيره، و أما بعد العلم فمن حيث الاقدام الذى لا تأتى معه العله المرقومه قال بالسقوط فيما سوى المستثنى، فإن الأقدام كاشف عن الرضا بالعقد فلو لم يدل فعلاً و لو بعد العلم على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف لزم

الرجوع إلى اصاله بقاء الخيار و هو وجيه ان تمخضت العله بما ذكرنا فإن ظاهرهم اطلاق كون التصرف بعد العلم موجب للسقوط، و لم نعثر على مفضّل بل اطلاق بعض معاهد الاجماع بأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه اجازة، و فيما انتقل عنه فسخ. نعم، سبق فى خيار الحيوان استفادته كون العله فى السقوط الرضا بلزوم فى العقد من بعض نصوصه، و تكلمنا فيه على انه لو ادعى بقاءه بعد العلم بالغبن، أما لعدم الضرر الموجب له و للإجماع و الأول منتفٍ قطعاً و ان حصل الرضا عند الاطلاع على الغبن و الثانى غير ثابت مطلقاً و لو بعد الرضا به. نعم، لو كان الشك فى رفعه بعد ثبوته استصحب بقاءه و هو غير معلوم، بل الثابت الشك فى الدفع، و حينئذٍ لا- وارد على اصاله لزوم العقد، و الحاصل الأظهر ان التصرف الكاشف عن الرضا او مطلقه مسقط للخيار الثابت بعد العلم، إلّا إذا لم يخرج بالتصرف عن الملك للمغبون بالبيع و شبهه من نواقل الأعيان على وجه اللزوم او مطلقه، أو يمنع من رده مانع كالاتيلاء و العتق فإن الخيار ينتفى هنا مطلقاً على المشهور، و نسب للشيخ " رحمه الله " القول بأن تلف السلعة من المشتري مرابحه فى تصرفه عند كذب البائع فيها يسقط الرد مع اتحاد الخيارين فيظهر منه الخلاف، و استند فى تذكره الفقهاء على الحكم بأن ما فات لا يستدرك بالخروج عن الملك ذهب العين فقيم الخيار، و خدشوه بعدم شرطيه امكن رد العين فى تحقق الخيار و وجه بأن الخيار انما اثبتت ضرر المالك فى العين المنتقلة اليه او منه و رفعه بالتسلط على رجوع عينه فلو تعذر ذلك ارتفعت السلطنة و لزم العقد لاحتياج فسخه إلى دليل و تضرر المغبون لزيادة الثمن معارض بتضرر الغابن يأخذ البديل و قبوله و رفع الضرر من الطرفين لا- يتجه إلّا برد العين. و فيه ان رفع البديل مضر فى الغابن لأن العين أما مثليته فيسترجع المثل قيمه فتعريضها للبيع يقضى بطلب قيمه فلا ضرر كى يعارض بضرر زياده الثمن على قيمه لو كان الاقدام مع الجهل كهو مع العمد مما يقضى بالالتزام بالضرر ليس له الفسخ او استفاد من عدم معذوريه الجاهل فى العبادة حكم شرعى و هو مساواه الجهل للعمد عند الشارع إلّا ما خرج فيمكن القول بأن الشارع الغى حكم الضرر هنا و سوى بينه و بين العمد لا أقل من الحكم بالمساواه حال تلف العين، فلا- يتم نظر الشهيد فى اللعمه مضافاً إلى استفادته الاتفاق عليه كما حكينا هذا و يظهر من الماتن، كما هو صريح غيره اختصاص هذا الخيار بالمشتري و مقتضى الدليل العموم له و للبائع، و به صرح من دون تردد غير واحد وفق المسألة ان المغبون اما البائع او المشتري او هما معاً و الحادث أما انتفاع فقط و أما تلف او تصرف و التلف اما من البائع أو من المشتري او منهما او من اجنبى مع العلم أو الجهل و الاضطراب او الالزام الشرعى مثل توقف حفظ العبد من الغرق على التصرف فيه، و المتصرف أما هو بنفسه او لو كيله او وليه او بالفضولى له مع الاجازة منه و المتصرف فيه لا- يخل من ان يكون عيناً او منفعة و كيفيه التصرف اما على وجه النقل او غيره و الناقل اما لازم او جائز بالأصل او بالعارض، و غير الناقل اما ان يمنع الرد كالاتيلاء و الانعتاق قهراً او لا- و على كل حال أما ان يفيد تغيراً او لا و التغيير اما ان يكون بالزيادة او بالنقصان او هما معاً و الزيادة اما حكمته كقصاره الثوب او عينيه كالصبغ او هما معاً، و أما ان يكون بالامتزاج و هو أما بمزجه بالأجود او الأردى او المساوى

**بحث فى موانع الرد فى ضمن مسائل**

**اشاره**

ثمّ المانع من الرد من حدث او غيره، أما ان يزول قبل الحكم ببطان الخيار او بعده او لا يزول و هذه جملة صور المسأله و هي  
تننظم فى طىّ مسائل:

### المسألة الأولى: ان غبن احدهما واضح و أما غبنهما ففي تصويره اشكال،

بل احواله بعض المعلقين على الروضه للزوم كون الثمن اقل من القيمة السوقية و اكثر و هو محال و تعرض جماعه لحله، منهم الوالد " رحمه الله " صوره بما إذا كانا في بربه و كل واحد منهما في بلد فباع احدهما على الآخر، و مذ رجعا ظهر للبائع انه لو باعه ببلده لباعه بالأكثر فهو مغبون و كذا المشتري وجدان ثمنه المدفوع فيه غبن فاحش بالنسبه إلى بلده و قد يكون ذلك في بلد واحده و صوره ايضاً لو قامت البيئه على الغبن في الثمن و الأخرى عليه في المثلث و تعارضتا، قال " رحمه الله " او حكم الحاكم في وجه انتهى. و هو ما لو تعارض، و صوره القمي " رحمه الله " فيما لو باع متاعه بعين من النقود و شرط ان يدفع له بدلها عيناً أخرى، فتبين الغبن في المبيع للبائع و في البديل للمشتري، و إن لم يكن في اصل البيع مغبوناً، و اشكله الاستاذ " رحمه الله " بأن المشروط قسماً من العوض و لذا لو دفع البديل للبائع له ان يمتنع عن قبضه فلا غبن فيه و لو رأى ان الشرط معامله مستقلة خرج عن الفرض لأن المفروض ان الغبن في معامله واحده، و لا يتوهم ان ذلك يرد على الوالد " رحمه الله " لأن البائع لم يشترط البديل و لا العين بما يوازئها قيمه من غيرها فتأمل.

و أما تعارض الحكم و البيئه من كل وجه فربما يرجع ذلك بعد التساقط إلى لزوم العقد و عدم الخيار، و صوره العم " رحمه الله " فيما لو باع شيئين في عقد واحد بشئنين فغبن البائع في احدهما و المشتري في الآخر و ضعفه الاستاذ " رحمه الله " بأنهما معاملتان ان جاز التفكيك و واحده ان لم يجز و لا خيار فيها بعد ضم احد الشئنين للآخر مما لا نقص فيه و إلا فالمغبون واحد حيث ان الجملة نقضت عن الثمن لكن لو باع جملة اشياء لمتعودين فقبلوا دفعه واحده فدفع كل منهم ثمن ما اشتراه بذلك العقد و تبين غبن البائع في بعض الأمتعه و غبن المشتري في بعض الاثمان، و اختلقت الاثمان فقد يقال ان البائع له الخيار و كذا المشتري المغبون منهم فيما عاد إليه، و لا يتوجه تضعيف الاستاذ " رحمه الله " حينئذٍ لأنها معامله واحده بعقد واحد و هو الذي اراده العم " رحمه الله " إلا ان ينكر جواز مثل هذا البيع، و حكى عن الجدل كاشف الغطاء " رحمه الله " بدرسه ان المراد بالمقسم معناه الاعم الشامل لصوره خروج العين المشاهده على خلاف ما شاهده او ظهور تخلف قول البائع في الوزن و الكيل، فإذا ظهر ذلك في الثمن و المثلث و اطلق الغبن عليه يتحقق في كل منهما بعقد واحد و استحسنة الاستاذ " رحمه الله " ان لم يظهر اراده المعنى الأخص منهم في خصوص هذا الخيار و صور ذلك بعضهم في غير ما ذكرنا مما لا ثمره مهمه في الاطاله، و وقع في ذهن القاصر ان صورته ما لو باع فغبن ثم باعه المشتري على البائع فغبن أيضاً، فهل يرجع البائع على المشتري بالتفاوت و كذا المشتري او لا- يرجع، لأن عينه رجعت اليه و لم تخرج بالبيع عن عدم امكان الرد كغيرها فأنهم حكموا بأن البيع يسقط الرد و لو على المغبون فتدبر.



## المسألة الثانية: فى تصرف الغابن بشقوقه

### إشارة

و الأصل فيه أن تصرفه لا يوجب سقوط خيار المغبون مطلقاً و حينئذٍ يسترجع العين بفسخه مع وجودها و سلامتها من العوارض

### أما مع تحقق العدم ففيه مقاصد:

#### المقصد الأول: خرجه عن ملك الغابن بعقد لازم

من بيع لا خيار له فيه او وقف غير منقطع او عتق او بعقد جائز كهبه او بيع بخيار او غيرهما ففي رجوعه إلى البدل او ابطاله للعقد من حينه او من اصله كالمرتهن و الشفيع وجوه اقواها الحكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن مطلقاً حتى فى الجائز منها إذ معنى الجواز تسلط احد المتعاقدين على فسخ العقد لا الأجنبي و المغبون اجنبى فليس له فسخه و لا دليل يدل على جوازه و ليس ذلك من لوازم خياره كى يبطل به ما وقع من العقد صحيحاً، و فى ذلك الزام الغابن بالفسخ فى المنقول بعقد جائز بعد الفسخ المغبون فإن امتنع فالحاكم، فإن فقد و امتنع فالمغبون، و خدش بأن العين ان ملكها المغبون بفسخه فلا حاجة إلى فسخ غيره من الغابن و غيره و ان ملك البدل بالفسخ فقد سقط حقه فكيف يلزم الغابن به و اى دليل يصحح له العدول عما ملك لغيره بل لو ملك البدل بفسخه و فسخ الغابن لا رجوع له فى الغبن مطلقاً لو عادت إلى الغابن بفسخ أو ارث بعقد جديد او غيرها لعدم الدليل على تسلطه بعد تملك البدل و وصول حقه اليه. نعم، إذا عادت العين للغابن قبل فسخ المغبون فقد قبل، و اختاره الوالد " رحمه الله " ان له اخذها إذا فسخ بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل عن العين إذ ليس الخروج عن الملك من قبيل المانع لاقتضاء المقتضى فيزواله يحكم ببقاء الخيار، و إنما هو رافع للخيار و موجب للبدل بمجرد النقل فلا يعود الخيار لعوده، و إلا- لاقتضى بطلان النقل لغير ذى الخيار ما دام حق الخيار موجوداً فالنقل مطلقاً كالاستيلاء و العتق لكن مع الوالد مع فقدته لعدم خروج الجارية عن ملكه به ان لم يكن ذلك من مستثنيات عدم بيع ام الولد و أما التدبير فلا ريب فى تسلط المغبون على المدبر قبل موت السيد لعدم انتقاله عن ملكه و استوجه بعضهم ان حق المغبون ثابت بأصل المعاملة و العقد الطارئ وقع فى متعلق حق الغير و لا- يظهر إلّا بعد بروز السبب و متى تحقق فى الوجود الخارجى فله الخيار فى استرداد العين، و إن نقلها الغابن قبل العلم بالغبن. نعم، حيث وقع العقد فى ملك الغابن كان بطلانه من حينه لا من اصله الذى ذهب إليه جماعة بتقرير إن وقوع العقد فى متعلق حق الغير يوجب تزلزله من رأس، كبيع الرهن فإذا فسخ المغبون البيع الأول فقد تلقى الملك من الغابن لا من المشتري الثانى و هو كما ترى ضعيفان لما تقدم من فقد الدليل على التزلزل مطلقاً.

#### المقصد الثانى: لو تصرف الغابن بما يغير الغبن

فهو لا يخل من ان يكون بالنقيصه او بالزيادة او بالامتراج، و يشمل النقص سلب منافع العين بالانتقال و نحوه قبل الفسخ و حكم النقيصه استرجاع العين مع عوض الفأئت بحسب التقسيط إذا كان النقص يوجب الأرش المغبون لو ردّ تمام العوض بقى جزء منه بلا معوض فلا يستحقه الغابن بتمامه إلّا برجوع المعوّض، فهو كتلف بعض العين الذى لا بد من تدارك الفأئت فيه ببدله و ان زادت قيمه العين بعد الفسخ قبل الرد على عوضها لوقوع الزيادة فى ملك المغبون و ان لم يوجب إرشاده بلا شىء و نقص قيمه لا أثر له على الأظهر كزيادتها، و أما لو فسخ و وجدها مسلوبه المنفعه بإجازة او تحييس ملك العين كذلك و صبر إلى انقضاء المده و حينئذٍ فإن كان للعين منفعه غير المنفعه المنقوله ايضاً يملكها الفاسخ كالحمل الحادث بعد الفسخ مثلاً و إلّا فلا يملك ما يتجدد من المنافع الداخله فى المنفعه المنقوله إذ المنفعه المتجدده و ان كانت معدومه سابقاً، إلّا ان

الشارع جعلها بمنزله الموجوده و لذا صح العقد عليها فتكون كالمنفعه المستوفاه قبل الفسخ، فإن استوفاه الموجه الغابن لم يجب عليه بدل عوضها شىء بالنسبه إلى بقيه المده بعد الفسخ، فإنها تابعه للملك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعه العين باشرها من جهه انها من الزوائد المنفصله، و احتمال العم " رحمه الله " الفرق بين المده الطويله التى لا ينتهى إليها عمر الفاسخ و بين غيرها فنزل الطول بمنزله التلف للعين، و يجرى حكمه فيها و احتمال أيضاً جواز تأخير الفسخ إلى انقضاء مده نقل المنفعه، و إن كان الخيار فورياً لأنه تأخير لعذر و احتمال ثلاثاً عدم وجوب ردّ العوض حين الفسخ، و إن انتقل إليه من حينه و دخوله على تحمل الصبر لعدم الانتفاع التام بالفسخ مع انتفاعه بالعوض ليجمع بين الحقيقتين فى تحمل الصبر. قال و يجرى ذلك فى الشفيع إذا أخذها و وجدها مشغوله بنظائر ذلك انتهى.

نعم، لا- يجرى هذا فى المنفعه المنقوله بعقد جائز كالسكنى المطلقه بل له الفسخ و فيه ما تقدم من النقل للعين بعقد جائز و حكم الوالد " رحمه الله " بانفساخ الاجازة فى بقيه المده لا ملك منفعه المترزّل مترزّل، و به جزم القمى " رحمه الله " أيضاً فى خيار الشرط و لعله لا يخل من تأمل لعدم الملازمه بين ترزّل العقد و ترزّل المنفعه، فهو مترزّل دون منفعتة و عساهما استفادا من العداوه حيث ذكر بأن التفاسخ متى كان لاختلاف البائعين فإن وجد البائع العين مستأجره كانت اجرتها للمشتري الموجب و جب عليه للبائع اجره المثل للمده الباقية بعد الفسخ، و لكنه يحتمل الفرق بين المقامين لجهه ان الاختلاف المجرّز للفسخ ظاهر فى فسخ العين، و المنفعه و إلا لما ارتفع الاختلاف بين المالكين ببقاء العين تحت يد احدهما و عدم ارتفاع يده، و أما الزيادة فهى اما عينيه او حكميه او المركب منهما و فى العينيه كالغرس بتسلط المغبون على القلع بلا ارش كالشفيعه لأنه نصب فى مكان ملكه الغير كمن باع ارضه من دون غرسها، فإنه فى موضع معرض للزوال و لأن فسخه بحكم الشارع فلا يستعقب شيئاً و احتمال تسلطه مطلقاً، لأن الغرس لم يكن عرق ظالم او تفاوت المنصوب منه مع المقلوع واضح عرفاً، فليس للمغبون قلعه و ان دفع التفاوت لمفهوم الخبر فيكون كما لو باعها مغروسه مع بقاء الغرس له، و قيل بجوازه مع الارش لوقوعه فى ملك مترزّل فليس للغرس حق البقاء فى الأرض. نعم، للغابن الغرس بصفه نصبه و حيث تسلط المغبون على تلف تلك الصفه كان عليه ما قبلها من الأرش لدفع الضرر ان سلمت حجته فى المقام حيث لا جابر له و على الحجيه فهو مقصور على صورته عدم اقدم الغابن على غبنه و خدعته و لا- يعارض ذلك بالأرض المستأجره حيث لا تنفسخ اجارتها و لا يغرم لها اجره المثل مع انها من وادٍ واحد للفرق بتملك منفعه العين تمام المده قبل استحقاق الناسخ هناك بخلاف ما نحن فيه فإن المستحق منصوبه الغرس لا- المكان المنصوب فيه فيملك كل واحد منهما ماله من دون حق له على غريمه، فيتسلط الغارس على غرسه بقلعه عن ارض غيره و يلزمه اصلاح ما يفسده قلع الغرس من الأرض على تأمل، لأن وضعه بحق فلو انتزاعه بعد انتقال الأرض عنه و لا شىء عليه من الاصلاح لأن الخراب المسبب من القلع الذى له لا يسلط مالك الأرض على إزمائه بإصلاحه لأن المسبب لذلك بفسخه حيث لا يعلم الغابن بالغبن بل و لو علم به، إلا ان الاستاذ " رحمه الله " ظاهره ان أرش طمّ الحفر عليه من دون تردد و كذا يتسلط مالك الأرض بعد الفسخ على تخليص أرضه من غرس الغابن و لا كان وضعه يحق فعليه بعد القلع الأرش بدفع تفاوت كونه منصوباً حتى يفنى و مقلوعاً قبل ذلك إذ صفه النصب من اموال المالك للغرس فتقابل بالعوض و لا ينافى فى ذلك تسلط صاحب الأرض على قلعه لأن المال هو صفه الدوام لا استحقاق المكان، و منه يظهر انه لو كان الثابت فى ملكه غير الغرس مما لا ماله لقيامه فيه كالشباييك و الأبواب و الأخشاب

الذى اثبتها الغابن قبل الفسخ فللمغبون قلعها من دون ارش إلاً ان يستلزم نقصان العين او تلفها بتخليص ملكه، و ان لم يكن لقيامها ماليه فالظاهر ان عليه بدل التفاوت و قيمه التالف مع احتمال العدم إذا لم يكن لقيامها بأرضه حتى تفنى ماليه فينبغى للحاكم التأمل في اختلاف الأعيان القائمه بالغرس او بالاثبات ببناء و نحوه و اعطاء كل ملكه. نعم، لا ريب في عدم استحقاق الغابن ابقاء متاعه المنفصل و ان كان لبقائه ماليه فإن للمغبون تخليصه منه جزماً و لا يعارض أيضاً بما عليه المشهور، بأن البائع لو فسخ بعد تفليس المشتري بما نقله اليه من ارض مغروسه للمشتري انه ليس به قلع الغرس و لو بالأرش للفرق بين حدوث الغرس في ملك متزلزل في الواقع كما فيما نحن فيه، فحق المغبون قد تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسئلة التفليس الذى عرض بعد البيع، فالغرس كان قبل حدوث سبب التزلزل فيشبه بيع الأرض المغروسه و ليس للمشتري قلع غرسها بلا خلاف و لو مع الأرش للحجر عليه في التصرف، و الظاهر انه يجوز للمغبون القلع لو جاز مباشره و تسيباً من دون مطالبه المالك أو اذن الحاكم و لا يلزم الحاكم جبره لثبوت ان ذلك حقه شرعاً و توقفه على شىء آخر يحتاج إلى دليل و بذنا حكماً فيما لو دخلت اغصان شجره الجار لجاره و ان كان الدخول هناك بغير فعل المالك دون ما هنا لأنه لا يصلح فارقاً بعد ثبوت ان له حق القلع و حينئذ إذا لم يقلع و اختار ابقاءه فله الاجره ان لم يظهر منه المجانيه، و ليس للغابن جبره على القلع لوضعه يحق بل يخيّره المغبون بين القلع بالأرش أو ابقاءه بالأجره إلاً على احتمال سيق من كون الانتقال بسبب لاحق للغرس لا بحق سابق عليه، و ان التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر من التصرف فيما له و لا يلزم الاستئذان مع الامتناع، و أما الزرع فكذلك، لكن الشهيد قال انه له أمد ينتظر فيعين بقاءه بالأجره جمعاً بين الحقين و العله مشتركه الورود غايته الطول و القصر في الأمد المنتظر.

و أما الامتراج الشامل لتغيرها بصفه او جبت أجره أخذها بعد دفع الأجره على اشكال، كالطحن و القصاره و ان كانت صفه من وجه و غبن من آخر كالصبغ قيل بالشركه بالنسبه و الأجره، و قيل بالعدم لما مرّ من الوجهين، و لو زادت العين بتلك الصفه كان شريكاً في الزيادة بنسبه قيمه على اشكال، و الشيخ جزم بأخذ الأجره للعمل مطلقاً لاحترام عمل المسلم، و هو مبنى إلى ان تضييع هذا العمل لأيهما يستند فإن لم يستند إلى المغبون لا أجره.

و أما المزج الحقيقي فهو أما بجنس عينه او بغيره و الأول بالمساوى او الأردى أو الأجود مع الأول يكون شريكاً و لا أرش له مع عدم اضرار المزج بقيمته ما لم نقل بأن نفس الشركه عيب، و لعل القول به لا يخل عن قوه و بالأردى يتعين عليه ارش تفاوت الرداء من الممتزج او ثمنه، و بالثالث يستوفى من الثمن بنسبه قيمته او بنسبه قيمه فإذا كانت قيمه الردى نصف قيمه الجيد قسّم الجميع ثلاثاً و خصّه الشيخ بالسابق لأن الثانى يستلزم الربا و له وجه.

و الثانى إن استهلكه المازج كان بحكم المتلوف يرجع فيه لا قيمه و ان لم يستهلكه لكنه غير حقيقته فكذلك و يحتمل الشركه قهراً كما لو كان لمالكين.

### المقصد الثالث: فى التلف و هو اما من الغابن او من المغبون

فيما وصل إلى أحدهما او من احدهما فيما وصل إلى الآخر او بآفه سماويه او من اجنبى و حكم تلف الغابن لما فى يده عمداً او

لا او بآفه سماويه عند فسخ المغبون أخذاً بالبدل و لا شىء عليه ان كان أخذ المثل لرجوع ماله اليه، و وقع التهاتر قهرياً و إن تعذر المثل او كان قيمياً طالب بقيمته يوم الفسخ لا يوم التلف إلا على القول بالفسخ من الأصل لا من حينه فإنه لا شىء عليه مطلقاً، لأن التلف من المغبون لا من مال الغابن و هو سلطه عليه فيرجع قيمه له و يذهب المتلوف عليه و مثله

لو كان المتلف له المغبون و كان الفسخ من حينه، فإنه يغرم للغابن قيمه يوم الفسخ ايضاً و قيل يوم التلف فى المقامين بل نسب ذلك للمشهور مع ان جماعه صرّحوا فيما لو كان الثمن و المثلن عينين فى بيع و قبض احدهما دون الأخرى، فباع القابض العين المقبوضه ثم يلفت العين التى لم تقبض بانفساخ البيع الأول بتلف متعلقه دون الثانى فيغرم البائع الثانى بعد انفساخ الأول قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض.

قال الاستاذ " رحمه الله " و هذا ظاهر بل صريح بأن العبره بقيمه يوم الانفساخ دون تلف العين و الفرق بين المسألتين مشكل انتهى. و ظهور ذلك فضلاً عن صراحته خفى علينا إذ غايته اتفاق وقتى الفسخ و التلف إلا أن يريد بالتلف تلف ما باعه من المقبوض منزلاً لبيعه بمنزله التلف و على كل حال فإن تساوت القيمتان فلا اشكال و ان اختلفتا فإن كانت العبره بيوم التلف و هى التفاوت و زياده و نقيصه بالنسبه إلى اوان الفسخ و كذا حين الفسخ بالنسبه إلى يوم التلف إذا كان المناط بالغرامه، فإن زاده أخذ الزائد و ان نقصت دفع الزائد و لو تلف المبيع او الثمن بإتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن لأنه الذى يدفع له العوض فيستحق عليه المعوض او بدله و لأنه يملك على المتلف قيمه و كون المال فى عهده المتلف ما لم يدفع العوض، و فى ضمانه لا يجوز الرجوع إليه و ان احتمل و أنه ليس فى ضمانه لغير الغابن فإن التلف كان من ماله. نعم، لو كان بعد الفسخ فللرجوع إليه وجه و يحتمل التخيير لملك الغابن البدل و المتلف ان المتلف فى عهده قبل اداء قيمه و لو كان التلف بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف و ظهر الغبن ففسخ ردّ الثمن و أخذ قيمه الغبن المتلوفه إذ المبرأ عنه كالمقبوض و بما ذكرنا تقدر على احكام تصرف المغبون بالعين و تلفه لها على التصاوير التى سلفت إلا ان بعضهم إلى ان اتلاف المنقول عن المغبون و المنقول إليه مسقط لخياره، و هو ضعيف كما ان المحقق الثانى تردد فى التلف السماوى و الاجنبى فى بقاء الخيار و عدمه لعدم استدراكه و لعدم تقصير المشتري، و لكن الأرجح استصحاب بقاء الخيار و ما انتصر له من تغيير الموضوع لا وجه له، لأن موضوعه العقد و لم يتغير و قول المنتصر ان تشخيص العقد بالمعقود عليه، و قد تلف ممنوع كل المنع و لهذه المباحث مزيد بيان يأتى ان شاء الله تعالى.

### المسألة الثالثة: نسب للمشهور فوربه هذا الخيار

#### اشاره

و لغيره تراضيه و عزى لظاهر المصنف فى قوله ان شاء هنا، و تردد فيه بعضهم و المتبع الدليل حيث لا نص يقضى بأحدهما، و بنى المسألة العم " رحمه الله " على ان لزوم العقد معناه ان اثر العقد مستمر إلى يوم القيامة أو إن عموم الوفاء بالعقود عموم ازمانى للقطع أنه ليس المراد من الآيه الوفاء بها آناً ما بل على الدوام و قد فهم المشهور منها ذلك باعتبار ان الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا ريب ان المفاد عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين إلزام فإذا دلّ دليل على ثبوت خيار من ضرر او اجماع او اخبار فى اخبار عن ثبوت خياره فى الماضى او مطلقاً بناء على الإهمال لا الإطلاق فى الاخبار، فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه كاستثناء قواطع حكم السفر، و ان اللزوم ليس كالعوموم و إنما يثبت ملكاً سابقاً و يبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل،

فتكون المعارضه بين استصحابين، و الثانى وارد على الأول فيعدم عليه و الأول اقوى لأن حدوث الحادث مع زوال علته السابق يقضى بعدم اعتبار السابق أما مع بقاء تلك العله فلا- يلغى اعتبار السابق و مراده بالاستصحابين استصحاب لزوم العقد و استصحاب الخيار وارد عليه فيقدم، ثم قال و يمكن اثبات الفوريه بحديث الضرار فيتمشى فى غير الخيار من اجازة الفضولى و الشفعه و فسخ النكاح و نحو ذلك، فإنه قد يترتب على بقاءه ضرر عظيم من قبيل التحجير

على زوج يمتنع فيه الجمع لأنه متى فعل يبقى مردد او بالإجازة تنقيح العقود و كذا فوائد الأعيان فيؤخر الخيار حتى يستوفى منافعها و نتائجها، ثم يردّها انتهى.

و اعترضه الاستاذ " رحمه الله " بعدم رجوعه إلى محصل فإن ما ذكره من المبني في الرجوع إلى العموم و هو استمرار اللزوم مبني لطرح العموم و الرجوع إلى الاستصحاب إذ هو قضيه الاستمرار و هو كذلك، غير انه لم يظهر من العم جعل هذا مبني للعموم و ان صدره عليه بل هو ذكر الاستصحاب اجمالاً و عقبه بعطف العموم عليه فلا ادري كيف فهم منه، إن ذلك مبني للعموم و ظاهره خلاف ما ادعاه و ما ذكره أخيراً هو تفصيل لما ذكره سابقاً. و خدشه بأن الكل متفقون على الاستناد في أصله اللزوم إلى عموم آية الوفاء، فالإغماض عنها و الرجوع الى الاستصحاب منافٍ لاتفاقهم و إن أمكن الاستناد اليه.

و فيه ان العم " رحمه الله " لم يخرج بالاستناد اليه و طرح العموم و لا- ظهر منه ذلك و انما ذكر طريقي المسألة من دون ترجيح لأحدهما لقيام احتمال ان الآيه و غيرها مطلقه بالنسبه إلى الأزمان لأعلامه، فلا تنافي الاستصحاب كما ذكره شيخنا في جواهره تبعاً لغيره، فالظاهر ان هذه المناقشه لا ترجع إلى محصل بعد وضوح المراد مما ذكره عمنا " رحمه الله "، ثم انه " رحمه الله " ردّ على قول جامع المقاصد و من لحقه بأن العموم من افراد العقود يستتبع عموم الأزمنه، و معناه ان كل فرد من افراد البيع لازم في جميع الأزمنه فإذا جاء عقد لازم فيما بعد اقتصاراً علم بالمتيقن من الخروج عن العام، و ملخص ما افاده " رحمه الله " ان الزمان يكون ظرفاً لأفراد العام المحكوم عليه بالحكم المستفاد من اطلاقه الاستمرار بدليل الحكمة فيتبع العموم الزماني للعموم الافرادى و اخرى يكون الزمان مكثراً الافراد العام بمعنى ان لا- يكون ظرفاً، فالفرد في كل زمان مغاير له في الزمن الآخر بأن يكون في اعتبار زمانه فرد آخر للعام، فإذا خرج من العام أحد افراده اقتصر عليه و لا يسرى مثل ما نحن فيه إلى الفرد الآخر، فإن كان الأول فإنه ينحل إلى ان كل عقد لازم إلّا ان يكون غنياً فخرج من عموم اللزوم هذا الفرد في العقد المستمر سواء قلنا بأن عموم لغوى او من اطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و بعد خروجه لا يضر بالعموم استمراره و انقطاعه، لأنه في الزمن الثاني ليس فرد آخر للعام فإنه خارج واحد دام زمان خروجه او انقطع مثلاً، ورد تحريم الخمر بعد حليه كل شىء و شك في ان هذا التحريم مختص بزمن على حدّ تحريم الطيب زمن الا-حرام مثلاً او عام مستمر في كل زمان، فإنه يستصحب حكم الفرد الخارج حتى يرد ما يقطع استمراره و لا- يعارض الاستصحاب هنا العموم لكونه مهملاً بالنسبه إلى الفرد الخارج دام حكمه أو انقطع و ليس دوامه فرداً آخر للعام، و ان كان الثاني بأن يكون الزمن منوعاً للأفراد الداخلة في العموم و مكثراً لأفراد موضوع الحكم بحيث يكون مرجع الشك إلى ثبوت حكم الخاص لفرد آخر من افراد العام غير الخارج منه، و مثل له " رحمه الله " بما إذا قال المولى لعبده اكرم العلماء في كل يوم، بحيث كان اكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير اكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم او شك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد و جب الرجوع في غير اليوم الأول إلى عموم وجوب الاكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر كما إن في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجيه الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم فما اوضح الفرق بين صورتين انتهى. و حينئذٍ فالخارج من عموم الآيه العقد المغبون فيه سواء استمر عدم وجوب الوفاء به او انقطع إذ لو علم انقطاعه بعد خروجه لا يتمسك بالآيه على وجوب الوفاء به في الزمن اللاحق بل لا بد من الرجوع في حكمه لغيرها، حيث انتفى لزومه بخروجه



عنها، و بذلك يتضح لك ان الاستصحاب لا- يخصص العموم في مثل هذه الصورة لأنه ان جرى في الفرد الخارج عن العام بالنسبة إلى الزمان فما كان العام ليشمله و ان شمله العام حيث يكون مكثراً لأفراده فما كان الاستصحاب ليجرى فيه، فليس احدهما ممنوعاً بالآخر، و هو كما تراه في غايه الجوده و الدقه سوى انه متوقف على معرفه الميزان الذى يفرق فيه بين الصورتين و كون ما نحن فيه من الصورة الأولى ليس بأولى من ان يكون من الأخرى، ثم ان هذا يجرى في كل عقد خرج عن عموم الآيه بمخرجه كبيع الفضولى، و الغاصب، و الصبى المميز، فلو شكك فيها بعد الاجازه في استمرار جوازها و عدمه يلزم ان لا يرجع إلى عموم الوفاء بالعقد لأن الفرد الخارج لا يكثر افراد العام لو استمرّ خروجه و لا يلحقه حكم العام فيما بعد الاجازه، فيقضى بلزومه و ان نفس الرضا لا يلحقه بالعام و التزامه مما لا يقوله احد حتى الاستاذ " رحمه الله "، و كذا فيما خرج عن بقية العقود اللازمه او الجائزه بعد دخوله فلو ادعى الكركى " رحمه الله " بأن البيع الغبني الخارج عن عموم الوفاء بالعقدين، مما يكون الزمان فيه مكثراً الأفراد العام لا أقل من كونه مشكوكاً فيؤخذ بالمتيقن من خروجه لا يرد عليه بإمكان كون الفرد الخارج منه مطروفاً للزمان، و لا ملحوظاً فيه الخروج بوقت خاص إلا ان يمتنع الرجوع للعام في الفرد المشكوك، لأن العقد أمر وحداني فإذا خرج منه بعض أفراده لا- يستدل بالعموم على بعض أفراد الخارج بحسب الزمان لأن الأصل عدم كون الزمان منوعاً فيكون ذلك هو الميزان، فالتنوع محتاج إلى الدليل لكن لو قلنا بأن مستند الحكم الخيار هو الضرر، فالموضوع للحكم غير المتمكن من تدارك ضرره و لم يبادر بالفسخ سقط خياره لتمكّنه من رفعه، فهو غير محقق في الزمن اللاحق فيرتفع الحكم بارتفاع موضوعه، حينئذ لنا ان نتمسك بعموم الوفاء في العقد في الزمن المتأخر بناء عليه لا يمكن التمسك باستصحاب حكم الخارج الذى لازمه التراخي إلا ان يكون الضرر عله محدثه تكفى في بقاء الحكم، و إن ارتفع و احتمالاه في المقام غير موجّه بناء على المداقه في احراز الموضوع بالنسبه إلى الحكم الثابت غير الدليل اللفظي المشخص للموضوع في غير المتيقن من موضوعه لكونه موضوعاً آخر فإثبات الحكم له من القياس المحرّم، فإن المحقق من حجّيه الاستصحاب هو إذا ما وقع الشك في ارتفاع الحكم مع كون الموضوع هو هو، بعينه بجميع مشخصاته فمتى حصل الشك في ارتفاعه و كان سببه الشك في تغيير موضوعه لا يجرى جزماً، و منه يعلم ان القول بالفوريه لعله الأوفق خلافاً لشيخنا و وفاقاً للأستاذ " رحمه الله " لأن انقطاع الحكم في العموم الزمانى القاضى بالاستمرار عن فرد من العقود لا يعود، و هى قاعده في كل حكم مستمر طرء الانقطاع عليه و لا يفيد الاستصحاب لعدم التسامح في الموضوع إذ شكك في اعتبار مشخص مما لا يتسامح به فالاضطرار مع التمكن من رفعه بمنزله الحياه المعبره في المفتى الذى لا يستصحب الحكم بفقدها للمقّامد و من تسامح في الموضوع سحب الحكم، و أجرى الاستصحاب، كجدنا كاشف الغطاء " رحمه الله " فإنه حكم بوجوب البقاء على تقليد الميت، و من أدلته الاستصحاب و حديث نفى الضرر، فإنه يعين بقاء آثار العقد و فساد الفسخ للمتمكن من رفع ضرره التارك له لأن الشك في الواقع المحرز موضوعه و لا كذلك استصحاب بقاء الخيار المشكوك بقاء موضوعه و كونه عله الاثبات مما تبقى، فهو كزوال الغبن ببذل التفاوت فلا- يزول الحكم إلا بزوالها لا- برفع الشك و المخصص حيث لم يثبت بإطلاق او عموم، و فى لزوم قبول بذل التفاوت أشكال مرّ ذكره، مع ان صبر الغابن فيه ضرر عليه على حدّ ما ذكروا فى تأخير الإجازة فى الفضولى إذا جاز تأخيرها. نعم، الفوريه الحقيقيه لا نقول بها للزوم الحرج المنفى بل المعوّل على العرفيه لا ما زاد عليها لعدم الدليل عليه عند الاستصحاب الذى عملت الحال، و نسب لكره فى

خيار العيب تجوز ما يزيد عليها و كذا بالشفعه على القول بالفوريه فلم يوجب المبادره بالعرف للرد و لا قطع الصلاه او تأخيرها، جماعه أو فرادى أو تبديل لباسه أو غلق بابه أو زياره مؤمن أو التأخير إلى النهار لو علم ليلاً لا لعذر، و حكى عنه فى الشفعه عدم وجوب المبادره على خلاف القاعده فما لا يعد تقصيراً لا يبطل الشفعه و يبطلها ما يعدّ توائماً فى الطلب و تسامحاً فى المطلب و اشكله غير واحد بأن عدّ ما ذكره عذراً مع تحقق الفسخ بقوله: (فسخت)، مما لا ينافى ذلك شيئاً، مما عدده فى غايه الصعوبه و ان توقف ثبوت على الاشهاد او الحضور عند الحاكم. نعم، لو انحصر ما قضى بالفوريه بالاضرار على من عليه الخيار يدور الأمر مدار تحقق الاضرار و عدمه فيكون الفسخ برزخاً بين الفور و التراخى و تتبع فوريتيه حصول الضرر حيث لم يكن عله محدثه للفوريه، فهو بضميمه الاجماع المحكى على عدم اليأس بالأمر المذكوره و عدم قدح امثالها به يرجح القول فلا يجب الاقتصار على أول أزمنه امكان الفسخ.

### خاتمه

عموم عدم معذوريه الجاهل لا يأتى هنا سواء جهل الغبن او حكمه فيفسخ بعد ارتفاع جهله، و تلزمه المبادره بعده لعموم نفى الضرر الحاكم على جميع الادله بل و لا- يلزمه الفحص عن الحكم الشرعى إذ تركه لا- يخل بمعذوريته فليس هو إلّا كترك الفحص عن موضوعه و كذا لو جهل الفوريه على الأشهر و ان لم يجرى فيه نفى الضرر لتمكّنه من رفع ضرره بالفسخ فيلزم العقد لذهاب الباعث على تزلزله و معه لا يصح له الفسخ فى الزمن اللاحق إلّا ان المتبع ما عليه الأكثر فى مثل ذلك، و عمنا " رحمه الله " ذهب إلى عدم المعذوريه فى خيار التأخير و المناط متحد و على مع الحق و تسمع من غير ريب منه دعوى الجهل بالخيار إلّا إذا ظهر من قرائن اخرى انه لا- يخفى عليه ذلك و الناسى بحكم الجاهل و يقبل قوله به، لأنه لا يعرف إلّا من قبله و احتمال كونه مدعياً، و الأوفق قبوله بيمينه، و حكم عمنا " رحمه الله " ايضاً بمعذوريه الشاك فى ثبوت الخيار لو أصر الفسخ، و خدّشه الاستاذ " رحمه الله " بتمكّنه من الفسخ إذا اطلع على الغبن و بعده يستكشف بالاستخبار عن صحته شرعاً، لأن الجهل بالصحه لا يمنع من انشاء بالفسخ فهو تارك للفسخ من غير عذر، و مثله بعد مقصراً و فيه نظر و من خصائص هذا الخيار انه لا يثبت فيه ارش للأصل و الاجماع المحكى و اندفاع الضرر بالخيار و ظاهرهم اطلاق عدم الثبوتيه لأصل التصرف و بعده. نعم، لو دفع الغابن التفاوت، ففى القواعد لا خيار للمغبون على اشكال منشؤه عدم قبول المنه و الشك فى الرفع له، و إن الضرر لا يجير بمثله و كونه ارشاً لا هبه فنفى بالاجماع و دليل القبول روايه الحلبي انه سأل ابو عبد الله " ع ": (

عن رجل اشترى ثوباً ثم ردّه على صاحبه فأبى ان يقبله إلّا بوضيعة، قال " ع ": لا يصلح ان يأخذه فإن جهل و أخذه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد

، و لا تتفاء الضرر الموجب للخيار، و اختاره يقال لا كونه ارشاً و كأنه يرى ان حديث نفى الضرر يفيد تكليف الضار بدفع ضرره بالتفاوت أو بالتسليط على الفسخ و ردّ بأن الخيار بعد ثبوته لا يزول إلّا بدليل، و هذه الأدله كلها مدخوله لعله مصادره إذ الكلام فى ثبوته مع البذل، فالبذل دافع له لا رافع، و من صورته مقارنته للعقد لكن ذلك لا يجدى بعد تحقق الاجماع و ذهاب المحققين إلى عدم زواله و عدم انحصار دليله أيضاً بالضرر، و لو فرض فهو دليل مشروعيه و لم تتحقق ما يندفع به لكثره صور ما يرفعه، و

الشارع جبر ضرر العقود بالخيار للجمع الحقين، و الروايه لا يظهر منها النصوصيه على المراد فالأوفق بقاء الخيار و ان بذل الغابن التفاوت و الله اعلم.

### المسألة الرابعة: ترك الأكثر التعرض لثبوت هذا الخيار في كل معاوضه ماليه غير البيع،

و ظاهرهم اختصاصه به و لعله لأصالة اللزوم في العقود خرج البيع منها لجهه معقد الاجماع و الشهره، و عدم تعرض الا-كث لدخوله و عدمه فهو يأذن بأن عدم الدخول من المسلمات لقصرهم له على البيع خاصه و قرينته انهم تعرّضوا لذل في الشرط و لا يدل اخراجهم لخيار المجلس عن دخوله في كل معاوضه ان غيره يجري في جميعها لأنه في قبال غيرنا ممن يقول بجريانه في غير البيع فلا- يقضى بعموم لغيره، و الموجّه عند عامه المتأخرين على الظاهر هو العموم لحديث نفى الضرر الذى لا ريب في شموله لمطلق المعامله الغبنيه لا أقل من جريانه في صوره امتناع الغابن عن بذل التفاوت، خلافاً للمحكى عن المهذب من عدم جريانه في خصوص الصلح و علّل بأن تسريعه لقطع المنازعه فكيف يشرع فيه الفسخ المتاح لذلك و فيه ان الغبن غير ما قطعه من المنازعه، و لا اظن ان المهذب يحتج في الدليل اليه لوضوح فساد بل هو ممن لا يقول به في غير البيع، و ذكره للصلح القربه من البيع فإذا منع من جريانه فيه لم يجري في غيره، و هذا قول عرفت مستنده لكن يبيد ذلك ان غايه المرام فصل فحكم بعدم جريانه في الصلح الواقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقه الحال فيما يدعيه و غبنه في العوض المقبوض عن اسقاطه الدعوى، و كذا الواقع على ما في الذم و كان مجهولاً ثم تبين بعد الصلح و ظهر الغبن فيه دون ما سواهما من اقسام الصلح، فأجرى خيار الغبن فيها فيفهم من تعرضهما للصلح مطلقاً و مفضّلاً ان غيره لا يجري فيه. و المظنون ان حجه الثانى على فرضه و تفصيله هو اقدام المصالح بالفتح فيهما على رفع اليد عمّا صالح عنه مطلقاً فهو مقدّم على الضرر و مثله يسقط خياره.

و من هنا ذهب جماعه إلى عدم الغبن في العقود المتعارف ابتنائها على المسامحه انها غبنيه واقعاً و ان لم يصدّق عليها الغبن و أما ما لا يتسامح فيه من الغبن فيما وقع عليه العقد مطلقاً يثبت فيه الخيار، و الاستاذ " رحمه الله " تبعاً للعلم " رحمه الله " و الوالد ( ) لم يرتضوا الدليل المزبور على السقوط و منعوا من الصدق المدعى أولاً- و إن كان المغبون لم يتلفت إلى النقيصه و الزياده او ممن لا- يبالي بذلك لثروه او لعلوّ همه. و ثانياً لو سلم ذلك فالحكم بالخيار لم يعلّق على مفهوم لفظ الغبن كى يدور مدار الصدق عرفاً، و يتبع في ذلك مصاديقه بل حديث نفى الضرر عام لم يستثنى منه إلّا صورته الاقدام عليه و العلم به دون ما ذكر فإن خصصناه في البيع لأن فتاويهم به فلا فرق بين الصورتين في غيره و ان اخذنا بإطلاقه شملهما معاً حيث يتحقق الضرر. نعم، لو كان دليله آتيتى التجاره عن تراضٍ و اكل المال بالباطل امكن عدم شمولهما للمعامله المتسامح فيها مع احتمال الضرر لأنه اكل عن تراضٍ و ليس بالباطل انتهى. موضحاً و هو وجيه حيث يكون الغبن اعم مطلقاً من الضروره دون العكس و ذلك خلاف الظاهر بل المصرّح به العكس فلا يفارق الغبن الضرر فالنفى منه المتسامح فيه لا ضرر ايضاً ليتحقق به و معه لا ريب في سقوط الخيار فترجع المناقشه بالآخره إلى الصغرى و كل على رأيه فيها بل قد يثبت الخيار مع عدم الضرر و قد يحصل الضرر، و لا خيار كبذل التفاوت من الغابن و كالاقدام عليه و قد يجتمعان فيرجع في ما تنازعا فيه إلى الضوابط الشرعيه.

### [الخامس خيار التأخير]

المسأله الخامسه: من باع عيناً او معيناً او كلياً فى الذمه على الاظهر فى الثانى، و لم يقبض الثمن و لو لعدم المطالبه به، و لا سلم المبيع مع مطالبه المشتري و عدمها اضطرار او نسياناً، و لا اشتراط بلفظ الشرط او التحديد تأخير الثمن او المثلن فى وجه طال زمان التأخير او قصر بعد الثلاثه و فيها اجل الكل و البعض، فالبيع الجامع لشروطه المزبوره لازم ثلاثه ايام و لو بالتلفيق من حين التفرق إلا ان يتطرق الايام خياراً آخرأ فلا لزوم لأجله و ان لازم من جهه

الخيار الخاص، و عليه فإن جاء المشتري بالثمن فيها و لو إلى الحاكم مع الغيبه و الامتناع فهو احق به، و إلاً كان البائع اولى بالبيع لا يعنى انفساخ العقد بل له الفسخ و الامضاء مع الصبر و المطالبه بالثمن و هو المسمى بخيار التأخير و حكمه كخيار التقديم فيما لو باع الملقوط و للخروط و المجزور مثلماً قبل البلوغ فجاء لزوم المبادره قبل الاستواء من جهه البائع لصالح ارضه او ماءه او نحوهما إذا تضرر بالتأخير، فإن للمشتري خيار المبادره فى وجه من حيث رفع ضرر البائع

**و يتم تفصيل ما يتعلق بهذا الخيار لرسم امور:**

**أولها: اختصاص هذا الخيار فى البيع دون غيره من العقود**

و بالحال منه دون المؤجل من كلى او عيّن و بالبائع دون المشتري لأصالة عدم الخيار المعوّل عليه و اختصاص الأدله بهما، و ممن نصّ عليه المفيد و المرتضى حاكياً للإجماع عليه و لم يتعرض الأكثر لغير خيار البائع فيه و عسى ان يكون بمعنى القاعده المستفاده من نصوص الباب و تنقيح المناط بين البائع و المشتري لم يثبت ليحكم على اصالة اللزوم الثابته بالكتاب و السنه و الإجماع، و معنى الأصل ان القيود الزمانيه و المكانيه و الوضعيه المستفاده اما من اطلاق العقد او انها احكام شرعيه مرتبه على ما سيقضيه العقد فتكون كالشرائط الضمنيه، و على كل حال فلا يجرى بها الخيار و ذلك كالتعجيل و كان العقد للتسليم و الأجل المضروب للسلم و غيرها، إذ المثبت للخيار الشرط الصريح او ما يكون مشروطه ليس من لوازم العقد و للشرط تأثير فيه، و أما فى الأحكام اللانزمه بدون الشرط فلا تؤثر و ان صرح بها خياراً للزومها لمقتضى العقد و ليس كلما يقتضيه يكون شرطاً او بمنزلته، ليؤثر عدمه خيار شرط و لا نقص بفقد الصحه التى يوجب فواتها الخيار إذ هى بمنزله جزء المبيع المقابل بالعوض و لا كذلك الحلول مثلماً و ما شابهه، فإنه أمر خارج أو ان الفارق النصّ، و لكن الوالد " رحمه الله " ذكر انه قد يتفق ان للزمان و المكان قسط من الثمن، فإن فقدا او احدهما ذهب بعض المعوّض و صار من قبيل تبعض الصفقه و حديث نفى الضرر يقتضى الخيار هنا بالنسبه إلى سائر العقود و المشتري فما معنى اختصاصه بالبيع و البائع و اشتراطه بعد الثلاثه إذ لو كان المدار على الضرر لثبت بأول ازمته التأخير و النصوص لا تأتى ذلك و هو حسن، غير ان الأخير لا يسلم بل الأقوى عدم ثبوته مطلقاً إلاً فى المنصوص للقاعده و الأصل و معلوميه عدم دخول الزمان و المكان فى العوضين، فهو بمعزل عن التبعض و تشريع المقاصه تنفى الضرر عند قدره عليها فلا يتعين الخيار، و لا ينفى ذلك تشريعها مع الامتناع فقط و عموم اثبات الخيار و بحدوث الضرر مطلقاً لا نقول به و إلاً لثبت خيارات لا تتناهى بل لعل المدار على الضرر الخاص فى مقام خاص و هو الذى يكشف عنه النصّ، فإنه المعلوم من طريقه السلف و حينئذ لا يتجاوز البيع لما عداه و لا البائع للمشتري ما لم يدخل تحت المنصوص او الاتفاق او يشك فى دخوله ينفى بالأصل، و استشعر فى (س) من عدم حكمهم على اخبار المشتري على النقدان له الخيار للزوم احتباس المبيع عند المشتري مع الرضا بالتأخير الذى يلزمه كون الخيار له و إلاً لأجير على دفع الثمن كما هو ظاهر، و كذا لو حبس البائع المبيع و أخّر تسليمه دفعاً للضرر و لم يجبر المشتري على النقد و مع ذلك الأشبه العدم وفاقاً لظاهر الأصحاب و اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النصّ و الاجماع المحكى، و كذا يجرى فى الصرف و السلم إلاً إذا اجتمع احدهما مع غيره فى عقد واحد فتقابضا فى الصرف مثلماً و تأخرا عنه فى غيره، فإنّ للبائع فسخ الجميع بعد الثلاثه لا خصوص غير الصرف فى وجه رائق.

**ثانيها: أن ثبوته بالشروط المذكوره فى المتن من مذهب الاماميه**

لظاهر الاتفاق و عموم الادله كما فى الانتصار و الخلاف و جامع الاخبار و النهايه و تذكره الفقهاء و المسالك و المفاتيح

و ظاهر المهذب و التفتيح و ايضاح النافع بل استصحاب بقاء الملك قاضٍ به و ان ذهب فصله ليس من الأمور الخارجيه كسواد زيد او بياضه الذاهب بذهاب فصله لاختصاص ذلك بالأعراض دون ما نحن فيه مما لا يقدر فيه زواله.

و حكى عن الشيخ تخصيصه بحال امتناع المشتري عن دفع الثمن للضرر و الضرار و هو بعيد لانجبار الضرر بالإلزام و المقاصه فلا- يتم الدليل و ترده اخبار الحجر و ان الميت إذا مات و لم يخلف سوى العين المبيعه عليه شارك البائع الغرماء و ليس له الخيار، و الأصل في ذلك النصوص المستفيضه كروايه بن يقطين قال: سألت ابا الحسن "ع" ( )

عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال "ع": الأجل بينهما ثلاثه ايام، فإن قبضه بيعه و إلا فلا بيع بينهما (، و ما رواه بن عمار )

عن العبد الصالح قال "ع": من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه ايام و لم يجىء فلا بيع له

(، و ما اورده بن الحجاج قال: اشترت محملاً و اعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه ثم احتسبت أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت: لا و الله لا ادعك او اقاضيك، فقال ترضى بأبي بكر بن عياش؟، قلت: نعم فأثناه و قصصنا عليه قصتنا فقال ابو بكر يقول من تحب او قال تريد ان اقضى بينكما أ يقول صاحبك او غيره؟، قلت: بقول صاحبي يقول من اشترى شيئاً و جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه ايام و إلا فلا بيع له، و صحيحه زراره عن ابي جعفر "ع" قلت له: ( )

الرجل يشتري المتاع من الرجل ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثمنه قال: ان جاء ما بينه و بين ثلاثه ايام و إلا فلا بيع له

(، مع ما ذكر الفاضل من التقريب من الصبر مظنه الضرر المنفى بالخبر هياً اشد منه في الغبن، لأن المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه و هو ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه، و الحاصل نسب المهذب إلى السلف تنزيل هذه الاخبار على نفى اللزوم دون الصحه و هم اعرف بمواقع ألفاظ السنه و أقرب عهداً بالأئمه "عليهم السلام"، و لذا احتجوا بها في المسأله و لم يعرف الخلاف منهم في ذلك سوى عباره بن الجنيد فإنها يوهمه، قال: لا بيع من دون قيد له، و الصدوق عبر بالنص، و الشيخ في ظاهر فهم البطلان من الروايه و نسبه إلى الاصحاب و قرّبه في الكتابه و نفى بعده مجمع البرهان و جزم به بقاءه و طعن على الفاضل في اختياره نفى اللزوم مع اعترافه في ظهور الاخبار بعدمه و انت خبير بأن بن الجنيد لو لم يوافق لما اورده الروايه في بحث الخيار فحملها إلى نفى اللزوم اولى، و الصدوق روى ذلك كظاهر نسبه إلى روايه اصحابنا و الروايه غير الفتوى مع موافقه في (ف) و ركونه إلى اجماع الفرق و اعتباره فالبطلان باطل من اصله بالأصل و المعبره المسنده في الجوامع العظام و المرسله في (ف) و الغنيه و فقد المبطل و يطابق الفتوى عليه من جماهير الأصحاب و شذوذ المخالف ان تحقق، إلا ان الاستاذ "رحمه الله" استوجه ظهور الأخبار في البطلان لو لا- فهم العلماء و حمله الأخبار، و العم و الوالد يظهر منهما ظهور النصوص في نفى اللزوم للقرائن الباعثه على ذلك.

منها انصراف الاطلاق عليه بشيوعه في وصف اللزوم حتى صار كالقيد الزائد فينصرف النفي إليه و توهم كون الصحيحه سابقاً



فى ضمن عقد اللزوم فىرتفع بارتفاعه مندفع بما ذكره الاستاذ " رحمه الله " بأن اللزوم لىس من قبيل الفصل للصحه لكى يرتفع بارتفاع جنسه و انما هو حكم مقارن له فى خصوص البىع الخالى من الخيار.

نعم، ذكر العم " رحمه الله " ان اللزوم لىس قىداً مصرحاً به كى يتوجه النفى إىله و ببقى اصل الملك مع ان النفى ورد مورد توهم لزوم المعامله إذ السامع يتوهم الحضر على البائع فالمراد نفيه انتهى.

و الظاهر ان النفي كما يتسلط على القيد المصرح فيه كذلك على المتوهم و إلا لجرى ذلك في نفي توهم الحضر مع اعترافه به. و منها أن نفي الحقيقه غير ممكن لحصول الصيغه قطعاً فدار الأمر بين نفي الصحه المستمره و اللزوم، و يرجح الثاني و أن كان الأول أقرب لكثرة الاستعمال في هذا المعنى في المقام و نظائره، و لو اريد نفي الصحه لكانت الأصلية أقرب فيلزم الفسخ من اصله لا من حينه.

و منها ان الظاهر من هذا الحكم انه ارفاق بالبائع و البطلان يؤدي إلى الاضرار به دون الخيار في بعض الموارد، و ورد مثله في خيار التفرق في قوله "ع": ( )

ليجب البيع أى يثبت لزومه و إلا فهو لازم

(، و في خيار الرد ورد )

و إلا فالبيع لك

(، و ورد في مرسله بن حمزه في خيار )

ما يفسد ليومه فلا بيع له

( مع اطباقهم هناك على نفي اللزوم، فكذا لا بيع له هنا ظاهر في انتفاء البيع بالنسبه إلى المشتري فقط و لا يكون إلا بنفي اللزوم من طرف البائع. نعم، روايه بن يقطين )

فلا بيع بينهما

(، لا يأبى الحمل على اللزوم فإن ثبوت الخيار لأحدهما ينفي اللزوم بينهما لا اقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المرتبه على البيع كما هو واضح فالمتبع ما عليه الأكثر.

**ثالثها: انه لا يشترط في هذا الخيار امور اعتبرها المشهور:**

**الأول: عدم القبض للبيع و الاقباض**

و إلا فلا خيار لنفي الخلاف فيه، و حكى الاجماع عليه غير واحد منهم، و الاصل فيه روايه بن يقطين السابقه فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما التي لا يعارضها اشعار السؤال في صحيحه زواره ثم يدعه عنده فقد احتمل فيها دوران الخيار مدار قبض الثمن لظهورها في اقباض المبيع و للأخبار الأخرى الشامله لصورتى الاقباض و عدمه بناء على كون القبض هو ما كان بالجارحه مع

التخليه دون نفس النقل الذى معه لا يتم الاطلاق المزبور، و عسى أن يكون استنادهم إليها مع اشتراطهم عدم اقباض المبيع مبنى على ان القبض عندهم فى نحو المتاع هو النقل لا- مجرد القبض باليد، و يدل عليه خبر عقبه، و من هنا ادعى سيد الرياض و شيخنا " رحمه الله " انكار دلاله الأخبار على الشرط المرقوم، لكن الاستاذ " رحمه الله " قال لا اعلم له وجهاً، و محط نظره ان الصحيحه تقييد اطلاق غيرها من النصوص و المعول عليها فلا يضر اطلاقها حتى على القبض باليد، ثم تصيد له وجهاً آخر بعد اداه استثنائه و هو سقوط هذه الفقره من النسخه المأخوذه منها الروايه، و هو ان كان فمن قلم الناسخ، او احتمال تشديد لفظ بيعه و تخفيف قبض و ضعف الأخير بأن استعمال (البيع) بالتشديد مفرداً نادر بل لم يوجد، و ان استعمل مثنى فى لفظ (البيعان) على ان الاصل عدم التشديد مثل اصاله عدم المد فى البكاء كما قال شيخنا " رحمه الله " فى قواطع الصلاه و مرجعه إلى ان التشديد و نحوه من الزوائد فى اللفظ و الأصل عدم الزائد، فلا- مناص عن الحكم بالشرطيه هذا و لو لا الاجماع لكان شعارها كأشعار صحيحه زراره فى توفقه على قبض الثمن و التصرف بها كالتصرف فى هاتيك مع اعتضاد الصحيحه بالأخبار الأخر دونها ثم المدار فى تحقق القبض ارتفاع فى ضمان البائع للمبيع و المشتري للثمن فيما نحن فيه يسقط الخيار متى كان التلف على المشتري لا- البائع فلو قبضه المشتري حيث يكون للبائع استرداده كأن يكون من غير اذنه و لم يكن قابضاً لثمنه، فالظاهر سقوط خياره لعدم الضرر عليه إلما من حيث عدم وصول ثمنه إليه و وجوب حفظه لبائعه و هما لا يثبتان للخيار له لجوار المقاصه فيه. نعم، دليل الضرر حيث لا يرتفع الضمان و مثله لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض إذا حكما بارتفاع ضمانه، و كذا يسقط خياره لو كان عدم القبض لعدوانه كأن بذل المشتري الثمن فأمتنع

من أخذه و تسليم المبيع لارتفاع ضرره الباعث على خياره بما إذا كان الامتناع من قبله، و كذا لو مكن المشتري من القبض و لم يقبض الثمن لارتفاع الضمان لكن قوله ثم يدعيه عنده لا يشمل التمكين، قال العم " رحمه الله " و لم نرد ذلك لغير الفاصل و استوجه عدم سقوط الخيار لمنع عموم بدليله التمكين عن القبض و ان سقط الضمان به و سند المنع بقاء الجالس، و لنا فيه تردد و قبض بعض المبيع كلاً قبض لخير المحمل و احتمال التفصيل يردده ضرر التبعض و عدم شمول الدليل كقبض المستحق للغير لو بان بعده و لو اجاز فكالقبض من المبدأ، و يحتمل العدم لعدم الاقباض، و لا يجوز له الفسخ بعد المده لو تقدمها القبض و حصلت الاجازه بعدها على الكشف دون النقل.

### الثاني: عدم قبض مجموع الثمن دون بعضه

لحكاية الاجماع عليه المعتضد يفهم ابى بكر بن عياش بخبر المجمل و اناطه الاسماء بتمام المسميات و لا يشترط اذن المشتري فى القبض للثمن كما اشترط اذن البائع فى قبض المبيع على الأظهر، فلو قبضه البائع بدون اذنه كفى من جهة أن قبض الثمن من فعل البائع كإقباض الجميع فيسقط حقه بهما و قبض المشتري غير فعل له فلا يسقط حقه بفعل غيره، و قيده الاستاذ " رحمه الله " بالقبض الراجع لضمان البائع كما لو عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه دون ما لم يرفع الضمان عنه فيعتبر الأذن فيه من المشتري، و أيده بكون القبض و الاقباض من فعل البائع، فكما ان قبض المبيع متوقف على اذنه كذا قبضه للثمن، و لم أصل إلى وجه الملازمه إلا ان يستفاد من فتاواهم هنا ان جميع ما يجرى فى البيع من شرط يجرى فى ثمنه. نعم، القبض لما فى الذمه قبض، و كذا من الولى و الكيل و الاتلاف لأحدهما لما فى يد صاحبه اولى من القبض، و القبض للعين لا يعتبر فيه النيه من القابض و لا- تقدح فيه نيه الخلاف و لو قبض على ان المقبوض عاريه او وديعه او رهن، فالظاهر صدق القبض، و يحتمل العدم و قبض المبيع قبض.

### الثالث: لا يشترط فى العوض تأخير احد العوضين

للاقتصار فى مخالفه الأصل على منصرف النص.

### الرابع: شرط بعضهم عدم كون المبيع كلياً فى الذمه

فلا- يجرى هذا الخيار إلا فى المبيع المعين المشخص و شبهه كصاع من صبره و بيع الاطنان، بل قيل انه ليس فى النصوص و الاجماع المنقوله و دليل الضرر ما يجرى فى البيع الكلى، فإن حديث نفى الضرر مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه، و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى، و ما اشتمل من النصوص على لقط البيع فالمراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على ما يعرض له و هو غير الكلى و على لفظ المتاع، و قوله "ع": ( )

، نعم، فى روايه بن عياش من اشترى شيئاً و هو و ان شمل الكلى إلّا ان الظاهر منه حيث يطلق الموجود الخارجى مثل اشترى شيئاً و الكلى امر اعتبارى يعامل فى العرف و الشرع معامله الاملاك و ليس هو كلياً طبيعياً، فإنه قد يكون معدوماً عند العقد او لا يملكه البائع فهو و ان صحَّ اطلاق الشئى ء عليه لكن لا بحيث يتردد السامع بينه و بين العين الخارجيه، فيحتاج تعيين التشخيص إلى القرينه فهو نظير المجاز المشهور او المطلق المتصرف إلى بعض افراده فلا يتحرى اصاله عدم القرينه فى المحمل على العين الخارجيه دون الكلى لعدم الحاجه إلى القرينه لجهه الشيوخ، فلو اريد الكلى من اشترى شيئاً نصب له قرينه تدل عليه لجملة الكلام على غيره، و حينئذٍ ليس فى جملة ادله هذا الخيار ما يقضى بعمومه للكلى و ممن نصَّ على التخصيص الصيمرى و ابو العباس فيما حكى عنهما قالوا: فلو باع فى الذمه لم يطرد الخيار لأصاله لزوم العقد مع تغيير الصورة، فإن ظاهر الروايات التعيين و غير المعين

صوره اخرى فلا يدخله الخيار لأن العله فيه الضرر و هي منتفيه بعد انحصار المثمن بالتعيين .. الى آخره.

قال الاستاذ " رحمه الله " و كيف كان فالتأمل في أدله المسأله و فتاوى الاصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعین الى آخره. و زاد العم و الوالد (رحمهما الله) معاً ظهور ذلك من الصراط المستقيم، و المراسم العلويه، و الرساله، و السرائر و فى الانتصار و الخلاف بيع معین بثمان معین لكنهما جزماً بعدمه و يجريان الخيار فى الكلى كما عممناه فى صدر المسأله، و حملاً كلام من عبّر او ظهر منه التعيين على مجرّد التمييز و الاحتراز عن النسيئه و السلف ولى نظرهم إلى التقييد مع ان الآخرين ان اطلقوا الحكم، و فى تذكره الفقهاء الاجماع عليه من دون تفصيل و القاضى نص على الخيار فى غير المعين محتجاً عليه بالاجماع، ثم انهما قرّبا للإجماع المحكيين و يتناوله ايضاً اجماع الجرائح و المسالك و المفاتيح و ما يظهر من ايضاح النافع و السرائر و لعموم العبره المخرجه من اصل اللزوم، و فى الموثق من اشترى بيعاً، و فى الصحيح بيع البيع و غيرهما، و تغيير الصوره و انتفاء العله ممنوعان فلا فرق بين العينى و الكليين و المختلفين و لعلّه الاوجه لتساوى الثمن و المثمن فى ظاهر كلماتهم فى كثير من الاحكام المرتبه على البيع، و لا اشكال فى عدم اعتبار تعيين الثمن و الحكم بانتفاء الضرر لكونه كلياً مصادره، إذ ماله إلى التشخيص فيتحقق الضرر و الصوره غايته ذكر نوع من انواع المبيع و هو لا يقتضى نفى غيره.

### الخامس: اشترط بعضهم نفى الخيار مطلقاً

و الشرط منه للمتعاقدین او لأحدهما فلا يجامع هذا الخيار خياراً آخرأً مطلقه او مقيده فى الثلاثه او قبلها او بعدها سواء حدث او كان ثابتاً فى الأصل، و علله الوالد " رحمه الله " و غيره بأن عدم مجىء المشتري بالثمن موجب لخيار البائع ما لم يكن له حق التأخير، اما إذا كان له ذلك انتفى خياره و ان البائع لا يستفيد فى عدم اقباضه للمبيع إلّا لعدم قبض الثمن فلو كان له ذلك السبب آخر انتفى ايضاً خياره و ان هذا ظاهر النصوص او صريحهما و مرجعه إلى أنّ الخيار الثابت لأحدهما اولاهما بمنزله تأجيل احد العوضين المسقط لخيار التأخير و ان الاخبار ظاهره فى المدعى ان لم تكن صريحه.

و خدشه الاستاذ " رحمه الله " بعد قوله و لا اعرف وجهاً معتمداً فى اشتراط هذا الشرط و تسليم ظهور النصوص فى المدعى انه ينبغى على هذا القول ان يكون مبدأ الثلاثه من حين التفرق و اختصاص هذا الخيار بغير خيار الحيوان مع اتفاهم على ثبوته فيه غير الصدوق فى خصوص الجارىه بعد شهر إلّا ان يحمل على ما فى التحرير من عدم ثبوت اجتماع خيار التأخير مع خيار فلا ينافى ثبوته فى الحيوان بعد الثلاثه، ثم قال " رحمه الله " و قد يفصّل و لم يذكر المفصّل و خلاصته اللزوم إذا كان الخيار للمشتري، لأنه لا يكون سبباً لزوال خيار البائع و سقوطه مع انه لو قيل به للزم، أن لا يثبت فى الحيوان لأن الخيار فيه للمشتري مع ما علمت من عدم سقوطه بخلاف البائع إذا ثبت له الخيار من جهه أخرى، فيتمحط خياره به و يسقط خيار التأخير الذى له الارتفاع ضرره به المسبب خيار التأخير عنه، و مع ارتفاع العله ينتفى المعلول و لأن النص و الفتوى ظاهران فى لزوم البيع فى الثلاثه و مع ثبوت الخيار الآخر ينتفى اللزوم و كون اللزوم من هذه الجهه فلا ينافيه الجواز من جهه اخرى مندفع بأن التأخير سبب للخيار و لا يتقيد الحكم بالسبب بل قد يحكم بعدم اللزوم و ان كان من اسبابه التأخير، و ردّه ايضاً ان غايته اندفاع الضرر فى الثلاثه و هو لا يدفع الضرر الحاصل بعدها، و ان عدم تقييد الحكم بالسبب مسلم لكنه ان تمّ فكيف يجامع خيار المجلس لو كان

يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة الضرر بالتأخير فعلم انه لا يمنع من هذه الجهة، و هو جيد لو لا أنه خلاف

الأصل فيقتصر على المتيقن منه و ثبوته مع خيار آخر مشكوك، و النقض بخيار التفرق مردود بظهور الاتفاق عليه و إلاً فالقاعده اما سقوطه او حدوثه بعد التفرق كما صرّحوا به. نعم، لا نمنع من ثبوت خيارين في بيع واحد فيكون من قبيل تداخل الاسباب.

### السادس: اعتبار تعدد المتعاقدين في هذا الخيار

معللاً بثبوته بعد التفرق و خياره باقٍ مع الاتحاد إلاً بإسقاطه و خدشه الاستاذ " رحمه الله " بأن المتحد أما وكيلاً او ولياً و لا يجرى خيار المجلس في الأول إذا كان وكيلاً في مجرّد العقد مع امكان تصوّر القبض و الاقباض من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما، و أما الولي الذي بيده العوضان فعدم الخيار ليس من اشتراط التعدد بل لعدم امكان التقابض و هو كذلك، و لكن المناط في شرطيه التعدد هو عدم امكان التقابض في الواحد المفقود في كل منفرد، و الخيار و ان تصوّر لحوقه للمالكين غير العاقد لكنه من لوازم العقد فلا يثبت لغير العاقد إلاً ان يتوسع فيه و تحقيقه في الوكاله.

### السابع: اشتراط كونه في المتاع

فلا- يجرى في الحيوان مطلقاً او في خصوص الجاربه و هو المحكى عن الفقيه و المفتى في المختلف، و ذكر العم اني لم اجده في الثاني لكن اختلف المنقول عنه بين انه ينفيه في خصوص الجاربه او مطلقه، و الفقيه استظهر الاطلاق منه في نفيه في الحيوان مطلقاً، و الاستاذ " رحمه الله " حكى عبارته في المقنع و هي (

انه إذا اشترى جاربه و قال اجيئك بالثمن فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و إلاً فلا بيع له

( انتهى. و العبارة في الفقيه كذا، و لعلها فيه فقط و إلاً فيبعد ان العم " رحمه الله " لم يعثر على ذلك في المقنع مع تتبعه فقال: لم اجده فيه و الامر سهل، مستند الصدوق خبرين يقطين فيمن اشترى جاربه و قال اجيئك بالثمن فقال "ع" إلى آخر ما تقدم، و رواها الشيخ في التهذيب و لم يعقبها بمسمى و الفقيه رمى سندها بعدم الصحه مع انه ما فيه يشبه امره سوى ابي اسحاق و هو مشترك بين جماعه، و المشهور بأنه ابراهيم بن هاشم و تساعده الطبقه ايضاً فهو اما صحيح او حسن و الدلاله ظاهره، واصل اللزوم مؤيد فإنه ان ثبت في الثلاثه استصحاب. نعم، شذوذها و غرابه اختصاص الأمه بهذا الحكم و لزوم ضرر البائع بطول المده مما يمنع العمل بظاهرها عدم اقباض الجاربه و لا قرينه تقضى بذلك، و لعل حملها على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد فيثبت الخيار عند تخلف الشرط او على نديه صبر البائع إلى شهر و عدم فسخه في خصوصها كما احتمله الشيخ في الاستبصار او مطلقه و هي من باب المثال كما احتمله العم " رحمه الله " و حملها على غير الظاهر منها لازم لمخالفتها للمعظم و مبدأ الثلاثه قبل من حين التفرق و جنح العم إليه مستظهماً ذلك من الشيخين و السيدين و القاضي و الديلمي و الحلبي و الفقيه و البصائر في دلالة الاخبار و فتوى الاصحاب على لزوم البيع في تمام المده، و لو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس فينتفى اللزوم في المجموع بل الجميع لو استمر المجلس إلى انتهاء الثلاثه، و لظهر قوله "ع": )



ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه ايام

(، لاستلزام المجرى ء التفرق إذ لا- يعقل حال الاجتماع، و ظاهر الاستاذ انه من حين العقد و ان الروايه كنايه عن عدم التقابض  
ثلاثه ايام و قرينته ظهور روايه بن يقطين )

الأجل بينهما ثلاثه ايام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع له

(، و قيل من حين الملك و الأوفق الأول و ينفرع عليه فى الفضولى من حين الاجازه على النقل بعد التفرق و تفارق الوجهان إذا  
اشترط فى العقد سقوط الخيار، فالمده من التفرق على الأول لعموم المقتضى و من العقد على الثانى لانتفاء المانع، و الوالد"  
رحمه الله" ايضاً اختار الثانى قال: لظهور اراده البدء من العقد فى مثل هذه المواضع و إلا لذكر غيره كما يراد اللزوم هو فى  
مقابله هذا الخيار الخاص لا مطلقه لجمع بين خيار المجلس و هذه الأدله و بالمجرى ء المجرى ء بالثمن إلى آخره، و عليه فتدخل  
فيها الليلتان مع عدم الانكسار

و الثلاث معه و لا لزوم إذا تطرق الايام خيار آخر و ان اقتضى هو اللزوم و لا منافاه لاختلاف الجبهه.

### رابعها: في مسقطاته

### اشاره

و يسقط بأحد الأمور:

### الأول: سقوطه بإحضار الثمن في الثلاثه

و بعدها قبل الفسخ نصّ عليه في القواعد و تذكره الفقهاء بلا تردد، و كان مستنده عنده الضرر المنفى ببذل المشتري للثمن في المستقبل و الضرر السابق لا حكم له و لا يتلافاه الخيار اللاحق فلا يقال ان حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، لأن الاحكام المرتبه عليه تتبع الضرر الفعلى لا مجرد حدوثه في زمان و احتمال الدروس عدم سقوطه لزوال المقتضى، و جزم العم " رحمه الله " به للأصل و ان زوال العله لا ينفى البقاء لجواز ان يستند إلى عله اخرى و لا اقل من الشك فيستصحب و لم يتعرض الاكثر للاحضار و عدمه مع اطلاقهم ان له الخيار و ذلك قرينته على عدم سقوطه عندهم ان يكون الاطلاق مسوّق لبيان حكم آخر، و ظاهر الاستاذ " رحمه الله " ان مستند هذا الخيار ان كانت النصوص فاستصحاب عدم سقوطه حسن لكنه لم يبعد انصراف الاخبار إلى صورته التضمر فعلاً بلزوم العقد، فيكون عدم حضور المشتري عله لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً او عدماً ثم استقوى مختار التذكرة و القواعد و لعل اناطه الخيار بالضرر فقط يلزم منه خيارات لا تتناهى فلا يمكن الجزم به.

### الثاني: سقوطه بالاشتراط في صلب العقد

كما في المكاسب، و حكى عن كثر الفوائد و تعليق الارشاد عملاً بلزوم الشرط و اشكله غير واحد بأن الشرط يسقط به ما يقبل الاسقاط بدونه فلا يسقط به ما لا يشرع اسقاطه بدون الشرط، و هذا الخيار لا يسقط بالثلاث لو اسقطه البائع إذ سبه الضرر الحادث بالتأخير لا المقارن للعقد كالعيب و الغبن و التدليس و الوصف دون هذا الخيار لأنه يأتي تدريجاً و لا يسقط الشئ ء قبل ثبوته، لكن يحتمل ان يكون ما سببه العقد و ان تأخر لا انه مستند إلى التأخير فقط و لو سلّم فقد يدعى ان المشروط ذلك الوقت الذي يحدث فيه لا الآن، و المعلق على شئ ء محقق كالمجزع مع ان خيار الحيوان يسقط في الثلاثه، و الحال انه تدريجي لكن يلزم القول بذلك في النفقه و القسم و لعلهم لا يلتزمون به فيهما و في جميع ما فيه شغل الذمه مقدراً.

و لو قلنا بجواز الاشتراط المحكى الاجماع و اطلاق أدله الشروط فيلزمنا جواز اسقاطه و لو بعد العقد لفحوى الاجماع كما ذكره الاستاذ " رحمه الله " .

### **الثالث: اسقاطه بعد الثلاثه من غير تردد فيه من احد**

و فيها قيل بالعدم لعدم ثبوت الحق، و انه كنفقه الزوجه لا يسقط ما يأتى منها بالاسقاط و ان امكن الفرق بينهما بأنه حق واحد مستمر، و تلك حقوق موزعه على الزمان فإنه لا يصلح ان يكون موجباً للسقوط، و من هنا قيل بعدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا كان مبدأه بعده مع انه اولى بالجواز، و قيل بالجواز لأن العقد سببه فيكفى وجوده في اسقاطه و لفحوى جواب اشتراط سقوطه في ضمن العقد. نعم، لو اسقطه مقيداً لسقوطه بحصه من الزمان سقط بتمامه و ان قلنا بالتراخي، لأنه بسيط و الزمان تابع له. نعم، يشكل الفرق بينه و بين خيار الحيوان في ذلك فتدبر.

### **الرابع: سقوطه بالبيع على من يعتق عليه**

كما سبق و بالتصرف بعد الثلاثه ان جرى في مطلق الخيارات.

### **الخامس: سقوطه بأخذ ثمن المبيع من المشتري**

حيث لا يسقط بالبذل لأشعاره بالالتزام بالبيع و لا يمنع ظهور التزامه احتمال اخذه بعنوان العاربه او غيرها، لأن الفعل اماره عرفيه على الالتزام كالقول فلا وجه لدعوى عدم تحقق موضوع الالتزام بالعلم بل الرضاء النوعى

الذى يسقط به خيار الحيوان و الشرط دون الفعلى فهذا من اوضح افراده، و لا يجوز للمشتري هنا و فى غير التصرف فى المبيع زمن الخيار لمنافاه حقه على الأظهر.

و أما لو تصرف هنا فى الثلاثه قبل حدوث خيار البائع فلا مانع منه، لعدم ثبوت حقه. نعم، لو تصرف كذلك فللبائع السلطنه على الفسخ و الرجوع إلى العين او قيمه عند التلف فى وجه و منه البيع على من يعتق عليه، و فى التصرف الحائز ايضاً كما سبق، و الاصل يقضى بأن النماء فى الثلاثه للمشتري و كذا بعدها قبل الفسخ و نماء الثمن للبائع فيها و بعدها قبل الفسخ متى كان لهما او لأحدهما فائده دون الآخر.

### السادس: قيل بسقوطه بمطالبه البائع بالثمن

لدلالته على الرضا و لأن المشايخ و الديلمى و الحلى خيروا البائع بين الفسخ و المطالبه بالثمن و قاربوا بينهما فيظهر منهم سقوطه بالمطالبه لأنه قرينه الامضاء، و قيل بالعدم لأن المطالبه بالثمن لا يدل على التزام الضرر المستقبل كى يترتب عليه الالتزام بالبيع، بل هو مما يتترس به عن مستقبل الضرر كالفسخ و ليس هنا ثابتاً بنفس العقد حتى يكون الرضا به بعده التزاماً بالضرر الذى سببه الخيار كما فى الغبن، بل الذى سببه الضرر المتأخر فكيف يسقط المسبب قبل حصول سببه. نعم، لو كان العقد سبباً للخيار هنا كغيره فلسقوطه بالمطالبه وجه مع ان سقوط مثل الغبن و غيره مما سببه العقد بمجرد المطالبه بالثمن فيه تردد.

### خامسها: الأقوى الفوريه فى مطلق الخيارات

كما سبق لكن ظاهر الروايه فى هذا الخيار من قوله "ع": ( )

فلا بيع له

( نفى حقيقته و إلا لم نستظهر منها ذلك، فالأنسب ان نحكم بنفى لزومه لأنه المناسب بعد عدم اراده نفى الصحه فيترتب عليه التراضى لعدم عوده إلى اللزوم بل على تقديرهما النص و عدم ظهوره فى العموم يمكن أن يستصحب عدم اللزوم الطارئ على العقد فى وقتها إذ ليس الشك هنا فى الموضوع الثابت بغير الأدله الاجتهاديه ليؤخذ بالمتيقن منه بل هو مستفاد من النص فلازمه الحكم بالتراخي، هذا كله إذا كان المبيع موجوداً زمن الخيار، فلو تلف المبيع فى الثلاثه و بعدها كان من مال البائع بلا شبهه فى الثانى، و على الاشبه فى الأول للإجماع المستفيض فى التالى و للنبوى المرسل كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و يعم التلف لما كان بأفه او بمتلف غير معلوم او تلف نفسه او تلف بحق قصاص او حدّ حال الخيار او بعد بطلانه إذا كان فورياً و بطل بالتأخير او بذل المشتري الثمن و عورض ذلك بالملازمه بين الدررك و النماء المستفاده من الاستقراء و النص و بالقاعده فى ان المتلوف فى زمن الخيار ممن لا خيار له و هو المشتري و باختصاص الضمان به لو اشترك الخياران فكيف لو اختص بغيره، و ردّ بأن النبوى يخصص القاعده الأولى و بأن الثانيه و ان كان ما بينها و بين الأولى التباين الجزئى و الأخيره مؤيده بالأصل ان كان

مرجحاً لكن مع عدم تمثيها في غير التالف زمن الخيار على القول بالفوريه لو كان ساقطاً بمسقط، ردود باختصاص القاعده بالمقبوض فلا عموم فيها يشمل جميع أنواع الخيار و أفراد البيع، بل يمكن ان يدعى اختصاصها بخيار التفريق و الحيوان و الشرط مع كون التلف بعد القبض و أما في الأول فالمعروف انه كذلك و في (س) انه مذهب الأكثر كالشيخ و القاضي و الحلبي و المحقق و الفاضل و ابنه في رأى و الآبي و الشهيدين و الكركي و الصيمري و غيرهم، و حكى عن الفقيه الاتفاق عليه و نسب الخلاف للمفيد و السيدين بل حكيا في المحكي الاجماع عليه مضافاً لقاعده ضمان المالك لماله و ردّ الاجماع بالمعارضه لمثله مع وهنه و القاعده مخصصه بالنبوي المنجبر من حيث الصدور، و صريح روايه عقبه بن خالد )

في رجل اشترى متاعاً من رجل و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غداً ان شاء الله فسرقت المتاع من

مال من يكون، قال "ع": من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه يرد إليه حقه او ماله

، و فى الطوسى " رحمه الله " حكم بضمن المشتري إن عرضه البائع عليه و إلا فلا تنزيلاً للعرض منزله القبض لانتفاء تقصيره به و لكن قيام العرض مقام القبض مع عدم امتناع المشتري و عدم رضاء البائع لبقائه فى يده مشكل و معهما او احدهما نقول به و لو اختص التلف ببعض المبيع او القبض بغير التالف فهو فى غير المقبوض على الخلاف، و فيه من المشتري لانتقال ضمانه إليه بالقبض و لا- يخل اطلاق كلامهم من مؤاخذه لصدق تلف الكل بتلف الجزء، فلو كان مرادهم قبض الكل و عدمه كان قبض الجزء كلاً قبض فيلحقه حكم غير المقبوض، و لكن هذا الظهور مما يمنع لمخالفته الضوابط.

### سادسها: أن المبيع لو كان مما يدوم إلى حين او يتجاوز الثلاثة فحكمه ما قد علمت،

و ان اشترى او باع و لم يقبض المبيع و لا- قبض الثمن ما يفسد من يومه كلاً او بعضاً فساداً يؤدي إلى التلف جملته او بتبعض او إلى نقصان الوصف و قله الرغبة و عدم الانتفاع التام لا مجرد التغيير و لا لخوف غاصب متلف او سارق أو آفه سماويه او فوات سوقه، و احتمال فى الدروس ثبوت الخيار لمنفى الضرر و هو مع انه فوت نفع لا رفع ضرر، أن الأخذ بمدلول الخبر من غير جابر من اجماع او شهره او غيرهما كما ذكره الوالد " رحمه الله " يفتح فى الفقه ابواباً لا تحصي، و ظاهرهم على خلافه فإذا اشترى او تركه عند البائع، ففي الغنيه ان على البائع الصبر يوماً، ثم هو بالخيار و فى الفقيه العهده فيما يفسد من يومه إلى الليل و المراد بالعهد عهده البائع، و فى الغنيه و إذا باع الانسان ما لا تصح عليه البقاء من الحضر و غيرها و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً فإن جاء المتاع بالثمن ذلك اليوم فلا بيع له، و الظاهر منها بقاء المبيع على حاله من اللزوم و المراد بالخيار خيار المشتري فى تأخير القبض، و فى الكتاب فإن جاء بالثمن قبل الليل و إلا فلا بيع له و هو عين ما رواه الكافى، و يبقى عن محمد بن أحمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابى حمزه او غيره عن ذكره عن أبى عبد الله "ع" )

فى الرجل يشترى الشئ الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن إلى الليل و إلا فلا بيع له

، و عن ابى فضال عن بن رباط عن زراره عن أبى عبد الله "ع" فى خبر قال: )

العهد فيما يفسد من يومه مثل البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل

، و أستظهر العم " رحمه الله " انها من كلام الصدوق و إلا فالشيخ قد روى هذا الحديث بالاسناد المذكور بلا هذه الزيادة، و لا يضر ارسال الروايه بعد عمل الأصحاب بها، لكن المصنف و جماعه لم يفهم منهم مبدأ هذا الخيار و يظهر من العبائر السابقه تحديد المده بيوم و التحديد بالليل مشترك إلا انه فى بعضها غايه للخيار و فى غيرها مبدأ له كالنص فيلزم رد الأول اليه، إلا الدروس عبر بما يفسده المبيت و اثبت الخيار عند انقضاء النهار و مراده ان مجرد دخول الليل لا يفسده فإذا فسح البائع اول دخول الليل قبل ان يعتريه الفساد فله الانتفاع به او ببذله، و ظاهر المتأخرين على خلافه كظاهر النص فإن الموضوع ما يفسد من

يومه و حكمه ثبوت الخيار من اول الليل فيكون الخيار في اول ازمته الافساد و لا ريب ان الخيار كذلك لا يجدى للبائع شىء  
فلا جرم ان نفى البيع في الخبر، وقاعده الضرر تقضى بذلك لضمان البائع للمبيع منعه عن التصرف و محرومته من الثمن و لو لا  
القاعده المزبوره لخرج من النص أيضاً ما يفسد في أقل من اليوم او ما يفسد قبل انقضاء الثلاثه مطلقاً فلا يثبت فيه الخيار في  
زمان يكون التأخير عنه ضرراً على البائع، و حينئذ يلزم لدفع بعض المحاذير ان يحمل النص على ما في الدروس بوجه لا يأبى  
ذلك، و يؤيده اطلاق اليوم على ما يشمل الليل كما بالنسبه إلى الثلاث في خيار التأخير

الذى هو أصل لهذا الخيار و المتجه فى النظر القاصر، إن البائع كغريم امتنع عليه وفاء دينه من المديون و تسليم حقه له برهه من الزمان و عنده من ماله ما يمكن استيفاء قرينه منه فإذا بلغ التأخير به إلى الضرر كان للغريم المقاصه بأذن المجتهد او مطلقه.

و تخصيص المقاصه بخصوص الامتناع عار عن الوجه و لا يقتصر حينئذ على ما يقيدده فى المقام، بل يتمشى الحكم فى غير المنصوص بتنقيح المناط و قياس الأولويه و دلالة الايماء مع الأخذ بحديث الضرر فى الجملة الذى يكشف عنه الشارع لخصوصيه فيه، و الحاصل مدار ثبوت الخيار على خشيه الفساد بحديث الضرر، فإن كان مما يسرع له قبل الليل فالخيار قبله و ما لم يفسد فى يومه يتربص به البائع إلى خوف فساده فيتخير و لو مضى عليه يومان، و الظاهر ان هذا الشرط وجودى لا علمى، فلو اتفق عدم فساده بعد الفسخ لغى الفسخ مراعاة للوقت، و احتمال بعضهم ثبوته لتعليق الحكم على الخوف و له وجه و هو على التراخي كسابقه فإنه فرع من فروع و الله العالم.

## و السادس: خيار العيب

### اشاره

يأتى فى باب ان شاء الله تعالى هذا كله فى تحقق موضوع الخيار،

### و أما احكامه مطلقاً فتشتمل على مسائل:

## الأولى: أن خيار المجلس لا يثبت فى شىء من العقود التى لا تدخل فى ضمن عقد البيع

### اشاره

كما نبهنا عليه سابقاً مستوفاً، عدا البيع بأدلته السابقه، و أما خيار الشرط فيثبت فى كل عقد و ان كان جائزاً إلا ما يستثنى من افراد النوع الذى ثبت فيه او الجنس و خلاصه البحث فيه يتم برسم أمور:

## أولها: لا اشكال فى ثبوته فى البيع فى الجملة

و لا خلاف فيه إلا فيما يستعقب العتق من أفراده لوجود المقتضى و عدم المانع و للمستثنى انه شرط فاسد غير مقدور للمشتري عليه فيفسد العقد بفساده بناء على تقديم ما قضى بدوام التحرير على ادله الخيار، إذ الحر لا يعود رقاً و قد احتملنا فى خيار التفرق صحه الشرط و الرجوع إلى القيمه فراجع، و نفى فى كره ثبوت خيار المجلس فى السلم و المسلم و فى البصائر أثبتته هنا، و ظاهر الاتفاق و الأصل و عدم المانع يقضى بلحوقه بأقسام البيع و عدم استدراكه منها فالقول بثبوته فيه، لا يخلو من قوه و حكي عن الصراط المستقيم و الفقيه و أبى المكارم و الحلوى دعوى الاجماع عليه من عدم ثبوته فى الصراف معللاً بمنافاه الخيار



للقبض المعتبر فيه إذ هو و ان وقع قبل القبض فقد وقع قبل حصول الملك و السبب المملك و لا يقع الخيار إلّا بعد الملك و ان كان بعده نافياً اتصال الشرط بالمشروط فلا يؤثر و لو اريد به حصول سببه كان من الشرط المجهول، و حينئذٍ درس لم يعلم وجهه مع عموم صحيحه بن سنان المؤمنون عند شروطهم و كأنه اشار إلى امكان وقوعه بعد القبض فوراً بحيث لا يخل بالاتصال عرفاً و ان وقع قبله، ثم ان الخيار لا يكون إلّا بعد تمام السبب يملك ممكن لصحة وقوعه مقرونًا بالإيجاب قبل القبول من البائع إلّا ان يفرّق بأن قبول الشرط فيه في ضمن القبول دون ما هنا، و مع ذلك منقوض بالسلم المجمع على صحته فيه و حكاية الاجماع أيضاً، كما ترى بعد ذهاب المعظم إليه جزماً و تردداً مما يوهنه فلا يحصل معه الشك في عمومات الكتاب و السنه مطلعات النصوص فالوجه جريانه فيه سواء كان القبض معتبراً في الصحة فالخيار بعده او في اللزوم فيلزم من غير جهة الشرط و قيل القبض مجتمع فيه الجهتان.

**ثانيها: انهم اطبقوا على التمسك في صحه الشرط مطلقاً بعموم صحيحه بن سنان**

فيلزم قيام القاطع على الخارج من العموم بعد شموله للفرد المدعى خروجه عنه، ثم العقود مطلقاً و لو غير القولى منها ما هو مشتمل على المعاوضه.

و منها ما يشتمل و كل منهما أما لازم او جائز و الأول أما لازم من الطرفين او من احدهما و الثانى كذلك و مقتضى الدليل الموافق لفتاوى الأَكثَر دخولُه فى كل معاوضه لازمه يمكن فيها التقابل بعد العقد كالإجاره و المزارعه و المساقاه و الكفاله و الحواله و نحوها، و حكى عن المهذب الاجماع على جريانه فى الصلح مطلقاً و عن الصراط المستقيم و الفقيه و الجامع و المقاصد عدم دخوله فيما يفيد الابرء منه عن الصيمرى فى الصلح المجهول فى الدعوى التى لم تثبت، و عن الفاضل فى الضمان مطلقاً و علّله بعضهم بأن المستثنى فى معنى الايقاع فلا يقبل شرط الخيار و التعليل عليل و المدار على الضابط، و أما المعاطاه فأحتمل الوالد " رحمه الله " عدم دخوله فيها لأنها من مقوله و هو من مقوله إذ المدار فيها على الفعل و اللفظ اجنبى لا مدخله له و احتمال دخوله لقوه ارتباط هذا القول بالفعل مع ان الشروط فى العقود خصوصاً لها نوع استقلال، فإن العقد لا يقبل التعليق، و يظهر من الكتاب دخوله فى كل عقد و ان لم يجز التقايل فيه عدا النكاح و الوقف منها أو حكى الاتفاق على الأول فى ط و الفقيه و البصائر و الجامع و الصدوق و المسالك و علل بعدم مشروعيه التقايل فيه و توقف ارتفاعه على الطلاق و لمشابهته للعباده و ابتناؤه على الاحتياط و سبق التروى فيه على العقد و على المعروف الثانى، و يظهر من بعضهم التردد فيه و علل بأنه عباده و هى مبينه على اللزوم لا التزلزل و يسرى الحكم لا كل ما اشترط فيه القربه بناء على ما ورد من انه لا يرجع فيما كان له تعالى، فيستفاد منه ان اللزوم حكم شرعى لماهيه الصدقه نظير الجواد للعقود الجائزه فيكفى الشك فى عدم سببته الفسخ التى يتوقف صحه اشتراط الخيار عليها و لا تثبت السبب بنفس دليل الشرط حيث لا يكون العقد قبلاً لأن يفسخ القابليه تحرز قبل الشرط و هو يوجب الفسخ، و قد سبق منا فى خيار الشرط ما له تعلق فى المقام و يأتى أيضاً، و أما ما يلزم من طرف واحد من العقود كالرهن مثلاً او ما يكون لازماً و جائزاً فقد ظهر حكمه و استشكل فى التحرير فى الرهن إذا كان الشرط من قبل الراهن، بأن الخيار ينافى الاستبثاق، و منعه بعدم المنافاه مع رضاء الطرفين، و أما العقود الجائزه فهو و ان جاز الاشتراط لكنه يكون مؤكداً و يمكن ان يكون فائدته فى العقد الجائز جوازه عند عروض ما يلزم سببه مطلقاً كالهبة فى التصرف و نحوها.

### ثالثها: دخوله فى الايقاعات،

فيظهر من الكتاب من قوله، و كذا الابرء و الطلاق و العتق إلأ على روايه شاذه اختصاصه بالثلاثه من بينها و لكن اطلاق عدم دخوله فى مطلق الايقاع هو الوجه و به صرح جماعه من دون تشكيك، و علله الاستاذ " رحمه الله " بأن العقد بعدم لزومه مشروعيه فسخه لا بدلها من دليل و هو فى العقود من جهه مشروعيه الإقاله و ثبوت الخيار فى المجلس و الحيوان و غيرها فيها.

و أما الايقاعات فلم تعهد من الشارع نقض اثرها بعد وقوعها لكى يترتب عليه صحه اشتراط نقض الأثر فيها، فكل عقد صحح نقض أثره للمتعاقدين او لأحدهما مع الرضا يلزم بالشرط ذلك لجوازه شرعاً و ما لم يثبت شرعاً نقض اثره او يشك فيه، فالشرط لا يحدث السبب الشرعى، فكما ان الشرط لا يحدث لزوماً فى العقد الجائز، فكذا لا يحدث جوازاً فى اللازم لأن الشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سبباً و هو كذلك، إذ ليس الشرط كالنذر يوجب العقد الجائز بالعارض على ان اللازم به لا يرفع أثره غايته ترتب العقاب على المخالفه، فلو نذر ان لا يرجع فى الهبه فرجع فيها فالنذر لا يقضى بعدم تملك الموهوب بحيث يخرج عن ملك الواهب المسبب له الرجوع فى العين الموهوبه كما هو واضح و ان اورث المخالفه من جهه اخرى، بل يسرى الحكم لما

تضمّن الايقاع و لو كان عقداً كالصلح المفيد فائده الابرء، و ربما علل بأن المفهوم من الشرط هو ما كان بين اثنين و الايقاع يتقوم بواحد،

و ردّه الاستاذ " رحمه الله " بأن الاثنييه ملحوظه فى الشرط جزماً إذ لا بد فيه من مشروط له و عليه، و ذلك يتحقق فى الايقاع و لذلك جوّزوا اشتراط خدمه العبد مده معينه فى ضمن عتقه و استندوا للعموم المزبور فيه و اشتراط مال على العبد و لا ينافيه ان لزومه مشروطاً برضاء العبد إذ المرام تشريع الاشتراط و ان توقف على شىء آخر، و مقاله بعضهم بأن الرجوع فى العده فسخ للطلاق فيصح الاشتراط فيه و لا- قائل بالفصل، موهون بما ذكره الوالد " رحمه الله " بأن الرجوع ليس فسخاً للطلاق و إنما هو حكم شرعى ثبت فى بعض اقسامه فلا يسقط فى مورده و لا يقبل الثبوت فى غير مورده، فإنه لا يدخل فى جمله الحقوق القابله للإسقاط و للصلح عليها، و على أى حال يكفى ما نقل من متكرر الاجماع على عدم الدخول و لا اقل من الشك فى سببيه الفسخ و ان كان بالشرط لرفع الايقاع فتدبر، و يلحق بالطلاق الخلع و المباراه و بالعق التدبير و ان جاز زمن الحياه و المكاتبه المطلقه دون المشروطه، فقد صرح بعضهم كما فى ذلك بأن الشيخ قال بجواز خيار الشرط فيها للمولى و العبد و الله العالم.

### الثانيه: سلف فى المباحث السابقه ان التصرف إذا قضى بالرضا بالعقد يسقط خيار الشرط و غيره

#### اشاره

سواء كان من البائع فى الثمن أو المشتري فى المثل، كما يسقط خيار الثلاثه فى الحيوان من المشتري و يتضح المقام برسم أمور:

منها أن التصرف المدار فيه على ما صدق عليه اسمه عرفاً و هو كناية عن مطلق الاستعمال و الانتفاع و ان لم يصدق التصرف لمكان التعليل بالرضا فى الخبر و لما ورد من أن العرض على البيع اسقاط و يختلف التصرف باختلاف متعلقه فالتصرف بالنار الاستضاءه بها و دفوها و بالضلال بالكون تحته، و بالسراج الانتفاع بالدهن و الفتيله و بالشمع كذلك و الضوء و بالشموم شمه و بالمذوق ذوقه و الملموس لمسّه و المرئى رؤيته و المسموع سماعه فيحصل الانتفاع بما بعد ذلك الشىء له، و هو و ان لم يلحق بعض اقسامه اسم التصرف، لكن قد يرتب الشارع عليه حكماً فى عبادته او معاملته ثم انه قد يحصل عمداً مع العلم بحكمه و مع الجهل به موضوعاً او حكماً او مع الكره او مع امر الشارع به او مع منع الشارع له كالوطى فى الحيض، و قد يكون مع نسيان او غفله او نوم او سكر أو اغماء او دشه او جنون او طفوليه و قد يكون التصرف مع الاذن و بدونه فيشمل الوكيل و الولي و هكذا، فلا بد من تميز المسقط للخيار من افراده و انواعه إذ لا يمكن الحكم بإسقاطه مطلقاً.

و منها ان سقوط الخيار بالمسقط الفعلى فى الجملة مما قام الاجماع عليه و استفاضت النصوص به و هو اما صريح او ظاهر و كل منهما أن يكشف عن الرضا بالعقد أو لا أو يشك فيه او مع معلوميه عدمه، و ظاهر بعض الاصحاب ان المسقط الفعلى الصريح كالقولى منه مسقط للخيار مطلقاً بجميع اقسامه إلا فى خيار الغبن مع الجهل كما مرّ الخلاف فيه، و ظاهر اطلاقهم انه و ان لم يعلم منه الرضا بل و ان علم عدمه و قصد المتصرف الاسقاط به ام لا وقع التصرف فيما انتقل إليه أو منه و احتمال بعضهم عدم الصحه إذا كان التصرف بعقد او ايقاع فيما انتقل منه لأن الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد معاً، كما ان التكبيره الثانيه بنيه الشروع يخرج بها عن الصلاه و لا تشرع بها فتبطل من رأس، و خدشه بعض منهم الوالد " رحمه الله " بأن القصد المقارن

للعقد او الايقاع يكفى فى الملك و الفسخ لسبقه عليهما آنا ما او يحصل بهما و التقدم ذاتى لا ان الصبغه حصل اولها من غير ملك، و أما كون المسقط الفعلى الظاهر منه الاسقاط كالقولى الظاهر منه ذلك ففيه تأمل و ان ظهر من بعضهم أنه كذلك. نعم، استشكل فى كره فى حل الوصى فيما انتقل عنه و ان كان صريحاً فى الاسقاط بأنه ينشأ من انتقال الملك عنه فيكون مصادفاً لملك الغير فيقع محرماً و من انه ابلغ فى التمسك بالمبيع و فسخ البيع من

اللفظ و ردّه ان القصد إلى الفعل المقارن او جزئه الأول هو الموجب للفسخ فلا يقع الوطى بتمامه محرماً، ثم إنَّ الفعل الذى ظاهره لا- يمكن القول باعتبار هذا الظاهر فيجرى مجرى ظهور القول المعبر لعدم ما يدل عليه من عقل او نقل او اجماع بل اعتباره من جهة ظهور الرضا و دلالته لفحوى بعض النصوص، مثل انَّ العروض على البيع اسقاط و حينئذٍ فالتصرف المفيد للظن فضلاً عن العلم بالرضا موجب للسقوط فيدور السقوط مدار ذلك، و لو حصل من غير التصرف فضلاً عنه و لا يختص الضابط بخيار خصوصه حيث يكون المدار على فهم الرضا كيف ما اتفق إلّا إذا عارض ذلك المسقط ما هو أقوى منه دلالة على عدم الرضا. نعم، هو فى الفعل الصريح لا يجدى إذ السقوط قهرى غير موقوف على الاسقاط بل و ان ظهر العدم و فى غيره يدور مدار الرضا المعلوم، فإذا انتفى الدال عليه بالعلم او بالظن بأن حصل ما يعارض ذلك الظهور، ينتفى الضابط فيبقى الخيار بحاله او يقتصر على سقوطه مع ظهور عدم الرضا و ان حصل مورده المجمع عليه او المنصوص عليه كما هو ظاهر الاصحاب فى خيارى الحيوان و العيب و قد مرَّ عليك آنفاً القول فى صحاحه بن رباب فراجع، إذ قد يدعى ظهورها من قوله "ع" فذلك رضا منه ان التصرف مطلقاً مسقط للخيار تعبداً و ان نصَّ على عدمه.

و منها ان الفسخ و الإجازة الباعث عليهما التصرف قد يظهر من ظواهر كلماتهم الملازمه بينها فكما يحصل اسقاط الخيار و الالتزام بالعقد بالتصرف بأن يكون اجازة فعلية كذا يحصل الفسخ بالتصرف فيكون فسخاً فعلياً، بل الظاهر ان المعروف منهم ذلك لأنهم ذكروا ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، و فيما انتقل إليه كان اجازة فإذا اعتبر الرضا فى الفسخ فى السقوط فلانزم الملازمه ان الفسخ لا يحصل بالتصرف فيما انتقل عنه إلّا إذا كان مأذوناً به ليكون فسخاً فعلياً، و أما ما لا يدل على الفسخ لا يفسخ العقد بوقوعه لا اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ إذا أحطت خبراً بذلك، ظهر لك التنافى و الاختلال فى عبارات المتأخرين ممن عاصرناهم و غيرهم، فإن منهم من بنى على ان التصرف مطلقاً يسقط الخيار تعبداً و نسب ذلك إلى الاصحاب و ادعى عليه الاجماع و الأولوية بالنسبة لأخبار الشرط إذا سقط به الخيار الأصلي كالحيوان، و إلى ان الغاء فى الصحيح رابطة للشرط لا تعليليه و ان بيان الدلالة ليست من وظائف الشارع فهو قائم مقام الرضا فى الاسقاط لا كاشف عنه.

قال شيخنا " رحمه الله " فالقول بأنه مسقط مطلقاً تعبداً لا يخلو من قوه و تعديه لغير الحيوان بالاجماع المحكى عن الخلاف و ظهور اراده عدم اراده خصوص المورد فى الصحيح و غيره فحينئذٍ لا ينبغى التوقف فيه هنا انتهى.

و لكن الاستاذ " رحمه الله " فيما سبق و هنا نسب ذلك إلى دعوى البعض به مؤذناً بتمريره، فإنه بعد ان اعتبر فى الفسخ التصرف المأذون به و نفى الوجه فى انفساخ العقد بالفعل الذى لا يدل على اراده الفسخ، قال: و ان قلنا بحصول الاجازة بما لا يدل على الرضا من الافعال بناء على حمل الصحيح المتقدمه على سقوط الخيار بالتصرف تعبداً شرعاً كما تقدم نقله عن بعض انتهى.

ثم ذكر الاجماع على الاتحاد بأن كلما يكون اجازة لو ورد على ما فى يده يكون فسخاً إذا ورد على ما فى يده صاحبه، و لما كانت كلماتهم ظاهره فى اعتبار الرضا بما يدل عليه فى التصرف المسقط فالمقابلته توجب اعتبار الدلالة على الفسخ فى التصرف الفاسخ، ثم نقل من كلماتهم ما يظهر منه ذلك، و الوجه ان التصرف و غيره إذا ظهر منه الرضا بلزوم العقد و فسخه فلا ريب فيهما و لكن غيره من انواع التصرفات لا يمكن الالتزام به على اطلاقه

للإجماع المنقول و الشهرة المحققة. نعم، يلزم قصر ذلك على ما كان في زمن تحقق الخيار فما وقع قبل الرد لا عبره به، و كذا إذا تصرف ذو الخيار فيما انتقل عنه تصرفاً لا يجوز شرعاً إلا من المالك أو بإذنه، فإنه يدل على اراده انفساخ العقد سابقاً على هذا التصرف، و احتج في كرهه إلى ان الاسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو تصرف فيما انتقل عنه و لم يرد الفسخ فعل حراماً فيحمل تصرفه على اراده الفسخ قبله على الصحيح الذى لا- تنتفى عدالته، حيث يوجد للحمل سبيل و تنزيل كما فى جامع المقاصد، لكن يبقى فيه ان اصله حمل فعل المسلم على الصحة و ما يجوز إذا تردد بين الجائر و الممنوع هو من الاصول التعبدية و هى لا- تثبت اراده المتصرف للفسخ لأنها لا- تثبت إلا اللوازم الشرعية لمجاريها لا الاحكام الوضعيه المتعلقة فيها و بمجاريها إلا ان يكون ذلك من باب الظواهر و الامارات الشرعية التى هى كدلاله ظواهر الالفاظ على ما يراد منها لا من باب الاصول التعبدية ليكون كالاصل المثبت الذى هو ليس بحجه على المشهور، و القول بذلك فيه صعوبه و له محل آخر، كما انه ربما قيل او يقال بأن العقود التى لا اثر لها و لا تنفذ من غير المالك و ان لم يحرم اجرائها من غيره كالبيع و الإجاره و النكاح لو وقعت من المالك زمن الخيار فالأصل عدم حصول الفسخ بها لأحتمال وقوعها على الفضولية و أصله عدم قصد العقد عن الغير و ان حكم على اصله عدم الفسخ، لكنه لا يثبت اراده العاقد للفسخ فلا يترتب عليه اثر شرعى.

و فيه أن الكركى و غيره يظهر منه اراده الظاهر من هذا الأصل بضميمه اصله عدم الفضولية هذا الظاهر على الأصل و حينئذ لا وجه لمعارضته بما ذكر.

نعم، لم يحصل الفسخ فى كل مقام ينتفى فيه هذا الظهور كما لو علم وقوعه مع قرائن تقضى بعدم ارادته او وقع نسياناً او سهواً او مسامحه او اعتماداً على شهاده الحال بالأذن او لارتفاع الثمن فيبيعه فضولاً عن صاحبه او غير ذلك، و فى المقام اشكال آخر تنبته له جماعه.

قال الوالد و العم (رحمهما الله) و المحقق و الشهيد الثانيان ان الوطى فسخ لبيع الجاربه من البائع زمن الخيار، و انه يحل له ذلك لمقارنته القصد إلى فسخ العقد، فلا تكفى النيه فقط و لا الفعل من دون قصد، و استشكل به بعض المتأخرين ببيان ان الوطى كغيره من الافعال التى لا تصدر إلا من المالك او التى تتوقف على سبق الملك فإذا حصلت ممن له الخيار و كان ذلك البائع فصدورها اما كاشف عن الفسخ او سبب له، و الأول ينافى كون النيه لا تؤثر الفسخ على ما هو المعلوم و الثانى يوجب تقديم المسبب على السبب فى العقد و الإيقاع و وقع او جزء من الوطى مثلاً محرماً ضروره لزوم سبق الملك على ما ينقله ذو الخيار، و كذا الايقاع مثل العتق فلا- عتق لو باع ما يملكه المشتري بخيار للبائع فالملك لا يحصل إلا بعد تمام العقد او جزءه إذا قبل التجزئه، و كذا لو أحدث من الافعال ما توجب فسخه إذ قد حصل الوطى فى ملك الغير أو بعضه و لو حصل الفسخ بالجزء الأول منه فلا- يمان فعل المسلم عن الحرام و لا يقع الانشاء فى ملك المنشئ اللازم قضاء لحق الطرفيه المفقود فى المقام، و تخلص عنه البعض بدخوله فىمن باع شيئاً ثم ملكه، و خدشه الاستاذ على القول بصحته ايضاً لا يتم بدون اجازة العاقد ثانياً، و لا يلزم العقد بدونها إلا ان يكون كبيع الغاصب لنفسه ثم تملك المبيع و هو على القول بصحته لا يجرى مثل الايقاع، كالعتق الذى لا يقبل الفضوليه ثم استقوى فى توجيهه ان الفسخ يقع بأول جزء من العقد لإتمام السبب، فلا يقع البيع فى ملك الغير الممنوع عنه شرعاً إذ ذاك فيما لو وقع العقد بتمامه، أما لو وقع بعضه فيما يملكه العاقد فلا مانع من تأثير ذلك العقد، و لا حصل نقل

مال الغير بدون اذنه فما وقع عليه العقد يصدق عليه كونه مملوكاً قبل



البيع، و ان الحصر فى لا- بيع إلاً فى ملك اضافى بالنسبه إلى ملك الغير او المباحات الأصلية التى لا تملك قال فلا يعم البيع الواقع بعضه فى ملك الغير و تمامه فى ملك البائع انتهى.

و أيده بكون المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمام العقد فلا ينافى وقوع اول جزء منه فى ملك الغير و حينئذ يقع النقل فى الملك و لا فرق بين العقد و الايقاع فى ذلك، لكنه استشكل فى التصرفات الفعلية مثل الوطاء و ما شابهه لاعتبار الشارع بقوله إلاً على ازواجهم و ما ملكت ايماهم ان يكون الملك سابقاً على الفعل فلا يكون الوطاء بتمامه حلالاً و لا الأكل و لا غيرهما، و لما كان حصول الفسخ بالوطى و نحوه من الاحكام الوضعيه و لا ينافى تحريم ما يحصل به و لا- يمكن التمسك على جوازه بدليل جواز الفسخ الباعث عليه الخيار سلّمنا الدلاله ايضاً لا بد من الالتزام يكون الفسخ قبل التصرف لكى يجمع بين ما قضى بعدم جواز تصرف غير المالك بدون اذنه و جواز الفسخ من جهة الخيار، و هذا الكلام فى غايه الدقه و المتانه غير ان الجزء الأول الذى حصل الفسخ به مع عدم تمام العقد يقتضى بموجب ذلك ان يحصل الفسخ به، و إن لم يتم العقد لمانع و لا يلتزمه احد و ان ادعى ان الفسخ الذى يقع بالجزء، الأول من العقد مشروط بلحوق بقية اجزائه التى هى فى ملك الفاسخ، فذلك تحكم لا يرجع إلى محصل لعدم ما يقضى به من آيه او روايه فهذه المتعبه لا تؤثر أثراً فلا مندوحوه على القول بأن الملك المترزل لا تلحقه جميع احكام الملك المستقر و ان لحقه بعضها بدليله، و مرجع ذلك إلى ان الأصل عدم لحوق جميع الاحكام المرتبه على الملك لا ان الأصل اللحوق و ما خرج يحتاج إلى دليل، فالتصرف قولاً او فعلاً يرفع الملك من اصله من حينه فيكشف عن أن الملك الحاصل بالعقد الخيارى ظاهرى، فمتى حصل من ذى الخيار ما ينافيه ارتفع من اصله، فكأنه لم يملك شيئاً و لا- دخل المبيع فى ملكه آنا ما و كون النماء للمشتري و لا يرجع البائع به، فهو حكم مرتب على هذه الملكيه بنص الشارع و ان ارتفع الملك مع ان خبر الأجداد السابق يظهر منه عدم ترتب الآثار حتى النماء على الملك المترزل و كلامهم مشتبه فى المقام، و المسأله محل خلاف و عن ظاهر جواز بيع المتصارفين فى مجلس واحد مرتين او مراراً و قال ان شروعها فى البيع الأخير قطع لخيار المجلس و الملك عنده لا- يحصل إلاً بانقطاع الخيار، و شيخنا توقف فى الحكم بالفسخ ينصرف كل منهما فيما انتقل عنه، لكن فى خصوص عدم الدلاله على اراده الفسخ لكنه حكم به فى الافعال التى لا- تصدر إلاً من المالك، قال هو مقارن للدخول فى الملك من غير اثم تحكيمياً لما دلّ على ان له الفسخ بأى فاسخ يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دلّ على حرمة التصرف بمال الغير بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرف انتهى.

و لكن هذه المقارنه ان أمكنت فهى فى غير ايضاً متصوره و لذلك حكم بالحرمة البصائر و تردد فى الجواز الدروس ثم انه لا فرق فى سقوط الخيار، و لو كان الخيار لهما او تصرف احدهما فيما انتقل إليه من صاحبه و لصاحبه الخيار فيه كما ان له الخيار بما فى يد صاحبه سقط خياره، فإن تصرف المشتري فى المبيع سقط فى حقه الخيار، و أن تصرف البائع فى الثمن سقط بالنسبه إليه لو تصرفا فيما انتقل عنهما فهو فسخ ان لم يكن نسياناً او علم من حالهما الالتزام و انهما لا يريدان به الفسخ و السلطنه على مالهما فيه الخيار، و لو تصرف البائع و المشتري فى المبيع فالظاهر تقديم تصرف البائع لأن الفاسخ مقدّم و هو فسخ من جهته و الحكم بالتصرفات الجائزه لا كلام فيه.

و أما فيما لا يجوز شرعاً على القول به فكذلك إذ حصول الفسخ يلازم صحه التصرفات، فإنه إن احدث يصدق على الحالين، و

اختار شيخنا الجواز مطلقاً لعموم تسلط الناس على

اموالهم و لعدم ثبوت مانعيه تعلق حق الخيار و لأنه ليس فيه ابطال لحق صاحبه لانتقاله إلى المثل أو قيمه او لتسلطه على فسخ العقد الآخر، و استضعف الأخير بوقوع الفسخ على ما ليس يملك ذى الخيار و تعلق حقه بالعين انتقل بالعقد الثانى إلى المثل أو قيمه لو فسخ مثل التلف، و اختار أيضاً جواز تصرف غير ذى الخيار بما يمنع من استرداد العين عند الفسخ من سائر الانتفاعات حتى الوطاء الذى يمكن معه ان تكون أم ولد لعدم صلوحه لتخصيص قاعده السلطنه على ما يملك إلى آخر ما دام بيانه مما تقتضيه القواعد الفقهييه جزاه الله خيراً.

لكن نسب للأكثر ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقله، و هذه النسبه و ان ذكرها غير واحد إلا ان مستند المنع ان كان من جهه عدم تملك البيع قبل انقضاء الخيار فهو خارج عن مفروض المسأله كما يظهر من الصراط المستقيم و ابن سعيد فلم يثبت ان الأكثر حتى القائلين بالتملك عليه، و حينئذٍ فالنسبه كما ترى و يظهر من المصنف جواز الرهن فى زمن الخيار مطلقاً و ان كان لهما و انه قول كل من يرى انتقال الملك بالعقد و حكم أيضاً بوجوب الزكاه فى النصاب المملوك مع الخيار، و الظاهر ان التصرف و عدمه مبنى على القول بالملكيه بمجرد العقد او بعد الخيار، و إن كان يلوح من جماعه ان المنع من التصرف مفروغ منه مع ان الفاضل و غيره صرحوا بجواز التصرف فى الصرف بعد القبض، و قبل التفرق مع عدم ظهور اسقاطهم لخياره، و حمل بعضهم كلام من جوز التصرف نفوذه على وجه لا يضر بالخيار بحيث يمكن الفاسخ استرجاع المبيع او الثمن لو فسخ، و أما ما هو معرض لبطالانه او مستعقب لضمائه العين نفسها فلا يجوز و هو خلاف ما يظهر ممن لم يمنع منه زمن الخيار، كما انه لا فرق فالجواز و عدمه بين الاتلاف و التصرفات الناقله.

و يظهر من عمنا " رحمه الله " المنع فى الأول دون الثانى و انفساخه من الأصل لا من حينه مع احتمال الأخير، و كذا لا وجه لمن خصص جواز التصرف بالعتق لبنايه على التغليب دون غيره لفقد ما يصلح له و المتجه فى النظر ما اختاره شيخنا و اسلافنا و استاذنا (رحمهم الله) من جواز التصرف مطلقاً فى الخيارات الاصليه، و يكفى فيه عموم تسلط الناس على اموالهم الذى لم يثبت من دليل تقييده بحق يحدث لذى الخيار يزاحم فيه سلطنه المالك و ان تعلق بالآخره بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه، فإن التصرف الممنوع هو الذى يبطل لك الحق لا إلى بدل، و أما ما يبطله إلى بدل فأى مانع من تصرفه فيه بعد سلطنته عليه بنقله اليه فلا فرق فى ثبوت البطل بين تلفه بنفسه أو بتصرف المالك مترزلاً. نعم، التصرف الذى يذهب به الحق رأساً من دون ان يعقب ضماناً لا- يجوز لقاعده الضرر و غيرها و إلا لسقطت فائده نقله و لكان من قبيل الأمانات و لا نقض بعد جواز اتلاف العين المرهونه مع انها مع التلف بنفسها يوجب تعلق حق الراهن ببطلها لخروجه بالنص و الإجماع، و ان كونه وثيقه مما يقضى بوجوب ابقائه و عدم جواز التصرف فيه، و كذا لا يرد ان سقوط الخيار بالأذن فالتصرف مما يقضى بعدم جواز التصرف و إلا لما جاز التفاسخ حال تلف العينين لذهاب موضوع ما يحصل به مع امكانه فى حالتى تلف العين و وجودها فلا دلالة للخيار الثابت على حكم التلف وجوداً و منعاً و نظيره ان حق الشفيع لا- يمنع المشتري من نقل العين التى يشفع فيها و لا يصلح فارقاً كون الملك قبل الشفعه مستقراً و بها سلطنه على نقل جديد يجعل الملك له و الخيار برفع العقد عند الفسخ و يرجع الملك إلى حالته الأولى، إذ ذلك لا دخل له بالحكم المذكور مع ان الشفعه تبطل مطلقاً لتصرفات المشتري فالملك فيها اولى بالمتزلزل فالجواز بالخيارات الاصليه مجرى عن الاشكال،

بقى الكلام فى ذكر موارد تهمة:

اشاره

### المورد الأول: ان الظاهر من اشتراط الخيار و ثبوته في الشرط ان المقصود من اشتراطه اراده بقاء العين ليستردها عند الفسخ

بل هو الحكمه لأصل ثبوت الخيار و ان لم يكن مجعولاً بالشرط لكنه في المجعول به يثبت ذلك بالجعل و لا- ينافي ذلك الرجوع إلى البدل مع الاتلاف.

### المورد الثاني: انه لو جاز التصرف في زمن الخيار مطلقاً كما اخترناه فلا ريب فلا الانتقال إلى البدل في التفاسخ مع اتلاف العين،

و أما مع وجودها فيرجع بالفسخ كل إلى ملكه بلا شبهه انما الاشكال في مسألتين الأولى في بقائها على ملك المتصرف مع فعل ما لا يسوّغ شرعاً انتقالها عنه كالاستيلاء، فقد استوجه بعضهم و منهم الوالد " رحمه الله " الانتقال إلى البدل و ان المانع الشرعي كالمانع العقلي و هو يمنع من اقتضاء الفسخ لرد العين، و به صرح في القواعد و قبل تقديم حق الخيار لسبقه و له وجه الثانيه في نقله عن ملكه بعقد لازم او جابر فقد استوجه ايضاً الوالد تبعاً للقواعد و غيره من المتأخرين الانتقال إلى البدل عند الفسخ، لأنه من آثار جواز التصرف و وجود الخيار لا قابليه له إلى رفع ما يقتضيه من اللزوم و تسلط العاقد الثاني على ملكه بالعقد، و في تذكره الفقهاء إن صحه البيع الثاني لا ينافي حكمه ثبوت الخيار للمتعاقدين لكن يلوح من جماعه منهم عنما " رحمه الله " في خياراته، أنه بفسخ العقد الأول يفسخ الثاني لترتبه على بقائه فإذا صار الاشتراء بالفسخ معدوماً كأن لم يكن كيف يبقى ما ترتب عليه مكانه، يرى إن استقرار ملك البائع شرط في صحه بيعه و حيث يكون مترزلاً تتزلزل البيوع بل النواقل بأسرها لتزلزله بفسخه تنفسخ اتحدت او تعددت لكن مع بقاء العين، و رده الاستاذ " رحمه الله " غير ما حاصله ان استقرار الملك غير شرط في لزوم العقد الثاني و ليس في الادله ما يصلح له بل يكفي سلطنه المالك على ملكه وقتاً ما او من آثار السلطنه و مقتضياتها صحه جميع ما يترتب عليه من التصرفات، و قد صرحوا بلا مخالف بأنه لو تلف احد العوضين قبل القبض في المبيع مع نقل العوض الآخر بأحد النواقل انفسخ البيع الأول دون الثاني و استحق بدل عوض المبيع ثانياً لا نفسه لنفوذ البيع فيه فأحد العوضين و ان وجد لكنه عاد بالبيع حكم المتلوف الذي يستعقب ضمناً لبدله، و دعوى الفرق بين تزلزل العقد لأمر اختياري او تزلزله لحادث اضطراري لا- يجدى في الفرق فيما نحن فيه من رجوع العين او الانتقال إلى البدل بالفسخ، و هذه السلطنه بعينها موجوده في العقد الجائر فليس للأجنبي فسخه و لا الزام العاقد بالفسخ، و ان ادعى لكن المتيقن من الرجوع للحيلولة و هي مع التعذر من المبدل، و حيث يمكن ارجاعه يلزم تحصيله و هو كما ترى إذ المبدل قد خرج بالعقد الثاني عن ملك مستحق البدل او الفسخ ليس من النواقل و إزام المالك برفع يده عن ملكه حيث لا تستحقه الملزم يحتاج إلى دليل، إذ الملزم أما العاقد الأولى او الثاني، و الأول بالفسخ تسلط على من حصلت المعاوضه معه و حيث نفذ البيع من يده ثبت في ذمته البدل فليس له سلطنه على ما في يد الثالث و الثاني و ان جاز له فسخ تلك المعاوضه مع الثالث لكن ليس كلما جاز و جب فهو اشبه شىء بمن يملك عيناً بعقد جائز ثم باعه المالك لغيره بعقد كذلك فلو رجع الأول به لم يجب الرجوع به على الأخير بلا اشكال و هو مفروغ منه في باب الهبه المتعاقبه، و مع ذلك لا- يخل لمن نظر في اللانزم فضلاً عن الحائز مع بقاء العين لعدم خروجها عن ملكه مستقراً، و إن تعاقبت الأيدي على العين بالنواقل فلا- تخرج ملكيتها عن التزلزل و متى تحقق فيها ذلك ترجع بالفسخ على اصلها كتعاقب الأيدي على المغصوب و ان افرقا بالإثم و عدمه في العالم بالغصب خصوصاً مع ما يظهر من عبارتي الدروس و الجامع من

الاجماع على عدم جواز التصرف زمن الخيار و توجيهه بالمضمن من التصرفات او بغير ما يتعقبه الضمان و اما

يستعقبه إلى بدل فلا بأس به بعد فسخ ذى الخيار كما قاله الاستاذ " رحمه الله " بعيداً جداً و ان نقل الجواز عنه فى مسئلة العتق و الاستيلاء و لأجله اختار عمنا " رحمه الله " كما سبق انفساخ العقد من اصله لا من حين فسخ الأول و هو فى غاية المتانة إذ لو كان من حينه للزم ان يكون العين من املا-ك العقاد الثانى إلى حين الفسخ و ليس فى الشرع ملك مؤقت و ليس الفسخ من النواقل بعد استقرار الملك بل هو اشبه شىء بالاجازة بالنسبة إلى الانفساخ من الأصل مع عدمها فلا تترتب على مثل هذه الملكيه الآثار المرتبه على الملك. نعم، الخيار الذى لم يتنجز مثل خيار التأخير بعد مرور الزمان المضروب له و خيار الشرط المشترط فيه ردّ الثمن على ان الرد شرط للخيار و المشترط فى زمان خاص متأخر فيحتمل على القول بمنع التصرف فى زمن الخيار انه لا-مانع هنا إذ لا حق بالفعل لذى الخيار و ليس هو كخيار التفرق و الثلاثة فى الحيوان و الزمان المشترط فيه المتصل بالعقد إلى امد خاص فلا مانع من التصرف قبل حدوث الخيار الظاهر عدم الخلاف فى جواز التصرف المتوقع تنجزه فعلاً على امر آخر من غبن او عيب او رؤيه على خلاف الوصف و ليس هو إلأ كالتصرف فى احد العوضين قبل قبض الآخر، و كون العقد معرضاً للخيار لا يوجب المنع كما قيل لانتقاضه كما ذكرناه فى قبض احد العوضين للامكان تلف العوض الآخر قبل قبضه فهو ايضاً فى معرض الانفساخ، و لذا فضّل الوالد " رحمه الله " بين الخيار المتوقع على حضور الزمان و بين غيره فما حدوثه غير محقق حال العقد فالحق الأول بخيار التفرق و الحيوان لتحقق زمانه على الخلاف و نفى الخلاف فى الجواز غيره مما هو غير منجز، و ان القولين لا يجريان فيه و له وجه وجيه، لكنه " رحمه الله " اختار اولاً ان الخيار لا يصير ما تعلق به كالمحجور عليه، فلو منع فإنها يمنع لزوم العقد لا صحته فنقد العقد مترزلاً و يكون لذى الخيار فسخ عقده و سائر العقود المرتبه على ذلك، ثم ترقى إلى ان الظاهر انه لا يمنع شيئاً من الصحة و اللزوم و لا يقضى ذلك بعدم ثمرته، لأن ثمرته يذهب الرجوع إلى المثل و قيمه كالتلف زمن الخيار.

قال " رحمه الله ": و يكون اشبه شىء باشتراط ضمان العين المبيعه و ضمان درك البيع و خصوصاً إذا كان الخيار للمشتري و التصرف من البائع فى الثمن فإن طريقه السلف على ايقاع التصرفات الناقله عليه بغير توقف، و لم يفرق احد بين الثمن و المثل، انتهى. و هو لو لا ما تقدم لنا من النظر فى غايه الجوده و القواعد منع من التصرف زمن الخيار غير انه اجاز للمشتري الاستخدام و المنافع و الوطى فيظهر منه جواز التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين كالوطى بنا على ان الاستيلاء مانع من ردّ العين بالخيار لكنه بعد ذلك قال: ثالثها ليس للمشتري الوطى فى مده الخيار المشترك او المختص بالبائع على اشكال فإن فعل لم يحد انتهى.

و الاستاذ " رحمه الله " نسب إلى الجواز و ان قال بمنع التصرف و عساه لم يقف على ما ذكره أخيراً فيحمل تجويزه السابق على ما إذا كان الخيار للوطى فراراً من التدافع، و حينئذٍ فنسبه الجواز له من الاستاذ " رحمه الله " فى القواعد لعل فيها مؤاخذة.

### المورد الثالث: انه لا اشكال فى جواز استيفاء المنافع للمشتري و البائع زمن الخيار

سواء كان الخيار لهما او لأحدهما فيما انتقل إليه و إن ثبت الخيار فيه و خبر الامداد مطروحاً او مؤول، اما لو أجز العين و لم يكن الخيار إلى اجل تنتهى الاجاره قبله كأن قرن بالرد او كان ثابتاً بالأصل ام مما يحدث بحدوث سببه، فحكى المنع من اجازة

العين لعدم تسلط الفاسخ على ردها حينئذٍ لو قلنا بالجواز لاستحقاق المستأجر استيفاء منفعته إلا أن تكون الاجازة من ذى الخيار او بإذنه و الوجه الجواز مطلقاً لملك من انتقلت العين إليه فيملك نمائها و من ثمرتها



المنفعة الدائمة فإذا استوفاهما بالإجازة فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ ولا مانع من رجوع العين مسلوبه المنفعة كمن فسخ في الحيوان بعد جفاف لبنه، واستيفاء من انتقل إليه ذلك اللبن فيكون فسخه كمن باع ماله من الأعيان المستأجره فإن المشتري يملكها مسلوبه المنفعة.

قيل ان الملك هنا كملكه العين الموقوفه على البطون للإجماع ظاهراً على فسخ اجازته البطن الأول بموته و انتقال الوقف لغيره بسبب مطلق، وفيه ان المنتقل إليه لا يتلقى الملك من الموقوف عليه حتى يترتب عليه ان يتلقاه مسلوب المنفعة بل هو كمن سبقه يتلقاه من الواقف و لو تعاقبت البطون او ترتبت المستحقين فالملك ينتهي بانتهاء استعداده.

وقيل أيضاً ان الملكيه تارة يرفع سببها المملك لمن انتقلت العين اليه فتعود إلى ما كانت عليه قبل النقل، و أخرى ان الملكيه تحصل بالنقل بأحد النواقل من واحد لواحد فإذا تلقى الملك الثاني من المالك فلا بد ان يتلقاه على نحو ملكيه الناقل له فإذا كان حين النقل يملكه مسلوب المنفعة ملكه الثاني كذلك و ان لم يكن أيضاً يملكه، كذلك و المفروض ان ملكيه الفاسخ حصلت بارتفاع سبب ملكيه الثاني لا من حيث نقله إليه منه فلم يتلقى الفاسخ الملك منه و إنما وقع سبب يملكه فرجع الملك إلى حالته الأولى و لم يكن حينئذ مسلوب المنفعة فيرجع إليه مع منفعة كما خرج منه، كذلك و لازمه فسخ الاجاره و رجوع المستأجر على المؤجر، و ردّه الاستاذ نقضاً و حلًا:

فالأول: بما إذا وقع التفاسخ بعد الاجاره فإنها لا تبطل و لم يلتزم بطلانها أحد.

و الثاني: انه يكفي في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملكيه المستعده للدوام لو لا- الراجع أنا ما المشكوك في حصوله حين التمليك، و يؤيده ان المستأجر لو تعذر عليه الانتفاع بالعين لتلفها في اثناء المده بسبب قهري لا يرجع على الأجير جزماً بأجره المده التي لم ينتفع بها فلو قارنها الفسخ و رجع المالك إلى البدل لا يطالب المؤجر الذي نقلها إليه بأجره المده المستوفاه به و وقع الفسخ قبلها، فلو كان ارتفاع السبب يكفي في ملك المنفعة للزم تقسيط المنفعة المده بين المالك و المؤجر و لم يقل به احد و لا- دليل يصلح له، لكن حكى عن القمي في جواب سؤاله القول بفسخ الاجاره في خيار ردّ مثل الثمن و بطلانها معللاً ذلك بعلم المستأجر ان المشتري يملك منافع ما بعد الفسخ و ان الاجاره كانت مترزله، و مراعاة بالنسبه إلى فسخ المبيع و لو لم يعلم فهو مغرور من قبله.

قال الاستاذ " رحمه الله " فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعه لبقاء الملك، أو الملك المستند إلى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضاً و حلًا، و ان المنفعة تابعه للملك المستعد للدوام و ان كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى ننظر فيه مع ان الأصل عدم الانفساخ لأن الشك في ان حق خيار الفسخ في العين يوجب تزلزل ملك المنفعة أم لا، مع العلم بقابليه المنفعة بعد الفسخ للملك قبله كما إذا تقايلا البيع بعد الاجاره انتهى.

و هو حسن لو لم يظهر من مقال القمي " رحمه الله " ان خيار الرد بخصوصه الظاهر منه اشتراط ردّ العين برد الثمن على ما هي عليه قبل النقل، فالمناسب لردّه انكار ظهور ذلك من خيار الرد و إلّا فلا اعتراض عليه إذ ردّ العين على ما هي عليه توجب علم

المستأجر يبطلان اجازته عند ردّ الثمن مع الفسخ او بدونه، لو قلنا بكفايه الرد كما هو ظاهر و الله اعلم.

و لو كان الخيار لهما و اذن احدهما بالتصرف كأن اذن في التصرف بالثمن، و تصرّف الآخر و هو البائع في المبيع سقط خيارهما، و كذا لو تصرف البائع الثمن و اذن للمشتري بالتصرف في الثمن او العكس، و حينئذٍ لو اذن البائع للمشتري في العين التي لهما الخيار فيها و تصرّف المشتري سقط خيارهما فيها إذ اذن البائع ايجاب للبيع و التزام او اذن المشتري

للبيع في التصرف في المبيع، و تصرف به البائع لا يبقى لخيار المشتري أثر لأن التصرف من البائع فسخ لباعه و سقوط الخيار بالأذن المقارنه للتصرف من الثاني مما لا شبهه فيه لدلاله الأذن عرفاً على الالتزام بالعقد حيث يكون من البائع و عدمه حيث يكون من المشتري في المبيع عليه فالإذن بالتصرف او الاتلاف، و إن لم تنافي اراده الفسخ و أخذ البديل لكن الظهور العرفي يدل على العدم فيندفع بذلك احتمال الابدلي " رحمه الله " من عدم المنافاه، و إن اخذ البديل بالفسخ في الاتلاف و مطلق التصرفات الناقله فرع حلول الحق في المتلوف و المنقول و هو قد سقط الأذن فلا يفسخ و لا يتعلق الحق بالبديل هذا مع المقارنه أما لو لم يتصرف المأذون فقد منع جماعه تبعاً له من سقوط الخيار بالأذن المجرد و هو المفهوم من كلام الأكثر، و للتردد فيه مجال إذ الثابت نصاً أو اجماعاً إن التصرف فيما انتقل اليه اجازة و ليس الأذن تصرفاً و قولهم يسقط بالأذن بالتصرف ليس معناه ان مجرد الأذن مسقطاً بل المدار على التصرف و هو المسقط فهو نظير اذن المرتهن في بيع الرهن الذي لا يسقط به حق الرهان، و يجوز الرجوع فيه.

نعم، يجري ما ذكرناه سابقاً هنا من كون الأذن يكشف عن الرضا بالالتزام بالعقد فهو ليس مأذون من العرض المصرح فيه بروايه السكوني و لا بتقييل الجاربه الكاشفه عنه و أنّ اباحه مال الغير لنفسه لا يترتب عليه اثر فلا بد من حمله على الفسخ كغيره من التصرفات التي لا يمكن ان تحمل إلّا على الفسخ و مع ذلك فعدم رجوعه بمجرد الأذن مشكل.

#### **المورد الرابع: ذكر في القواعد لو اشترى عبداً بجاربه ثم اعتقها المشتري و كان هناك خيار مفرد او مثني،**

و مثله لو اشترى دابه بدابه ثم باعها فإن انفراد المشتري بالخيار و عتقها بطل العتقان و البيعان، لأن عتق الجاربه يبطل بيع الجاربه و جعلها عوض المبيع و بطلانه يرجع المعوض و هو العبد لصاحبه فيبطل بيعه و هو بالعتق ألتزم به و الالتزام به يمنع من ردّ الجاربه إليه فيبطل عتقها ايضاً فعتق كل منهما يمنع عتق الآخر فيتدافعان و يبطلان معاً و عتق احدهما دون الآخر لا مرجح له لاشتراكهما في السبب، و احتمال " رحمه الله " عتق الجاربه فقط و علله بأن العتق فيها فسخ للبيع و في العبد اجازة له و إذا اجتمع الفسخ و الإجازة قدم الفسخ، كما لو فسخ احد المتعاقدين و أجاز الآخر و منعه غير واحد بعدم تقديم الفسخ على الإجازة مطلقاً لصدور كل منهما بحق مرجح، و قياسه على فسخ احد المتعاقدين قياس مع الفارق لأن اجازة احدهما يقضى بلزومه من طرفه و لزومه كذلك لا يقضى بلزومه من الطرف الآخر فالخيار لمن لم يجز ان شاء اجاز و ان شاء فسخ و لا ينقص عن العقد اللزوم من جهة جوازه، من جهة اخرى كالرهن بخلاف ما نحن فيه لو حده العقد فلا يتبعض، و احتمال أيضاً عتق العبد لأن الإجازة ابقاء للعبد و الأصل فيه الاستمرار و خدش ان اصاله الاستمرار بعدل عنها إذا حصل المقتضى للعدول لا يقال المقتضى للعدول تكافؤ عتق العبد لعتق الجاربه فيرجح عليها بأصاله الاستمرار للأول لرفعه بتعارض الأصلين، فإن اصاله الاستمرار معارض بأصاله بقاء الخيار في العبد و الجاربه و لا ترجيح لأحدهما و الحكم بصحة عتق العبد تبطل الخيار مع ان اصاله الخيار أمر طارئ على اصاله الاستمرار فيرجح عليه، و ربما احتمال ان العتق فرع الملكيه زمن الخيار فإن كان البائع عتقت الجاربه لأنها المملوكة دون العبد، و بالعكس ان كان المشتري، و فيه ان الخيار يقتضى ثبوت سلطنه الاعتاق في كل من العوضين فسحاً و إلزاماً و الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق أصلاً فإن عتقها معاً لا ينفذ لعدم ملكيه المعتق لهما بالفعل و العتق لا يكون فضولياً فإن

ملكيه احدهما لا تتم إلا بخروج الآخر من الملك.

و ذكر الفاضل أيضاً أن الخيار في الفرض لو كان للبائع فقط و المعتق المشتري لهما لم ينفذ عتق الجاربه لعدم ملكيته لها و لا صاحب خيار بالنسبه إليهما و لا العبد لتعلق حق البائع به، و ان ملكه إلّا مع الاجازة قبل العتق او بعده فينفذ على اشكال ظاهره ان اشكله في النفوذ مع تأخر الإجازة لعدم وقوع العتق موقوفاً و يحتمل النفوذ لبناء العتق على التغليب و السرايه و يتدارك حتى البائع في قيمه، و به يجمع بين الحقين و يحتمل ان اشكاله فيهما معاً، و ذكر ايضاً ان الخيار لو اشترك بينهما فأعتقهما المشتري صحَّ عتق الجاربه خاصه، لأن عتقها كعتق العبد من بائعه، فكما ان اعتاق البائع مع تضمينه للفسخ يكون نافذاً على رأى قوى لدلالته على الفسخ، فكذا عتق الجاربه و لا يعتق العبد و ان كان الملك فيه لمشتريه لما فيه من ابطال حق الآخر و عتق الجاربه، و ان بطل به خيار البائع لكن لما كان اعتاقها من المشتري فسخ و من البائع اجازة رجحنا جانب الفسخ على الإجازة، كما ان اعتقا العبد من المشتري اجازة فلو نفذناه بطل خيار البائع لو راد الفسخ فلذلك رجحنا عتق الجاربه على عتق العبد عند اجتماعهما و عدم امكان عتقهما للاستحالة و التدافع، و سبق الاكمال في عدم نفوذ عتق العبد. نعم، لو صحَّ عتق المشتري في زمن خيار البائع كان الحكم كما في اول الصور، و كذا لو صحَّ العتق فصولاً ملحقاً بالإجازة.

### الثالثه: إذا مات من له الخيار او حدث له بعد موته انتقل الخيار إلى الوارث غير الممنوع

#### اشاره

و لو من بعض الأثر في رأى، و توريثه في الجملة ثابت من أى انواع الخيار كان و علل بكونه من الحقوق كالشفعه و القصاص، و في النبوي "ص": )

ما ترك الميت من حق فلوارثه

، أما كونه حقاً فلسقوطه بالاسقاط و لانتفائه بالتصرف الكاشف عن الرضا بالعقد فلو كان من الاحكام كالأجازة للفضولى و الرجوع بالهبه و باقى العقود الجائزه لما كان للرضا مدخله فيه، و أما كونه قابلاً للانتقال و ليس وجود من له الخيار من مقوماته فلقيام الاتفاق منهم على الفرق بينه و بين مثل حق الجلوس بالمسجد و الرباط و السوق و حق التوليه و النظاره و الوصايه، و قرر الوالد "رحمه الله" ان الامور الثابته للحي مطلقاً فيها ما تبقى بعد الموت.

و منها ما تنقطع به مثل الامور القائمه بذات الحي، و منها ما يشك في ارتفاعها و انقطاعها بالموت و عدمه للشك في كونها من الأحكام أو الحقوق و للشك في كونها من الحقوق القائمه بذات الشخص او مما ليس للحياه مدخل فيها، و اصاله عدم الانقطاع محكمه حتى يثبت الحقوق القائمه بذات الشخص، أو أن للحياه مدخل فيها أى حتى يثبت احد الأمرين.

و اعترضه الاستاذ "رحمه الله" في غير المقام بأن هذا الأصل ان رجح إلى الاستصحاب فهو غير مجد لاعتبار جميع مشخصاته في الموضوع كى يثبت الحكم و يستصحب، و أما لو حصل الشك في الموضوع و لو لذهاب بعض أوصافه.

و منها الحياه، فلا يجرى الاستصحاب لحصول الشك فى الموضوع المستصحب و ان رجع إلى غيره فليس فى الاصول المعول عليها ما يقضى بذلك و به ردّ من ذهب ككاشف الغطاء جدنا " رحمه الله " إلى وجوب البقاء على تقليد الميت للاستصحاب بناء عليه ان استصحاب بقاء الحق و عدم انقطاعه بموت ذى الحق لم يحرز موضوعه لأن الحق لا يتقوم إلّا بالمستحق فبقائه بدونه لا يمكن و للمسأله محل آخر.

و الحاصل الاجماع على الحكم و عموم ادله الأثر يكفى فى كونه موروثاً كسائر الحقوق المالىة التى للميت لا التى عليه و لا غير المالىة منها خالقيه كانت او لا، فىكون كالمال يرثه غير ممنوع من الأثر لوجوب جريانه منه كحرمانه من المال.

**و خلاصه المقال فى المقام فى امور:**

**اشاره**

## الأمر الأول: في كيفية ارث الخيار لو ارث المال،

### إشاره

و فيه مباحث:

### الأول: ان الشركه في الشئ ء توجب التجزئه و التقسيم بين الشركاء

فإذا اشتركوا فيما لا يقبل التقسيم جبروا على البيع ليكون التقسيم في الثمن مثلاً دفعا للضرر الحاصل من تقسيم العين الغير القابله لذلك مع طلب احدهم ذلك من الحاكم و إلا فهم مسلطون على تلف مالهم، فإذا ورث الخيار جماعه و هو شئ ء غير قابل للتجزئه و التقسيم فما الحكم فيه في القواعد و هل للورثه التفريق في الخيار.

نظر و معنى التفريق: هو تجزى ما به الخيار و تقسيمه حصصاً لنقله بالموت إلى الورثه كذلك فيتعلق الخيار بكل حصه من تلك الحصص فتعود كأنها منقوله بعقد مستقل ثبت الخيار فيه و يكون كل واحد من الورثه كمورثه يستحق خياراً مستقلاً في حصته دون باقى الحصص و يلزمه انهم لو اختلفوا بالفسخ و الامضاء تتبعض الصفقه على من عليه الخيار مثلما لو تعدد المشتري او البائع و تعلق حق الخيار لأحدهما، فإنه يجوز ان يفسخ احد المشتريين دون الآخر، و كذا احد البائعين و ان كان العقد واحد التعدد الصفقه بتعدددهما، و وجه النظر ان تجزئه الخيار بحسب متعلقه لم يدل عليه شئ ء من أدله الأثر، اما النبوى المتقدم فليس فيه تعرض للقسمه بوجه.

و أما الآيات و الأخبار المفيده لقسمه الأثر بين الورثه فلا يستفاد منها إلا ثبوت القسمه بعد اعمال هذا الحق او اسقاطه لأنه بنفسه غير قابل لها فمتى رجعت العين بالفسخ قسموها بينهم او ذهبت بالإجازه اقتسموا الثمن الباقي في ملكهم على طريق الأثر و حينئذ المتيقن من مفاد تلك الأدله هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع و متعلقه هو المنقسم، و لا دليل على فسخ بعضه دون بعض و إلا لتعلق بمن عليه الخيار خيار تبعض الصفقه حيث يتعدد الوارث فلا- ثمره، و أيضاً فهم ورثوا الخيار على نحو ما كان لمورثهم، و لم يكن له تبعض الفسخ لضرره بالنسبه إلى الناقل جزماً الذى لا يرتفع بحدوث الخيار له، و عليه فلا بد ان يثبت لجميعهم او يلزمهم المعاوضه عليه حتى ينحصر بالفرد منهم او من غيرهم او يلزمهم الحاكم بذلك.

### الثانى: ان من جمله افراد الشركه التى تثبت شرعاً هو استحقاق كل واحد من الشركاء ما كان لمورثه على البديل

و ان ورث الحق الجميع مثل القصاص، و حد القذف، فإن لكل واحد من الورثه ان يقتص و يحد و لا ينفع العفو من بعض المستحقين في سقوطه، و مثله حق الشفعه فليكن الخيار كذلك.

و استند شيخنا " رحمه الله " بعد ان رجح ذلك إلى ان ظاهر النبوى المتقدم و غيره ثبوت الحق لكل وارث فلا تجدى الاجازه و الفاسخ مقدّم على المجيز من احدهم و لا يمكن غير هذا فى تعقل تعدد الخيار و به يفترق عن المال الذى لا بد من تنزيله على الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعاً لمال واحد بحيث يكون كله ملكاً لواحد و ملكاً لآخر مثله، و خدشه الاستاذ " رحمه الله " يمنع ظهور النبوى و غيره بثبوت ما تركه الميت لكل واحد من الورثه التركه إذ المراد جنس الوارث المفرد فى كل ما ورد فيه مفرداً لكن لا- يأبى من تحققه فى المجموع ايضاً او غير ذلك مما يمكن تحقق الجنس فيه، و أما ما ورد بصيغه الجمع كالورثه فيتردد المراد منه بين جنس الجمع أو جنس الفرد او الاستغراق القابل للحمل على المجموعى او الجمعى الافرادى، و ادعى " رحمه الله " ظهوره فى جنس الفرد كظائره فإن ما ترك لورثته يصدق و ان كان الوارث واحداً، ثم ترقى إلى ان القرينه العقليه و اللفظيه تقتضى خلاف ما يقوله شيخنا " رحمه الله " من ثبوته لكل واحد مستقلاً فى الكل، اما العقليه فبان المتروك من الميت للوارث حق واحد شخصى



و قيامه بالمتعدد من المستحقين اوضح استحاله و اظهر بطلانا من تجزئه و انقسامه على الورثه فكيف يدعى ظهور ادله الارث فيه فانه إذا كان لهذا وحده فكيف كذلك.

و أما اللفظيه فلأن مفاد تلك الأدله بالنسبه إلى المال المتروك لا الحق الموروث الذى هو شىء واحد و حينئذٍ اما ان يشملها اللفظ او يختص بأحدهما، و على الثانى فأما ان يكون المال فقط او الحق كذلك لا يمكن الأول للزوم ان تكون بالنسبه إلى المال المتروك على طريق الاشتراك و بالنسبه إلى الحق على طريق التعدد فيلزم استعمال الكلام فى معنيين، فأما ان يكون على التخصيص كما غير فى المبحث الأول، او يختص بالمال و ثبوت ارث الحق من غيرها دون العكس، ثم أيد ذلك " رحمه الله " بأن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثه غايته ان يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهم او فسخه و لا يؤثر اللاحق، و حينئذٍ لا وجه لتقدم الفسخ على الإجازة، كما ذكره شيخنا " رحمه الله " انتهى.

و فيه من الجوده ما لا يخفى غير انه لا اشكال فى عموم الحق فى النبوى لمثل الخيار فى الارث او اختصاصه بالحق و غيره لغيره من المال و معنى اختصاصه انه تتعلق بنوع الفاسخ لا المجيز من الورثه المتعدد فكل من سبق إلى فسخه انفسخ به العقد كله دفعا لتلك المحاذير التى ذكرها شيخنا اشبه شىء بالواجب الكفائى الذى يسقط بفعل البعض، فالخيار ثابت للمتعدد على هذا النحو فلا- استحاله فى ذلك و لا مانع من استعمال اللفظ فيه و لا قرينه مطلقه تدل على عدمه فينحل ثبوته للواحد المردد بين الجميع و هو الفاسخ سواء قارنه مثله او لا، و لا عبره بالمجيز منهم و هو معنى مقاله شيخنا لتعقل تعدد من له الخيار بخلاف المال غايته المطالبه بالدليل و يكفى فيه ظهور النبوى فى تعلقه بكل واحد على حدّ تعلقه بذوى الخيار فيرجح بذلك هذا الاحتمال على غيره، فما ذكره الاستاذ " رحمه الله " أخذاً له من غير المقام من عدم جواز استقلال احد الورثه فى الفسخ لا فى الكل و لا فى حصته فإن مقتضى أدله الأثر فيما لا يقبل التجزئه من الحقوق و فى المقابل لها امر واحد و هو ثبوت المتروك لمجموع الورثه، إلا ان التقسيم فى الأموال لإمكانه رجوع إلى اختصاص كل من الورثه بحصه مشاعه يمكنه اخذها، و أما ما لا يمكن فيه ذلك كالحقوق فيتعلق بها حقوق الورثه جميعاً و يكونون فيه كشخص واحد لا يحوزه احدهم و لا يتصرف فيه إلا باجماعه مع الباقيين على النحو الخاص، ثم احتمل معنى آخر و هو ان الخيار قائم فى المجموع من حيث تحقق طبيعه الأثر فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعاً و هذه الطبيعه تحقق فى الواحد كتحققها فى المجموع فمن سبق منه إلى فسخ او اجازة تحقق الموجب و ليس للآخر نقضه إذ الموجب طبيعه الوارث الموجوده فى الواحد و الأكثر على حد سواء، فإذا قام بماهيه الوارث ترتب عليه ان الامضاء و الفسخ لو حصل ممن قامت به الماهيه ثبت الحكم و لا- يلتفت إلى مخالفه من قامت به ايضاً قبل الحصول لتحقيق الحصول، و أن الأول قد استوفاه ثم استضعفه بما سبق من مخالفته هذا المعنى لأدله الأثر ايضاً لأنها بالنسبه إلى الحق و المال واحد و معلوم ان المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع.

و ظاهر كلامه " رحمه الله " بل صريحه فى كيفية القسمة اختيار عدم جواز الاستقلال فيكون الورثه فيه كشخص واحد، و إن هذا جاز فى كل حق ثبت لمعدد إلا ان يقوم الدليل على خلافه مثل حدّ القذف الذى دلّ النص على عدم سقوطه بعفو البعض، و كذا القصاص مع غرامه العافى مقدار حصته بالنسبه إلى اولياء المقتص منه جمعاً بين الحقين، و كذا الشفعه فى المشهور بأن غير من اسقط حقه من الورثه لو شفع اخذ بكل المبيع، و علله الاستاذ " رحمه الله " بعد فقد الدليل عليه من جهه ادله الضرر، قال:

فإنه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر

الآخر بالشركه انتهى، و جعله ايضاً هو السر في عدم سقوط حدّى القذف و القصاص لأن المقصود التشفى فسقوطه اضرار على غير العافى، قال: و هذا غير موجود فيما نحن فيه انتهى.

ثمّ جزم بأن مختاره مختار و الفاضل القواعد و الفخر في الدروس و المسالك، ثمّ ذكر بعض ما يقضى بذلك من عبارتهم إلى آخر ما رام بيانه " رحمه الله " و شكر الله سعيه.

لكن المصنف يرى ان الظاهر اكثرهم حتى عباره القواعد خلاف ذلك فإن المنع من جواز التفريق او التردد فيه حيث يلزم منه تبعض الصنفه المضره بحال من تبعض عليه نوعاً، و أما الفسخ في الكل او الإجازة فيه لو من بعضهم فلا مانع منه و عليه فيقدم الفسخ على الإجازة في الكل إذ حصل من وارثين، فالتفريق الممنوع غير التفريق بالفسخ و الإجازة إذا كل من منع التفريق قدّم الفسخ على الإجازة و هو لا- معنى له إلا التبعض دون الكل و إلا كيف يقدم على الإجازة و الحال انه لا يترتب عليه اثر، فما ذهب إليه شيخ اساتيدنا لا- يخل من قوه و يؤيده، كما سيجيء الحكم من الفاضل و غيره بأن الزوجه لو فسخت الارض التي اشتراها زوجها بخيار لتث من الثمن حيث لا حق لها في العين، ففسخها كاف في استرجاع الثمن كله مع ان بطلان حق شخص لعدم اعمال حق الآخر لم يعهد في الشرع، و حينئذ لو فسخ احدهم و أجاز الآخر لم يلغى الفسخ مع احتماله بناء على ان ظاهر ادله الأثر ثبوت الخيار للورثه يقيد الاجتماع لينزلوا منزله مورثهم الذي له الخيار، و الوالد " رحمه الله " بعد ان رجح ان ليس لهم إلا الفسخ في الجميع او الرضا به قال: نعم، لو فسخ احدهما و أزم الآخر احتمال بطلان حق الملزم لتقديم حق الفاسخ إذ معنى ارث الخيار هو السلطنه على الفسخ، و أما الالتزام به فهو من مقتضيات العقد، و احتمال تقديم حق الملزم و يتوقف الفسخ على اجتماعهم عليه و احتمال الصلح بينهما على وجه لا يفوت حق واحد منهما، و الأول هو الأقوى انتهى.

### الثالث: مولى العبد الميت يملك الخيار لا يرثه إذا كان للعبد المأذون خيار

و ان قيل بملكيتته، و كذا لو شرط المالك الخيار لعبده او لعبد غيره ملك المولى الخيار في الأول إلا إذا ادعى الخيار حق من الحقوق و قد ظنّه الشارع للعبد فله شبه بالتوكيل فلا ينتقل إلى مولاه و لا إلى مولى الاجنبى في الثانى، كذا في القواعد.

و نظر الوالد " رحمه الله " فيه بعدم الفرق بين العبدين ثمّ احتمال بناء المسأله على أن جعل الخيار للعبد تمليك فيكون الخيار للمولى مطلقاً او توكيل فيكون للمشتراط و ليس للمولى فيه حق انتهى. و لو لم يجز المولى لا- اثر له لأنه لا يقدر على شىء و يحتمل التحريم و يترتب الأثر، و في القواعد ان لم يمنع فسخه حقاً للمولى و ظاهره انه لو منع لا يثمر فسخه حتى لم يدخل التصرف مثل حركاته الطبيعیه و سكناته و كونه محرماً لا ريب فيه، لكن لنا تردد في عدم ترتب الأثر لما قيل من توجه النهى الخارج، و لقوله " ع ": )

لم يعص الله و انما عصى سيده

(، إذ بفحواه يجرى الحكم في غير النكاح.

## الأمر الثاني: ان الورثه حيث يثبت لهم بموت مورثهم و اجتمعوا على الفسخ لزمهم دفع عين الثمن لو كان موجوداً بعد الموت

و هو فى ملك المشتري و إلّا دفعوه من مال الميت، و ان استوعب دينه التركة على القول بالانتقال إلى الوارث لا إلى الديان إذ المحجور المال الذى لا يعود للديان و المحجور له فى القرض الفسخ بخياره حتى لو لم يكن مصلحة الديان بالفسخ، إذ ليس له جبر الوارث على ذلك لأنه حق له فلا- يمنع عنه كما انه لا- يجبر على اعماله حيث يكون للديان فيه مصلحة، و يحتمل ان له ذلك لتعلق حقه فى المال مطلقاً و حق الخيار مما يقابل بالعوض، فللديان حق فيه مثل جبر الورثه فى بيع العين لوفاء الدين. نعم، لو كان من الحقوق

الموظفه شبه التوكيل او من الاحكام لم يتعلق للديان حق فيه بل حقه فى متعلقه، أما لو كان للميت خيار و ليس له مال فلا اشكال ان للورثه الفسخ لأنه من مواريتهم فيكونون فيه بمنزله الميت و مقتضى كونهم بمنزلته، و إنهم بمقامه فى كل ما يلحقه و قد كان يلزمه لو كان حياً ردّ مثل الثمن او عينه فيتملك المبيع فيلزمهم ذلك و تشتغل ذمتهم بالثمن مثل ارثهم بحق الشفعه فأنهم يملكون الحصة بثمان من مالهم لا مال الميت.

و احتمال بعض مشايخنا (رحمهم الله) و ذكره الاستاذ " رحمه الله " بأن الوارث حينئذٍ كالأجنبي المجمعول له الخيار و الوكيل المستتاب فى الفسخ و الامضاء، و لازم ذلك دخول المبيع فى ملك الميت و خروج الثمن من ملكه المفسوخ و اشتغال ذمته ببذله فى الثمن الكلى و خروج الثمن عن ملكه فى غيره مع وجوده فلا يلزم الورثه الدفع من مالهم عوضاً عن المبيع، و لا يجوز للمشتري مطالبتهم بذلك و لا اختصاص له بالورثه بل هم كغيرهم ممن يجوز له اداء ذلك الدين، و يتفرع عليه انه لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء فلا تشتغل ذمم الورثه بعد الفسخ بالثمن على حسب سهامهم من المبيع و هو الأوفق تبعض الضوابط، و على تقديره لو فسخ بعض الورثه و لو مع امضاء غيرهم منهم فعلى الأخير يستوفى الثمن من مال الميت و يرجع المبيع إلى الجميع بفسخ احدهم، و على الأول إلى الفاسخ مع احتمال رجوعه إلى الجميع و يدفع الفاسخ الثمن من ماله و احتمال التبعض قائم، و استظهر الاستاذ " رحمه الله " ان ولاية الوارث لا كولاية الولي و الوكيل فى كونها لاستيفاء حق الغير بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه فهو كنفس الميت لا نائب عنه فى الفسخ و فرع عليه أنه لو فسخ الورثه الخيار بخيار ردّ الثمن دفعوا ثمنه من مالهم و يستردون المبيع لأنفسهم من دون ان يلزموا بأداء الديون منه بعد الاخراج و ادعى قيام السيره على ذلك، و عليه فلو فسخوا و دفعوا الثمن من مال الميت صار حقّ الديان فى الثمن المدفوع لا فى نفس العين المستعاده لعدم دخولها فى ملك الميت و هو مشكل و اشكل منه لو كان نفس الثمن موجوداً و دفعه الورثه بعد الفسخ إلى المشتري فإن حقّ الديان يتعلق بنفس الثمن لا بالعين المردوده، و المسأله تحتاج إلى التأمل.

### الأمر الثالث: اختار بعض المتأخرين سقوط الخيار إذا كان للأجنبي بموته،

و يظهر ذلك من القواعد و مال إليه الوالد " رحمه الله " قال: لأن تمليكه كتمليك المنفعه فى الإجاره يظهر منها المباشره انتهى. و قوّاه الاستاذ " رحمه الله " لأجل الشك فى مدخله نفس الأجنبي، و ظاهر جعل مدخله من له نفس الخيار فلا يدخل فيما تركه، و يظهر من البصائر دخوله فيما ترك فهو للوارث إذ هو حق تركه الميت و احتمال انه يعود للعاقده لكون الأجنبي بمنزله الوكيل المحكوم بانتقال خياره لموكله دون وارثه و له وجه يخرج و ان كان الأوفق الأول، و لا فرق بين جعل الخيار لمملوك المتعاقدين او غيرهما، و بين الأجنبي فى الحكم حيث يصح جعله للمملوك بغير اذن مالكة كحركاته و سكناته مما لا يخل بغرض المولى و لو دخل ذلك بالتصرف الممنوع بدون اذن مولاه توقف جعل الخيار له إلى الأذن فإن دخل التمليك كان للمولى مطلقاً أو فى التمليك فيكون للمشتري و لا يكون للمولى فيه حق مطلقاً، و ربما احتمال انه تحكيم و ليس على حد التمليك الذى يملكه مولى العبد.

و الظاهر انه من التصرف الممنوع عرفاً بدون اذن السيد لكونه لا يقدر على شىء فيحرم قوله بدون المولى لكن لا يمنع من ترتب الأثر عليه و ان منع فسخ حقاً للمولى لتوجه النهى إلى الخارج، و لقوله "ع": ( )

لم يعص الله و انما عصى سيده

(، و على كل حال لو مات العبد الذى له الخيار و بالجعل لم ينتقل الخيار لمولاه مطلقاً لأحتمال الخصوصية مع عدم ملكيه

السيد له حال الحياه دون ما لو ملك فالفسخ و الامضاء إليه و له اخبار العبد عليه. نعم، فى القواعد و لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد احدهما ملك المولى الخيار و لازمه عدم نفوذ فسخه و لا اجازته بغير رضاء مولاه فالخيار بالأخيره له يجب العبد عليه او يفعله إذ هو ليس من الحقوق الموظفه للعبد شبه التوكيل.

ثم قال: و لو كان العبد لأجنى لم يملك الخيار مولاه و الفرق بينهما غير واضح بل لم يعلم وجه للفرق بينهما بل هو موهون نقضاً و حلًا، كما قاله الاستاذ.

### **الأمر الرابع: حيث ظهر لك ان الخيار من الأشياء الموروثة و انه غير تابع للمال فعلاً بل يلحقه ما يلحق المال فلا يرثه الممنوع من ارث المال**

لرقبه او قتل او كف او غيرهما، و لا ينافيه استغراق دين الميت لتركته.

نعم، لو كان حرمان الوارث من المال لتعبد شرعى كالزوجه بالنسبه إلى العقار و فيه اكبر الأولاد بالنسبه إلى الحياه فى ارث الخيار و عدمه للممنوع من ذلك البعض اشكال من اجله اختلف فيه و منشؤه تبعيه الخيار للمال و عدمها وقته المسأله، ان الخيار بعد فرض كونه موروثاً فى عرض المال فلا ينافيه عدم ارث المال و ليس هو إلا كحق القصاص يرث المال بعض الممنوع عنه كما لو انحصر الارث بالحياه او قلنا بانتقال المال إلى الديان فى المستغرق و حينئذ لا ملازمه بينهما و لا دليل يصلح للتبعيه كى يركن اليه فى غير الممنوع عن مطلق الأثر، فهو و ان لم يكن للفاسخ فى بعض صورته فائده ماليه لكن لا يرفع ذلك مشروعيته و لا- تنحصر الفائده فى المال بعد ثبوت كونه موروثاً، و منه يعلم ما فى كلمات الاستاذ " رحمه الله " من القائل فإنه بعد ان نفى العثور على من جزم بعدم الارث مطلقاً، و ان امكن الاستدلال عليه بأن الخيار فى العقار المنتقل عن الميت لو فسخ المحروم منه لا ينتقل اليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شىء من المثلن، و أما المنتقل اليه فهو و ان كان بالفسخ ينتقل شىء من الثمن اليه، لكن لا- سلطنه له على مال الغير لأنه محروم منه و انما هو للورثه و الخيار حق فيما انتقل عن الميت من الثمن لا يكون إلا بعد احراز تسلطه عمّا وصل بإزائه انتهى.

و فيه أن الخيار لا يقتضى الملك و إلا لما جاز للأجنى فالأحرى ثبوت الخيار فى الصورتين و تضعيف الأستاذ " رحمه الله " له بأن حق الخيار علقه فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده الى نفسه و إلى المغضوب من قبله، و هذه العلقه لا تنتقل من الميت إلا لمن يكون كالميت فى كونه مالكاً لأن يملك، و فرّع عليه ان الزوجه ليس لها هذه العلقه لو انتقل العقار عن الميت، و فى المنتقل اليه لا تملك منه شيئاً و ان كان الثمن المردود يصيبها منه شىء فإنها لا تسلط لها عليه فعلاً فإن الميت انما يملك ما انتقل عنه بالخيار من حيث تسلطه على ردّ ما فى يده ليملك ما انتقل عنه بإزائه فلا تنتقل هذه العلقه إلا لمن له ذلك من الورثه و الزوجه لعدم تسلطها على الغبن المشترط ليست كذلك فإن التضعيف اعتبارى و ان اعلن به غيره فلا يكفى فى استثناء الزوجه و غير الأ-كبر فى الحياه بعد ان كان الخيار موروثاً و كان حقاً قابلاً للانتقال لا حكماً شرعياً، كما انا لا نسلم مقاله الاستاذ " رحمه الله " فيما سبق فى المجلس ان لازم ذى الخيار ان يملك بالفسخ فما كان له خيار فيه، و قد اثبتناه

للكيل و الأجنبي إلاً في صوره واحده على ان الثمن و المثلن هنا في معرض التزلزل بعد موت ذى الخيار فلو سقط بالموت لزم الضرر، أما على الميت او الحى و ان بقى فحق الزوجه لجهه التزلزل باقٍ بالنسبه إلى الثمن فيما لو اشترى الميت بخيار، و أما لو باع بخيار فللزوجه الفسخ من جهه تسلط الناس على اموالهم و ان لم تملك شيئاً من المفسوخ و تملك من الثمن البعض قبل الفسخ، لكن لازم ذلك ان ليس للورثه الفسخ فى الجميع فتتبعض الصفقه بالنسبه إلى الثمن



الثابت حقها فيه دون الثمن الراجع إلى الورثة بالفسخ لو لم نقل بتقديم الفاسخ على المجيز حسبما اختاره الأكثر مطلقاً فيسرى الفسخ لسرايه العتق و به يرتفع حق الزوجه من المال إذ يكون حقها ثابتاً مشروطاً بعدم حصول الفسخ من احد الورثه و مع ذلك فقد استشكل في المسأله غير واحد من العلماء منهم صاحب القواعد فإنه استثنى الزوجه عن ذات الولد على اشكال، قال " رحمه الله " اقربه ذلك ان اشترى بخيار لترث من الثمن انتهى.

و المشار إليه في ذلك عدم الارث كما ذكر في الجامع و الصدوق و اختاره الوالد و الاستاذ " رحمه الله " لتوقف ارثها من الثمن على ثبوت تعلق حق لها في الارض و هي بالارث لغيرها فكيف تملك الزوجه إذ له ملكهم عنها إلا بأن يقال بتوقف الملك على انقضاء الخيار، و لكن الايضاح و عميد الدين حملا العبارة على ان المشار إليه الارث من حيث رجوع الثمن بالفسخ الذى لها حق فيه و علله فى الايضاح بأن الشراء يستلزم منعها من شىء نزله الشارع بالخيار منزله أخرى و من التركة و هو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه انتهى.

و على ما فى جامع المقاصد يقتضى أن الاقرب التوريث فيما لو باع الميت ارضاً بخيار و إلا فليس لتخصيص القواعد اقربيه المنع بما ذكر من الصوره ثمره مع انه قوى للأشكال فى الصوره الأخرى بل يظهر منه ان العدم مفرغ منه فيما قال و ايضاً فإنها إذا ورثت فى هذه الصوره وجب ان ترث فيما لو باع الميت ارضاً بطريق اولى .. الى آخره.

و الظاهر انه لا- يثبت لها خيار مطلقاً فيما لو باع الميت أو اشترى ارضاً بأرض بخيار لعدم تعلق حق لها فيه بالمره و لم اعثر على المستثنى فى كلام احد إلا ان القاعده توجيه و أما فى غير هذه الصوره، فالأوفق بالقواعد ما حكم به شيخنا بجواهره، قال: و من ذلك يظهر قوه القول بإرث الزوجه غير ذات الولد للخيار فيما لو اشترى ارضاً له الخيار لو باعها كذلك و ان استشكل فى احدهما الفاضل فى القواعد على ان حق الخيار فى الثانى منهما قد تعلق بالثمن الذى انتقل اليها بالارث فيتبعه الخيار و ان كان انها لو فسخت حرمت إلا ان ذلك لم يثبت مانعيته من الارث كعدم ثبوت اشتراط اذنه بالتبعيه لعين المال فلها ان تفسخ فى الأول و ترث من الثمن انتهى. و يؤيده ان الخيار شرع للارفاق و ان خلى من ثمرته ذو الخيار، و الارفاق كان لغيره، و لو جن من له الخيار او انتقل إلى الصغير من مالكة، قام وليه مقامه اخبارياً كان او وصياً قيماً او حاكماً شرعياً او من باب الحسبه لأن الخيار كغيره من امواله و حقوقه التى ترجع إليه فإنه لوليه، فلو زال العذر و لو فى المجلس قبل التفرق و كان قد فسخ او ألتم لم ينقض تصرف الولى إذا لم يخالف المصلحه و إلا فللمولى عليه النقص ما لم يكن اجبارياً فى وجهه، فالشرط فيه عدم حصول الفساد لا مقارنة المصلحه و الأوفق ان حكم الولى بعد

اتصافه بالمبدإ حكم المولى عليه بالنسبة إلى الخيار وغيره زماناً ومكاناً وتصرفاً إذ هو بدله فيجرب عليه حكمه، ولو كان الميت مملوكاً مأذوناً ثبت الخيار لمولاه لا بطريق الأثر لأن الحر والعبد لا يتوارثان اجماعاً وقد تقدم البحث في ذلك مستوفياً فراجع.

## احكام الخيار

### الرابعة: ان المبيع يملكه المشتري بالعقد و الثمن البائع ايضاً.

نعم، أثر الخيار تزلزل الملك بمعنى قدره على رفع السبب المملك فيكون حقاً لصاحبه في ملك المنتقل إليه و نسب هذا إلى المشهور والحلي إلى الاصحاب، وقيل و نسب لابن الجنيدي وسعيد ان الملك لا يحصل إلا به، و بانقضاء الخيار فيما له امد و عزى ذلك للشيخ مطلقاً حتى لو كان الخيار للمشتري فقط الاطلاق كلامه في الدروس و ربما قطع الشيخ يملك المشتري إذا اختص الخيار به.

و ظاهر ابن الجنيدي توقف الملك على انقضاء الخيار انتهى. و حينئذٍ تثلث الأقوال، غير ان الشيخ لم يجزم بخلافه للأكثر، أما بحمل مقالته التي ظاهرها الخلاف او برجوعه عما يظهر منه، و لذلك قال في غايه المراد يلوح من كلام الشيخ " رحمه الله " توقف الملك على انقضاء الخيار. نعم، قال في باب الشفعة إذا باع شخصاً بشرط الخيار فإن كان الخيار للبائع اولهما لم يكن للشفيع الشفعة لأن الشفعة انما تجب إذا انتقل الملك إليه و ان كان الخيار للمشتري و جب الشفعة لأن الملك ثبت للمشتري بنفس العقد و له المطالبة بعد الخيار .. الى آخره.

و هذا هو الذي فهم منه التفصيل بين خيار البائع و المشتري و لكن المصنف يرى عدم الصراحة في ذلك، و أما توقف الملك فيهما على انقضاء الخيار فلا-ريب من ظهوره من بعض عبارته و لذا نسب ذلك إليه فحول العلماء، و في محكي الخلاف ان الخيار لو كان للمشتري وحده زال ملك البائع بالعقد و بقي ملك المشتري موقوفاً على انتقال الخيار و جملة جماعه على الكشف لقوله: ملك المشتري بعد انتقاله بالعقد الأول فلا يبقى حينئذٍ الملك بلا مالك، بل يكون انقضاء الخيار بمنزله الاجازه في الفضولي، و البائع الذي لا خيار له بمنزله الأصيل مع الفضولي، و ملخص بقاء الملك مترزلاً.

و الحاصل لا شبهه في ذهاب جماعه من فضلاء اصحابنا إلى هذا القول خلاف ما عليه الأكثر، و قيل تنقيح ادله الطرفين لا بد من ذكر امور:

اولها: ان انقضاء الخيار هل هو ناقل للملك و قبله لم يؤثر العقد أثراً سوى انه جزء العقد المملك، فانقضاء الخيار مما يثبت فيه كالقبول الذي لا يتم العقد بدونه اولاً بل العقد يملك المتعاقدين الثمن و المثلماً ملكاً مترزلاً و انقضاء الخيار كاشف عن لزوم العقد المملك حين صدوره لا-نأمل له من حينه، فإن كان الأول كان للنزاع ثمره، و هو الظاهر من اطلاق كلماتهم إلا الشيخ " رحمه الله " فقد يلوح من بعض عبارته الثاني و عليه فلا-يرجع النزاع معه إلى محصل إذ الأ-كثر لا-يمنعون تزلزل الملك قبل

انقضاء الخيار و ان لم يصرّحوا بالكشف، و الشيخ و غيره منع من بيع احد النقدين على غير صاحبه فى المجلس و رهن ما فيه للبائع الخيار معلماً بأن فيه ابطال حق ذى الخيار و حق له ان يعلل بعدم المقتضى لو قال بعدم الملك لا وجود المانع الذى لا يصلح التعليل به إلّا بوجود المقتضى.

و ذكر فى باب الصرف ايضاً فى ظاهره انه يجوز فى المجلس ان يتباع المتصادقان ثانياً مستدلاً بأن شروعهما فى البيع قطع للخيارات مع انه لم يصحح ذلك فى الهبه الذى للواهب الرجوع فيها لعدم الملكيه، فلو قال بها فى المقام لحكم بعدم صحه البيع و عدم حكمه التزام بمذهب المشهور، و أيضاً ذهب إلى أن للمفلس الخيار فيما له الخيار فيه قبل الفلاس و استند فيه

إلى ان الخيار ليس ابتداء ملك لأذن الملك قد سبق بالعقد، لكن قد ينافس في التالى بأن ملكيه الخيار غير ملكيه المال و استصحاب سلطنته عليه لا رافع لها يقيناً غايته انه كبيع الوارث المعين فى الدين المستغرق، و حينئذٍ يحل النزاع بعد الفراغ من عدم الملك مطلقاً و لو متزلزلاً للقائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار و ثبوت الملك قبله للطرف المقابل.

ثانيها: ان هذا النزاع لا يتمشى فى سائر الخيرات و ان اوهمه بعض الاطلاقات بل يختص بخيار الشرط و ان كان منفصلاً عن العقد كما لو شرط الخيار من الغد و بعده إلى امد و الحيوان و المجلس لجهه النص عليه فى كلمات الشيخ فى المقام دون خيار العيب، و الغبن، و الرؤيه، و التذليس، لأن ظاهرهم ذلك فى الخيار الزمانى و يلحق به خيار المجلس، و يظهر فى الدروس ان ما يتوقف الملك على انقضائه هو ما منع من التصرف فيه زمن الخيار و ان الضابط ذلك و المستثنى من الخيارات لا تمنع من التصرف فى العوضين قبل ظهورها على ما حقق فى محله، و انما اخرجناها عن محل النزاع حذراً من لزوم القول بالملك قبل الظهور و بعده و هذا لا يليق بأصاغر الطلبه فدخولها فيما يتنازع فيه يوجب اما القول بمنع التصرف قبل ظهور الخيار، او خروج البيع عن الملك بعد دخوله، و ان ظهور الخيار من النواقل، و الالتزام بأحدهما فى غايه الصعوبه، بل يظهر من الفاضل ان التملك بمجرد العقد فى المعيب من المسلمات حيث قرآن الخيار بعد وجود المقتضى للملك و هو العقد لا يصلح للمانع كما فى العيب، و ذكر انه لا منافاه بين الملك و الخيار كما فى المعيب فلولاً ان الملك فى المعيب مما عليه الاتفاق لما ذكره فى معرض الاستدلال، و افتى الشيخ " رحمه الله " برد المعيب دون نمائه لو ظهر العيب ركوناً فى ذلك للإجماع و للخراج بالضمان، فعدم عموم النزاع لا شبهه فيه.

ثالثها: فى الثمره بين القولين و هى يظهر فى النماء فإنه على المشهور و على الكشف عند عدم الفسخ هو للمشتري و على القول الآخر للبائع يظهر ايضاً فى حول الزكاه إذا لم يمنع الخيار من الحول فعلى الملكيه يحسب من حين العقد.

و فى شراء الزوجه فإن الزوجه تنفسخ من حين العقد فى وطئ الأمه فى الثلاثه فإنه يجوز على المشهور و لا يجوز على القول الآخر، و هل التصرف مملك على القول الآخر و يلزم على المشهور ام لا؟، و جهان و على التملك، فلو وطئ الأمه فعل حراماً و ملك إلى غير ذلك من الفروع، و الأول اظهر و عليه الاكثر و المصنف لقيام كثير من الأدله عليه:

فمنها ما اعتمده حل مشايخنا و هو العمومات القاضيه بحل البيع و اكل المال فى التجاره عن تراخٍ و عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و ما قضى بحصول النقل فى الايجاب و القبول، و روايه انما يحلل الكلام و غير ذلك مما هو ظاهر او صريح فى ان العقد عله تامه لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك لا- انه يفيد المأذونيه، قال شيخنا " رحمه الله ": ان التحليل للبيع الصادق قبل انقضاء الخيار لا- معنى له و لا- يعقل فيه إلا ترتب الأثر، و قال الاستاذ " رحمه الله ": و يدل عليه لفظ الخيار فى الخبر أى على ترتب الأثر و جواز التصرف.

و منها ان جواز النظر إلى ما يحل من الجاريه زمن الخيار للمشتري و حرمة ذلك على البائع قبل الفسخ مما يقضى بالملكيه، لكن قال الاستاذ " رحمه الله ": إلا ان يلتزم بأنه نظير حل المطلقه الرجعيه بما يحصل به الرجوع وجه التنظير من جهه عدم ملكيه الزوج البضع قبل الوطاء، لعل الملكيه هنا تحصل بالنظر فيقارن سقوط الخيار فلا دخل للعقد فى ذلك، و هو تنبه حسن لو قبل

بسقوط الخيار بمجرد النظر إلى ما لا يحل، و أما مع بقائه فلا وجه له إلاّ الملكيه الحاصله من العقد.

و منها ما استدلل به ايضاً عليه بأن المبيع بخيار ردّ الثمن إلى اجل معامله المشتري معامله الاملاك من كون نمائه له و تلفه عليه فلازمه قضاء العقد بالملكه و الخيار موجود و نظر فيه باحتمال ان ذلك من اشتراط فسخ البيع برد الثمن لا الخيار فالبيع لازم و لا خيار فيه و الفسخ يحدث برد الثمن قضاء للشرطيه، لكنه بعده و ان ظهر من بعض عناوينهم و نظر فيه ايضاً بأن الروايه القاضيه بأن النماء للمشتري يمكن حملها على حدوث الخيار برد الثمن و قبله لا خيار و البيع لازم و متى كان لازماً ترتب عليه اثره و هو كون النماء للمشتري ورد بأن الاصحاب المعنوين لبيع الخيار لا يرون حدوثه بالرد في الشرط من ادله صحه بيع الخيار، و ان كانت الروايه تقبل الحمل على هذا المعنى و عسى ان يكون حكم بذلك تمسكاً بإطلاق الخيار الشامل لما إذا جعل الخيار من اول العقد مقيداً برد الثمن، ثم ذكر كون النماء للمشتري و تلفه عليه قد لا- يقول به الشيخ لتوقفه في الملكيه حتى في الخيار المنفصل فهو غير مسلم و لا يصلح دليلاً، و هذه مقاله متعبه لا حاجه إليها بعد ورود الدليل الاجتهادي بملكه النماء للمشتري و تلفه عليه فهو و ان لم يوافق القبول بعدم الملكيه زمن الخيار لكنه خارج بدليله، و ليس في الروايه ما يقضى بالملكه مطلقاً و إلاّ لما احتجنا إلى دليل غيرها فإن موثقه اسحاق و روايه بن ميسره و صحيح بن يسار لم يظهر منها سوى ان الغله للمشتري و تلفها عليه، و أما ان ذلك من حيث تملكه لها زمن الخيار فلا ايماء منها إلى ذلك، و من هنا ذكرنا للمعتبره هنا و جوهاً خمسها فراجع.

و منها تمسك به الوالد " رحمه الله " و شيخنا في الجواهر، و الانوار للمشهور ايضاً بأن المقصود للمتعاقدين و الذى وقع عليه التراضى منهما انتقال كل من الثمن و المثلن حال العقد فهذه معامله أما صحيحه، كذلك كما عند المشهور فيثبت المطلوب، و أما باطله من اصلها لا صحيحه على خلاف ما تراضيا عليه، فإن العقود تتبع المقصود، و ضعّفه الاستاذ " رحمه الله " بأن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حيز العقد بل هو نفس النقل مجرّداً عن ملاحظه وقوعه في زمان، و ان الزمان من ضروريات انشائه، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له لكن الانشاء عرفاً لما كان عله لتحقق المنشئ عنده فلا ينافى في كونه في الشرع سبباً تحتاج سببته إلى شرائط أخرى بعده، فإن القبض في السلم و الصرف جزء و السبب للملكيه بالعقد فيهما، فإن مدلوله التمليك و التملك المجرد عن الزمان غير انه عرفاً عله تامه لتحقق مضمونه حيثما يتحقق بامضاء الشارع فقد يتأخر الامضاء و بتأخره لا يختلف اثر العقد المقصود المدلول عليه به، فإن مضمون العقد حاصل على كل حال و لو بعد انقضاء الخيار، و لا ينافيه عدم امضائه شرعاً قبله، فالتراضى الذى وقع العقد عليه حاصل لكنه متأخر عن ايجاب العقد لداع لا ينافى مقتضاه و لو لا الداعى لآثر من حينه و ليس هو كالموت من حيث السببيه في انتقال المال إلى الوارث فإنه لا ينافى تلك السببيه عروض الدين للميت و ان تأخرت ملكيه الموروث إلى ما بعد قضائه إذ الدين لا يرفع سببيه الموت لملكه الوارث، و انما يقيد تلك الملكيه المسببه عن الموت بزمان الوفاء، و هذا من التنبهات التى ترخّم الله بها على الاستاذ " رحمه الله " و لا راد لها سوى احتمال ان يكون قصد المستدل ان وجود الخيار و تشريعه لم يعلم من الشارع انه به يتأخر ما افاده العقد من التمليك إلى زمن انقضائه و عدم القطع بذلك كافٍ في تأثير العقد و افادته النقل من حينه و ان كان الزمان ظرفاً لا قيداً لكن ينافيه قولهم ان ترتب الأثر المقصود لو تأخر إلى انقضاء الخيار لنا في قصد المتعاقدين فينبغى التدبر في الدليل الزبور.

و منها الاستدلال بخبر عقبه بن خالد و صحيح بن يسار، سأل الصادق " ع " )

عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه، قال " ع " : نعم لا بأس، قلت: اشترى

متاعى، قال "ع": ليس هو متاعك ولا بقرک ولا غنمک

(، ففى الذیل دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار لأن البيع والشراء وقع قبل التفرق او قبل مضى الثلاثة فى الحيوان، و زيف الأستاذ "رحمه الله" الركون إليها بأنه موقوف على بقاء الخيار، وقد سقط بالتواطى على البيع ثانياً فلا خيار، وإلاً فملكه الثانى قبل ملكه البائع لا تعقل مع ان القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار يعترف بصحة هذه المعاملة فلا بد من حمله على ذلك و هو فى غاية الجوده ان كان مثل هذا مسقط من المسقطات للخيار عند المشهور وإلاً فالخبر صريح بمذهبهم، وكذا ردّه بالتمسك بأخبار العينه كحسبه الحسين بن منذر و صحيح محمد بن مسلم و منصور بن حازم الناطقه بأن للانسان ان يشتري شيئاً لنفسه ثم يبيعه بأقل منه فى المجلس نقداً، قال "رحمه الله" لأن يبيعه على بائعها الأول و ان كان فى خيار المجلس و الحيوان إلاً ان يبيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً انتهى. و يؤيده منع الشيخ "رحمه الله" من يبيعه على غير صاحبه فى المجلس. نعم، فى صحيحه بن مسلم )

عن رجل اتاه رجل فقال: ابتع لى متاعاً لعلى اشتريه منك بعقد او بنسبه فابتاعه الرجل من اجله، قال "ع": ليس به بأس اشتريه منه بعد ان يملكه

(، فإنه ظاهر فى استيجاب البيع مع الأول و الروايه محتمله لوقوع البيع الثانى قبل التفرق فى البيع الأول و بعده، ففيها استثناس لمذهب المشهور على الأول ان لم يكن، كما قال الاستاذ "رحمه الله" ان فيها التعريض للبيع ثانياً بحضور البائع الأولى و هو يدل عرفاً على سقوط خيار المشتري بالتعريض للبيع فليس فى قوله بعد ما يملكه دلالة على تملكه بنفس العقد انتهى.

و يأتى فيه ما ذكرناه سابقاً من انه مبنى على الاعتراف بكون مثل ذلك فى المسقطات، ثم قال "رحمه الله" فيها و فى غيرها من النصوص من انها على تقدير الدلالة لا ترفع إلاً القول بالتوقف مطلقاً على انقضاء الخيار دون الكشف فهى وارده للقول بالنقل لا مطلق انتهى. و التأمل الصادق يعطى ان مقصد المشهور هو جواز ترتب الآثار قبل انقضاء الخيار فإن صحَّ على القول بالكشف ذلك فلا مانع عن ان لا ينكرونه لحصول مقصدهم ان امتنع فالمعتبره تدل عليه فلا يمكن حملها على الكشف لعدم اجتماعه مع ترتب الأثر، فالأحرى فى الرد الأول و هو سقوط الخيار لا انها تقضى بالكشف الذى لا يترتب عليه الأثر قبل الانكشاف إذ هو عين مقاله المعظم و لو سلموه لا ينفع الطرف المقابل.

و منها ما ذكره تبعاً للفاضل فى كرهه بأن مال العبد للمشتري مطلق، او مع علم البائع او مع الشرط من غير تقييد بانقضاء الخيار، و الأصل منه النصوص، ففى النبوى من باع عبداً و له مال فماله لمولاه البائع إلاً ان يشترط المبتاع، و الاستاذ منع من دلالتها و حكم بأنها مسوقه لبيان ثبوت ان مال العبد لمشتريه و انه يدخل فى شراء العبد تبعاً له، و هو متين لو لا انه لو فسح المشتري بخياره فى الثلاثه قد يقال بتبعيض الصفقه فيرجع العبد دون ماله لأنه ملكه بالعقد و كونه تابعاً لا يقضى ثبوت الخيار فيه بعد الحكم بالملكه، و لا- كذلك على قول الشيخ. نعم، لو كان بالفسخ يرجع العبد و ماله للبائع لم يتم الاستدلال بالخبر و اثبات ذلك بدليل الخيار مشكل هذا كله حيث يثبت اطلاق قول الشيخ بعدم الملكه قبل الانقضاء للخيار المشترك و المختص معاً مع انه قيل ان الشيخ لا يثبت ذلك فى الخيار المختص بالمشتري إلاً ان يركن إلى اطلاق الروايه الشامل لما إذا اشترط البائع الخيار.

و منها الاستدلال بالنبوى المعتبر و هو ان الخراج بالضمان الذى معناه ان الربح فى مقابله الخسران، فإذا كانت فائده المبيع للمشتري فضمانه عليه و كون خراجه له هو علامه ملكه إلاً انه الاستدلال به، كما ذكره الاستاذ " رحمه الله " موقوف على ان القائل بخلاف المشهور قائل بأن الضمان على المشتري كى يكون نمائه له و لم يعلم منهم ذلك، و الانصاف انه يحصل من



مجموع هذه الأدلة و الشهرة المحصّيه و العمومات المعمول بها ان الأقوى ما عليه المشهور إذا قضى ما يستدل به للشيخ و من وافقه بالأصل و انه عقد قاصر فلا يفيد الملك و ضعفهما بعد كون العقد سبب تام فى النقل ظاهر.

و ثالثاً: بالمعتبره الناصه على ان التلف رمز الخيار من مال البائع و التلف لا يكون إلّا عن المالك لأن الفائدة و الخراج له منها صحيحه بن سنان )

عن الرجل يشتري العبد او الدابه و يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟، قال "ع": على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع ام لم يشترط، قال: و ان كان بينهما شرط اياماً معدوده فهلك فى يد المشتري فهو من مال البائع

(. و منها روايه عبد الرحمن عن الصادق "ع" قال: )

سألت ابا عبد الله "ع" عن رجل اشترى امه من رجل يشترط يوماً او يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟، قال "ع": ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه

(، و مرسله بن رباط عنه "ع": )

ان حدث بالحيوان حدث قبل مضى ثلاثه ايام فهو من مال البائع

(، و بنوى قرب الاسناد فى العبد المشتري بشرط قال: )

يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برى ء من الضمان

(، و ما ورد فى خيار التأخير من انه لا يبيع فى عده اخبار، و حمل شيخنا الصيروره على اللزوم و ان تحققت الملكيه بالعقد، و الاستاذ "رحمه الله" بعد ان ذكر ان هذه النصوص لا تصلح ردّاً لمن ينكر تملك المشتري حيث يختص بالخيار به، كما لعله يظهر من الشيخ فى حكاية الدروس السابقه جعلها اما مخصصه لأدله المشهور بضميمه تلازم الملك و الضمان فكل ضامن مالك او مخصصه لقاعده التلازم بضميمه ادله المسأله و ادله المشهور، لكن قال و يرجع بعد التكافؤ إلى اصاله عدم حدوث الملك قبل انقضاء الخيار، و لم يفهم انه بعد ان جعلها مخصصه كيف يحصل التكافؤ فيفزع فيه إلى الأصل ثم ينكر الشهره و اجماع السرائر فإن الحكومه باعته على الاعراض عنها كليّه بخلاف التخصيص لأن خروج الفرد يكون بالدليل الاجتهادى فيكون تعبداً خارج عن القاعده، فاتضح إلى هنا اظهرته الأول و ان خالف القاعده ينأى عليه، فلو تجدد له نماء و كان الخيار مختصاً او مشتركاً بين البائع و المشتري، كان المشتري لتملكه العين فيتبعها النماء لكن بشرط ان يكون النماء فى مده الخيار او قبل حدوثه كخيار الثلاثه، و حينئذٍ لو فسخ المشتري العقد او ورثه او وليه رجع على البائع بالثمن او ببذله، و لم يرجع البائع بالنماء لما ذكر متصلّاً او منفصلاً، و الظاهر انه يكون شريكاً فيما لا يقبل الانفصال من النماء كالسمن و نحوه، تبّه الوالد "رحمه الله" عليه و على القول الآخر هو للبائع و ان لم يفسخ حتى ينقضى الخيار من جهه كونه عين ماله.

## الخامسة: إذا تلف المبيع دون غيره من المتلوف بغير عقده الشامل لسائر عقود المعاوضه قبل قبضه

و لو فى زمن الخيار و البائع لا خيار له، فهو مال البائع إذ الضمان بحسب القاعده ينتقل إلى القابض و قبل الانتقال يكون مضموناً على الناقل بعوضه و هو الذى يطلق عليه ضمان المعاوضه و المراد بالمبيع المعين دون الكلى لعدم انصراف الاطلاق اليه، و الظاهر ثبوت الخيار عند عدمه بين الصبر و الفسخ او الصبر و أحد القيمه او بينهما، و بالتلف التلف بآفه سماويه او أرضيه بغير مشارك لها بالإتلاف من المتعاقدين او احدهما او الأجنبى، و يلحق بالتلف ما كان بقصاص او حدّ او شبههما و المحقق من القبض ان يكون باليد او بالنقل او بالكيل او الوزن او التخليه بأذن البائع او إقباض البائع لغير المشتري كتسليمه للحاكم او طرحه عليه، و هذه القاعده مجمع عليها بين اصحابنا و لم اعثر على من ترد فيها حتى فيما بعد الثلاثه فى خيار التخايير، و لا يعارضها ان التالف فى زمن الخيار ممن لا خيار له لاختصاص

ذلك بالمقبوض على ما يظهر من مذهب الاصحاب و يأتي بيانه، و أما فى الثلاثة فكذلك، و نقل عن الشيخ فى الاجماع عليه لكن عن المفيد و المرتضى و ابن زهره ان اتلفه فيها من المشتري لنقول الاجماع عن الانتصار و الغنيه و لأذن المتأخرين البائع لمصلحه المشتري فالبيع كالوديعة عنده و لا ضمان عليه و الاجماع معارض و التعليل عليل و يدل على القاعده المزبوره قبل الاجماع النبوى المشهور و المعمول به، قال " ص: " )

كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه

(، معتضداً بروايه عقبه بن خالد عن ابى عبد الله " ع " )

فى رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون، قال " ع " : من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد عليه ماله

(، و ذيلها و ان اشعر بضمن الثمن قبل قبض المبيع و هو مخالف للقاعده فحملها يلزم على ان الثمن كلى فى الذمه و هو مضمون على المشتري قبل ادائه بمعنى وجوب دفعه عند قبض المبيع و لا- ينافيه تعليقه على الاخراج إذ هو كناية عن التسالم لكن فيها دلالة على حصول الانفساخ فى التلف بغير الآفه السماويه أو الأرضيه، و هو خلاف المتلقى من اصحابنا (رحمهم الله) فإن ذكر السارق يفيد حصول الانفساخ عند الاتلاف مطلقاً و لو كان من المشتري لو فرض انه السارق لعدم القائل بالفصل، و حينئذ يرد البائع الثمن من جهة انفساخ العقد و يدفع المشتري المتلف المثل او قيمه و هو خلاف ما عليه الاكثر فأنهم حكموا بلزوم العقد و ضمان المتلف للمال فإن كان البائع لزمه المثل او قيمه للمشتري، و كذا الاجنبى و ان كان المشتري فقد وصل إليه حقه و هو اقوى من القبض و احتمال جماعه ان الاتلاف لو وقع من البيعين للثمن او المثلن فالحكم فيه اعمال قاعده التلف و ان وقع من البائع تخير المشتري بين الامضاء و الفسخ و رتب على كل حكمه لأن الضرر يندفع بهما، و ان وقع من المشتري فقد لزم العقد و ينزل منزله القبض إذ من البعيد ثبوت الخيار له فيرجع بالثمن و يدفع المثل او قيمه غايه الأمر خرج عن القاعده التلف بآفه سماويه فلا يسرى الحكم فى غيره إلا ان يجعل مجهوليه السارق مثل المتلوف بآفه سماويه و ان مورد الروايه ذلك، لكن يظهر من الاجماع خلافه، ثم فى ثبوت الخيار لو كان المتلف البائع او الأجنبى اشكال لإمكان دفع الضرر بغيره و لا دليل عليه سواه كاتلاف المبيع نفسه قبل القبض او شارك الآفه السماويه فى تلف نفسه، و كذا لو شارك البائع او الأجنبى الآخر فإن دخوله فى معقد الإجماع فى غايه الصعوبه.

و قال الاستاذ " رحمه الله " : ان الروايه اظهر دلالة على الانفساخ قبل التلف من النبوى قبل التلف من النبوى انتهى. و الظاهر ان لفظ قبل لا- دخل له فى المقام كما ان النبوى صريح فى الدلالة على المطلوب، فإن الجار فيه أما للتبعيض، او للجنس، و على الأول لا بد من اعتبار كون المتلوف مالاً للبائع عند التلف بمعنى تجدد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك لخبر لا يتجزى من الزمان ليقع التلف على ماله فيكون التلف كاشفاً عن دخوله كالتقدير فى عتق عبد الغير المأمور بعتقه.

و احتمال الوالد " رحمه الله " انفساخ العقد من اصله بالتلف قال: لأن الحكم بأنه ماله بعد فرض انتقاله عند موجب لذلك، لكنه "

رحمه الله" ذكر آناً ان التلف فاسخ للعقد من عينه لا- من اصله إذ لا- موجب لبطلانه من اصله فيعسر التوفيق بين مقالتيه، و  
احتمل أيضاً ان يكون المبيع في ملك المشتري و ان كونه من مال البائع بمعنى عدم استحقاق اخذ الثمن من المشتري، و بعده  
بأنه خلاف ظاهرهم بل و ظاهر النص إذ ظاهرهما تملك البائع المبيع و تملك المشتري الثمن بواسطة التلف، و لذا لم يختلفوا  
في ثبوت لوازم الملكيه لكل منهما في كل من العوضين، فيجب

مؤونه تجهيز العبد على البائع لو مات قبل قبضه، و تثبت سائر احكام الملك فى الثمن للمشتري من ارث، و زكاه، و استطاعه، و نكاح، فلولا عود الملكيه لهما لاقتصر على خصوص عدم المطالبه بالثمن و ترتب احكام ملك الثمن على البائع، و ملك المبيع على المشتري و هو كذلك، و الاستاذ " رحمه الله " بعد ان نقل عن الفاضل " رحمه الله " ان مؤونه تجهيز العبد على البائع، قال: لكنه مبنى على ثبوت الملك التحقيقى قبل التلف لا مجرد تقدير الملك الذى لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير دون ما عداه من ثبوت آثار المقدر انتهى. فإن اراد ان التقدير المزبور لا يورث الملكيه و انما الحكم فى ذلك تعبدى، فحينئذ لا حازه إلى التقدير المزبور بل المتبع ما حكم به الدليل الاجتهادى، و ان اراد ان تقدير الملكيه تصيره كالمملوك الحقيقى بالنسبه إلى هذا الحكم فقط فالتخصيص لا دليل عليه بعد اعتبار ذلك فى العتق و غيره، فهو كتلف الغير فى المعاطاه فى وجه و ملك الامه للميت و ما سوى ذلك بل السرد يقتضى ان الشارع إذا جعل شيئاً بمنزله أخرى لحقه جميع احكامه على ان مؤونه التجهيز للعبد حينئذ ينبغى ان يكون على المشتري لأنه المالك الحقيقى على قوله " رحمه الله " مع انه لا قائل به، ثم قال: إلاً ان يقال بأن التلف من البائع يدل التزاماً على الفسخ الحقيقى انتهى. فإنه يدفع الاشكال لكن يبقى التماس الدليل على ذلك و على التفضيل بين افراد التلف و انواعه مع انه لا- يقول بأن مطلق التلف يجعله من مال البائع، و لعل لكلامه معنى يوجب التأمل فإن الخطأ منا أقرب هذا على تقدير التبعض، و أما على الجنسيه فالمعنى انه يكون من جنس امواله شرعاً فيعود إلى ان الشارع رتب عليه حكم امواله و ان لم يكن منها و معه لا بد من الاقتصار على المتيقن مما رتبته الشارع، فبتم كلام الاستاذ فى عدم الضمان للمشتري و لزوم تجهيز الميت العبد عليه فتأمل جهه عدم المدعى لذلك من الاصحاب، و نوقش فى الخبر بمعارضه الخبر لخبر الخراج بالضمان إذ الخراج بمعنى القاعده و النماء و هو للمشتري فليكن الضمان عليه و لا- قائل بالفصل بين ما فيه النماء و غيره و ردّ بمنع الملازمه فإن تبعيه الفائده للضمان لا تستلزم تبعيه الضمان لها، فلو قال: الضمان بالخراج لدل على ما ذكر مع انه لا- يلتفت إليه فى مقابله غيره من الأدله، و نوقش أيضاً بثبوت الخيار بتعذر التسليم و تجدد تعذره قبل القبض و ان كان التلف موجباً للتعذر عند الأكثر و هذا ينافى قولهم بالانفساخ هنا للخبر و الاتفاق، و ردّ بأن المراد من التلف هنا هلاك العين و ما تحكمه على وجه لا- يمكن معه الرجوع إلى عينها و لا إلى مثلها و قيمتها و لا إلى الانتفاع بها أصلاً، و أما تعذر التسليم الموجب للخيار فهو ما امكن معه الانتفاع بعين المبيع او بديلها فى حال التعذر او بعد الصبر و الانتظار و هو حسن إلاً ان فرض تلف العين التى لا بدل لها و لا قيمه مشكل، فالأحرى عدم مشروعيه خيار تعذر التسليم فى المتلوف بالآفه السماويه و تمخضه للانفساخ فيفرق بذلك بين المتاعين فالمنساق من التلف هنا هو الذى لم يتسبب من آدمى يمكن الرجوع عليه بالمثل او القيمه او يكون اتلافه بمنزله قبضه كما ذكرنا فى تلف المشتري لكن عن كره ان اتلاف المشتري مع الجهل لا يكون قبضاً بل يفسخ البيع و يرجع بالثمن و البائع بالمثل أو القيمه انتهى.

و لا يثبت للمثل و القيمه حيث يلزمان ما يثبت للمبيع فى التلف قبل القبض لو تلفا قبله و ان ثبت لهما ما للمبيع من استحقاق دفع الثمن بقبض احدهما و لا يثبت للبائع الحبس قبل تسليم الثمن لأحدهما إذا كان المتلف اجنبياً و ان لم يكن فوجهان، و العدم اقرب، ثم ان الظاهر الذى عليه المعظم ان تحقق مسمى القبض مسقط الضمان البائع و ان لم يكن صحيحاً جامعاً للشرائط مما يعتبر فيه، فلو وقع بدون إذن ذى اليد كفى فى رفع الضمان و مثله ما لو اشترى مكايله و قبض جزافاً و هلك فى يد المشتري فهو ضامن لكن فى تذكره الفقهاء.

و ان جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب انه فى ضمان البائع، و أيضاً يسقط ضمان البائع بالتخليه على الأظهر و ان قلنا بعدم كونها قبضاً و مثله ما لو وضع المشتري يده عليه و لم ينقله، لو اعتبرنا النقل فى القبض هذا كله فى المبيع، و أما الثمن ففى كره ان اتلاف الثمن المعين كالمثمن فى الاحكام، و أما غير المعين و المضمون فلا- يبطل البيع بإتلافه، و فى الرياض عن ظاهر الاصحاب حكاية إلحاقه بالمبيع المشعّره بالوافق و على صحه اطلاق المبيع عليه لغه، لكنه قال: إن تمّ و إلّا فأشكال انتهى.

و فى الصراط المستقيم لو اشترى عبداً بثوب و قبض العبد و لم يسلم الثوب ثمّ باع العبد فبيعه صحيح فلو تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمه العبد لتلفه من حيث عدم قدره، قيل و لظاهر خبر عقبه ففى ذيله ان المبتاع ضامن لحقّه أى البائع حتى يردّ ماله إليه، لكن تعليق الضمان على قبض المبيع مع كنه لم يلتزم فيه مما يقدر به ثمّ الثمن اعم من المضمون فى الذمه فهو بمعنى اشتغال الذمه به حتى يؤديه قاذح آخر، و قيل أيضاً بشمول النبوى له لصدق المبيع على الثمن لغه و هو كما ترى. نعم، يستأنس له كما قال العم و الوالد (رحمهما الله) بملاحظه اشتراك الثمن و المثمن فى اكثر الشرائط و الأحكام و عدم تعرضهم لبيان مخالفته للمبيع مع جريان عاداتهم التنبيه على مثله و الاحتراز عن دخوله لو كان خارجاً فلا يبعد نسبة الاتفاق عليه منهم، لكن شيخنا " رحمه الله " نفى الاجماع قطعاً كشمول النبوى له.

و خبر عقبه قال فيه: انه يدل بعد القبض و يمكن حمله على كون الثمن كلياً او إن الضمان فيه اعم من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع على انه لا- جابر له بالنسبه إلى ذلك انتهى. و عسى ان يكون الجابر ظهور الاتفاق عليه الذى لا يمكن انكاره، كما ان الظاهر جريان ذلك فى غير البيع من المعاولات كما ذكره الاستاذ " رحمه الله " و ان لم يكن لهم فيه كلام محرر إلّا انه يستشم ذلك من الفحوى فأنهم حكموا بضمان المتلوف قبل القبض فى الاجاره و الصداق و عوض الخلع، و اجاره الفاضل " رحمه الله " بيع ما هو مضمون بالقيمه او بالتفريط المسمى بضمان إليه جواز بيعه قبل قبضه لتمام الملك، و كذا المضمون بيد الغير بعوض هذا حكم ما لو تلف قبل قبضه، و ان تلف بعد قبضه ثمناً كان المتلوف او مثنماً، و بعد انقضاء الخيار الزمانى لا مطلق، فى الأوفق من دون فرق بين البدل و المبدل فى المبيع او فى غيره من معاوضه يجرى فيها الخيار و ان كانت جائزه على ما سمعته فهو من مال المشتري، و كذا البائع فى الثمن و لكل من له الرجوع عليهما يرجع بالمثل و قيمه، و ان كان المتلوف لا يتألف معين فى زمن الخيار من غير تفريط، و تسبب لتلفه من آدمى مطلقاً او المشتري خاصه، و كان الخيار حينئذٍ للبائع او من ينوب منابه لو كاله او غيرها على الأصح، فالتلف إذ ذاك من المشتري أيضاً لأنه من املاكه حسب ما قلناه فى خيار ردّ الثمن، و ان كان الخيار للمشتري خاصه او مشتركاً بينه و بين البائع فى وجه، فالتلف اجماعاً مستفيضاً من البائع للقاعده المرسله ارسال المسلمات من ان التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له فكأنهم فهموا من النص ان المناط فى رفع الضمان من غير من له الخيار ارتفاع الخيار و يملك ذى الخيار لما ثبت له به خيار بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه ثمناً او مثنماً من أى انواع الخيارات لكن بعد القبض لما تقدم من قاعده المتلوف قبل قبضه فيخرج خيار التأخير عن الكليه، و المستند فيها مضافاً إلى ما مرّ فى خيار الحيوان، بل صحيحه بن سنان و فيها )

على من ضمان ذلك فقال "ع": على البائع حتى ينقضى الشرط

(، انتهى. فمناط خروج المبيع عن ضمان البائع هو انقضاء خيار المشتري الذى اطلق عليه الشرط فى النصوص بحيث يكون المبيع

للمشترى لازماً عليه لا يقدر على سلبه عنه فإن قوله "ع": )

حتى ينقضى شرطه

، معناه انه لا يدخل في ضمانه قبل تملكه له

فهو مناط مستتبط و قد فهم منه ذلك الكثير، ففي السرائر كل من كان له الخيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار لأنه قد استقر عليه العقد و الذى له الخيار ما استقر عليه العقد انتهى.

و صريحه سلميه القاعده و طرد الحكم مطلقاً و فى الدروس و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار انتهى. فإن ظاهره كفايه مطلق الخيار فى عدم ضمان المقبوض لمن له الخيار فيه، و نفى سيد الرياض الخلاف فى ان التلف فى مده الخيار ممن لا- خيار له كمفتاح الكرامه غير انه عمم الحكم للثمن و قال: لتعديده و تردد فى التلف قبل القبض و كأن الأخرى بالتردد الأخير لوجود المصرح هناك بالتعديده و ظهور خبر عقبه بن خالد بها و انتفاء ذلك فى المقام، لكن الاستاذ " رحمه الله " و قبله شيخنا " رحمه الله " و قبلهما اسلافنا (رحمهم الله) لم يذعنوا بعموم القاعده على النحو المذكور، ففي الجواهر بعد ان نقل عن بعض الأعلام العموم قال و هو من غرائب الكلام ضروره كون النص و الفتوى فى خصوص المبيع دون الثمن بل ظاهر خبر معاويه بن ميسره من اخبار اشترط الخيار برد الثمن ان تلف الثمن من البائع و انه ملكه و ان كان الخيار له فمن العجيب دعوى ان النص و الفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبائع خاصه، و مقتضاه الانفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشتري خاصه الذى قد عرفت انه مدلول النص و الفتوى و اغرب من ذلك كله ان اراد تعميم الحكم لسائر الخيارات فى الثمن و المثلث انتهى.

لكن لم يفهم وجه استظهاره من روايه بن ميسره فإنه قال سمعت ابا الجارود يسأل ابا عبد الله " ع " )

عن رجل باع دار من رجل و كان بينه و بين من اشترى الدار خلطه فشرط انك أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال " ع " : له شرطه، قال له ابو الجارود: فإن هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين؟، قال: هو ماله، و قال " ع " : أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري

( الحديث، فليس فيه إلّا كون تلف الدار من المشتري و نماء الثمن للبائع، و أما ان تلفه منه.

و فى مكاسب الاستاذ " رحمه الله " ان استظهار العموم من صحيحه بن سنان فيه تأمل فى مقابله القواعد مع انه يمكن منع دلاله هذا المناط المستتبط عليه لأن ظاهر الصحيحه الاختصاص بما إذا كان التزلزل و عدم كون المبيع لازماً على المشتري من أو الأمر كما يظهر من لفظه حتى فى الابتداء، و هذا المعنى مختص لخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو كان منفصلاً بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حصول زمان الشرط حتى قال: و أما الغبن و العيب و الرؤيه و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقه فهو يوجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد إلى ان قال: فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض لم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع.

فاتضح بذلك ان الصحيحه مختصه بالخيارات الثلاث انتهى. و هو حسن لو لم يكن عدم ما يوجب الخيار مطلقاً شرطاً ضمناً فى المبيع فكأن المشتري يشتري السالم مما يوجب الخيار فهو فى قوه اشتراطه فى ضمن العقد، و حينئذٍ فيشملة قوله " ع " : )

حتى ينقضى الشرط



(، و قوله "ع":)

و له شرطه

(، فهو من مورد النص على انه قد اختار فيما سبق انه لو فسخ المشتري اقتراحاً لم يصح فسخه، أما لو تبين ما يوجب الفسخ فالأرجح نفوذه كهو في مثل بعته ان كان لي، ثم يظهر انه له فإن البيع صحيح و هذا لا ينافي القول بأن تلف المبيع قبل ظهور الغبن او العيب او العلم به من المشتري لعدم حصول السلطنة الفعلية على الفسخ و الامضاء فولاً و فعلاً و ان كان له حقاً واقعياً فإنه لا يترتب عليه الفسخ و حكم التلف ممن لا

خيار له إلا بعد الانكشاف فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه او بحكم خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما.

و الحاصل الآثار المجعوله للخيار تختلف، فمنها ما يترتب على السلطنه الفعلية كالسقوط بالتصرف قبل الظهور.

و منها ما يترتب على الحق الواقعى و ذلك مثل اسقاطه بعد العقد قبل ظهوره.

و منها ما لم يعلم حاله من الشارع كتلف المبيع قبل ظهور الغبن و العيب و التصرفات الناقله قبله ايضاً، فلا بد من اتباع دليل كل واحد من هذه الآثار، و أما ان العلم بالغيب و الغبن احد نواقل الملك من اللوازم إلى التزلزل، كما يدعيه الأستاذ " رحمه الله " لا تساعد عليه كلماتهم و ان عومل معاملته اللازم فليس هو إلا كالحكم الظاهرى فى العبادات قبل انكشاف الخطأ و الرفع فمتى انكشف الواقع كان العمل عليه. نعم، لو قيل بالاقْتِصَار على المتيقن من مورد القاعده لمعارضتها للنبوى و هو قوله " ص " : (

الخراج بالضمان مع انضمامه بالاجماع على ان النماء لمالك الغير

)، و ترجيح ذلك على اطلاق الصحيحه المتقدمه لصلح الاقتصار فيها على الخيارات الثلاث، لكن ينبغي على هذا ان يختص بالمبيع كما قاله شيخنا: فلا يشمل الثمن، مع ان الاستاذ " رحمه الله " بعد خروجه لتفسيح المناط المتقدم و دخوله فى عباره الدروس بعدم جريان ذلك فى الثمن، و لاستصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض مع عدم منافات كون الضمان من مال المالك الذى لم يستثنى منه إلا ما قبل القبض إذ المراد بالضمان انفساخ العقد و دخول العوض فى ملك صاحبه الأصيلى و تلفه من ماله، غير ان الانفساخ بالتلف قبل القبض و بعده بما لم يلترم به لكونه خلاف الأصيل، لكن حيث ان هذه المخالفه للأصل ثبتت قبل القبض بمعنى ان المتلوف قبل قبضه من مال صاحبه فالأصل بقائها و ان لم ينفسخ العقد، إلا انه " رحمه الله " فرع على ذلك ان تلف الثمن يكون من المشتري فيه البيع الخيارى، و حينئذ فإن لم يدفعه ثانياً او لم يكن حاضراً ينفسخ البيع و يعود المبيع إلى صاحبه الأصيلى و يذهب الثمن على المشتري و ان كان قد قبضه و كأن العرف و العاده على خلافه، و تفصيلى الوالد عن ذلك بأن الخيار يحدث فى المبيع بعد رد الثمن او مثله و قبله لا خيار، فتلف الثمن فى مده الخيار متوقف على رده للمشتري قبل الفسخ، فلا مجرى للاستصحاب.

و رده الاستاذ " رحمه الله " بمنعه و احاله على ما سبق فى خيار الشرط و هناك جعله احد المعانى المحتمله فى نصوصه و لم يبرجج غيره عليه، ثم اضاف إلى المنع المزبور ان المناط فى ضمان غير ذى الخيار لما انتقل منه إلى ذى الخيار هو تزلزل المبيع المتحقق و لو بالشرط المنفصل و هو كذلك إذا كان بحكم الموجود، ثم انه " رحمه الله " جعل الأولى بحلقه درسه و بكتابه التفصيل بين ما إذا كان الثمن شخصياً فيتحرى القاعده فيه من جهه ان تلفه قبل قبضه يوجب انفساخ البيع فيمكن بعد قبضه، كذا إذا بقى خيار البائع و لو منفصلاً دون ما لو كان كلياً فيكون حاله كالمبيع الكلى المشترط فيه الخيار للمشتري إذا قبض فرداً منه و تلف بالآفه، فإن البائع لا يضمه و ليس من مورد القاعده بل يذهب من المشتري إذ لا يجعل الكلى كغير المقبوض كما فى الشخصى فإنه غير مشمول للأخبار فى الباب، بل يكفى الشك فى شمولها له لكنه قرنه بالتأمل و عساه لصعوبه خروجه من النصوص حيث الصدق عليه انه تلف ممن لا خيار له، و مثله المبيع الكلى فتلخص إلى هنا ان الجمع بين قاعدتى التلازم بين

الضمان و الخراج و عدم ضمان شخص لما يتلف فى ملك مالكه و بين قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و ان التلف فى مده الخيار ممن لا خيار له هو رجوع المبيع إلى ملك صاحبه آنا ما بتقدير انفساخ العقد قبل التلف، فيكون تلفه فى ملك ناقله و هذا معنى ما نقلناه عن الدروس بأن

القبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار، لكن له عبارة تقضى بعدم الانفساخ و لم اعثر عليه لغيره، قال فى خيار الشرط: لو تلف المبيع قبل قبضه بطل البيع و الخيار و بعده لا- يبطل الخيار و ان كان التلف من البائع كما إذا اختص الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع و رجع فى البدل فى صوره عدم ضمانه، و لو فسخ المشتري رجع بالثمن و غرم البدل فى صوره ضمانه و لو اوجه المشتري فى صوره التلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع قيمه او المثل، و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر، انتهى.

و العبارة كما قال الاستاذ " رحمه الله " محتاجه إلى التأمل من وجوه، و كذا يظهر من الفاضل فى القواعد و تذكره الفقهاء، وفى الأول لا يبطل الخيار بتلف العين انتهى.

الشامل ما نحن فيه و فى الثانى ان كان المتلوف بعد القبض لم يبطل خيار المشتري و يجب قيمه على ما تقدم، قال الوالد " رحمه الله " و هو و ان عمَّ إلا أنه يستثنى من هذا العموم بقريته ما تقدم تلف المبيع او الثمن قبل قبضهما و تلف المبيع مده خيار البائع المختص به او بالمشتري، فإن العقد يفسخ بحصول التلف السماوى للقاعده و كذا اتلاف المشتري للمبيع إذا كان الخيار له منفرداً او مع الاجنبى او شركه البائع فيه فإنه مبطل لخياره إذا كان عن عمد و هو ما لم بالخيار، و كذا اتلاف الثمن حيث يكون الخيار للبائع مختصاً او مشتركاً بالشرط المرقوم فظهر ان الخيار الذى لا يبطله التلف و الاتلاف ما عدا المذكور ثم فصّله انتهى.

و الاستاذ " رحمه الله " قال: و ربما يحتمل ان معنى قولهم ان التلف ممن لا خيار له ان عليه ذلك إذا فسخ صاحبه لا انه يفسخ كما فى التلف قبل القبض، و أما حيث يوجب المشتري فيحتمل انه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل و قيمه و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن و يحتمل ان لا يرجع بشىء فيكون معنى الخيار ان له الفسخ انتهى. و هذه الاحتمالات بعد ان كان ظاهر الاصحاب الانفساخ و لم يظهر يفرق احد منهم بين الانفساخ قبل القبض و بعده حيث يكون الخيار المشتري او مطلقاً بالآفه على ما سلف لعلها لا تحتمل، و احتمل الاستاذ ايضاً فيما لو كان المتلف الأجنبى للغبن فى زمن الخيار بين الامضاء و الفسخ فإن فسخ قام فيه احتمالات منها اختصاص الرجوع على المتلف لكون البدل لكون البدل القائم مقام العين فى ذمه المتلف دون صاحبه فيستردده بالفسخ فإن الفسخ قبل تلف العين موجب لرجوعها إلى ملك الفاسخ ممن فى يده فعليه إرجاع بدلها بالتلف او لوجه اعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفاسخ يوم الفسخ او يوم التلف فيكشف الفسخ عنه على الوجهين فهى فى ضمان المتلف كالعين بيد الاجنبى.

و منها تعيينه على المالك و الوجه فيه ان الفاسخ بفسخه استحق عليه المفسوخ عليه عين الثمن او بدله فيلزمه، و حينئذٍ رد العين المبيعه او بدلها للفاسخ او البدل الذى فى ذمه المتلف الأجنبى لم يتشخص ان للفاسخ لأنه متعلق بالذمه لا بالأموال الخارجيه فلو باع المشتري العين زمن الخيار بثمانى الفاسخ لم يتعلق حقه يعين تلك القيمه بعد تلف العين بل انما تعلق ببديل فى الذمه فلا يترتب عليه احكام الغير و الفاسخ فى المقام لا يستحق بفسخه إلا رجوع العين قبل تلفها مضمونه لملكها على متلفها بالقيمه بعد رجوعها إلى ملك الفاسخ و الاجنبى لم يضمن للفاسخ تلفها من حيث التلف فقط و الضمان بهذا الوصف من خصائص المالك، هذا ملخص مرام الاستاذ " رحمه الله " إلا ان العبارة لا تخل عن التعقيد.

و منها التخير فى الرجوع لأن يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمه بعده و اتلاف الاجنبى ايضاً سبب للضمان، فحكمها حكم الأيادى المتعاقبه فى المغصوب.

قال: و هو اضعف الوجوه، فيا قدس الله روحه ما احسن دخوله و خروجه، سوى ان المتبع فى المقام اعمال الادله الاجتهاديه او الفقاهتية فى الاتلاف و الضمان، فإن كان التلف فى ملك المشتري لا رجوع للفاسخ على الاجنبى بوجه حتى لو مات المشتري و فسخ كان كأحد الغرماء و لا يستحق ما استحق المشتري من الاجنبى من قيمه المتلوف لأنه ملك للمشتري لا يجرى عليها حكم العين، بل ليس له اخذ الثمن مقاصه و ان نقص عن قيمه او ساواها إلا بأذن الحاكم، و كذا ليس له حبسه و يضرب مع الغرماء و لو نقص حقه عن قيمه العين و ان كان الأجنبى من جهة تزلزل ملك المشتري او توقفه على انقضاء الخيار اتلف ملك ذى الخيار كان الرجوع عليه لا على المشتري بالفسخ و كان الثمن مضموناً للمشتري بذمه الفاسخ و المتلوف مضموناً للفاسخ بذمه الأجنبى.

و الحاصل أما نعمل قاعده التلف فى المقام حسبما تقتضى أو قاعده الضمان بالخراج، ثم انه لا فرق على الظاهر بضميمه قوله او يحدث فيه حدث بين تلف البعض او الوصف او الكل فى الحكم إذ الحدث اعم من فوات الجزء او الكل و الله العالم.

ثم ان قضيه عموم سلطنه المالك و تحقق ملكيه ما فيه الخيار ثماً او مثماً للمنقول إليه ان التسليم و التسلم من كل من المتبايعين حاله حال المبيع العارى عن الخيار، لكن فى كره لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن من زمان الخيار و لو تبرع احدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضيه للخيار انتهى.

و يظهر منه ان التسليم ابتداء لا يجب ارسال المسلمات بحيث يستشم منه الاتفاق و هو مهم. نعم، يلزمه احد الأمرين اما التسليم او الفسخ لو امتنع، و لذا لم يتبه على ذلك غيره إلا ان يحمل على قول الشيخ " رحمه الله " يتوقف الملك على انقضاء الخيار و ان ذلك مجمع عليه عند مدعيه، لكن الاستاذ " رحمه الله " لم يحتمل فى العبارة ذلك، هذا و من احكام الخيار عدم بطلانه بالتلف، فى القواعد و لا- يبطل الخيار بتلف العين انتهى. و اطلاقه يشمل الأصلى و العارضى بسبب شرعى او غيره للبائع او للمشتري او لهما، أو لأجنبى منفرداً او مجتمعاً فى بيع او غيره و التلف بالآفه او بالتفريط من احد المتبايعين او بإتلاف احدهما او كلاهما او اجنبى عنهما او منفرداً قبل القبض او بعده فى الثمن او المثمن و الشمول كذلك لا يلتزم به احد قطعياً.

و الوالد " رحمه الله " حصر بقائه مع التلف او الاتلاف بكل خيار اختص بالبائع او اشترك بينه و بين المشتري او اجنبى و قد قبض المشتري المبيع فتلف عنده او أتلفه متلف، و الثمن موجود بعينه عنده البائع و مثله الخيار الذى لم يختص بالمشتري، بل اشرك البائع معه فتلف عند المشتري غير قبضه له بآفه سماويه، فللمشتري الفسخ و يدفع المثل و قيمه و مثله كل خيار اختص بالمشتري او اشترك و قد اتلف متلف غير القبض او بعده و لم يقع التلف منسوباً إليه فإن له الفسخ و الرجوع بالثمن و عليه ارجاع المثل و قيمه إلى البائع و هو يتولى احدهما من المتلف و دفعهما إليه، و كذا كل خيار للمشتري و لم يتلف البيع او تلف بغير آفه سماويه، و لكن البائع اتلف الثمن او تلف منه بعد قبضه له او أتلفه غيره قبل القبض فإن للمشتري الفسخ و الرجوع على البائع بمثل الثمن او قيمته او على المتلف غير ذلك، و مثله لو تباعا بخيار مطلقاً و اتلف العوضين غيرهما بعد قبضهما فإن خيارهما باقٍ و يرجعان على المتلف كما حررناه و ما عدا ذلك من افراد الخيار و انواعه يسقط بالتلف أما به بطلان العقد الملازم لبطلانه، و أما لسبب آخر مثل اتلاف المشتري للمبيع عن عمد و الخيار له او لهما او لثالث

معهما فإنه مسقط لخياره مع علمه به، و كذا اتلاف البائع للثمن إذا كان الخيار له او مشتركاً فإنه يبطل مع العلم و العمد.

و الحاصل التلف مع بقاء العقد على حاله لا يسقط الخيار به لقابليه العقد بعد التلف للفسخ، و لولاه لما شرعت الاقاله فيه فلا مزيل لهذه السلطنه بعد التلف و لا- مقيد لها بصوره البقاء و ليس دليل الخيار معنوياً بإمكان الرد المتوقف على بقاء العين مثل البيعان بالخيار و لا- الحكمه فيه دفع ضرر الصبر على العين فترتفع بالتلف بل حكمته نفى الضرر الذى لا يفرق الحال فيه بين وجود العين و عدمها، و لا يضّر تخلف الحكمه فى تلف المعيب و المدلس الذى يرتفع به الخيار قطعاً لخروج ذلك بدليله، و لذلك قوى جامع المقاصد فيما لو ظهر كذب البائع مرابحه فى اخباره عن رأس المال بعد تلف المتاع ثبوت الخيار و تبعه لذلك لوجود المقتضى، و لا مانع و ان تردد الفاضل و الصراط المستقيم فيه و مثله بقاء خيار الغبن بتلف المغبون فيه او نقله عن ملكه فقد نسب للفاضل و المحقق الثانى التردد فيه لعدم امكان الاستدراك و عدم ارتفاع الضرر بتلفه و اطلاق قولهم " عليهم السلام" و هم بالخيار إذا دخلوا السوق مما يقضى ببقائه، انما الاشكال فيما لو جعل المتعاقدان الخيار بحيث ان لا قصد لهما و لا لأحدهما إلا رد العوضين كلٌ لصاحبه فهو يدور مدار العين وجوداً أو عدماً فإنه لا يبعد اختصاصه بصوره البقاء فأورث التقييد فى جعل المتعاقدين فكأنه مصرّح به فى الكلام او ظاهر فيه لعدم الغرض إلا بالرد و الاسترداد كالخيار المشترط برد الثمن فى البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري إذ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن لا- مطلق السلطنه على الفسخ و لو عند التلف، و الاستاذ " رحمه الله " يظهر منه الميل لخلاف المشهور، و يرى عدم ثبوت الخيار مع التلف إلا ما قضى به الدليل بخصوصه لأن اراده ملك الفاسخ غير متعينه فى كلام الشارع، و لأن ادله الخيار من نصّ او اجماع لا تدل على اكثر من الرد و الاسترداد و ليس فيها التعرض للفسخ مع التلف، و هو متين لو لا ان عدم ظهورها فى الاختصاص يكفى فى شمول الحكم مضافاً إلى الحكمه الباعثه عليه فلا مناص من ثبوت خيار الفسخ المطلق من الدليل و عسى ان بعض الاطلاقات مما تقضى به فرعان بل فروع:

الأول: قال الشيخ فى الاحتياط: الأولى ان يقال ان خيار الشرط يثبت من حين التفرق و علله بأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق، و تبعه فى المحكى ابنا زهره و ادريس، و الظاهر انهم يقولون فى الحيوان ايضاً لاتحادهما فى هذا الحكم. و قيل كما هو المشهور انه من حين العقد الذى يحصل به الملك لا العقد الذى هو اعمّ من مجرد الصيغه، و ان لم يحصل الملك كالفضولى و هو هنا و عند غيره اشبه لتبادره من الاطلاق و لأنه ان جعل من حين التفرق بطل للجهاله بخلاف ما لو اشترط انه من انقضاء خيار الحيوان لم يبطل لعدمها، و لظاهر الاجماع المنقول على صحه اشتراط الخيار متصلًا فلا مانع منه مع الاطلاق حيث يقضى العرف به، و لظاهر خبرى عبد الرحمن و ابن سنان من دخول اشتراطه من اليوم و اليومين، و استدلل للثانى بأصالة عدم ارتفاعه لو اشترط الخيار ثلاثاً فى الحيوان او مع طول المجلس اكثر من ثلاث و لو انه من حيث العقد كحكم بارتفاعه و بأصالة عدم حدوثه قبل انقضاء الخيارين و بلزوم اجتماع المثليين و العلتين على معلول واحد، و بإطلاق النص ان تلف الحيوان فى الثلاثه من البائع مع التلف فى مشترك الخيار من المشتري.

و ردّ الجميع أما الأصل فبحكمه ظاهر الدليل عليه مضافاً إلى كونه مثبتاً بتقريره المتأخر و النص بالتلف من البائع محمول على الغالب من تلوه للمجلس، و ان العلل الشرعيه لا تجرى على العلل الحقيقيه و الامثال الحكميه و كون التأسيس خير من التأكيد





عدم انتفاء خيار الحيوان لو امتد المجلس ثلاث ايام، و كذا لو اشترطت فإن الخيارين فما زاد ان اختلفا من حيث الماهيه او اتحدا فلا بأس بتعدددهما، و فى كره فى الجواب ان الخيار واحد و الجبهه متعدده انتهى.

و نظره إلى انّ الاسباب الشرعيه او انها علل تامه لكن يشترط فى تأثير كل واحد منهما ان يكون مستقلاً فإذا اجتمع مع مثله او سبقه الآخر فلا نهى علل تامه إلا من هذه الجبهه و نظيره فى الشرعيات كثيره فالمتجه الاشبه.

الثانى: إذا اشترى شيئين معينين لا كليتين، و شرط الخيار له او لأجنبى فى احدهما على التعيين صحّ من غير خلاف و لا اشكال فيملك الفسخ و تتبعض الصفقه و ليس للبائع ذلك و ان حصل التبعض لكونه قد اقدم عليه، و ان ابهم بطل و ان صحّ عند جماعه لزوم البيع فى نقل احد الفردين مع الانحصار فإنه لا يقاس عليه من جهه فقد دليل الصحه هنا لا للغرر كما علل به شيخنا لإمكان ارتفاعه مع الانحصار بأحد فردين او اكثر.

الثالث: قال فى القواعد: لو فسخ المشتري بخياره فالعين مضمونه بيده و لو فسخ البائع فهى فى يد المشتري امانه على اشكال انتهى. و تذكره الفقهاء منشؤه من انه قبضها قبض ضمان فلا يزول إلا بالرد إلى مالكها و من ان الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين بيد صاحبه شعر بالرضا به المقتضى للاستئمان و ضعفه فى جامع المقاصد بأن مجرد لك لا يسقط الأمر الثابت.

و سكت الاستاذ " رحمه الله " عن الدغدغه فيه و هو علامه الرضا و اظنه للاستصحاب الذى يحتمل انقطاعه لتبديل الموضوع بانفساخ الملك و ادله الضمان لا تشمل هذا الفرد لعدم قبض اليد شيئاً هو للغير بل اخذها له لأن العين ماله و ضمانه لها، كذلك لا إذا كان من مال الآخر فأين الأمر الثابت. نعم، هى بيد الفاسخ لا اشكال فى ضمانها من جهه انها قبل الفسخ مضمونه إذ لم يسلمها ناقلها إلا فى مقابله العوض، و الأصل يقضى ببقاء الضمان بعده حيث لا دليل على رضاء المالك بأن تكون بيد الفاسخ أمانه إذا كان الفسخ من قبله، و حينئذٍ فلا يلتمس دليل يوجب او يقتضى انها امانه مالكيه او شرعيه كى لا تكون مضمونه برضاء المالك او بجعل الشارع، و لو استند فى عدم الضمان إلى اذن الشارع لا-فسخ، ففيه انه غير مستلزم رفع الضمان عن اليد كالمقبوض بالسوم.

أما من جهه عموم الخبر فى اليد إلا ما خرج معلوماً خروجه، و أما لأن العين حين قبضها مضمونه على القابض بثمنها فإذا بطل ذلك من حيث الفسخ لزم القابض الضمان بالعوض الواقع، و هو المثل أو القيمه كما فى البيع الفاسد.

لكن الاستاذ " رحمه الله " لم يرى خلوّ المسأله من الاشكال و عساه من حيثيه الأذن الشرعيه و عدم العموم من على اليد فإنه غير مره تحريراً و تقريراً انكر ذلك، او أنّ بطلان الضمان فى الثمن دائر بين ارتفاعه من اصله او انقلابه إلى الضمان بالقيمه و الارتفاع حصل و الانقلاب لا دليل عليه و لا كليته فيه، ليقال ان كلما فيه الضمان بالثمن يضمن بالمثل او القيمه، و لعله لغير ذلك فإن ذكره الاشكال يمنع الفتوى بالضمان، و ان قيل انه المشهور او المجمع عليه و الله العالم.

الرابع: فى القواعد لو شرط الخيار لأجنبى كان الفسخ إليه انتهى. و مفاده ان الفسخ له على جهه التمليك لا التوكيل فلازمه انكار تبعية الخيار للملك و وجهه نحكم ادله الشروط او اثبات سلطنه، فكذلك العقد لأجنبى غير اثبات السلطنه على الانتفاع

بالمعقود عليه فعسى ان يمنع الثانى دون الأول، و حينئذٍ له الفسخ لا لمشترط الخيار له لعدم ما يدل على اثبات الخيار له بأحد الدلالات الثلاث بل جعله لغيره ربما يؤذن بنفيه عينه ثم قال فى القواعد أيضاً إلّا أن

يُدعى ان شرط الخيار للأجنبي شرط له أى للمالك و توكيل للأجنبي شرط له أى للمالك و توكيل للأجنبي انتهى. و لأن حملة على التوكيل لم يدل عليه دليل لا من لفظه و لا من ماله، و يلحق بذلك خيار الرؤية و هو من اقسام الخيار و الإضافة بمعنى من لحصوله منها و اللام لنسبته إليها، و مبنى الإضافة على كون المراد بالرؤية هى الأولى الزائل مقتضاها أو الثابتة المكذبه لها.

و ألحق سلفى الصالح بالرؤية سائر الادراكات من المسموع و المدوق و المشموم و الملبوس، و كذا الوصف من احد المتعاقدين للآخر او من غيرهما لهما او من احدهما إذا ظهر فى جميع ذلك خلاف ما عليه سابقاً حاله العقد و لو بالاستصحاب بعد العقد و هو عام لجميع عقود المعاوضات ثمناً و مثنياً و التعبير عنه بخيار الرؤية تبعاً للنص و من عبّر بخيار فقد الوصف لاحظ ما هو اهم من الرؤية فهو المسبب عن رويه ما وقعت عليه المعاوضه على خلاف ما وقع التبانى عليه من المتعاضين و الأصل فيه قيل الاجماع المستفيض و حديث نفي الضرر صحيحه جميل بن دراج قال: (

سألت ابا عبد الله "ع" عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما ان فقد المال صار إلى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقبله فقال ابو عبد الله "ع": لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه واحده لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية

(، و نوقش فيها باختصاص موردها فلا تعم و بعدم صحته بيعها لجهاله القطعه فالتحمل على خيار الشراء بعد الرؤية بعقد جديد و منعا بتنقيح المناط و عدم المفصل و بلزوم الحمل على وصف القطعه الغير القطعه الغير مرئيه او بدلاله ما عاينه منها على ما لم يره، كما هو كثيراً ما يتفق فى مثلها صحيحه زيد الشحام قال: (

سألت ابا عبد الله "ع" عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال "ع": لا يشتري حتى يعلم اين يخرج السهم فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج و ردّ ما توهم فيها

( كما سبق، و ما روى عن ابى جعفر "ع": (

انه كره شراء ما لم يره

(، و فى اخرى (

انه كره بيعى اطرح و خذ من دون تقليب

(، و دلالتها على عدم صحه بيع المجهول اصرح من ثبوت الخيار، و يحتمل ان النهى فيها للإرشاد على عدم اللزوم للتباين فى الأولى ان ما لم يره كما لو كان رآه فأثبت له الخيار و لأن شراؤه فى الأولى كأن يوصف السهم المشاع، و لذا جعل له الخيار و هو غير البطالان و حملة على التخيير فى الشراء و عدمه بعيد و لإشعار لفظ الكراهه فى الأخيرتين بذلك، كما انه لا يضر اختصاص الصحيحه بالمشتري لتنقيح المناط كما تقدم، فإن البائع لو باع ما لم يره بوصف غيره او المشتري فتبين انه يزيد على الوصف كان له الخيار جزماً.

و الحاصل بيع غير المرئى كلياً كان او شخصياً معيناً مفتقر فى صحه بيعه إلى ذكر الجنس و الأوصاف التى تختلف باختلاف القيم و الرغبات ليرتفع معظم الغرر بذلك، و يكون التوصيف بدلاً عن الرؤيه و المشاهده التى تكفى فى صحه بيع الأعيان المرئيه، و لا فرق بين الكلى و الشخصى فى مراعاة الاوصاف.

و المبحوث عنه هنا هو بيع الاعيان لا الكليات من غير مشاهده فيفتقر ذلك إذا اريد بيعها إلى ذكر الجنس:

اولاً: لأنه احد ركنى رفع الغرر، و تريد به هاهنا اللفظ الدال على القدر الذى يشترك فيه افراد الحقيقه من حيث النوع كالحنطه و الأرز و الأبريسم لا الجنس المقول على الكثره المختلفه فى الحقيقه و فى ذلك انه النوع المصطلح، و إلى كر الوصف.

ثانياً: وهو اللفظ الفارق بين افراد ذلك الجنس كالصرايه و الحنطه و هو خلوها من الخليط، و الحداده او المدقه المتقابلان، و ذكر ذلك برفع الجهاله بشرط معرفه المتعاقدين ذلك، أى بالمعنى المراد من المطلق فلو جهلا- ذلك او احدهما لم ترتفع الجهاله و يثبت الغرر، و كذا يجب ان يذكر كل وصف متعارف يثبت الجهاله فى ذلك المبيع عند ارتفاعه بحيث يكون ذكر الوصف بدلاً عن الرؤيه و المشاهده الكافيه فى صحه بيع الأعيان المرثيه.

قيل كلما لا يصح بيعه بالأوصاف سلماً لعدم انضباطه بها كخبر و لمم و اللآلى و الجواهر لا يصح بيع اعيانها غائبه إلا ان بعض ما لا يجوز السلم فيه لتعذره نحو العقار المفتقر إلى تعيين موضعه من الأرض يصح بيعه غير مرئى بالأوصاف.

و قيل ما يختلف الثمن باختلافه و اقتصر بعضهم على ذكر الصفه و لا تنافى بين ما يختلف الثمن باختلافه و كنايه ذكر اوصاف السلم التى ربما يتسامح فى بعضها أما لتعذر الاستقصاء او لغره الوجود لرجوع اختلاف الثمن إلى اوصاف السلم، فالتسامح فيهما معاً لأن ما يختلف الثمن من اجله لا- يمكن حصره لاختلاف الرغبات فيلزم الاقتصار على الأوصاف التى يرتفع بها الفرد و ان كانت الأوصاف دون صفات السلم و هو الوصف القائم مقام الرؤيه التى كثيراً ما يتسامح فى استقصاء المرئى، فالوصف المغنى عن الرؤيه فى العين الحاضره هو المعترف و المعول عليه فى الغائبه، و حينئذ يظل البيع مع الإخلال بذينك، و هما ذكر الجنس و الوصف الرافعان للجهاله، أو احدهما هنا و فى السلم فيجبان وجوباً شرطياً، و يصح مع ذكرهما الذى يلزمه نفي الغرر و لا يضر عدم الغرر و لا يضر عدم العلم بهما حيث يحصل الشرط سواء كان البائع رآه دون المشتري او بالعكس، او لم يراه جميعاً بأن وصفه لهما ثالث، و الصحه متفق عليها و لا دليل قوياً على المنع، و عليه فإن كان المبيع على ما ذكر من كونه مرئياً او مدركاً بأحد انواع الادراكات او موصوفاً بما تتفاوت فيه الرغبه دون الأوصاف الجزئيه التى لا- يعتنى بها ككونها مشتراه من فلان او محروزه فى كذا موضع و كونها شخصيه متميزه فى الخارج، و حينئذ فالباع لازم على الأصل فيه، و إلا كان المشتري بالخيار بين فسح البيع و التزامه حيث يختص بعدم رؤيته، و يظهر النقص عن الوصف فيه.

و أما ان كان المشتري رآه دون البائع كان الخيار للبائع بالتخلف على النحو المتقدم و ان لم يكونا رأياه كان الخيار لكل واحد منهما كأن يبيع البائع بوصف المشتري او الوكيل و كذا المشتري دفع الثمن بوصفهما او غيرهما، ثم ظهر لهما خلاف الوصف كأن باع ملبوساً فظهر غيره و دفع الثمن بسكه رديئه فظهر خلافها تخيراً و يقدم الفاسخ عند التعارض و مثله لو كان ناقصاً من جهه و زائداً من اخرى كما لو وصف لهما طيلساناً طوله ذراع فى عرض نصفه فبان ذراعين فى عرض ربع ذراع، او جاريه نساجه خاصه فبان خبازه، كذلك و هكذا فالأشهر العقد بحاله و الخيار ثابت مطلقاً على المعروف، بل لم اعثر على مخالف فى صحه البيع سوى المقدس الاردبيلى " رحمه الله " توقف فى هذا الخيار و علتة ان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و ان العقد انما وقع على الموصوف بوصف خاص لم يوجد فى المبيع فلم يقع العقد عليه، كما لهج به المشهور فيها انها توجب بطلان العقد لا الخيار، كما يحكى عن المفيد و سلار فى بيع الاعمال المنخرومه فحد انه ان خرج المتاع مخالفاً كان البيع باطلاً، و عن روايه التردد، و يرد الاردبيلى " رحمه الله " الفرق الظاهر بين وصف المعين و الوصف المعين، إذ الأول انما يأتى به لدفع الغرر و الجهاله و إلا فمتعلق البيع نفس العين من دون اعتبار الوصف بخلاف الثانى الذى لا- يأتى به إلا لتشخيص المبيع و تميزه عن غيره، فمتعلق البيع هنا الفرد المشخص دون غيره من الأفراد فهو المقصود بالذات و النقل تعلق به و الوصف داعٍ للعقد

و ليس داخلًا فيه كدخول الجزء الذى يفقده تتبعض الصفقه، و لا ينصب عليه العقد انصابه على أحد اركانه، بل هو اشبه شىء بالشرط الضمنى إلاً الصريح الذى وقع التمليك عليه، و هنا وقع التمليك و الإلزام دفعه واحده، مثلًا لو ملك البائع فرسين فباع الأسود منهما لا ريب ان دفع غيره لا يصلح بخلاف ما لو كان له واحد فباعه و وصف بوصف لم يكن فيه عمدًا كان ذلك أو سهواً أو غلطاً لم يقدح فى صحه بيعه لقيام التوصيف مقام الرؤيه مطلقاً و ان كان مخالفاً، و حينئذٍ فيفرق بين الوصف الذاتى الظاهر خلافه، و بين العرضى و يحصل الخيار بفوات الوصف فى الأخير المبحوث عنه فى المقام، و لذا اختلف فوات الوصف فقد يترتب على فقده خيار الرؤيه كما فى المقام، فقد يكون صرحوا من المبيع و قد يكون فواته عيباً فيدخل فى خياره، و لذا حكم بعضهم بأن فوات الوصف مطلق عيب او بحكم العيب.

و يظهر من الحلّى " رحمه الله " الحكم فى فوات الوصف مطلقاً التخيير بين الفسخ و الإمساك بالأمرش، لكن ينزل على ما إذا كان الفات عيباً إذ مطلق تخلف الوصف قد لا- يوجب بعضه نقصاً فى المبيع و يثبت به الخيار كما لو وصفه بوصف لغرض عقلائى فتبين ضده مما اعلى منه فى المالىه. بل يظهر من الوالد " رحمه الله " ثبوته لو تبين فرق الصفه و علله بإمكان تعلق الغرض بها فقط، مثل ما لو اشترى بوصف كونه جزءاً فظهر فوق جزئيه انه ثوباً بما يزيد فى قيمته لكنه لا يناسب العالم لبسه، و هو من لباس غيره و هو مشكل و لا يبعد ان الخيار فى ذلك للبائع دون مشتريه لو اعتمد على الوصف فباعه و ظهرت الزيادة مع جهله بها او لعدم رؤيته، و اعتماده فى الوصف على غيره او لسهواً او نسيان منه كالأشكال فيما لو اخبر البائع قبل رؤيه المبيع بعد مبيعه بانه خلاف الوصف فإن للمشتري الفسخ، و حينئذٍ فلو بان ففى جواز الاسترجاع و عدمه و جهان يرجح فى النظر الأخير، هذا و الأستاذ " رحمه الله " يظهر منه الميل إلى عدم بطلان البيع بمخالفه الصفه المقصوده إذا لم يتقوم المبيع بها سواء علم القصد اليها من الخارج أم اشترطت فى العقد فى شبهه بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلاً إلى الصحيح، و منه المصراه و بالحكم بتبعض الصفقه إذا باع ما يملك و ما لا يملك، بل ذكر ان هذا من النصوص و الإجماعات لكنه قرنه بالتأمل و لا اعرف لها وجهاً بعد انطباق تعريف البيع عليه و ارتفاع الضرر بالخيار فى الثمن و المثلث و عدم تبدل الحقيقه بتخلف و عساه لأحتمال ان الشرط مطلقاً، و مثله الصنف يقسم افراد النوع الواحد فينصب العقد على الفرد المخصوص فيفرق الحال فى افراد النوع الواحد لا- من الافراد ما كأنه حقيقه اخرى و ان كان من نوعه كالدكوره و الأنوثة فى الانسان الموجب خلافه البطلان فلا بد من ضابط يميز به بين الوصفين الداخلى الذى يبطل به البيع و الخارج الموجب للخيار و ليس هو إلاً احاله اتحاد الجنس و مغايرته إلى العرف هنا و ان لم يلتزم به فى الربا ثم ان المحكى عن الأكثر إنَّ الخيار هنا على الفور و نسب لظاهر الاصحاب و قيل بامتداده بامتداد المجلس، و علله الوالد " رحمه الله " بعموم اوفوا المتناول لجميع الأزمنه خرج بالإجماع اولها فيبقى ما عداه و مرجعه إلى لزوم الاقتصار فى مخالفه لزوم العقد على المتيقن مع انه يميل إلى التراخى فى خيارى الغبن و العيب، و الفرق خفى علينا بعد قوله و لا اطلاق و لا عموم فى الخيار و مجرد الاستصحاب على فرضه لا ينهض فى معارضه العموم المزبور.

و الأستاذ " رحمه الله " استشعر التراخى من صحيحه جميل السابقه لعدم بيان مده الخيار فيها و الأظهر اما عليه المعظم فلو أخر الفسخ عن أوائل الأزمنه لزم العقد فى غير صوره الجهل بحكم الخيار لا الجهل بالفوريه و نسيان الوصف المعبر بينهما و نسيان العقد أو الصفه السابقه او عدم ظهور اللاحقه و استثناء الجهل بحكم الفوريه، كما وقع للوالد " رحمه الله " لعلّه لجهه أنّ

معلوماته حكم الخيار توجب المبادره لدفع الضرر من التأخير على من لا خيار له كما جهله لحكم الخيار لا يبطل خياره لتضرره، فحصل الفرق بينهما فلا وقع على الظاهر للاغضاء الذى ذكره شيخنا " رحمه الله " عن وجه الفرق بين حكمى الخيار و الفوريه المشعر بعدم الفرق بينهما فى ردّه على الجد " رحمه الله "، ثم استشكل فى عدم السقوط بتلك الأسباب مدعيًا ان الفوريه مؤقته، فذهاب الوقت لا اثر لها و ادعى ظهور ذلك من القائل بها و هو بمحلّه لكن هذا التوقيت فرع معلوماته الخيار للمتعاقدين فيفسخ فى اول الأزمه فإن الفوريه تدور مدار تحقق الخيار المعلوم لا مطلقاً، و لا معنى لحدوث حكم يخص المتعاقدين و سقوطه قبل التفاتهما اليه مع العلم به او قبل العلم به و التفات اليه يتحقق موضوع الفوريه و ليس سيبلها هنا إلّا كهى فى الأوامر على القول بها هناك، كما أنه لا يرفع الخيار رؤيه بعض المبيع و لو كان الباقي جزء من غايه جزء كما هو صريح، و حينئذٍ لو اشترى ضيعه رأى بعضها و وصف له سائرهما ثبت له الخيار فيها اجمع إذا لم يكن على الوصف بناء على ان اسم الإشاره فى النص راجع إلى المجموع لا- الجزء الغير مرئى فتتبع الصفقه لفهمهم ذلك منه و لحصول الضرر على البائع بالتبعيض، و شيخنا " رحمه الله " احتمل عموم الفسخ و ان جعل المخصوص المرئى قال: إذ أقصاه ثبوت الخيار فيه الذى هو اعم من الاقتصار على فسخه خاصه انتهى. ثم تأمل فيه و وجه ان الفسخ من آثار الخيار فكيف يثبت بيع لا خيار فيه و هو كذلك فاحتماله خالٍ عن الدليل و إلّا للزم تملكه بما يسقط خياره و جواز الفسخ فى بقيه الاجزاء، و لا اظن ان يلتزم به، ثم ان هذا الخيار كغيره من الخيارات يصح ان يسقط بإسقاطه بعد تحققه و قبله بعد العقد من دون اشكال بعد الرؤيه و ترك المبادره عرفاً قولاً و فعلاً، و هل الرؤيه سبب له بحيث يحدث بحدوثها، او كاشف عنه يظهر من تذكره الفقهاء الأول و من غيره الأخير، و على الأول لا يسقط بالقول و لا التصرف قبلها و يسقط بهما على الثانى و لو جعلت الرؤيه شرطاً للزوم العقد جاز الاسقاط بمجرد العقد لسببته دون ما لو كانت سبباً و لو اشترط فى متن العقد سقوط الخيار المرقوم، فترجّح الاستاذ " رحمه الله " فساد الشرط و العقد معاً معللاً ذلك بما يوجب الفرد المنهى عنه لكن لا من حيث الخيار إذ هو حكم شرعى لا دخل له بالغرر العرفى بل المجهوليه جاءت من قبل سببه فإن السلامه اما شرط فى البيع او من قيود المبيع فالالتزام العقدى ينحل إلى اعتبار صفات السلامه فيه للبدل و المبدل، و حينئذٍ فإذا كانت صحته موقوفه عليها كيف يلتزم بصحته على تقدير وجودها و فقدها، و هذا غير اشتراط التبرى من العيوب لو حكم بصحته، لأن نفى العيوب لم يؤخذ فى البيع على جهه الاشتراط او التقييد، و إنما اعتمد المشتري فى الثمن او البائع فى الثمن على اصاله الصحه فيهما لا على تعهد البائع و مرجع ذلك إلى ان سقوط الخيار بعد تعهد البائع بالوصف للعين المبيعه بالسلامه و المشتري للثمن إذا كان عيناً مشخصه كذلك و هما سببان عن العقد فاشتراط سقوطه ينافى مقتضاه لتعهده من جهه الوصف الموجب له و عدمه للشرط المزبور إلّا إذا شاهد المشتري المبيع و اتباعه معتمداً على اصاله بقاء الوصف فاشتراط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ فى المخالفه نظير اشتراط البراءه من العيوب لجهه المشاهده التى تخرجه عن عهده البائع و ان وصفه، كما انه لو اخبره بكيله أو وزنه فصدقه المشتري كان مثل ما بأيدينا فلو شرط عدم الخيار لو ظهر النقص أفسد البيع لعدم كونه مبيعاً بالوصف و لا مبيعاً عارٍ عنه و بيع المردد بين الموصوف و العارى عن الوصف غرر، و الضابط ان الوصف الراجع للغرر متى كان فى عهده التأمل بمجرد العقد لم يجز سقوط خيار فقده بالشرط او كل وصف اعتمده المنقول إليه فى رفع غرره يجوز بالشرط اسقاط خيار فقده، و حينئذٍ فشرط البراءه من العيوب فى العين المشكوكه يصح بالشرط سقوطه لإحراز السلامه بالأصل

عند المنقول إليه دون البراه عن الصفات التي هي سبب صحة العقد و رفع الغرر، و منه يعلم بأن المنقول إليه لو تيقن وجود الوصف في المنقول و لو من الناقل او اطمئنان بوجودها صحَّ اشتراط سقوط خياره عند التخلف لارتفاع الغرر بيقينه فحصل الفرق بين الأمرين مع امكان دعوى ان كل وصف يعتبر العلم به في البيع لا يصح اشتراط سقوط الخيار بفقده غايته خروج البزى من العيوب بدليله الاجتهادى المخصص لقاعده نفى الغرر إذ ليست بعقلية غير قابله للتخصيص.

و في خيارات العم " رحمه الله " انه مع اقدام المنقول اليه على المنقول له على كل عيب يكون المبيع غير مجهول سالم من الغرر المفسد للبيع و لو لا- ذلك لبطل البيع و لا- أثر لوجود الخيار في صحته، و إلا لصح كل بيع غررى اشترط الخيار فيه غايته ان المنقول له إذا اقدام على المنقول المشترط فيه نفى الخيار مع عدم الوثوق بوجود الوصف فقد ادخل على نفسه الغرر باختياره، و ضَعَفَه الاستاذ " رحمه الله " بأن اقدام كذلك لا يوجب الرخصه في غررى البيع فيلحقه حكمه مع اقدام، و المجدى في صحته و هو التزام الناقل بالوصف الذى هو سبب للخيار لا نفس الخيار و هو حسن لو لم يكن البطلان يدور مدار صدق الغرر عرفاً و عدمه مع اقدام لا- تراه العرف غرراً و ليس له تحديد شرعى ليثبت شرعاً و لو لم يكن غرراً فعلاً، ثم ان ظاهر الحلى ان فوات الوصف عيب مطلقاً او بحكم العيب لحكمه بالتخيير هنا بين الفسخ و الامساك بالارش فإن اراد ذلك فالمناقشه في الكبرى، و ان اراد تخلف الوصف موجب لذلك، ففيه ان خلاف الوصف قد لا- يوصف النقص و يثبت به الخيار، كما لو تعلق غرض عقلاى بوصف من الأوصاف فبان خلافه بما هو اجود منه فى المالىه بل لا يبعد القول بثبوتة و ان ظهر فوق الصفه لإمكان تعلق الغرض بنفس تلك الصفه، و فى الحوادث رداً على الدروس فى تقريبيه فساد البيع مع عدم الوثوق بالوصف، و شرط البائع الابدال.

قال: ان ظاهر كلامه ان الحكم اعم من ان يظهر على الوصف ام لا، و فيه ان لا موجب للفساد على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الابدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً فى الفساد لعموم الاخبار المتقدمه.

نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفه و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار فى الخيار، و الأظهر رجوع الفساد فى العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه و بالجمله لا اعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكوره على الاطلاق و جهاً تحمّل عليه انتهى.

و وجهه الاستاذ " رحمه الله " بأن البديل المشروط ان كان عوضاً عن الثمن فهو معامله جديده حصلت بالاشترط على تقدير المخالفه و لا ينهض الشرط بانفساخ عقد و انعقاد آخر و ان كان البديل عوضاً عن المبيع الذى ظهر مخالفاً للوصف فهى معاوضه تعليقيه غرريه لأن المفروض جهاله المبدل، فالظاهر فساد الشرط و فساده يفسد العقد و ان ظهر على الوصف هذا ملخصه و يحتمل ان شرطيه الأبدال مع المخالفه تجعل المبيع الكلى المررد بين المشخص و البديل بمعنى ان العين الغائبه الموصوفه الحاله بهذه العين أو مثلها هى المبيع و لا- بأس به و لا- غرر فيه لأن الكليه مستفاده من الشرطيه و لا- يضّر وقوع العقد على العين الموصوفه بعد ان يكون المستفاد من الشرط ذلك، او من باب بعثك احد العبدین على الكلام فيه، و مرجعه إلى ان الشرط ينفى الغرر و الجهاله و يجعل المبيع كلياً فى الذمه فإن خرج المشخص على الوصف كان احد فردى الكلى فيلزم المشتري اخذه و إلا لزم البائع ان يسلمه عيناً موصوفه بما



يشخصها و يحتمل ان يكون ما نحن فيه كشر بيع الشئ عند بيعه الذى ذهب جماعه إلى صحته.

و فى القواعد تبعاً للصرط المستقيم و للقاضى و ابن سعيد و لو فسخ بعض الثوب فاشتره على ان يفسخ الباقي كالأول بطل، و  
 علله الوالد " رحمه الله " بأنه شراء غير و ذمه مجهوله و اشتراط ان يفعل بالباقي ما فعل بالمشاهد لا يدفع الضرر و ليس ذلك  
 كما لو أرادته نموذجاً فباعه مثله إذ هو اقوى من الوصف بل هو شراء للثوب لا للبعض المفسوخ منه مع جهاله الباقي. نعم، لو ضمَّ  
 ذلك إلى غزل معين او موصوف سواء كان من المشتري او البائع صحَّ البيع على الأقوى كما فى المختلف، و يثبت الخيار فى  
 تخلف

الوصف و المدار فى الوصف الموجب للخيار وجوداً و عدماً على ما كان قبل العقد و لو كان منتفياً قبله ثبت الخيار و ان تجدد بعده بخلاف ما لو كان موجوداً قبله ثم انتفى بعده فلا- خيار و لو اختلفا فى التخلف او القبليه او التعبدية، ففى كره يقدم فى الأول قول المشتري لأصالة براهه ذمته من الثمن فلا- يلزمه إلّا بإقرار او بنيه لكن فى المختلف ان الإقرار بالشراء اقرار باشتغال الذمه بالثمن و لو تخلف الوصف غايته ثبوت الخيار فى تخلف الوصف إذا التزم البائع به لا- براهه الذمه من الثمن، و عند الاختلاف فى اصل الوصف او الوصف الخاص، فالأصل براهه ذمه البائع منه و ليس عليه سوى اليمين ان لم يكن بنيه، كما لو اختلفا فى اشتراط كون العبد كاتباً فإذا لم يثبت الوصف لانتفى الثمن عن ذمه المشتري و لا يبطل البيع، و لكن الاستاذ " رحمه الله " قال: و يمكن دفع ذلك بأن اخذ الصفات فى المبيع و ان كان فى معنى الاشتراط إلّا انه بعنوان التقييد فمرجع الاختلاف إلى الشك فى تعلق المبيع فى العين الملحوظ فيها الصفات المفقوده او تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجوده او ما يعممها و اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى انتهى. و معناه إنَّ المبيع طوراً يكون مشخصاً و يحصل الشك فى وصف خارج انه اعتبره المشتري ام لا، و أخرى يكون موصوفاً فيكون الواقع عليه العقد اما ما اعترف البائع بأنه هذا او ما ادعاه المشتري مع زياده مفقوده، و لا- اشكال ان القول قول المشتري فى ذلك و لا- يثبت فى ذمته الثمن إلّا ان يسلم البائع له المبيع حسب ما ادعاه، فالشك فى هذا غير الشك فى وصف الكتابه للعبد الذى وقع عليه العقد، فالشك هنا فى اعتبار الوصف فى المبيع، و هناك فى الموصوف و هو متين، إلّا انه " رحمه الله " ايضا له كلام سبق شرائط البيع.

و أما الثانى و هو الشك فى انتفائه قبل العقد او بعده و لا مرجح من بينه او علم تاريخ بناء على تأخير المجهول فقد قرّب الوالد " رحمه الله " و غيره من مشايخنا (رحمهم الله) لزوم العقد لتزاحم الاصول و تساقطهما و سلامه لزوم العقد من الخلل.

ثم ان الظاهر عدم اختصاص هذا الخيار بالبيع فقط بل يثبت فى كل عقد مطلقاً متى كانت المعاوضه على عين مشخصه موصوفه، إذ التخلف أما موجب للخيار أو مبطل للعقد، أو لا يؤثر أثراً فيلزم العقد معه بلا خيار و الأخيران مخالفان لظاهر كلام الاصحاب لأن تخلف الوصف عندهم لا- يقضى بالبطلان سوى المحكى عن مولانا الاردبيلي " رحمه الله " فقط و لا دليل للزوم يوجب آثار ترتب العقد مع فقد الوصف لأن عدم ترتبها لا يفضى بنقص العقد و لا هو عمل بخلاف مقتضاه، فانحصر الأمر بين بطلانه رأساً للضرر او الخيار المنجبر به، و الأول لا يلتزمه المعظم فتعين الثانى فلا مانع حينئذٍ من جريانه فى الإجاره و الصلح و الهبه المعوضه و غيرها، و الله اعلم.

#### الفصل الرابع: احكام العقود

##### اشاره

و النظر فى أمور سته:

##### النظر الأول: النقد و النسيه

جعل " رحمه الله " النقد و النسيه من الاحكام لكونها من لوازم اطلاق العقد و تقييده كأنواع الخيار و احكام القبض، و لو جعلت

من اقسام العقود مطلقاً لكان اولى فإن عقد المعاوضه مطلقه او البيع ينقسم كما ذكره فى تذكره الفقهاء إلى أربعة اقسام بحسب  
تعجيل الثمن و المثلث

و تأجيلهما او تعجيل احدهما دون الآخر فالحاضر بالحاضر هو النقد و المؤجل بمثله هو بيع الكالى بالكالى و النسبه الحاضر بالمؤجل و عكسه السلم.

قال شيخنا " رحمه الله " و كلها صحيحه عدا الثانى فقد ورد النهى عنه بلفظ بيع الدين بالدين و انعقد الاجماع بقسميه على فساده انتهى. و اطلاقه يشمل ما إذا كان العوضان شخصين او احدهما مع تصريحهم كما سيأتى فى خروجه عن بيع الكالى بالكالى فإنه مقصود على ما إذا كانا كليين دون ما لو كانا حالين و لذا قيد الفاضل المؤجل بالكلى و الحاضر بالأعم منه و من الشخصى.

و الظاهر ان الممنوع بيع الدين بمثله مطلقاً سواء كان الثمن و المثلن كلياً او شخصياً او ديناً و على التقادير، أما ان يكون حالاً او مؤجلاً قصوره ستّ و المثلن، كذا و بضربها فى مثلها يحصل ست و ثلاثون الممنوع منها ما ذكرناه، ثم ان النقد و النسيه يجريان فى العوض و المعوض، فمن باع مطلقاً بكسر لامه او فتحها بتقدير بيعاً مطلقاً لشيء مطلقاً بفتحها من غير تقييد فيهما، أو شرط التعجيل فيهما تأكيداً او لفائده تترتب على شرطه لا يشملها اطلاقه، كان الثمن حالاً و البيع لازماً يستحقه البائع و يجبر المشتري على اداءه و مثله المثلن، و الأصل فيه الموثق فى رجل اشترى جاريه بثلثين مسمى ثم افتراق و جبر البيع و الثمن ان لم يكونا اشترطاً فهو نقد مع ان الحلول من مقتضيات العقد للانصراف إليه عرفاً و لا- قضيه الملك الموجب لدفعه إلى مالكة معجلاً بالمطالبه بعد بذل الثمن او التمكن منه مما يقضى به و لازم ذلك ان اشترط التعجيل يكون مؤكداً لمقتضى الإطلاق و احتمال ان فائده اشترطه لزوم تعجيله بلا مطالبه خلاف ما فهمه المشهور من الشرط المذكور بأنه لا فائده فيه سوى ثبوت ما ثبت بالعقد من استحقاق العوض حالاً و لزوم دفعه معجلاً، و حينئذ فالوفاء بالشرط تحقق بمجرد اشترطه و لا مشروط متعقب الحصول، و ليس المشروط دفع العوض و تقييله معجلاً لحصول ذلك قبل الشرط فالوفاء به حاصل كاشترط ثبوت الخيار و نفيه، و حينئذ لا موجب للفسخ و الانفساخ مع عدم المبادره إلى الاداء مع المطالبه حتى لو شرط التعجيل فى الوقت المعين إذ المفهوم عرفاً مجرد الحلول ايضاً و استحقاق الدفع نحو ما ثبت من العقد فالمشروط استحقاقه و المتسلط على المطالبه به معجلاً إلّا إذا فهم من التبانى بإشاره بينه ان المشروط هو الدفع بالوقت المعين هذا هو المعروف، و لكن فى الدروس قال: ان فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عين زمان النقد فأخل المشتري به، و كذلك قوى ذلك حتى مع الاطلاق إذ التعجيل المطلق معناه الدفع فى اول الاوقات عرفاً مع الامكان، و استحسنة فى الروضه و شيخنا " رحمه الله " منع التأكيد بأن فائده الشرط وجوب الدفع بلا مطالبه و هو امر غير ما يقتضيه العقد انتهى.

و فيه مضافاً إلى ان خلاف المفهوم من هذا الشرط كما ذكرناه من محط نظر المشهور ان عدم المطالبه ترفع وجوب الدفع بدونها على فرضه إذ مرجع ذلك إلى القاء هذا الحق المشترط فى هذا المقدار من الزمان فأين وجوب الدفع بعد عفو المالك و ناقش " رحمه الله " .

ثانياً: فى صحه الشرط بعدم تعيين زمان التعجيل، فلا يصح للجهاله.

و ثالثاً: بلا بديه تقييد الخيار بعدم امكان الانجبار و مع امكانه يجبر على الوفاء لأنه القدر الثابت من مشروعيته و هو متين غير انه يمكن ان يدعى ان التعجيل المطلق مفاده الدفع فى أول اوقات الامكان عرفاً، فرمانه غير مجهول و ان التقييد المذكور لا حاجه

إليه في مثل هذا الشرط إذ قيل انقضاء زمان فقد الثمن او دفع الثمن لا يجوز الاجبار و يثبت الخيار و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان  
المشترط فيه الاداء فيتمحض السلطنة على الخيار و إلَّا لا يرتفع الخيار بالاجبار في خيار التأخير مع ان المقصود بثبوت الخيار عند  
فوات التعجيل و ان امكن الاجبار

او وجب، و أما ان الخيار يتحقق بعد تعذر اجباره على الوفاء فذلك مطلب آخر يجرى فيه مذهبه، فمن يستقوى ادله الخيار بنفى الاجبار، و من يرى حكمه ادله الاجبار ينفى الخيار، هذا فى اشتراط التعجيل، و ان اشترط تأجيل الثمن كالمثمن صحّ بنحو ما أم لا- و لا بد ان يكون مده الاجل المشترطه معينه عند المتعاقدين او مطلقه بحيث لا يتطرق إليها احتمال الزيادة و النقصان غير المتسامح فيها لا مفهوماً و لا مصداقاً، و لو اشترط التأجيل و لم يعين أجلاً للإدائه، عيّن أجلاً مجهولاً كندور الحاج و شبهه كان البيع باطلاً بلا خلاف فى ذلك ظاهر للغرر، و لما قضى فى السلم الذى هو عكس المسأله من القواطع على التعيين و عدم جوازه إلى دياس او حصاد و للجهاله فى الثمن إذ الأجل له منه قسط، و ليس للأجل حدّ يلزم الوقوف عليه.

و المحكى عن الاسكافى المنع من التأخير إلى ثلاث سنين و هو مرهون بذهاب المعظم إلى خلافه و النهى فى النص محمول على الارشاد لا التحريم فضلاً عن الفساد مع ان روايه احمد بن محمد بن محمد عن ابى الحسن "ع" و فيها )

إذا بعناهم نسبه كان اكثر، فقال "ع": نعم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت: ثلاث سنين، قال: لا تطابق مذهبه نعم

(، روايه البزنطى )

ربما يفهم منها التحديد إلى ثلاث فإن فيها نباعهم بتأخير سنه، قال: بعهم، قلت: سنتين، قال: بعهم، قلت: ثلاث سنين، قال: لا يكون لك شىء اكثر من ثلاث سنين

(، بناء على اراده المنع من بيعه ثلاثاً، و لكنها كما ذكرنا فى حملها فلا شبهه فى الجواز، كما ان الأقرب جواز الافراط فى التأخير ما لم يكن سفهاً و أكلاً للمال بالباطل، لكن نظر فيه فى الدروس و قرّب الجواز و وجهه كونه لازماً فى الذمه و لو تأجل بالمدّه الطويله فإنه مال يصح الانتفاع به فى المعاوضه عليه او بنقله، و لكن فى جواهر شيخنا "رحمه الله" و الحلول يموت من على الدين غير مانع بعد ان كان حكماً شرعياً لا يورث جهاله بخلاف ما لو جعل الأجل إلى يموت انتهى.

و ذكر الاستاذ "رحمه الله" ان اشتراط ما زاد على ما لا- يحتمل بقاء المشتري إليه لغو بعد فرض الحلول بالموت بل مخالف للمشروع إذ الشارع اسقط الأجل بالموت و الاشتراط تصريح ببقائه بعده فيكون فاسداً، بل مفسداً و ان أريد به المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مده مجهوله مع منافاته لتصريحهم بالتأجيل إلى ألف سنه، و هو من التنبيه الموافق للاعتبار الحسن، لكن لو كان للانسان أجل معين عند الشارع، لكانت المنافاه متجهه و الفساد و الإفساد واضح حيث لم يكن كذلك، كان البقاء محتملاً و لو على خلاف العاده فلا مانع من التأجيل حينئذٍ، كذلك و لو فتح هذا الباب لأشكال كثير من الأحكام الشرعيه، و لمنع المريض المشرف من التأجيل إلى سنه او سنتين و لم يرخص الطاعن فى مكاتبه عبده، كذلك بنحو ما لا يحمل بقاءه إلى انقضائها.

قال المصنف "رحمه الله" فى بابها و لا حد فى الكثره انتهى. و فى ذلك و يدخل فى تجويز الكثير ما إذا جعله إلى مده لا يعيشان إليها غالباً فيصح للأصل انتهى. لكنه اشكله فى جانب المكاتب ثم عطف البيع عليه و استوجهه.

و حاصله ان الموت لما كان موجباً للحلول شرعاً ينحل التأجيل فى المعنى إلى اجلين أو إلى اجل مشروط بعدم الموت قدّم عليه

المشترى او البائع لا- و مانع من ذلك بل لا يبطل الأجل لو اشترط فيه صريحاً لو لم يكن ذلك حكماً شرعياً فإن المؤمنين عند شرطهم فيكون التأجيل مشروطاً بالسلامه فقولہ " رحمہ اللہ ": ان ارید به البقاء الى ممنوع لعدم الاراده بهذا المعنى، و اللہ العالم.

ثم ان المعتبر في ضبط معلوميته لدى المتعاقدين مع كونه في نفسه كذلك، و المدار على العرف عند الشك في معلوميته لهما و قصدهما ذلك و عدمه او على ظهور القرينه، و احتمال في

الروضه الاكتفاء فى الصحه بما يقتضيه الشرع فى ذلك سواء قصداه ام لا نظراً إلى كون الأجل الذى عيّناه مضبوطاً فى نفسه شرعاً و ينزل على الحقيقه اطلاق اللفظ و يعدّه غير واحد ممن تلاه لعدم كونه من الامور التعبديه التى يجب الحمل عليها شرعاً مطلقاً، و كونه منضبطاً فى نفسه لا يلحقه الحكم الشرعى المعلق على الانفهام العرفى و توجه القصد إلى المفهوم. نعم، ينزل على الصحه مع الجهل بحال المتعاقدين او احدهما دون ما لو علم بالجهل و عدم القصد فإن كونه سالماً من الزيادة و النقصان واقعاً لا يرفع الجهاله فلا يصح التأجيل حينئذٍ بالنوروز و المهرجان و فصيح النصارى و فطر اليهود مع جهل المتعاقدين، و كذا النفر فى منى، و شهر ربيع و جمادى، و يوم الخميس و الجمعة، و تنزيله على الأول كما وقع لبعضهم لانفهام إرادته الأول عرفاً لا يجدى ما لم يحرز القصد إليه من العاقدين قبل العقد. نعم، لو كان اللفظ حقيقه شرعيه مع علم المتعاقدين بها و هما ممن يفهم ذلك المصطلح فلا بأس بالحمل عليه، و بهذا يحصل الفرق بين ما هنا و بين لفظ الشىء و السهم فى الوصايا بأن الحمل هناك على مصطلح الشارع تعديدي و ان لم يقصد الموصى ذلك المعنى المصطلح، و ربما قاسه بعضهم على اوزان البلاد المجهوله لدى المشتري المعلومه فى نفسها مع جواز الشراء بأوزانها لمن لا يعلم مقدار ذلك، و لكن القياس باطل المقيس عليه مع الغرر عرفاً، و لو قيل بالصحه ايضاً لا يجدى لقصره على موضعه حيث لا مناط منقحاً، و لو باع بثمن حالاً و بأزيد منه إلى اجل منضبط فى عقد واحد، قيل يبطل للترديد فى احد العوضين ثمناً او مثمناً و هو غرر و جهاله مفسده للبيع بل و مخاطره مقضيه إلى خلاف ما شرعت العقود له من قطع المنازعه و لعدم وقوع الملك حال العقد على فرد مخصوص و هو منافٍ لسببته، و لقوله "ع": ( )

من ساوم بثمنين احدهما عاجل و الآخر نظره فليسم أحدهما قبل الصفقه

(، و فى النبوى )

لا يحل صفقتان فى واحده

( و ذلك بأن يقول بأن فى النقد كذا و ان كان بالنسيه فكذا، و نهى عن الشرطين فى بيع و عن بيعين فى بيع و نسب هذا القول إلى المشهور كالصراط المستقيم و البصائر و الفخر و ابى العباس و المقداد و اللاكى و الفاضل و الشهيدان و غيرهم ممن تلاهم، و لكن فى ذيل صحيح محمد بن قيس المروى عن امير المؤمنين "ع": ( )

من باع سلعته و قال ان ثمنها كذا و كذا، بدا و ثمنها كذا و كذا نظره فخذها بأى ثمن شئت، و ان جعل صفقتها واحده فليس له إلا اقلها و ان كانت نظره

(، و فى خبر السكونى عن جعفر "ع" عن آبائه: ( )

ان علياً قضى فى رجل باع يبعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فقال "ع"

كما عبر المصنف:

انه تكون للبائع اقل الثمنين فى ابعد الأجلين



، يعنى انه ليس له إلّا أقلّ التقدين إلى الأجل الذى أجله بنسيه و قد عمل به جماعه فى الجمله فكأنهم يرون ان ذلك من الاسباب الشرعيه و النواقل القهريه لا- من ترتب آثار العقود الاختياريه لمكان المعتبره الظاهره فى ذلك، غير ان خير السكونى ضعيف السند و روايه قيس غير صريحه الدلاله على المراد خصوصاً بضميمه زياده الكافى، قال "ع": (

من ساوم بثمانين احدهما عاجل و الآخر نظره فيسم احدهما قبل الصفقه

، فإنه ظاهر فى انه لا يصح البيع إلّا مع تعيين الثمن و عدم الترديد فيه حين العقد و ان حصل الترديد فى المساومه فلا صراحه فى الخبر على جواز هذه المعامله و لا على صحه البيع على نحو ما اقتضاه العقد من استحقاق احد الثمنين و تخيير المشتري بين التعجيل و التأجيل بل لا يظهر منه إلّا تعيين الأقلّ مطلقاً و ليس للبائع سواه و ان صبر إلى الأجل و بطلان الترديد، لكن مع ذلك هى مخالفه للقواعد إذ هو خلاف ما وقع عليه العقد و التراضى فجعل الأقلّ للبائع مع صبره إلى الأجل اكل للمال بالباطل و تجاره عن غير تراضٍ فلا مناص عن عدم العمل بظاهرها و الرجوع إلى القواعد و ان لزم منها اطراحه، لكن فى محتمل ل (ف) و صريح الدروس قال:

و الأقرب الصحة و لزوم الأقل و يكون التأخير جائزاً من طرف المشتري لازماً من طرف البائع لرضاه بالأقل، فالزيادة الربا فلاجلها ورد النهي و هو غير مانع من صحة البيع انتهى.

و توضيحه ان الغرر المنفى من جهه جهاله المبيع للترديد هو فى مثل بعثك بهذا الثمن الحال او بالزائد الموصل لكذا يوم، أما لو جزم بالأقل حالاً ثم اشترط على المشتري الزيادة عليه لو أراد تأخير ثمنه إلى وقت مخصوص لم يكن من التردد الممنوع المفسد للعقد الذى يلزم بالأصل، و هذا الشرط الذى لا جهاله فيه اصلاً يقتضى وجوب العمل به لقاعده الشروط، لكن عرض ما يمنع العمل به و هو ترتب الربا عليه، فحينئذ يكفى اشتراط الأجل و الزيادة فيه و يكون العقد مبنياً على الحلول و لا يفسده اشتراط الزيادة الربويه لكون ذلك بمنزله معامله ثانيه بالنظر إلى تعجيل الثمن و تأجيله، و يستأنس له بتصحيح الأكثر فى باب الإجاره تبعاً للنص فيما لو استأجره على حمل متاع بأجره معينه فى مده معينه فإن تأخر عن المده يوماً نقص من الأجره شيئاً معلوماً و جرى عقد الإجاره كذلك.

و ظاهر حكمهم بالصحة لصحة الشرط و خروجه عن التردد المفسد لانه من الغرر المستثنى الخارج بدليله منه و من عمومات الجهاله لكن لانزم ذلك بأن للبائع المطالبه حالاً و لو أخر لا يستحق غير الأقل و لو صبر اختيار او مجبور ايضاً لا يستحق سوى المسمى الأقل، و ظاهر عبارته الدروس لزومه من طرف البائع و هو لا يلزم انحصار حقه فى الاقل بل ينبغى جواز التأخير لكل منهما إلا ان يحمل اللزوم فى عبارته على عدم جواز فسخه العقد لو أخر الثمن المشتري مع حلوله او مطالبه البائع لأن خيار التأخير يثبت لغير الراضى بالتأخير و الفرض رضاء البائع به و ان كان لغرض فاسد لا يتم له لأنه يفضى إلى الربا و يرشد إليه تصريح الراوندى قبله بما ذكرنا، او يقال ان الزام البائع بالتأخير مع ان القاعده لا تقتضيه بنا على الحمل المزبور انما هو لجهه انها فى مقابله الأجل، فإذا لغى ثبت الحلول، و احتمال راجحاً ان تكون الزيادة فى مقابله اسقاطه لحق التعجيل الذى هو مفاد العقد لو خلى و طبعه و فساد هذه المقابله لا توجب فساد الاسقاط و يستأنس له بذهاب الفاضل فى البصائر إلى لزوم الديه فيما لو صالح من له حق القصاص بعقد يعلم المصالح، و المصالح استحقاق الغير له او حريته فإن فساد الصلح لا يوجب فساد الاسقاط و عليه لا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبه قبل الأجل.

نعم، يفارق الدين المؤجل فى ان المشتري لو دفع الثمن إليه لزم قبوله لعدم حق له فى التأجيل، لفساد ما قابله به حتى يكون له حق الامتناع من قبول الثمن قبل الأجل، و انما الثابت بذلك سقوط حقه من التعجيل لا ثبوت حقه فى التأجيل هذا و لكن ما ذكرناها، و إن أحتمل و أمكن تطبيقه على وجه حسن، لكن فيه منافاه لظاهر النص و الفتوى من اكثر الذاهبين إليه، فالأوفق كما قاله الاستاذ " رحمه الله ": انه حكم تعبدى مخالف لعموم توقف حل المال على الرضا و طيب النفس و إلا كان اكلاً بالباطل، إلا ان هذا مبنى على صلاحه الروائين لتخصيص تلك العمومات و اثبات هذا الحكم المخالف للأصل، و من هنا عرض عنه اكثر المتأخرين و حكموا فيه البطالين لقاعدتى الغرر و الجهاله و انحصار المستند بالخبرين و على فرض العمل بهما يلزم بحسب القواعد الاقتصار على موردتهما.

و أما لو باع كذلك إلى وقتين متأخرين كان باطلاً من غير تردد فيه لما ذكرنا و لحرمة القياس، مضافاً إلى ما فى التحرير من ان البطالين هنا قولاً واحداً، و يظهر من جماعه اتحاد المسألتين بل فى الرياض ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق فى الحكم بين

المسألتين و يلوح ذلك من الحداثق ايضاً، و استغربه شيخنا " رحمه الله " مع ان عموم ما نقله فى المسأله الاولى من كلمات

القوم لا ينكر شموله لهما معاً و نسبه فى الدروس إلى المفيد و هى لا تنفى غيره بل اقتصر جماعه على بيان الحكم ما لو فاوت بين الأجلين فقط، و إلا نص فى عدم الفرق بين المسألتين صحه و بطلاناً و مع ذلك فما ذهب إليه المصنف اوفق بمذاق الفقاهه، غير انه لو قلنا بالصحه بين الحلول و التأجيل للوجه الذى اشير إليه فى المختلف و الدروس اتجه الحكم بالتعديه إلى هذه المسأله لقيام الاحتمال و الوجه المذكور فيها قطعاً و الله العالم.

ثم أنه لا- اشكال و لا- خلاف ظاهر فى انه إذا باع ما يقبل النقل مطلقاً من عين مشخّصه و اشترط البائع تأخير الثمن مع ضبط الأجل، ثم بعد قبض المشتري له اتباعه من يرغب فيه حتى البائع قبل حلول الأجل و لو فى المجلس جاز و صحّ بزياده كان على بدله المؤجل او نقصان فضلاً عن المساواه حالاً و مؤجلاً و ديناً، و النصوص بذلك متظافره، فلا ريب فى الحكم المذكور لإطلاق الأدله او عمومها.

نعم، حكى عن المراسم انه ان باع ما ابتاعه إلى اجل قبل حلوله فبيعه باطل، و الظاهر كما قيل انه محمول على بيع ما ابتاعه سلماً قبل قبضه و حلول اجله لا بيع المبيع عليه نسيه فنسبه الخلاف إليه وهم، لكن المذكور، إذا لم يكن شرط ذلك حال بيعه و إلا بطل و علله فى كره بلزوم الدور قال: و لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصلح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفاً و عيناً ام لا و إلا جاء الدور.

قال " رحمه الله ": لأن يبيعه لم يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه، أما لو شرط ان يبيعه على غيره صحّ عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السنه، لا- يقال ان ما التزمتوه من الدورات هنا لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز ان يكون جارياً على حدّ التوكيل او عقد فضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى.

و فى الجامع و المقاصد فى تقرير الدور بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط فلو توقف حصول الشرط على الملك دار و هو عين ما فى كره بتفاوت ترتيب المقدمتين و اعترضه من تأخر بعدم كون ما ذكره فارقاً و ان الدور آتٍ فى الشرط مطلقاً سواء فى ذلك على البائع او على غيره حسبما قرره، و ذبّ الاستاذ " رحمه الله " عنه انه الشرط فى المبيع على المفهوم من كلامه على الغير معقول فى نفسه فلا- مانع منه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، و أنه بيع الشىء على غير مالكة ممكن و واقع كالوكيل و الفضولى بخلاف بيعه على ما يملكه فإنه غير معقول فلا يصلح لأن يكون شرطاً كصلوح اشتراط بيعه على الغير او عتقه، و مثل هذا الشرط كثير مثل اشتراط كون المبيع رهناً على الثمن، و قد صححه " رحمه الله " مع انّ الفارق لا يأتى فيه إذ مع قطع النظر عن البيع لا- يجوز الرهن مطلقاً لأن المشتري لا- رهنه إلا تبعد تملكه الموقوف على بيعه فلو توقف بيعه على حصول شرطه دار إلا ان يكون محط نظره انه من قبيل تفقد الثمن المشترط و عدم تأخيره فى مده معينه، و ملخصه ان توابع الملك مطلقاً يجوز اشتراطها.

و منها ضمان دركه و درك الثمن بأى نوع يكون، و نحوه اشتراط وقف المشتري المبيع على البائع و ابناؤه لتوقف الوقف على الملك الموقوف على حصول الشرط و هو وقفه عليه ان الفاضل " رحمه الله " كغيره ممن صححه و لا يجرى فيه ذلك الفارق و تلخص غير واحد عن الدور بالنقص الذى تنبه له فى كره كما حررنا و بأن الشرط لا يفيد إلا جعل العقد اللازم عرضه للجواز و

لا مدخلية له فى النقل، و إنما حصوله متمحض للزوم العقد كما يلوح من الشهيد الأول فلا توقف إذ المتوقف عليه لزمه لكن  
ينافيه ما هو المعروف من تعلق حق المشترط بالشرط و وجوب الوفاء به و استحقاق المطالبة به و انه بمنزلة الجزء من العوض او  
المعوض

و على فرضه ايضاً لا دور إذا الاشتراط حينئذ يفيد تملك الشرط كتملك الثمن للبائع إلاً ان تملك المشتري للعين يتوقف على حصول الشرط و الوفاء به فالبائع يملك العقد و الاشتراط و لكن المشتري يملك بالعقد و ان لم يفى بالشرط فأى توقف لملكه على حصول بيعه مضافاً إلى تخلفه فيما لو شرط بيعه بعد الأجل لتخلل ملك المشتري بين البيعين فإنه لو توقف صحة الشرط على صحة البيع لا- فرق بين بيعه قبل الاجل او بعده إذ بيع الشئ على مالكة غير معقول البتة و بعد خروجه عن ملكه لا يفرق الحال فيهما و ما هو إلاً لأن الملكية لا تتوقف على الوفاء بالشرط بل تتحقق قبله و ان الشرط يلاحظه فساد و صحته مع قطع النظر عن البيع كما قاله العلامة " رحمه الله " استدل عليه ايضاً بانتفاء قصد البيع مع الشرط المذكور و جعله فى غايه المراد اولى من الدليل الأول، و ردّ بعدم تسليمه لعدم المنافاه بين قصد نقله إليه و شرط ان يبيعه عليه لإمكان تعلق الغرض بنقله عن الملك و اعادته اليه، و للاتفاق بأنه لو قصد ذلك و لم يشرطه لا منافاه فيه للعقد، و كذا مع الشرط و إلاً لنا فى ذلك العقد مطلقاً فلا موجب إذاً للبطلان، و قد يستند كما وقع ذلك ليقال و غيره ببعض النصوص مثل خبرى على بن جعفر "ع" عن اخيه قال: (

سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه أ يحل، قال "ع": إذا لم يشترط و رضياً فلا بأس

(، و فى الثانى باعه بعشره إلى اجل و اشتراه بخمسه بنقد الى آخره، و روايه الحسن بن المنذر )

الرجل يجيئنى فيطلب العينه فأشترى له المتاع مرابحه ثم ابيعه اياه ثم اشترته منه مكانى فقال: إذا كان هو بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبيع و كنت انت بالخيار ان شئت اشترت و ان شئت لم تشتري فلا بأس

( الى آخره، علق الحكم فيه على الاختيار و نفى البأس عنه فمفهومه البأس مع عدمه لو اتصف به احد الباعين فإذا التزم الشرط احدهما كان غير مختار فى النقل من جهة التزامه بالشرط فى العقد الأول او الثانى و برجوعه لأيهما كأن يثبت المطلوب إذ فساد البيع الأخير، إنما جاء من الاشتراط فى البيع الأول فلو صح البيع الأول و لزم الشرط لم يكن بالأخير بأس بل كان لازماً من جهة الشرط الواقع بالعقد الصحيح دلالة البأس على البطلان فى لسان الاخبار و اوضحه فلا وجه لدعوى عدم صراحتها فيه كدعوى انها تقضى ايضاً بالبأس لو اشترط المشتري شراءه على البائع، و لم يظهر ذلك ممن حكم بالفساد فإنها دعوى لا بينه لها بل المسألتين من وادٍ واحد، و لذا عنون فى غايه المسأله بالاشتراط بشرط الاشتراء و نوقش بأن التخلف عن الشرط الذى لا يبقى الاختيار معه غايه ما يفيد الحرمة و لا ملازمه بينها و بين الالتزام بالعقد فإن الحرمة قد لا يلازمها فساد البيع.

و ردّه الاستاذ " رحمه الله " ان الحرمة التى افادها اليأس هى الحرمة الوضعيه اعنى عدم ترتب الأثر فكيف يجامع صحة الشرط و لزومه ثم انه " رحمه الله " حمل المعبره بما ملخصه ان سياقها فى حكم البيع الثانى و انه ان لم يكن عن طيب نفس و رضا فهو فاسد و لا- يلزم من فساد فساد البيع الأول، إذ لعل فساد من جهات اخرى غير اشتراط بيعه عليه فى متن العقد عن طيب النفس فلعله كان خارجاً عن العقد او عن غير طيب النفس فيلغو و لا يلتزم به.

و الحاصل ليس للمعتبر التعرض للبيع الأول منعاً و جوازاً ان لم يظهر منها الفراغ عن صحته، بل ظاهر الخبر الأول انه لو شرط فى متن العقد الأول البيع بخمسه بطل الشرط و وقف البيع الثانى على طيب النفس لفساد الالتزام بذلك، و أما ان البيع الأول ايضاً

فسد فما فيها اشاره إلى ذلك ان لم يكن على العدم ادل، و هو في غايه اللطف و الجوده لو لا اطلاق الشرط في روايتى بن جعفر و فهم من أفتى به منهم ذلك و اطلاق الاختيار الذى يلزمه الفساد بغيره مطلقاً حتى لو كان من جهه الشرطيه.

و دعوى ان سياق الخبر فى السؤال عن حكم المبيع الثانى بعد الفراغ عن صحه الأول غير مسموعه و شهاده بيان خلاف اهل المسجد بذلك غير مقبوله، إذ مورد السؤال و الجواب عن صحه اصل هذه المعامله بل قوله ثم اشتريته منه مكانى ايماء إلى الا-شترط فالسؤال ظاهر فى ان السائل جاهل فى حكم هذه المعامله الواقعه على الطريق الخاص، و الامام اجاب بفسادها ان وقعت قهراً و لو بالالتزام مع اختصاص ذلك بفتوى الأصحاب المحكى اتفاهم ظاهراً على بطلانه و نفى الخلاف عنه جماعه، فالأوفق ما حكم به المصنف و ان كانت المعبره غير ظاهره إلّا بإفاده المنع عن بيعه ثانياً على بائعه مع اشتراطه للبيع عليه بالأقل من الثمن و هو اعم من بطلان البيع الأول لكن بالضميمه قوينا الفساد، هذا و لكن ان حلّ الأجل و لم يدفع المشتري الثمن فابتاعه البائع حينئذٍ بمثل ثمنه من غير زياده و لا نقيصه جاز و لا خلاف فيه ظاهراً و ليس للبائع خبره على بيعه و ان ماطل إذ لا حقّ له فى العين، و إنما هو كغيره سوى اختصاصه بعدم الزياده فى قول، و كذا ابتاعه بغير جنس ثمنه بزياده او نقيصه سواء كان الثمن عيناً مشخصه او فرداً من كلى حالاً- كان او مؤجلاً فإنه لا- شبهه فى جوازه و لا- خلاف إلّا ما حكى عن غايه المراد من احتمال الخلاف فيما لو باعه فى المساوى مؤجلاً نظراً إلى إنّ للأجل زياده فيكون البيع بأنقص من الثمن، و هو بعيد لإطلاق الأدله و للأصل و لخصوص بعض المعبره، كصحيح بن حازم عن الصادق "ع" )

فى رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه و اتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب: ابيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندى، فرضى، قال "ع": لا بأس بذلك

(، فإن المشار إليه يشمل حتى غنمه المبيعه عليه، و كموثقتى يعقوب بن شعيب و ابن زراره سئلا ابا عبد الله "ع" )

عن رجل باع طعاماً بمائه درهم إلى اجل فلما بلغ ذلك لأجل تقاضاه فقال: ليس عندى دراهم خذ منى طعاماً، فقال "ع": لا بأس فإنما له دراهم يأخذ بها ما يشاء

(، إلّا ان الاستاذ "رحمه الله" تأمل فى دلالتها و لعله لعدم ظهور كون الطعام هو طعامه و لا قرينه تقضى به سوى العموم الذى قد يرمى الخبر إلى انه غير المتباع، و ان ابتاعه البائع فى حلول اجله بجنس ثمنه و مثله بزياده او نقيصه ففيه روايتان اشبههما الجواز لما مضى و لترك الاستفصال فى صحيحه بن يسار )

عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه، فقال "ع": لا بأس، فقلته له: اشترى متاعى و غنمى، قال: ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرتك

(، و خبر بن منذر و روايه على بن جعفر السابقين، و لا معارض لهذه النصوص سوى روايه خالد بن الحجاج قال: سألت ابا عبد الله "ع" )

عن رجل بعته طعاماً يتأخر إلى اجل مسمى فلما جاء الأجل اخذته بدراهمى فقال: ليس عند دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى، فقال: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه



(، و روايه عبد الصمد بن بشر عن الفقيه قال: سأله محمد بن القيم الحنط فقال: )

اصلحك الله تعالى ابيع الطعام من رجل إلى رجل فيجئني وقد تغير الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم، قال "ع": خذ منه بسعر يومه، قال: أفهم اصلحك الله تعالى انه طعامي الذي اشتراه مني، قال "ع": لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فقال: ارغم الله انفي اخص لي فرددت عليه فشدد علي

( و ليس لها على فرض المعارضه حكومه على ما سبق لضعفها عن المقاومه و عدم العامل بها سوى ما عن الروايه و التهذيبيين من مصير الشيخ فيهما إلى المنع، ففي روايه إذا اشترى نسبه فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع ان يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن اخذه بنقصان من باع لم يكن ذلك صحيحاً و لزمه ثمنه الذي كان اعطاه به فإنه اخذ من المبتاع متاعاً آخرأ بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس انتهى.

و فى الصراط المستقيم إذا ابتاع طعاماً بعشره مؤجله فلما جاء الأجل اخذ بها طعاماً جاز فإذا اخذ ما اعطاه كأن اخذ أكثر بم يجز، و روى بجوازه انتهى. و عن الخلاف إذا باع طعاماً قفيزاً بعشره دراهم مؤجله فلما حلّ الأجل اخذ بها طعاماً جاز إذا اخذه مثل ذلك فإن زاد عليه لم يجزاه محتجاً بإجماع الفرقه و بأنه يؤدى إلى بيع الطعام بالطعام انتهى.

و منع جماعه منهم الوالد " رحمه الله " عن دلاله خبر خالد على مذهب الشيخ " رحمه الله " إذ ليس فيها ما يدل على ان الطعام المشتري عين المبيع مع ضعف السند بل و لا فيه دلاله و لا فى خبر الحناط ان الثمن زائد او ناقص. نعم، قيل ان ظاهر الشيخ فى الخلاف الزيادة فى الربوى لأنه إذ اشترى طعاماً بثمن طعام آخر فى الذمه كان كمن اشترى طعاماً بطعام أكثر منه و هو ربوى، و فيه مع انه غير المنسوب لاطراد العله فى شراء مجانيسه الأزيد بذلك الثمن و عدم قصره على ما بعد الحلول لوجود العله ان ذلك خلاف ظاهر عبارتهم و ما فهمه المعظم منه و ضعفه، لكن الاستاذ حمل كلام الشيخ بما حكى عنه فى السلم فى ريب انه إذا كان الذى اسلف فيه الدراهم لم يجز انه يبيع غلته بدراهم لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم او ربما كان فيه زياده و نقصان و ذلك ربا انتهى.

و ظاهره انه متى كان الثمن فى السلم دراهم امتنع بيع السلم فيه على من هو عليه بالدراهم حذراً من التفاوت المفضى إلى الربا، اما اورده من خبر بن جعفر )

فى رجل له على آخر تمرّاً و شعيراً او حنطه يأخذ بقيمته دراهم قال: إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم

(، و مقتضى التعليل المنع من بيعه بجنس الثمن مطلقاً دراهم او غيرها مع التفاوت إذا كان الثمن ربوياً و نسب ذلك أيضاً إلى الكاتب و العماني و القاضى و له روايه، فينتج من ذلك كليه تجرى فيما نحن فيه و غيره فإن السلم عكس هذه المسأله، فالقاعده ان حكم العوض حكم المعوض إذا كان ربوياً سواء كان الثمن مؤجلاً او حالاً او المثل كذا، فإذا باع طعاماً بثمن لا يجوز ان يبدل الثمن به بزياده مطلقه، و إذا اشترى سلماً او حالاً بثمن لا يجوز للبائع ان يدفع عوضه الثمن و زادهم كذلك، و هذه الكليه على ما ذكره الأستاذ " رحمه الله " هى مدار فتوى الشيخ ( ) فعذره ان عوض العوض فى حكم العوض فى عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوى فالمجانس و نفس ما باع سواء قبل حلول الأجل و بعده و تقييده بما بعد الحلول فى كلام الشيخ مبنى على الغالب كأخذ ما باعه بالأنقص إذ لا خصوصيه فى النقص ليقصر حكم الشيخ عليه لأنه ذكره بحيث ان الحكم المذكور لا يجرى فى الزيادة، و عليه لا بد من قصر حكم الشيخ " رحمه الله " بالمنع على الجنس الربوى لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام فيجوز لمن باع طعاماً بثمن ان يأخذ بدل ثمنه زيباً مثلاً او تمرّاً زاد ام نقص حالاً ام مؤجلاً، و كذا فى السلم فيجوز ان يدفع عوض الطعام من غير المجانس و ان كان فى نفسه ربوياً زاد ام نقص.

هذا خلاصه ما حققه " رحمه الله " و السعيد من فهمه كما هو حقه لكن العاجز لقصوره و جموده يرى ضعف كلام الشيخ " رحمه الله " اولاً لمخالفته الأكثر، و لعدم جريانه على القواعد إذ لا ارتباط للثمن الأصلى بثمن المبيع أصلاً و لا معارضه فيهما كى يؤدى إلى الربا الذى يتبع المعاوضه، و لا يتحقق موضوعه بدونها و الخبر بعد اشتماله على ما يصلح للتعليل لا بد من تأويله و

قصره على مورده، ككلام الشيخ " رحمه الله "، فإن حملة على ما قرره الاستاذ عسى ان يكون من المناسبه و الاستحسان الممنوع عندنا حيث لا- تنقيح بل خلاف ما ذهب الشيخ إليه في غير موضع من اختصاص الربا بالمعاضه التي لم تتحقق بين الثمن او المثلن الأصلي و بين المدفوع عوضاً و نفس البدليه لا تثبت المعاضه بينهما و لا قرينه في كلامه توجب التعديه و حملة على الغالب

مع مخالفته للضوابط و لم يذكر احد هذه الكليه، و القاعده فلا جرم من قصر ما حكم على مورده كالنص و من عاده السلف الأول عدم التجاوز فى كتبهم عن النصوص، و لذا تختلف مذاهبتهم فى كتبهم أما لجهه عدم حججهم لأحد الخبرين، و مذهبهم العمل بها نخبراً فلا مانع من ان تختلف الفتوى باختلافهما للتخير المزبور، و حينئذ يلزم التأمل فى النص و ما خالف القواعد منه حيث تجتمع فيه شرائط لزوم العمل به يقصر على مورده من دون تعد و هكذا، و تفصيله فى الأصول، ثم ان الثمن متى تأجل و لم يعرض له ما يوجب حله و لا ما يلزم تركه عند المشتري إلى ما بعد الأجل شرعاً لا يمنع ذلك من التصرف فى المبيع، و لا يجب اجماعاً منقولاً على من اشترى مؤجلاً للثمن ان يدفع الثمن قبل الأجل المعلوم و ان طلب به او حصل الضرر على البائع بعد قبوله للتأجيل بتأخره فإن ذلك فائده اشتراطه و هو كذلك قولاً واحداً، و لكن ان دفعه المشتري تبرعاً فقد ذهب بعض الناس إلى وجوب قبضه على البائع و خصه بعضهم بما لو كان فى تأخيره ضرر على المشتري و المشهور عندنا، بل ادعى فى الرياض الاجماع عليه انه لم يجب على البائع أخذه.

نعم، حكى عن مجهول منا ان التأجيل رخصه و ارفاق بحال الغريم لا توقيت للتأديه و هو كما بعد صحه الشرط و مخالفه ذلك للأصل و منقول الاجماع إلا ما علل به فى كره من ان التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنه للتأمل فيه إذ المنه النوعيه لا يترتب عليها الأثر مطلقاً و الشخصيه لا وجود لها فى المقام بعد التماس المشتري لذلك، بل قد يكون إذا عجل الأخذ حيث يتعلق بذلك غرض عقلايى للمشتري، و منه ينقد فى ان للبائع حق التأخير فكيف يلزمه الأخذ بدفع المشتري لأنه يقبوله لاشتراط ذلك إلزام للمشتري بحفظ ماله فى ذمته و انه كما لو دعى له فإنه من الحقوق قطعاً فلا يسقط قهراً عليه بمجرد التمكين و ليس هو إلا كحق المشتري فى التأجيل إذ لا يجوز للبائع قهره على خلافه و خيار اختصاصه بالمشتري من جهته ان له طلب النقصان فى مقابل التعجيل لو اراده البائع و ان الثمن يزداد من جهه التأخير، فإن ذلك لا يرفع حقيه البائع التى ذكرناها و من الغريب قياسه بالواجب الموسع بأنه يجوز فيه التأخير و لا يجب كما وقع لبعضهم و لم يلتفت إلى ثبوت حق البائع بتأخيره بالشرط و ان الشرط رفع الأخذ الذى هو مقتضى العقد لولاه انما الاشكال فى ان هذا الشرط قابل للإسقاط ام لا، و هل بسقوطه يسقط من الآخر أم لا، و فى كره الجزم بعدم السقوط فى الأول و علله بأن التأجيل من صفات الثمن كالجوده فى الحنطه، و الصحه فى الدراهم، و الصفات لا تسقط بالإسقاط، و لعل تعليل يرجع إلى ذلك على تأمل فقد ذكر بأنه قد ثبت التأجيل فى العقد اللازم فلا يسقط و لأن فى الأجل لصاحب الدين حقاً، فلا يجب عليه القبول قبل الأجل، أما لو تقابلا فى الأجل فإنه يصح، و أما لو نذر التأجيل فإنه يلزم، و ينبغى ان لا يسقط بتقابلهما لأن التقابل فى العقد لا فى النذر انتهى. لأنها التأجيل فى العقد اللازم الذى مقتضاه الحلول، و التعجيل هو اسقاط حق المطالبه الذى اقتضى اشتراط التأجيل اسقاطه و الشرط القابل للإسقاط هو ما شرع و تضمن اثبات حق قابل للإسقاط بعد جعله، و نظر له الاستاذ " رحمه الله " باشتراط التبرى من العيوب فى متن العقد حاكماً بعد سقوطه بعده لو أسقطه المشتري فإن العيب لا يكون مضموناً بإسقاطه كما كان بدون الشرط انتهى. لكن بعد كون الشرط مطلقاً قابل للإسقاط لا اعلم كيف خرج مثل هذا الشرط عن الكليه و عدم القابليه للإسقاط و لم لا يسقط بالمشبهه و المشبهه به، و كيف لا تعود العيوب مضمونه كما كانت قبل الشرط إلا ما يفرع إلى القاعده.

إن الساقط لا يعود، كما ان المعدوم لا يعود حيث يقوم عليها دليل اجتهادى، و حينئذ فيرد جامع المقاصد ان الحق المشترط فى العقد اللازم يجوز لصاحبه اسقاطه و حق صاحب الدين

لا يمنع من مطالبه من اسقط حق نفسه و ان لم يجب عليه الأخذ لو دفع المديون ما عليه بعد اسقاط اشتراط التأجيل.

نعم، لصاحب الدين حق في الأجل فإنه محتمل لأن يكون متحداً تعلق بكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط احدهما منفرداً بلا شبهه إذ الحق الواحد لا يسقط بعضه و يبقى بعضه، فالسقوط مشروط باتفاقهما عليه و هو معنى التقايل في عبارته فلا يرد عليه ما اورده شيخنا " رحمه الله " من عدم مشروعيه التقايل بالشروط و انه من خواص العقود و محتمل بأن يكون الشرط اورث حقين متعددين لكل من البائعين فحينئذ يمكن اسقاط احدهما لحقه دون صاحبه لا انه حق واحد ثابت في انفسهما، فلو اسقطه احدهما لا يسقط لأصالة عدم السقوط فهو شبهه الحق الثابت للولى في احكام الموتى إذا كان المتعدد لتصريحهم سقوط حق المسقط لحقه دون صاحبه فللمصلى عليه ان يستأذن من غير المسقط لا منهما، لكن الاستاذ " رحمه الله " تأمل فيه و اظنه لأن التعدد في الحق خلاف الأصل خصوصاً مع اتحاد السبب و هو الشرط، فالواحد لا يصدر منه غير الواحد و ان حل ذلك الواحد بفردين او افراد، و عليه فلو تعدد البائع او المشتري في البيع صفقه واحده بشرط من الشروط لا يجوز الاستبداد من احدهم في اسقاطه و لو اسقط لا يسقط مقدار حقه إلا بأن يضم إلى رضاء الجميع بالسقوط و لا اثر لإسقاطه الشرط وحده إلا ان تعليل لتذكرة بعدم السقوط فيه قوه فإن رجع اليه تعليل جامع المقاصد فقد كفيينا المؤنه و إلا فما امتنها من عله هذا إذا لم يحل الأجل، فإن حل الأجل في الثمن بل مطلق الدين الحال فمكته البائع او المديون منه و جب على البائع او الدائن اخذه على المشهور، و علل بعدم حق لمطلق الدائن على من يطلبه و له شىء في ذمته إلا بحفظ ماله في ذمته و بعد دفعه له و تمكينه منه يجب على المالك الأخذ و ليس له الرد، فإن فيه اضراً و ظلماً، لكن بعض المتأخرين تردد في صدق الاضرار و الظلم، قال: ان الضرر يرتفع بقبض الحاكم عند امتناع المالك او عزل ما في ذمه المديون و ضمانه على مالكة انتهى.

و دفعه الاستاذ " رحمه الله " بأن قبض المالك او العزل انما شرع لدفع الظلم و الضرر على المديون لا ان قبض المالك بدلاً عن قبض الحاكم ليسقط وجوب قبضه حيث يمكنان منه لتحقيق البديل، و لذا لا يسقط وجوب بيع المال لنفقه العيال لقيام الحاكم مقامه فيه لو امتنع و هو حسن لو اعترف الخصم بالوجوب في الأخير و لم يكونا من وادٍ واحد عنده الظاهر سقوط اعتبار رضاه ان امتنع بغير حق، و يؤيده قول النبي " ص " للأنصاري في حديث الغدق: (

اذهب فأقلعها و ارم بها وجه صاحبها

)، فأسقط ولايه صاحبها حيث امتنع من الاستئذان و هى في دار الغير انا الاشكال في ان الملكيه لما في الذمه متوقفه على القبض، اما من الدائن او من وليه و هو الحاكم فلو امتنع من القبض هو و الحاكم أو تعذراً أو الحاكم فقط و عينه البائع او المديون اثم الدائن بالامتناع و حكموا بسقوط الضمان من غير خلاف، إلا ان القواعد قُرب عدم سقوط الضمان مع التعيين قال " رحمه الله ": و لو تعذر الحاكم فامتنع صاحبه من اخذه فالأقرب ان هلاكه منه لا من المديون انتهى.

و يعضده ان الأصل بقاء شغل الذمه و عدم الحق للمستحق إلا قبضه و لا يخفى ضعفه لمخالفته لظاهر الفتاوى المتفقه على سقوط الضمان في الجملة و قاعده نفى الضرر المعتضده هنا بعمل الاصحاب فإن نفى الضرر اوجب الاكتفاء في تعيين الحق مع امتناع صاحبه بمجرد التعيين، و مثله اخذ المستحق مقاصه عند الامتناع من دفع الحق فسقوط الضمان هو الاوفق لو تلف المعين

من دون تعدّد او تفريط كما ان للحاكم اجبار الممتنع عن القبض لأن امتناعه اسقط اعتبار رضاه لا انه اسقط اعتبار رضاه لا انه  
اسقط القبض كليه حتى مع الاكراه الذي هو

بمنزله الاختيار، فإن لم يمكن إجباره على ذلك تولاه الحاكم لأن السلطان ولى الممتنع بناء على شموله لمن تتعذر مباشرته مطلقاً و لو مع الاجبار أما لو قصرناه على الممتنع بالاختيار، فحينئذ يجوز للحاكم المباشرة و القبض من دون توقف جوازه على عدم امكان الاكراه و لعله الأشهر، و عليه فليس للحاكم مطالبه المديون بالدين إذا لم يرجع إليه الدائن لعدم ولايته عليه قبل سؤال المالك منه ذلك، لكن الحلوى حكم بوجود القبض على الحاكم بمجرد الامتناع و لا- يجب عليه الاجبار و هو بعيد، و على كل حال فالظاهر ان نماء المعزول لمالكه و ان كان تلفه من البائع إذ التمليك مقرون بالقبض و لا يسقط توقفه عليه دليل نفي الضرر و انما الساقط بها الضمان فقط لأن عدمه موجب للضرر.

نعم، ينافيه قاعده الخراج بالضمان لكنها لا- تجزى هنا لعدم اطرادها مطلقاً البته فلا جرم كما قيل في غير ان يقرر زماناً ما قبل التلف في ملك صاحب الدين و إلاً فبقاء ملكيه الواقع و كون التلف من ذى الحق لا- يمكن الجمع بينهما إذ المفروض ان المعزول لم يتشخص قبل القبض ملكاً للغريم فإذا بقى على ملك المديون كيف يكون التلف منه مع كون لا يملكه، او يقال كما يظهر من الشهيد ان الحق لصاحب الدين و ان لم يتشخص في المال المعزول لكنه تعلق به تعلق حق المجيء ء عليه برقبه العبد الجاني و بتلفه يتلف الحق و مع بقاءه لا يتشخص الحق به و لا يتعين.

و ظاهر المحكى عن الأكثر كالمفيد و الروايه و سلار و ابى الصلاح و ابى البراج و حمزه عدم لزوم رفع الأمر إلى الحاكم خلافاً للصرات المستقيم و ابى الجنيد و ادريس و القواعد و الدروس و اللمعه من سقوط الضمان إلاً بعد تعذر الدفع إلى الحاكم كما نبهنا و بعدم دفعه مع امكانه يكون المديون مفرطاً في بقاء المال في يده.

نعم، الأوفق عدم اجبار الحاكم المستحق لو دفع المال إليه على قبضه كما بينا لفراغ ذمه الدافع بقبض الحاكم و لا ضمان عليهما، لكن في اللمعه فهو امانه بيد المشتري انتهى.

و ظاهره ان المعتبر يصير ملكاً لصاحب الحق تبعاً لظاهر المصنف، و اكثر العبارات قالوا: فإن امتنع من أخذه ثم هلك من غير تفريط و لا تصرف من المشتري كان من مال البائع على الأظهر لما تقدم في الدليل، لكن في الدروس ان للمشتري التصرف فيه فيبقى في ذمته و يمكن حمله على الملكيه المترزله، فله التصرف و ارجاع الحق إلى الذمه و ممكن ان لا ملكيه البائع و ان سقط الضمان يتعين قدر الحق و تلفه إذا امتنع المستحق من قبضه، و حكى في الروضه قولاً و وجهه ما تقدم.

و لكنى لم اظفر بقائله من المعتبرين و ان كان هو الأوفق بالضوابط لأن نفي الضرر لا يحدث الملكيه و انما يوجب الضمان و مثله الزكاه المعزوله لإيصالها إلى المستحق ان لم يفرق بين الغبن و الكلى في الذمه و يمكن ان يحمل عليه كل عباره ظاهرها ملكيه المستحق بالعزل بعد كون السقوط خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن و هو ما إذا عينه فأمتنع المستحق او من يقوم مقامه و بقى في يد المالك محافظاً عليه حفظ الأمانه، إلاً ان جامع المقاصد قال في الدين و هل انتفاء ضمانه مشروط بالحفظ يجرى العاده فيكون اميناً ام لا فلا يكون الحفظ واجباً لم اجد به تصريحاً، لكن قوه كلام الاصحاب تشهد للثاني حيث اطلقوا نفي الضمان عنه دفعا للضرر و لو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور و لبقى الضمان بالتغير فيه، و يتجه الفرق بينما عرضه على المالك و لم يأت به لكنه اعلمه بالحال و بينما اتاه به و طرحه عنده فينتفى وجوب الحفظ في الثاني دون الأول انتهى.

و وجهه الاستاذ " رحمه الله " أن المبرأ للعهد التخليه و الاقباض المتحقق فى الثانى دون الأول و كأنه يميل إلى التفصيل و هو مشكل لأن التعيين و التمكين و المطالبه بالقبض و سقوط الضمان حاصل على التقديرين فإن اوجب ذلك صيروره المعين امانه او بحكم او بحكمهما من لزوم التحفظ عليه تعين فى الصورتين و إلاً فلا- إذ لا- مدخله للاحضار و عدمه، ثم ما ادعاه المحقق المذكور من ان قوه كلام الاصحاب تشهد بعدم لزوم التحفظ مع الامتناع غير محقق بل اطلاقهم انهم امانه و تصريحهم بعدم الضمان إلاً مع التعدى و التفريط ظاهر فى لزوم التحقق او عدم التعدى و التفريط فى سقوط الضمان لا أقل ان سقوطه بدون ذلك مشكوك فيه، و الأصل يوجب الضمان، و فى جامع المقاصد أيضاً فى انسحاب الحكم المزبور و عدمه لمن اجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب إذا كان المال مشاعاً بحيث يتعين المدفوع للشريك و انه لا يتلف منهما تردد.

قال: أما لو تسلط الظالم بنفسه واخذ قدر نصيب الشريك لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفى و لا اثبات مع ان الضرر هنا قائم ايضاً و المتجه عدم الانسحاب، و الاستاذ " رحمه الله " نفى كون الفرع الثانى من المقام لأن تعيين الظالم كعدمه لا يشخص المعين للشريك إذ الجزء المغصوب لا يخرج من الاشاعه بتعيين الظالم و نيته، و مثله ما لو اخذ الظالم من المديون مقدار الغريمه بدمته بنيه انه من مال غريمه الى آخره، انتهى.

لكن هذا مبنى على ان المأخوذ بتعيين الظالم لا بعزل المديون لحصه شريكه ثم غضب الظالم لها و لم يظهر من العبارة ذلك سوى قوله بنفسه و هو اعم، فالفرق بين الفرعين ان الشريك مره يجبر على القسمة و الدفع بعد تعيينه لمال شريكه و اخرى جبره على نفس اخذ الحصه لا على القسمة و التعيين و الدفع، و مع ذلك فما استوجهه جامع المقاصد من عدم الانسحاب هو الوجيه إذ بعد فرض ان للشريك الولايه على قسمة المال إذا حصل له الضرر فى بقاءه على حاله لكن لا يجبر الضرر بالضرر فالقدر المتيقن من جواز القسمة هو ما لا- يصيب شريكه ضرراً بحيث لا تكون القسمة سبباً لتلف مال الشريك كما فى المقام، فلا ترجيح لأحد الضررين.

قال الاستاذ " رحمه الله " مع ان التمسك بعموم نفي الضرر فى موارد الفقه من دون انجباره بعلم الاصحاب و لو بعضهم يؤسس فقهاً جديداً الى آخره. و هو كذلك إذ موارد الضرر اكثرها لا يترتب عليه لأثر و ان حصل و الله العالم، و كذا الحكم فى طرف البائع إذا باع سلماً فحل الأجل، و كذا ايضاً يجرى البحث فى كل من كان له حق حالى او مؤجل فحل ما لم يؤجل ثانياً لعارض، ثم دفعه المديون، و امتنع صاحبه من اخذه فإن تلفه من صاحبه الذى يجب عليه قبضه حتى لو كان ولياً او وصياً او وكيلاً إذا امتنعوا من أخذه بظاهر كلماتهم فيذهب بامتناعهم على المالك، و إن حصل عليهم الضرر لأنهم بمنزلتهم على الوجه المذكور و اتحاد المدرك فى الجميع، و لا اشكال ايضاً فى انه يجوز بيع المتاع مطلقاً، حالاً و مؤجلاً بزيادة عن ثمنه، و لا يثبت فيه خيار غير الحيوان و المجلس من جهه الزيادة بل سبيله سائر ما يملكه لكن ذلك إذا كان المشتري بل و البائع عارف بقيمته و لا يثبت له خيار الغبن مع الجهل إلاً ان عدم المعرفة تبطل البيع كما لعله يتوهم من العبارة. نعم، تبطل العقد إذا كان احد البيعين سفياً و ان كان قبل تحجير الحاكم فإن منع تصرفه لا يتوقف على التحجير فى المشهور، و لا يجوز اجماعاً مستفيضاً تأخير ثمن المبيع بل و لا- شىء من الحقوق المالىة للخالق و المخلوق، بزياده فيها غير سوقيه لشمول الربا لمثله المحذور كتاباً و سنه و اجماعاً إذ الزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبه من الربا عرفاً لعدم الفرق عندهم بين الزيادة التى تقاولا



عليها في اول المدائنه او بعد شهر إلى آخر مع الزيادة، وقيل ان مورد نزول الآيه ذلك لأنها في مقام الرد على من قال [إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا]، [وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا] وهو التراضي عند حلول الدين على تأخيره لأجل آخر بزياده و يؤيده ما في مجمع البيان انه كان الرجل إذا حلَّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب زدنى فى الأجل ازيد فى المال فيتراضيان عليه و يعملان به، فلو قيل لهم ان ذلك ربا، قال: هما سواء أى الزيادة فى الثمن حال البيع مؤجلاً و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين، فوبّخهم الله تعالى بالآيه المذكوره، و نفى المساواه بينهما، و فى صحيحه بن ابى عمير او حسنته عن ابى عبد الله "ع" ( )

انه سأل عن الرجل يكون له دين إلى اجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له انقذنى كذا و كذا واضع عنك بقيته و انقذنى بعضه و أمّد لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال: لا بأس انه لم يزد على رأس ماله ( الخبر، فيدل على انه لو زاد على رأس المال لم يجز التراضي على التأخير.

و الظاهر جواز الاحتيال و الفرار من الحرام إلى الحلال فيشترط تأخير المعجل من الدين فى عقد آخر من بيع او صلح او غيرهما فيصالحه عن شىء بضمن فيه الزيادة، و يشترط تأخير ما حلَّ عليه من الدين إلى اجل مسمى فى متن العقد.

و فى روايه اسحاق بن عمار انه قال للرضا "ع": ( )

الرجل يكون له المال قد حلَّ على صاحبه يبيعه لو له مائه درهم بألف درهم و يؤخر عليه المال إلى وقت فأجابه: لا بأس قد امرنى ابى ففعلت ذلك، و كذا قال لأبى الحسن "ع": يكون لى على الرجل دراهم فيقول اخرنى بها و انا اربحك فأبيعه حبه تقوم على ألف درهم او قال: بعشرين ألف درهم بعشره آلاف درهم و أؤخره بالمال، قال: لا بأس

(، و فى روايه عبد الملك مثله فلا اشكال فى حكم المزبور من عدم جواز الزيادة و جواز الحيله المنطبقه على الضوابط الشرعيه، و لكن يجوز بلا خلاف يعرف فى جميع الحقوق الماليه المؤجله تعجيلها بنقصان منها، و هو بالحطيظه لمرسل ابان المعمول به، و غيره عن الصادق "ع" ( )

عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحلَّ الأجل عجل النصف من حقى على ان اضع عنك النصف، الحل ذلك لواحد منهما قال: نعم

(، و روايه بن أبى عمير السابقه و نحوها صحيح بن مسلم و فى جواز الصلح عن التأخير بغير زياده اشكال أقربه العدم و ان لم يتحقق الربا، ثم ان المبيع منه ما هو مساويه و هو ما يقع التراضي عليه بدون ذكر رأس المال و منه توليه و هو البيع بما اشترى، و ضيعه و هو البيع بالأنقص، و مرابحه و هو الزيادة على رأس المال بما يقع التراضي عليه، و حينئذٍ من ابتاع شيئاً بضمن مؤجل و أراد بيعه من مرابحه فليذكر الأجل مع الأخبار بقدر الثمن و حبسه و فصله، فإن باع و لم يذكره حالاً كان الثمن، أو إلى أجل دون أجله، فالأقرب الذى عليه الأكثر صحه البيع، بل نقل الإجماع بقسميه عليه و لوجود السبب الموجب للنقل و ليس للتدليس المزبور مما يخل بالعقد و القصد. نعم، يثبت للمشتري الخيار للتدليس و الإبهام فى عدم ذكر الأجل الذى له قسط من الثمن، إلّا

ان يقول قام عليّ بكذا أو ابيعه بزياده، كذا فإنه لا- كذب فيه و لا- تدليس، و يدخل فى المساومه بالمعنى الأخص، و الخبر المروى عن ميسر عسى ان يدل عليه و هو كالصحيح لاشتماله على صفوان الذى هو من اهل الإجماع قال لأبى عبد الله "ع": (

أنا اشترى المتاع بنظره فيجىء الرجل فيقول بَمَ يقوم عليكم؟، فأقول: بكذا و كذا، و ابيعه بربح، قال: إذا بعته مرابحه كأن له من النظره مثل مالك فاسترجعت

( الحديث و سيأتى بيانه، لكن ورد فى بعض النصوص انه ليس له ان يبيعه مرابحه إلّا إلى الأجل الذى اشتراه له فإن باعه كذلك و لم يخبره كأن للذى اشتراه منه من الأجل مثل ذلك.

منها صحيحه هشام عن ابى عبد الله "ع": ( )

يشترى المتاع إلى أجل، قال: ليس له ان يبيعه مرابحه إلا إلى الأجل الذى اشتراه فإن باعه مرابحه و لم يخيره كان للذى اشتراه من الأجل مثل ذلك

(. و منها خبر ابى محمد بروايه ابن محبوب عنه المجمع عن الصحيح ما يصح عنه فلا نصّ فلا يضر جهالته، قال: سمعت رجلاً يسأل أبا عبد الله "ع": ( )

عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير سنه ثم باعه من رجل آخر مرابحه له ان يأخذ ثمنه حالاً و الربح، قال "ع": ليس عليه إلا الذى اشترى ان كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد و ان لم يكن نقد شيئاً فالمال عليه إلى الأجل الذى اشتراه

(. و منها خبر ميسر السابق ان لم يكن مفاده وجوب الأخبار خاصه بأن يكون بقرينه الخبرين انه باعه و لم يذكر الأجل مرابحه، و قد عمل بهذه النصوص جماعه من أجراء الأصحاب كالحافى و الشيخ و فى الروايه و ابن حمزه و المحدث البحرانى و يميل إليه الأردبيلى " رحمه الله " كما ان الساكت منهم لم يعلم مذهبه فلا يسند إليه العدم كالصدوق و المفيد و ابى على و علم الهدى، و ربما توقف فيه بعض المحققين، و حينئذٍ تخرج على

الشذوذ و الهجر، لكن لف حملها على ما لو باعه توليه و اخفى عنه النسيه و لم يشترط النقد فإن له من الأجل مثل ما هو للبائع على اشكال، و نوقش بعد انه احداث قول ثالث ان لا فرق بين التصريح بالنقد و عدمه لما تقدم من انصراف الاطلاق إليه و ان الاشتراط لا يفيد إلا التأكيد كما ذكره جمع، و الحاصل ان العمل بها لا يخلو من قوه تبعاً لجماعه ممن تأخر، و أقوى منه ما عليه المصنف لأنه المعروف و لعدم منافاتها لما دلّ على الخيار و جواز الفسخ للكذب أو التدليس غايته انه على المشهور مخير بين الفسخ و الامضاء بجميع الثمن حالاً و على العمل بالأخبار بالتخير بينه و بين الامضاء مؤجلاً بقدر الأجل الذى كان للمشتري الأول، و ما كانت لتقضى بسقوط الفسخ و تعيين الامضاء المذكور، و عليه فالإمضاء بالأجل حكم شرعى مخالف لقاعده البيع الثابت فيه الخيار من جهة التدليس او الكذب او الإبهام فلا جرم من ان يقتصر على مورد النص إذا عمل به فيخصص ذلك بيع المرابحه الخالى عن قيد الحلول او التأجيل، فلو باعه مواضعه او توليه فلا التزام بالإمضاء بقدر الأجل، و كذا لو قيده بالحلول لاشتمال النصوص على من باعه مرابحه من دون تقييد بذلك و ان الاطلاق ينصرف إليه فلا بأس بالتفصيل فيؤخذ بما فى الروايه مع الاطلاق و بقول المشهور مع الحلول، و ليس فيه احداث قول ثالث و مثله ما لو باعه بأقصر من الأجل الأول فإنه لا يلزم الاقتصار بقدر الأجل الأول لخروجه عن مورد النص فلا يتعدى لغير مورده من دون قاطع، لكن شيخنا قوى التعديه فى المقامين و وجهه غير جلى.

نعم، قوله " رحمه الله " و الظاهر ثبوت مقدار أجل البائع للمشتري من النصوص لا ما بقى من أجل البائع إذ قد يبيعه بعد حلول اجله، كما ان الظاهر مساواه هذا الأجل للأجل المذكور فى العقد فى جميع الاحكام من الحلول بالموت و عدم وجوب القبض على البائع لو دفعه إليه المشتري قبل الأجل، و لا بأس به على تردد، و كذا مقالته و لو باعه مرابحه بمقداره لكن لا على إن رأس المال كذلك، ففى تسلط المشتري على الخيار وجه ايضاً انتهى.

و معناه إن التأجيل للربح دون رأس المال و الوجه وجيه ان أراد ما فهمناه من العبارة و إلا فينبغى التأمل فى معناها، و يحتمل انه اراد ان البائع أيهم رأس المال على المشتري و باعه مرابحه من غير تعيين لرأس المال و الربح و الله العالم.

## النظر الثانى: فيما يدخل فى المبيع

### اشاره

و ما يندرج فيه و مثله الثمن فيما وقع فيه احد ركنى العقد من العوضين مطلقاً و ما يتناوله البيع و الصيغه و ان لم يتناوله المبيع، و ذكر المصنف بل الأكثر ان الضابط فيه كالباقى الاقتصار على ما يتناوله اللفظ الظاهر او المقدر و ما هو بمنزله كإشاره الأخرس لغه و عرفاً، و كذا ما كان بالدلاله الضمنيه و هى دلالة لفظ البيع عليه تضمناً و لو لحكم العاده فى دخوله فى اللغه و العرف بمعنى حكمهما بأن من باع يلحقه شىء آخر حتى لو لم يدخل فى لفظ المبيع بأحد الدلالات غير ان العاده تقضى بنقله و لو لم يقصد بالتفصيل لأنه من التوابع التى يكتفى بقصدها اجمالاً و لازمه ان تغتفر جهالتها حال العقد كمفاتيح الأبواب و ما على العبد و الجاربه من الثياب و غيرها و نحو ذلك مما لا يشمله و لا يدل عليه لفظ المبيع، فإن القاعده تمنع من دخوله فى المبيع إلا ان

صريح الاخبار و ظاهر الاتفاق و السيره القطعيه على لحوقه للبيع و تملك المشتري له على حدّ تملك المبيع و المرجع في ذلك إلى العرف و العاده. نعم، لا- يبعد ان في بعض افراد الدلاله الالتزاميه فلا يدخل في المبيع كدلاله السقف على ما يقف عليه بخلاف ما دلّ العقد عليه التزاماً بحيث يلزم على من باع هذا ان يبيع ذاك، ثمّ التناول بالقصد و لو مع القرينه الباعثه عليه فضلاً عن الحقيقه مما لا شبهه فيه فالمعتبر ما قصده البائعان و ان لم

يقصد تفصيلاً فإن قصد الكلى ينحل إلى قصد اجزائه و ينكشف المقصود غالباً بما صدق اللفظ عليه بأحد الدلالات، انما الاشكال فيما إذا لم يحرز القصد او تردد فيه لمدته او شبهها او تنازع او قصدا ما هو معلوم عرفاً و ان لم يعرفاه بالخصوص فى مقام يصح مثل ذلك فيه كالصلح و الوصيه و الهبه و الوقف، فالظاهر من كلماتهم ان المرجع فى ذلك إلى العرف و اللغه فإن كان للمتعاقدين عرف خاص و عاده مخصوصه فى بلديهما نزل اطلاق البيع عليهما و إلا فالمرجع العرف العام و تفصيله ان فهم المعنى من اللفظ، قد يكون لاصطلاح المتعاقدين على وضعه لمعنى خاص مع هجر باقى المعانى

فيحمل عليه وقع عدم الهجر يحتمل تقديمه على غيره او صيرورته مجملاً لاشتراكه، و إن لم يكن لهم اصطلاح و كان للفظ عرفيه خاصه حمل عليها مع كون المتكلم من اهل العرف الخاص و مع هجر غيرها و إلّا فالاحتمالان و ان لم يكن له عرفيه خاصه و كان له حقيقه شرعيه حمل عليها ان كان المتكلم من اهل العرف الشرعي لعوده إلى العرف الخاص فإن لم يكن له عرف خاص شرعي و لا- عرفى حمل على العرف العام و ان كان له خاص و عام يقدم الخاص، إذ الظاهر انه لم يوضع إلّا للاستعمال و يحتمل بقاءه مجملاً و مع فقده يحمل على المعنى اللغوى حيث لا يكون مهجوراً، هذا و فى الروضه و كذا يراعى الشرعى بطريق اولى بل هو مقدم عليهما، ثم ان اتفقت و إلّا قدم الشرعى ثم العرفى ثم اللغوى إلى آخره و لعله لما اشتهر فى السنه الاصوليين من تقديم الحقيقه الشرعيه على اللغويه و العرفيه و لكنه لا يخلو من تأمل فإن تقديم اصطلاح الشارع على غيره و ان لم يكن من اهله و له عرف خاص مما لا- يمكن القول به لعوده إلى إلغاء شرطيه القصد إلى المبيع و معلومته لو فرض جهاله مصطلح الشارع فيما بينهما و هو غير مقصود لها بل لا يمكن تقديم مصطلح الشارع مع عدم العلم بحال المتعاقدين لأحتمال ان لا- يكونا من المتشرعه، فكيف ينزل كلامهما على مصطلح الشارع و ما جرى على السنه الاصوليين من التقديم المذكور هو فى الخطابات الشرعيه لا فى عبارات المتخاطبين و لو من غير المتشرعه و لعله يريد تقديم ما حكم الشارع بتبعيته و انتقاله و ان لم يكن مدلولاً للفظ المبيع كتمله النخل قبل التأبير التابع لبيعه، كما عساه يظهر من الحقائق لكنه على هذا التقدير من الاحكام الشرعيه المرتبه على اسبابها مثل ما ورد فى الوصايا و النذور المتعلق بالشىء و السهم و الجزء، بل ادعى فى هذا ان الشارع كاشف عن العرف و عليه فيلزم تقديمه على حكم العرف و العاده دخولاً و خروجاً ان لم يعلم انه قصد خلافه فيتبع القصد، و مع ذلك فتزليل كلام الروضه على ذلك لا يخلو من بعد، و كان الاصل فى الحكم المذكور مكاتبه الصفار لأبى محمد "ع" )

فى رجل اشترى من رجل بيتاً فى دار له بجميع حقوقها و فوقه بيت آخر هل يدخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الاسفل ام لا، فوقع "ع": ليس له إلّا ما اشتراه باسمه و موضعه ان شاء الله تعالى

(، و كتب إليه ايضاً )

فى رجل اشترى حجره او مسكناً فى دار بجميع حقوقها و فوق البيت او المسكن مسكن آخر يدخل البيت الأعلى و المسكن الآخر فى حقوق هذه، قال "ع": ليس له إلّا الذى اشتراه ان شاء الله

(، و هو ظاهر على دوران الأمر مدار الصدق للاسم عليه وجوداً و عدماً، فلا بد من الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه و عرفاً هذا و قد تعارف و وقع فى الكتاب و غيره ذكر بعض الألفاظ التى تمس الحاجه إلى ذكرها لكثرة دورانها و الاحتياج إلى معرفه الداخلى فيها و الخارج منها، و هى سته فى الكتاب و تسعه فى الدروس بزياده الحمام و السوق.

## و الكتاب الأول: البستان

فمن باع بستاناً مشخّصه جنوباً و شمالاً و مطلعاً و مغيباً، دخل فيها جميع ما دارت عليه الحدود مما يصدق عليه عرفاً لفظها حيثما

وقع سواء كان عقداً او ايقاع من الشجر مطلقاً، او الأرض الذى غرس فيها و ان لم يكن حياً او مثمراً ما لم يكن مقطوعاً منها او موضوعاً بلا غرس منها بل و السعف اليابس و ورق التوت و غيره و فى المقطوع اشكال يلزم فيه اتباع عادة الصقع الذى بيع فيه و عرفهم، و كذا الأبنيه اما سورها فلصدق الجزء عليه ضمناً و لا يضر صدق البستان بدونه لكون كثيراً من الأجزاء يصدق الاسم بدونها، و أما غيره من الابنيه فما وضع فيها لجمع ثمرتها فيه او للحارس و الفلاح و البقر الذى يستقى و البئر التى تسقى نخلها



و زراعتها و تذكره الفقهاء و آياته و توابعه فلا يبعد دخولها جميعاً في المتعارف اليوم في العراق، و قد يختلف فهو المتبع. نعم، المعدّ للتنزه او السكنى فيه لا يدخل إلّا بالنص كعريش بنى للجلوس هيئه الكوخ دون ما توضع فيه القضبان ان بنى على الدوام و الثبات و إلّا فلا، و أما المجاز و الشرب فدخولهما أقرب من خروجهما عنه، و الظاهر ان المرجع في اغلب ما ذكر إن العاده و القرائن فمع الانتفاء أو حصول الشك يلزم الاقتصار على مدلول اللفظ خاصه، و كذا من باع داراً و ان لم يقيده بما اغلق عليه بابه او ما استحلته عليه حدوده دخل فيها الارض و هى الساحة و العرصه، و الأبنيه و ان كانت على الطريق مطاق و نحوه و الاعلى و الاسفل و ان دخلا- تملك الغير حيث ينسبان إليها إلّا ان يكون الأعلى مستقلاً مما يشهد العاده بخروجه مثل ان يكون مساكن منفرده بطريق مخصوص او لانسداد طريقه منها فيكون السقف مشتركاً بين السبعين و عليه ينزل مكاتبه الصفار السابقه مع ان مورده شراء البيت و هو غير الدار المتناوله لغه و عرفاً لجميع بيوتها حتى الحمام و بيت الحمام، و يدخل ايضاً الابواب و الأغلال المنصوبه فى بيع الدار و ان لم يسمها لدخولها فيها عند اطلاقها، و كذا الاخشاب المستدخله فى البناء و الأوتاد المثبتة فيه و السلم المثبت فى الأبنيه على حذو الدرج لوجود سبب الدخول فى كل ذلك لكن فى كره ما يثبت فى الدار لا على وجه الدوام و البقاء فيهما كالرفوف و الأثاث و الاجانات المثبتة فى الأرض و الجدران و التحتانى من حجر الرحي و خشب القصار و معجن الخباز الأقرب عدم دخوله انتهى.

و فى الدروس لا يدخل ما بها من آله و لو كانت مدفونه انتهى. و هو للشك فى دخولها و هو يكفى فى العدم فلا يدخل منها الكنوز المدخوره و الاحجار المدفونه و الدلو و المحاله و القفل، و الأظهر دخول ألواح الدكانين التى هى بمنزله الباب دون الخوان للعرف، و فى دخول المفاتيح للأغلاق المثبتة او غير المثبتة مع اعتياد نصبها تردد و دخولها اشبه لأنها من التوابع للأغلاق المفروغ من دخولها دون الاقفال و مفاتها لا تدخل الرحي المنصوبه إلّا مع الشرط او للقربيه كأن يكون فى قلعها خراب لما بعث على شرائه من الأبنيه و يدخل ماء البئر و ان كان قناه و لا مقدح جهالته لأنه من التوابع، و أما لو كان فى الدار نخل او شجر ثابت و غير ثابت لم يدخل فى المبيع و لا فى الدار من دون تردد إلّا إذا اعتيد كما فى الشام و جيلان.

فإن قال: بعثك الدار بحقوقها قيل يدخل و نسب للشيخ حتى بدون المجرور، و لدارى هذا شيئاً لعدم تناول قطعاً إلّا إذا اعتيد و عليه ينزل خلاف ط و القاضى و بنى حمزه و زهره و ادريس و إلّا فهو خلاف الاصل لا ان خلافه من جهه ان الشجر من حقوق الدار فيدخل فى القيد مؤيداً بمكاتبه الصفار إلى العسكري "ع" )

فى رجل اشترى من رجل ارضاً بحدودها الأربعة و فيها النخل و الزرع و غيرها و لم يذكر النخل و لا الزرع فى كتابه، و ذكر فيه انه اشترىها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة منها أيدخل النخل و الاشجار و الزرع فى حقوق الأرض ام لا فوقع "ع": إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما اغلق عليه بابها فإن له جميع ما فيها ان شاء الله تعالى

(، لمنع ذلك فإن المفهوم من الحقوق عرفاً و شربها و نحوهما.

و لا- ينفع فيه ان الحقوق جمع حق و هو الموجود الثابت فيشمل ما ثبت فيها او انه الباقي على حالته من دون تغيير مثل [الكتاب يتلونه حتى تلاوته]، او انه ما يتعلق بالشئ ء مثل [وأتوا حقه يوم حصاده]، فيكون بهذين المعنيين شاملاً للمذكور فقوله بحدودها

و ما اغلق عليه بابها

تفسير للحقوق، فالجواب مطابق للسؤال بمنطوقه كما فهمه الحلبي " رحمه الله " فإنه في حيز المنع ضروره ان ظاهرها ان دخول الشجر و نحوه لو اشتراها بقيده ما اغلق عليه بابها فيدل بالمفهوم على انه غير داخل بالحقوق، و يرشد إليه عدول الامام "ع" عن الحقوق إلى الحدود، و ما اغلق عليه بابها على ان لفظ الحقوق امر يرجع فيه إلى العرف و كونه مستعملًا في الكتاب المجيد بمعنى خاص لا يدل على انه في العرف كذلك لا أقل من ان دلالة مشكوك فيها و فرض عدمه مع ان اهل العرف يفهمون منه في المقام خلاف ذلك لا يمكن الاستناد إليه فهو من قبيل تعارض العرف و اللغة، و الأول مقدم او من باب تعارض الحقيقه و المجاز، و الحقيقه مقدمه عليه، سلمنا إرادته معنى الآيتين لا يقضى بمطلوبهم صراحة و متى كان التقييد بالحقوق غير موجب للدخول فما حال الاطلاق.

نعم، لو لم يعلم المشتري بمشغوليه العرصه بتسليط على الفسخ و ليس له ازاله الشجر او الزرع قبل بلوغ اوانه إلا إذا طلب البائع الإزالة و لو حصل نقص بسببها فله الأرش او الفسخ و لو علم المشتري بمشغوليتها انتفى الخيار لأقدمه و لا أجره له لو طلبها و ليس له اجبار البائع على القلع، و ان لم يتضرر بل يلزمه ان يتركه فيها إلى ان ينتهي أمده، و ان حصل له الضرر في البقاء لا اقدام عليه و لو انقلع لنفسه او غيرها لم يجبر المشتري على إعادته لا المالك يملك الانتفاع لا المنفعة فحينئذ لا يفيد قوله بحدودها، بل لو اراد ما يدخل فيه كلما في الدار، قال: و ما دار عليه حائطها و ما شاكلة لزم بلا ريب دخوله للإجماع المنقول و ظاهر الروايه السابقه و لا فرق بين دخول الحائط و الباب و عدمه إذا كنى به عن العموم مع عدم الموجود و لا بين كون هذه الالفاظ جزء من المبيع او شرطاً فيه و لا بين ظهور الذي في الدار كالشجر، و كمونه فيه كالبذر و نحوه، و لا تضر جهالته لأشعار الروايه بالصحه و لتعارف الاغتفار في التواني و التوابع، و يخرج التابع من التبعية بالتصريح به او معلوميه قصده و تمييز التابع من المتبوع موكول إلى العرف او قصد العاقد.

و لو عرف المشتري ما في الدار لا- اشكال و يظهر من بعض مشايخنا التفصيل بين ما يكون تابعاً في البيع و ضميمته فيه غير مقصوده و بين ما يكون مقصوداً بالأصالة فيفسد الثاني دون الأول و هو متين إلا ان الروايه هنا تشعر بالاطلاق، و لو استثنى نخله فله الممر إليها بالاستئذان حيث يلزم بخبر العذق، و كذا المخرج منها، و له ايضاً مدى جرائدها من الأرض لخبر السكوني عن ابي عبد الله "ع" قال: (

قضى رسول الله "ص" في رجل باع نخلاً و استثنى نخله فقضى له بالمدخل اليها و المخرج منها مدى جرائدها

)، و خبر عقبه بن خالد: ان النبي "ص" قضى في هزائر النخل ان تكون النخله و النخلتان للرجل في حائط الآخر فيختلفون في حقوق ذلك فقضى ان لكل نخله من اولئك من الارض مبلغ جريده من جرائدها حين بعدها، و في نسخه هزائر و اخرى هوائر و ثلاثه، هذا و ظاهر الخبر انه منتهى طول الجريده و يؤيده الاعتبار و لا ضرار و قضاء العرف حتى لو خلى الناقل عن قصده فإن قصد المتبوع يكفي في قصد التابع فيدخل مجملًا ما لم يقصد عدمه، إلا انه لما كان الحكم مخالفاً للأصل لزم الاقتصار على مدلول الدليل و هو ان من له الشجره لا يملك عيناً و لا منفعه من ارض الدار بل يملك انتفاعاً بنفسه او بمن ينوب عنه ما دامت تلك الشجره قائمه و لو انتفعت انتفى انما الاشكال انه هل يجوز المرور مطلقاً لها، او ما يتوقف عليه مصالحها فلو احتاجت إليه في السنه مره او لم تجنح إلى المرور رأساً فهل يسقط حق المرور فلا يجوز إلا بأذن أم له أن يستظل و يتنزّه؟، و مثله ما لو كناه

مالك البستان المؤمنه بما تحتاج إليه.

و ظاهر الخبر ان له ذلك مطلقاً و الأوفق بالقواعد العدم إلاً لأجل مصلحتها وقوفاً على المتيقن من مخالفه الاصل مع احتمال العموم لما فى مباشره الإنسان لماله من الخاصه فلا يغنى الغير عنه فإن مباشره الملك مما يرغب فيها، ثم ان الظاهر صحه الصلح على هذا الانتفاع و جوز نقله لو تعلق غرض فيه للمنقول إليه و لمالك الأرض قطعاً الانتفاع بما تحت الجرائد و مكان المرور دخولاً و خروجاً إلاً إذا أضرراً لملكيته العين و المنفعه. نعم، ليس له التصرف فى ارضه بما يضرّ العروق و ان حصل بمرور المالك ضرر على صاحب النخله تراحمت الحقوق، و الظاهر ترجيح جانب المشتري لأن البائع هو الذى ادخل الضرر على نفسه، و لكن قال محمد بن الحسن الصفار كتبت إليه

فى رجل باع بستاناً فيه شجر و كرم و استثنى منها شجره هل يمرّ إلى البستان إلى موضع شجرته الذى استثناه من الأرض التى حولها بقدر اغصانها او بقدر موضعها التى هى ثابتة فيه، فوقع "ع" له: من ذلك على حسب ما باع فلا يتعدى الحق فى ذلك ان شاء الله

، و حمل على نفى الملكيه لا نفى الاستحقاق و لو سلم الأعم فالتوفيق بين النصوص الواجب رعايته نقضى بما ذكرناه. و لو باع ارضاً او بقعه او ساحه او عرصه، و فيها نخل او شجر او غيره مما لا يكون من توابعها او ملحقاتها عرفاً كان الحكم كذلك كما سلف من عدم دخوله فى المبيع و عدم منع خروجه من صحه البيع حتى لو كانت مشغوله به فإن الشغل لا يمنع من تسليمها لكن عسى ان ينافيه الخلاف فى بيع العين المستأجره إلاً ان الفرق ظاهر لارتفاع يد المشتري بتملك المنافع بخلافه هنا. نعم، للمشتري مع الجهل الخيار كما مرّ ذكره و إذا مضى يلزم ذلك مجاناً لعدم ثبوت الارش إلاً بالعيب و لا عيب لعدم كون الشغل من العيوب و لو انتفى الغرس و لو بقطع البائع له قبل أو ان القطع فمنفعه الارض إلى المشتري و لا حق للبائع فيها و لا ينافى ذلك ما سيجىء فى الإجاره فى العين المستأجره لو بيعت ثم انفسخت الإجاره لعيب او شهد و ردّت العين للمؤجر فإن منافعها له و ان لم يملكها لأن الإجاره تملك و الإبقاء هنا لدفع ضرر البائع لا لأنه مالك لمنفعه تلك المده كما هو ظاهر، و لو بذل البائع الزرع للمشتري او قلعه على وجه السرعة متصلًا ببيعه و كأن المشتري جاهلاً به لم يزل الخيار لاستصحاب بقائه مع احتمال سقوطه لو زال قبل التسليم و لا- يجوز للمشتري فى مقام يثبت له الخيار ان يقلع الزرع قهراً على البائع مده بقائه إذا لم يفسخ المشتري و ان ملك الأرض مطلقاً لفحوى كلماتهم فيه، و فى نظائره لكن الوالد " رحمه الله " فضيل بين ما لو علم المشتري به قبل البيع او جهله و رضى بعد ذلك فنفى الأجره فى الأول دون الثانى لاحترام مال الغير و له وجه و ان خالف المشهور، و الحكم كذا لو كان فيها زرع حتى إذا كان بذراً سواء كانت له أصول فيها تستخلف بأن تجز مره بعد اخرى أو لم يكن، و سواء ظهر من الأرض ام لا فإنه للبائع للأصل.

و حكم الشيخ " رحمه الله " و القاضى بأنه إذا كان مجزوزاً حين البيع فهو للمشتري و إلاً فالجزه الأولى للبائع فقط و ضعفه الأكثر لعدم ما يوجب نقله و ان صحّ بالشرط كغيره من الزرع سنبلًا و قطنًا مفتحاً و غيره، خلافاً لجماعه، لكن تبعيته فى الأرض حتى يحصد مجاناً كما يظهر من غيره للأصل، و ظاهر الاتفاق كما ذكرنا.

نعم، يثبت الخيار مع الجهل بالإمضاء يلزمه الإبقاء كذلك على ما سبق و منه يعلم سقوط حق البائع فى الأرض لو قلعه أو انقلع بنفسه أو قلعه المشتري بلا رضاه عصياناً و ليس للبائع ان يزرع غيره لو تعمد قلعه قبل اوانه و ان وجب ابقائه إلى المده و زرع ما

سواء يساويها لكنه لما كان حقه يدور مدار البقاء وجوداً و عدماً و الأرض انتقلت للغير فلا يجوز له التصرف بمال الغير، و كذا على البائع نقله حين الحصاد قبل الدياس بالشرط او اقتضى العرف ذلك إلى

انتهاه الدياتس، و عليه أيضاً قلع العروق المتخلفه إلاً إذا جرت العاده بالعدم كأصول الحنطه و الشعير لا كعروق القطن و الذره، و يلزم البائع ايضاً تسطح الأرض و تسويه الحفر لحصول النقص من طرفه و ان كان فى تركه مصلحه للمشتري و الذى يجز مراراً لا بد من تفرغ الأرض بعد الجزه الأولى فإنه المتيقن من الحكم الشرعى و القضاء العرفى.

لكن الفاضل استشكل فيه لحصول الضرر على البائع لمكان ان نفعه المتعارف التكرار لا الأولى فقط إلاً إذا طال مداه و ارتفع عدده بالسقى، و لو باع نخلاً بعد تشقيقه، و قد أُرث ثمرتها بذر طلع الفحل من النخل على طلع أناته، فهو للبائع لخبر غياث بن ابراهيم عن الصادق "ع": (

من باع نخلاً قد لَقَّح فالثمر للبائع

)، و غيره و للأصل و الإجماع المنقول سواء أبرها البائع او تشققت من نفسها فأُبرتها اللواحق، و قوله "ع": (

قضى رسول الله "ص" ان ثمره النخل للذى أُبرها

) أراد به المالك إلاً ان يشترط المشتري و هو المبتاع فى الخبر، و لكن بن حمزه حمل التأبير على بد و الصلاح و حكم بأنه للمشتري قبله و الاصحاب اعرضت عنه لعدم ظهور النص فى لكك و ليس للحمل قرينه، و يجب على المشتري ان كان قد أُبر بتقيته على الأصول و عدم جذه إلى اوانه، نظراً إلى العرف و لحصول الضرر المنفى على البائع لو لم يبقى كذلك لعدم الانتفاع به قبل الصلاح سواء علم المشتري بالمسأله أم لا.

و كذا لو اشترى ثمره مطلقاً كان للمشتري تبقيتها على الأصول نظراً إلى لعاده و لما ذكرنا من العله و نفى الخلاف فى ذلك كله و عساه من مقتضيات العقد فهو يحكم المشتري، و ان باع النخل او الشجر دخل فيه تبعاً كباره و صغاره و المجاز و الشرب غير الأرض و الأفراخ المتجدده بعد البيع. نعم، يملكها المشتري لأنها نماء ملكه إلاً بالاستثناء حين العقد لكن البائع حينئذٍ قلعها و ان لزم إبقاء أمها فإن العقد انما اقتضى ابقاء الشجر و اجزائه و ليس الفروخ داخله فيهما إلاً ان يدعى ان الإبقاء إلى أوان الانتفاع من مقتضيات العقد، و لذا صرّحوا بأنه لا يستحق صاحب الأرض أجره على ذلك و ربما قيل بشمول الاسم للفروخ فحكمهما حكم الأصول الذى يجب ابقائها و لولاه كان كمحب الغير النابت فى الأرض اخرى عفواً.

و فيه منع دخول الفروخ باسم النخل و الشجر لكن مع ذلك لا يجوز إزالته لأنه كالنماء للثمره التى تدخل فى مسماها مع وجوب تركها إلى ان تبلغ ثم يسوّغ ازلتها، و احتمل شيخنا "رحمه الله" وجوب بذل الأجره جمعاً بين الحقين و هو موافق للاعتبار ان لم يدخل فى الاستحسان، و فى الدروس قيل و لا تدخل الأفراخ إلاً بالشرط و النسبه تشعر بالتردد و لعله من جهه كون الفرخ جزء من الأصل لكونها فيها و هو بمحل له لا قضاء العرف بخروجها عن الجزئيه و عدها شجراً و نخلاً آخر. نعم، لو يبست حتى عادت حطباً كان للمشتري قلعها، و ان احتمل او يقن انه لو بقى اصلها أمكن أن تنبت فتعود شجره إذ استيفاء الأصل انما كان تبعاً لفرعه و هو الشجره فلما يبست زال الفرع فلا- موجب لبقاء الأصل و وجوب بقاء المجموع و ان انحل إلى وجوب بقاء اجزائه و ابعاضه إلاً انه لا يفيد لأن المجموعيه ملحوظه حين الاستثناء و هى القدر المتيقن بل لو اشترط بقاء الفروع فلما ماتت الأم لا فرخ

لها فعلاً ثم تجدد بعد الموت ايضاً للمشتري قلعته، و لا يدخل بمقتضى الشرط، و انما المشترط بقاءه حيث يكون الأصل موجوداً و له مدخله في بقاءه.

و على كل حال فالثمره لا- تدخل المبيع إلّا في النخل و لم يكن طلعتها مؤبراً فهو للمشتري على ما افتى به الاصحاب و عليه الاتفاق و الاجماع المحكيان و لمفهوم القيد في المعتبره او لأنها كالجاء عرفاً فنزلها الشارع منزلته، و حكمه كاشف عن الفهم العرفى او هو حكم تعبدى كالوصيه بالجزاء و لا يتوقف الشراء على الفحص على التأبير و عدمه و لا تضر الجهاله لأنها



من التوابع، و لو وصف لبائعها انها مؤبره فظهر الخلاف كان له الخيار و كذا العكس فيخرج بما ذكرناه عن حكم الأصل، لكن لو تعارف ان المؤبر للمشتري فضلاً عن غيره أو انه غيره للبائع بشكل الأمر لأنه بمنزله الاشتراط او كالمصرح به إلا ان يكون حكماً تعدياً، و دعوى شمول النص لمفروض الصورة مشكل خصوصاً فيما استند فيه للمفهوم، هذا و لا بد من قصر الحكم على البيع فقط.

و أما لو انتقل النخل بغير البيع من العقود فالثمره للناقل سواء كانت مؤبره او لم يكن للاتفاق و الإجماع المحكى، و كذا الحكم سواء انتقلت بعقد معاوضه كالإجاره و النكاح لو وقع ثمناً فى الأول و مهراً فى الثانى، أو بغير عوض كالهبة و شبهها من العقود المجانيه للوقوف فيما خالف على محل الوفاق، لكن الشيخ " رحمه الله " خالف فى الصداق و الخلع و الصلح مطلقاً و لو بلا عوض و ان وجوب ذكر العوضين فى صوره العقد مع فقد المعاوضه حقيقه كالصلح على الدين ببعضه او على الشىء بجزئه إذ ليس فيه معاوضه حقيقه و إلا لو صار البعض عوضاً للكلى لزم الربا، و مثله القاضى، و فى البصائر لا- دليل لهما سوى القياس انتهى.

و ربما يحتمل استنادهما إلى التنقيح لكنه مشكل لتفاوت احكام العقود و لو فرض الجامع فلا دليل على الاختصاص بما ذكر من العقود دون غيرها مطلقاً، و كذا لا- وجه لحكم الشيخ بالفسخ لو ظنها المشتري غير مؤبره فظهر الخلاف لجبهه عدم العيب، و الدروس استوجه قول الشيخ لأن فوات بعض المبيع ابلغ من العيب و لا تفرط لابتناؤه على الأصل و الفوات ممنوع و البناء على الأصل لا- يورث الخيار، كما انه لو ظنَّ البائع التأبير فبان الخلاف فهو كسابقه، و فى الدروس ان له الفسخ إذا تصادقا عليه و يحتمل حمل كلامه على فوات خيار الوصف و لا شك فى ثبوت الخيار.

نعم، لو ادعى احدهما على صاحبه العلم بالحال يستخلف المنكر، و الآبار يحصل بوجوده كيف ما اتفق، و لو تشققت من نفسها فأبْرها للواقع بلا- ريب و ان ظهر من خبر عقبه ان الثمره التى أبْرها لكن اطلاق الباقي و الاتفاق يوجب حملها على الأغلب بل المشاهد فى النخل تأبير الكلى بتأبير بعضه لأن ريح الذكور ينشأ اليه، و قد تكون الرياح هى المؤبره ان كانت الذكور فى ناحيه الصبا، و هو معتبر الأناث منه لأنه الموصوف بالتأبير و لا يعتبر فى فحول النخل فثمرتها للبائع للأصل و مفهوم الخبر و ان اقتضى العموم لكن المراد منه معلوم، بل و لا- يعتبر ايضاً فى غير النخل من انواع الشجر ان وجد حال البيع، و إن بعضها كالنخل تشق اكمه الفحل و يذر فيها شيئاً من طلع الانثى فيكون حملاً، فلو باع حينئذٍ شجره فالثمره للبائع على كل حال إذا بانت للحس، و إلا فهى للمشتري و مع الشك، كذلك لأصالة تأخر الحادث الذى لا يعارضه اصاله عدم ملك المشتري و تأخر العقد عن الظهور و استصحابه إلى عين العلم للحكم بتأخير المجهول مطلقاً إلا بالشرط و فى جميع ذلك من صور وجود الثمره حين العقد إلا الطلع قبل التأبير فإن البائع له بتقيه الثمره حتى يبلغ، و ان اخذها كما سلف مفصلاً، و ليس للمشتري ازلتها إذا كانت قد ظهرت سواء كانت ثمرتها فى اكمام القطن و الجوز او لم يكن إلا ان يشترطها المشتري بما لا ينافى العقد.

و كذا إذا كان المقصود من الشجر ورده فهو للبائع تفتح او لم يفتح كالياسمين و شجر الورد إذا بيع الأصل و الحكم لا شبهه فيه و ان خالف مطلقاً و بعض اتباعه و ابن البراج فيما قبل الانشقاق و التفتح فإنه منقرض:

الفرع الأول: إذا باع المؤبر و غيره كان المؤبر للبائع و الآخر للمشترى مطلقاً اتحد النوع او اختلف حديقه منفرده او متعدده متى بيع صفقه فالحكم كذا.

و كذا لو كان المؤبر لواحد و غير المؤبر لآخر أما لو كان التأبير و عدمه فى نخله واحده حين العقد فبيعت فقد حكم الفاضل فى كره ان المتجدد للبائع لصدق بيع نخل أبر و لعسر التمييز إذ أبر المشتري ما انتقل إليه و للاقتصار على المتيقن من كون غير المؤبر للمشتري المخالف للقاعده فيقتصر فيه على غير ما كان على نخله واحده و غير ذلك، و لكن المعروف ان لكل حكمه لأن تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعليه فيدور الحكم مدارها وجوداً و عدماً و المشقه و العسر تعالج بالصلح و صدق التأبير كصدق عدمه فى طلع النخله المختلف مع امكان ان الظاهر من اخبار الباب تأثير الجمع، و لا يعارض الدليل الاقتصار المذكور، و ان كان الدليل ظنياً مع ان القواعد ذكر الاحتمالين و لم يذكر و لا ظهر منه الترجيح لأحدهما على ان عسر التمييز ان اراد به عسر ساعه العقد لزم منه الجهاله فينتج فساد البيع لا عدم الدخول و لا ينفع فى مثله الحمل على الصحه فيحمل ان مراد البائع ابقاء غير المؤبر على ملكه كالمؤبر لأن الحمل على الصحه لا يغير مقتضيات العقد من دلالة عرف او حكم شرع، مضافاً إلى عدم ضرر الجهاله فى التوابع مع انه ذكر بعد ذلك انه ان لم يتمييز فهما شريكان فإن لم يعلما قدر كل منهما اصطلاحاً و لا فسخ لإمكان التسليم، و كذا لو اشترى طعاماً فامتزج بطعام البائع قبل القبض فله الفسخ انتهى.

و الصلح فى كلامه أعم من القهرى فى عدم التمييز كما لو كان المبيع أربع نخلات متساويه الثمره و التأبير حصل فى اثنين و تجدد فى الآخرين قبل القبض فلا فسخ أى لا انفساخ و يصح العقد ليجتمع مع قوله اخيراً فله الفسخ إذ عدم الانفساخ لا يلزم عدم الفسخ بالخيار من جهه التعيب بالشركه، فمعناه حينئذٍ رفع توهم الانفساخ بالقدره على التسليم و صححه بالفرق بين الثمره و بين الطعام لأن الامتزاج فى الأول قد اقتضاه طبع الشجره فكان المشتري قد اقدم عليه و عرفه و لا كذلك فى الثانى فإنه يكون بتفريط البائع و شبهه فيثبت فيه الخيار و فيه ان العله لا تطرد فى جميع الصور و لا مفضل على ان امكان التسليم لا يوجب عدم الخيار قطعاً، إن اراده مطلقاً، و إن اراده حال كونه مفرغاً فهو ممنوع لحصول الشركه و هى عيب توجب الخيار إلا ان يتلخص من عيها ببذل الكل ان قيل مع استصحاب بقاء الخيار لا يرفعه البذل و ان قبل ما لم يدل على الاسقاط فالأوفق ما ذكرنا من الحمل.

الفرع الثانى: ان يقيه الثمره على الاصول لمالكها مجاناً إذا كان لأحد المتبايعين قد عرفت لزومه و انه يرجع فيها إلى العاده حيث لا تقدير لمدتها شرعاً فى تلك الثمره مطلقاً، و حينئذٍ فما كان تحرق و تجنى بسراً يقتصر على بلوغه، و المرجع فى البلوغ اهل فى ذلك الصقع، و ما كان لا يحترق فى العاده إلا رطباً، فكذلك و ما يجتنى بسراً و رطباً يؤخذ بالأسبق منهما جمعاً بين الحقين خصوصاً مع الضرر اليسر للأصول و فى اضطرار العاده يؤخذ بالأعرف الاقدم المباشر، و لو فقد يستصحب وجوب الابقاء إلى ان يظهر المزيل و لو كان فى الابقاء الضرر الفاحش على مشتري الاصول فالقواعد لا تساعد على اجباره على القلع و لو بالأرش لتصادف البيعين غلبه مع العم او بعد سقوط الخيار مع الجهل، لكن فى المختلف و جامع المقاصد و القواعد جواز القطع فله اجباره عليه لوجوب التسليم مفرغاً عليه و لنفى الضرر و بان الرضا بالتبعيه من مالك الاصول ينزل على الغالب من عدم الضرر، و هو كما ترى بعد تنزيل ذلك منزله الشرط و اقدام المشتري عليه فليس هو إلا كاشترى العين المستأجره، فلو فرض ان فى استيفاء المنفعه للمستأجر يحصل الضرر على العين لا يمكن ان يقال بجبره على الفسخ و لو بدفع ما زاد على ثمن الأجره له، و أما تسلمه مفرغاً فهو كتسليم مسلوب المنفعه، ثم لو صحَّ اجباره على القلع فالقواعد تقتضى المجانيه للأصل.

لكن شيخنا " رحمه الله " منع من جواز القطع بلا- أرش لأن الضرر لا يجب بمثله لأنه نقص دخل على مال غيره لنفعه ثم احتمال البقاء بالأرش ثم جعل الأولى مراعاة أكثرها ضرراً و مع التساوى و التشاح القرعة انتهى. و هو مشكل فالأقوى ما فى كره و يرى تبعا (ط) من لزوم التبعية و ان حصل الضرر على الأصول بل لو أدى إلى تلفها كما هو ظاهر لما تقدم به..

الفرع الثالث: فى انه يجوز سقى الثمره لأنه فرع استحقاق تبقيتها و يجوز سقى الأصول أيضاً لصاحبها ما لم يؤد إلى الضرر فى الثمره قبل اوان بلوغها عندنا لما مرّ فإن امتنع احدهما من سقى يضر بالثانى أجبر الممتنع عليه حيث لا يضر به فإن كان السقى يضر أحدهما فعلة و يضر الآخر تركه رجحنا مصلحه المبتاع سواء اشترى الأصول او الثمره لأن البائع هو الذى ادخل الضرر على نفسه ببيعه الموجب لتبقيته و جوز سقيه المضر بحاله و ظاهر المتن و غيره تقديمه مجاناً و اشكله بعضهم بمنع الملازمه بين بيعه و جواز سقيه المضر بحاله، و إن كانت التبقيه لازمه، و فضل الشهيد فيما لو باع الثمره و كان نقص الأصول يحيط بتبقيتها فى ترك السقى او فعلة فإنه يلزم تقديم مصلحه البائع مع ضمانه لقيمه الثمره جمعاً بين الحقين و اشكله بعضهم بعدم ظهور وجهه ان كان اقداماً من البائع على ضرر نفسه فإن تسليمها الواجب على البائع مستلزم لحفظها و سقيها و قد يمنع بالاكْتفاء فى تسليمها بالمتخيله حين البيع و قته ان عقد البيع تضمن الأذن من البائع بالسقى لحفظ المبيع، فهو كالشرايط الضمنيه المعتمده فى المبيع و عليه فلا- وجه لما احتمال من تقديم صاحب الأصول مطلقاً و ان خيف عليها تفويت مثل الثمره فى المستقبل للجفاف، و لما احتمال أيضاً من تقديم صاحب الثمره مطلقاً، فالبائع لسبق حقه و استصحابه و المشتري فلو جوب حفظ الثمره إلى أوان أخذها لما ذكرناه. نعم، لو منع عن السقى مع عدم تضرره حتى تلف ملك الآخر كان ضامناً لقيمه حين التلف و لو تعيب كان ضامناً لأرشه إلا ان ضمان من لم يكن النخل و الثمر بيده نظر إذ ليس ذلك من التسبب الموجب للضمان كما لو اشترى الأصول دون الثمره لبقائه فى يد البائع إلى اوان أخذه.

لكن فى القواعد فإن خيف على الأصول مع تبقيه الثمره الضرر الكثير فالأقرب جواز القطع انتهى. و علل ان حق التبعية انما كان للارفاق و عدم الضرر، فلو تضرر صاحب الأصل مطلقاً سقط حق الإرفاق و لا يجزى ضرر الغير و ان كان المشتري بضرر نفسه.

و فيه ان الإبقاء جاء من دلالة الخطاب لا من حكم الشارع، و دعوى انصراف الخطاب لحاله عدم التضرر بالإبقاء ممنوعه فإنه كالشراء الضمنى، ثم قال " رحمه الله ": و لو أدى إلى نقصان فى دفع الأرش نظر انتهى.

و يظهر ما فيه مما مضى، لكن لا يزيد السقى عن قدر الحاجه فإن زاد جهلاً بقدرها فلضمان النقص الحاصل به وجه، فإن اختلفا رجعاً إلى أهل الخبره كغيره.

الفرع الرابع: الأحجار المخلوقه فى الأرض و المعادن تدخل فى بيع الأرض لأنها من اجزائها، و فيه تردد فى المعادن لعدم الجزئيه و فى الأحجار لأمن الجزئيه لا- تفيد اللقوق مطلقاً فالمرجع العرف فى ذلك و العاده و عسى ان يلحق المعادن حكم الكنوز المخبئه و لو اختلط المعرف او اشتبه حكمنا الاصول و هو تقتضى عدم الدخول و للمشتري إجبار البائع ان كان عالماً على تفريغ ملكه و لا خيار له و لا ردّ و لا أرش، و ان حصل النقص فى الأحجار و غيرها مما لا يدخل فى المبيع فإن مجرد علمه بوجوده لا يلزمه ابقائها فى ملكه، و ان تضرر البائع لأنه علمه و اقدم عليه ببيعه.

نعم، لا أجره للمشتري مده القلع المتعارفه و ان طال الزمان لأن علمه باشتغال للبيع بمنزله رضاه بشغل الأرض فيستثنى للبائع القلع و لو لم يتمكن البائع من القلع في المده المتعارفه لا اجره حيث لا يكون مقطّر و مع طول المده زائداً على المتعارف و تقصيره يستحق المشتري الأجره لبقاء الأحجار من دون اذن المالك، و لعدم بقاء الأكوان و عدم استغناء الباقي عن المؤثر كما هو الحق، فمن رجح بقاء الأكوان و استغناء الباقي عن المؤثر حكم بعدم الأجره جزماً، و يجب على البائع تسويه الطرق و الحفر و طّمه فإنه النقصان في ملك الغير كى يخلص ملكه و لوجوب التسليم المبيع مفرغاً، و لا ينافيه علم المشتري لأنه يسقط خياره ليس إلّا فإن اقدمه عليه و الحاله هذه لا يرفع ضمان ما تجنيه يد البائع.

نعم، يحتمل ان الواجب دفع الأرش لا التسويه مثل ما لو هدم دار الغير إذ لا يجب عليه بنائه بل يدفع قيمه ما اتلف إلّا ان يدعى المثل في المقام فلا يرجع إلى قيمه ان امكن المثل و لو تولى المشتري طم الحفر و الاخراج مع امتناع البائع رجح المشتري بأجره العمل عليه، و كذا الطّم لكن مشروط بامتناع البائع و نيه الرجوع و الأذن من الحاكم على الأحوط الأقوى لأنها غرامه قهريه و لو كان في قلعها ضرر على البائع لكسر و شبهه و لا ضرر على المشتري لم يجب على المشتري ابقائها بأجره و لا شرائها.

و أما لو كان المشتري جاهلاً بالأحجار تخير في الفسخ و الإمضاء و ثبت الخيار بدون ارش إن لم يكن عيب في الأرض فإن أعابها ثبت الأرش و لا تثبت الأجره لمده القلع و ان جهل المشتري و امضى العقد، فإنها كمن نقل المتاع ما لم يزد على المتعارف و إلّا فله الأجره و له ارش التعيب إذا بعث التحويل عليه و لو ترك البائع الحجاره لإسقاط خياره و لم يكن بقائها مضراً ففي القواعد سقط خيار المشتري و الأقوى عدمه لأن نفس اندفاع الضرر لا يسقط الخيار ما لم يملكها بعقد المعاوضه او قبول هبه و ان لم يجب فقبولها على المشتري و لو اعرض عنها البائع لا تملك بمجردده و لو لم يكن في القلع

ضرر على المشتري قلعتها البائع، و لا خيار للمشتري فى الأوجه و ان افتقر إلى مده تثبت له الأجره على اشكال و ان كان الضرر فى البقاء و القلع لزم القلع مع ارش النقصان و لو تساوى الضرر قدّم ضرر المشتري و لو تصرف المشتري فيها بغرس و شبهه ثم علم بالأحجار سقط للتصرف الرد و يثبت الأرش له لأنه كالعيب على الظاهر.

### النظر الثالث: فى التسليم

و هو الرضا و الاعطاء عرفاً متشريعاً الاقباض و التقييض و هو مرادف للإقباض كما فى التسليم و هو القبض و عسى ان يرد به هنا القبض كما نقل ذلك و لا ريب ان اطلاق العقد المجرد عن شرطيه تأخير احد العوضين يقتضى الحلول و تسليم المبيع إذا كان مقدوراً بعد العقد و ان كان مقدوراً حينه، و الثمن كذلك عرفاً و شرعاً لإمضائه ما حكم العرف به لعموم اوفوا و غيره، لكن قيده البعض ببعده الطلب من كل منهما للعوض، و الظاهر انه كذلك و ان لم يطالب احدهما صاحبه بالتأخير بدون رضا مستحقة لا يجوز لحصول الملكيه بالعقد بإبقائه بيده و هو مملوك لغيره يحتاج إلى الأذن، و لا فرق بين كون احد العوضين عيناً و الآخر كلياً او هما كليان او عينان و لجهه ان التقابض فرع حصول الملك، و قد حصل دفعه بالتقابض مثله و ذلك جارٍ فى جميع عقود المعاوضه لو تبرّع احدهما بالبداه قبل صاحبه يحب التسليم على الآخر و يأثم بالتأخير و ان لم يتبرّع احدهما بذلك، فإن امتنعا معاً عن التقييض مطلقاً او حتى يقبض خالفا المشروع و سقطا عن العدالة و أجبرا على التقابض دفعه و لو بالتوكيل الثالث لتساوى الحقين و انتفاء المرجح، و منه يظهر انه ان امتنع احدهما مع تسليم الآخر و عدمه بأن قال الممتنع: انا لا أسلم و ان سلم صاحبي اجبر الممتنع خاصه هذا هو المعروف الذى عليه الأ-كثر، لكن احتمال القرعه الحلى فى البداه فى الاجبار لو امتنعا و لا برهان ساطع، و قيل بل هو مختار الصراط المستقيم و المختلف و القاضى و ابن زهره يجب البائع اولا حتى وجب اجبارهما معاً و علوه بتبعيه الثمن للمبيع بالنظر إلى مجارى العاده إذ يستهجن من البائع المطالبه بالثمن قبل دفع المبيع سيما و انه أحوج غالباً إلى البيع من المشتري، و لأنه بتسليمه يتم البيع و يستقر فإنه من مال البائع لو تلف قبل تسليمه و قبضه و يفسخ العقد فإن رجع ذلك إلى دعوى انصراف العقد إليه فهو غير مسلم و إلا فالعله اعتباريه و لا تصلح للترجيح بل نقل العكس لزوم البداه بالمشتري أيضاً لعله اعتباريه أيضاً، و هى ان البيع معين للمشتري فى نفسه، و أما الثمن فإنه لا يتعين للبائع لا بتعيينه و قبضه و العله المذكوره تتم إذا كان الثمن ديناً و المبيع عيناً فلا تطرد فيما لو انعكس الحال او كانا معاً عينين، و حينئذٍ لا اشكال فى ان الأول اشبه لما ذكرنا و لمنفى الخلاف فيه بين التوالى منهم لكن ذلك مشروط بأن لا يخشى البازل منهما فوت ما عند صاحبه فلو خشى احدهما الفوت او التعذر كان له حبس ما عنده حتى يثق بتحصيله، و وجهه ان اطلاق العقد المقتضى للتقابض يداً بيد أيضاً يوجب الامتناع عند امتناع الآخر فإذا كان ذلك مقتضى اطلاق العقد بعد لا وجه لما مال إليه المقدس الاردبيلى " رحمه الله " و البحرانى من ان وجوب التسليم من كل منهما لما ملكه الآخر لم يشترط بتحقيقه من صاحبه بل وجوبه مطلق على كل واحد و ان امتنع احدهما ان الاداء فلا يسقط التكليف بأداء مال الغير عن احدهما بمعصيه الآخر و ظلم احدهما لا يسوغ ظلم الثانى فإن هذا حسن حيث لا يكون ذلك من مقتضى العقد و اطلاقه الذى هو اورث الوجوب المذكور.

نعم، يظهر من جماعه الأواخر انّ الخلاف فى وجوب اجبارهما على الحاكم لقطع المنازعه و الخصومه، فأيهما بدأ بالتسليم أجبر الممتنع عليه و مقتضاه أن لكل منهما حقّ الحبس و الامتناع حتى يقبض كامتناع الزوجه من التمكين حتى تقبض مهرها فلا اجبار



على رفع الخصومه خاصه لأن امتناع كل منهما بحق، إلّا ان ظاهر حكم الاصحاب بوجوب التسليم على كل منهما و اجبارهما معاً عليه يقتضى تحريم الامتناع و لزوم المبادره إلى التقابض فالواجب ذلك ليس إلّا فلو امتنعا او احدهما عنه اجيراً عليه فموضع الخلاف هو ما إذا كانا باذلين للعوضين، و لمن التشاج وقع فى التقديم و التأخير اقتراحاً او لخوف انه بدأ احدهما به لم يدفع إليه صاحبه أما لو علم انه لا يبذل، فلا ريب فى جواز الامتناع عن تقيضه و أخذ ما فى يده مقاصه و كما يجب التسليم مع الطلب يجب مع الدفع و لو للحاكم فإن امتنع من التسليم يرى الدافع من الضمان و أجبر الآخر على الدفع و لو قبض الممتنع ما ملكه بيد صاحبه بدون رضاه فقد صرح فى ط انه لم يصح القبض و له الرجوع فى المقبوض إذ صحه القبض أما بأذن الآخر و ان لم يقبض او قبض ما عند صاحبه فله المطالبه بل اجباره على تسليم ما أخذه لأن له حق الحبس و التوثق إلى ان يستوفى العوض، و فى تذكره الفقهاء عدم نفوذ نصره فيه لو تصرف به بما يتوقف على قبضه كالبيع و الاستبدال و عليه فحاله حال الغاصب.

نعم، لا يحجر الحاكم على اموال الممتنع و ان قبض من الآخر لعدم الدليل لكن هذا الحكم لا يجزى فيما لو كان الثمن مؤجلاً، فإنه لا يجوز الحبس للمثمن حتى لو اعتقد البائع ان المشتري لا يؤديه بحلول اجله لأنه التزام بتسليمه من دون تعليق على تسليم النسبه أصلاً فحق الحبس انما هو للمحبس لا- لمجرد ان له على الثانى حق، غير ان الوالد " رحمه الله " قال: وجهان من خروج جواز الحبس عن القاعده فيقتصر فيه على اليقين و من إلغاء الفارق بينه و بين الحال مع اتحاد العله و هى تحصيل ماله به انتهى. فكأنه يرى و يميل إلى الأخير هذا لو لم يشترط، و أما لو اشترط البائع تأخير التسليم إلى مده معينه جاز و لا فرق فى الثمن بين الكلى و المعين، كما لو اشترى المشتري تأخير الثمن أيضاً جاز للعموم فيهما و فى جنسهما بل لو شرط التأخير إلى وقت معلوم فى هذا العقد او عقد آخر او شرط كل منهما التأخير للمعين فى أى عقد كان أو الكلى فى الذمه فى عقد آخر لا فى هذا العقد ليكون من بيع الكالى بالكالى، و كذا يصح لو اشترط البائع سكنى الدار و ركوب الدابه مده معينه و كان أيضاً جائزاً لكن فى وجوب التسليم او بقاء المبيع عنده إلى انقضاء الشرط وجهان من اقتضاء العقد الأول و الشرط الثانى، و الوالد رجحه للعموم و عدم منافاته للعقد، و فيه تأمل حيث لا- يمنع من التسليم و القبض فى العرف الشرعى و المتشرعى كما ترشد إليه الأخبار و كلمات الاصحاب بعدم عدم اراده المعنى اللغوى منه، هو التخليه سواء كان المبيع مما لا ينقل أصاله كالعقار و الدور و الأرضين و الأمور المثبتة فيهنّ، و معنى التخليه فيها رفع يده عنها إذا كانت تحت يده و رفع الموانع عنه و عدم بقاء استيلائه عليه فلا يدخل فى مفهومها و لا- يشترط الأذن فى القبض بقول أو فعل، أو كان مما ينقل و يحول كالثوب و الجواهر و الدابه، و الظاهر أنه فى الأول مما لا- خلاف فيه مع موافقته للعرف و اطلاق القبض عليها مع كونها من فعل البائع و القبض نفس التخلي و الاستيلاء على المبيع بعد رفع البائع عنه عساه من باب المسامحه لا انه يراد منه التقييض لعدم نقل ذلك او انه عند تقييض البائع يحصل القبض من المشتري بتخليه البائع للبيع و تمكينه من سلطنته عليه و رفع الموانع فيحصل القبض قهراً فالتخليه تقييض يلزمه القبض فحسن ان يطلق عليها.

نعم، يلزم معرفه المشتري بتخليه البائع المبيع و تمكينه من سلطنته عليه، و لذلك اشتبه بعض الأواخر فأشترط الأذن بخيال ان التخليه أمر وجودى غير ارتفاع الموانع و ليس هذا إلّا الأذن او رفع السلطنه المعنويه و الأخيره ارتفعت بالعقد فلم يبق إلّا الأول و من ان البائع إذا لم يتسلم الثمن فله السلطنه على عدم تسليم المبيع و بقاء سلطنته على ما باعه و ان لم يكن تحت



يده و لا المشتري ممنوعاً عنه بل له ان يسلمه المبيع و ليس الفارق حينئذٍ إلا الأذن و عدمه هو جيد لكننا لا نعقل للتخليه سوى نفس رفع سلطنه المالك و نفس اعراضه عن المبيع و هو امر وجودى غير الأذن فلا يحتاج إليه، و إن احتيج إلى ما يدل عليها مما هو أعم من الأذن لو اشكل معرفتها كما ان ظاهر الاصحاب عدم الفرق بين حصول التخليه و التمكين للمشتري بين كون البيعين حاضرين او غائبين و يظهر من بعضهم الميل إلى اعتبار زمان تمكين المشتري من الوصول إليه لو كان نائباً عنه، و كذا خلّو البيع عن صاع البائع و اذن الشريك في التصرف لو كان المبيع شخصاً لغيره او حقاً و هو خلاف ما عليه الأكثر من عدم توقف تخليه على التصرف و صدق القبض بالمعنى المذكور عرفاً و ان لم يصل او يمكن الوصول بمضى الزمان فلا فرق على الظاهر في ذلك بين البعد و القرب و المنقول و غيره لو بنينا على ما فى المتن.

نعم، لا اشكال بلزوم اعتبار مضى فى غير سقوط الضمان من احكام القبض مثلما لو توقف عليه الصحه فى بعض العقود و ارتفاع الخيار بعد الثلاثه فى بعض الأحوال و الحرمة و الكراهه فى بيع ما لم يقبض للاستصحاب، و حصول الشك فى صدق القبض بدون مضيه، و أما الثانى و هو ما يمكن نقله ففيه خلاف بينهم و ليس ذلك على الظاهر لاختلاف معنى القبض المنقول عرفاً شرعياً او متشريعاً لكونه موضوعاً بحسب ما يفهم منهم لقدر مشترك تدور عليه أحكام كثيره من ايجاب على البائع و ضمان المبيع عليه قبله و ضمانه على المشتري بعده، و ثبوت الخيار عند عدمه إلى الثلاثه للمشتري و هذا القدر المشترك ليس من المتفق عليه بين الاصحاب لاشتباه حاله فى الاخبار فى ترتب الاحكام لا لتعدد الاصطلاح منهم فى المعنى الموضوع له لعدم تعدد الاصطلاح بالبديهه. نعم، هو فيما لا يمكن نقله كأنه موضع وفاق انه التخليه ليس إلا خصوصاً بعد مضى زمان يمكن فيه التصرف فالخلاف فيما يمكن نقله، و الماتن " رحمه الله " هنا و فى المختصر النافع على ردّ الحكم فى المقامين و ساوى بين الاثنتين تبعاً لما فى المختلف عن بعضهم، و حكى عن كاشف الرموز و نسبه الايضاح إلى بعض متقدمى الاصحاب و الجرائح نسبه إلى الصراط المستقيم و فى القواعد على رأى قوى، و يظهر من الاستاذ " رحمه الله " ان اطلاق القبض على ما يتوقف عليه المبيع من فعل البائع مدون مدخل للمشتري فيه كالواجب على البائع و الراهن و اشتراط قدره على التسليم ليس بقبض الحقيقه، قال " رحمه الله " بل التحقيق ان القبض مطلقاً هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغصب.

نعم يترتب على المعنى الأول الأحكام المرتبه على التسليم و الاقباض الواجبين على البائع، فلا- بد من ملاحظه كل حكم من الاحكام المذكوره فى باب القبض انتهى. ثم طرد مقاله حتى قال: ان لفظ القبض الظاهر بصيغته فى فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع سواء فى المنقول و غيره لأن القبض لغه الأخذ مطلقاً أو باليد انتهى.

ثم حكم انه فى كلام أهل اللغه و فى الشرع لا بد ان يراد به الاستيلاء و السلطنه و أخذ كل شىء بحسبه، و هو متين لكن لا ينكر ان ظاهر عباره المتن و من نحى نحوه انه فى صدد بيان حقيقه التسليم الذى هو القبض لا بيان لما يرفع الضمان عن البائع و ما يجب عليه و ضعّفه فى الروضه ان العرف يأباه، و الاخبار تدفعه و فيهما تأمل أما الأول فلا ريب ان العرف لا توجب بقاء ضمانه بعد التخليه على البائع و لذا مال إليه فى الدروس بالنسبه إلى نقل الضمان إلى المشتري، و اعتمده العلماء و غيره خصوصاً فى المبيع المشترك مع انه لا- موجب عقلاً و لا- شرعاً إلى انتقاله بالتخليه فيما سوى امتناع المشتري و لا تعذر عقلى او شرعى



العقلى لأنه قد يمنع فى المشترك لإمكان إذن الشريك فى النقل او تنصيب الحاكم من يقبض الجميع حيث يتمتع الشريك، فما هو إلّا من جهة ان التخليه بمنزله القبض فيترتب عليها احكامه فإنها حق على البائع قد أداه إلى اهله فبرئ من ضمانه كما لو ارجع المال المغصوب إلى المالك بحيث يتناوله بسهولة و ان لم يضعه فى يده و لم ينقله حيث يكون بالقرب منه.

و أما الثانى فليس فى المقام ما يوهم منعه إلّا خبر عقبه )

فى رجل اشترى متاعاً و اوجه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، و قال: آتيك غداً ان شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟، قال "ع": صاحب المتاع الذى هو بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا اخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه

، فظاهر قوله ترك المتاع عنده ان الترك كان من المشتري و إلّا فالبائع قد خلّى بينه و بينه، و مع ذلك قال و لم يقبضه، و لو ان التخليه قبض لقال و قد قبضه ثم جعل غايه ضمان البائع القبض فيفهم منه عدم حصوله لكنه عطف عليه الاخراج من البيت ففيه ايماء إلى ان القبض هو الاخراج و النقل إذ لو كان غيره للزم الحكم بضمنان البائع بعد حصول القبض من المشتري و لتوقفت البراءة من الضمان على امر آخر غير القبض فالخبر صرح بشيئين من ان القبض هو النقل، و ان التخليه لا يرتفع بها ضمان البائع لأنها غير النقل الذى بين "ع" انه القبض، لكن الخبر مضافاً إلى ضعف سنده انه لا تصريح فيه بمعنى القبض و ما ذكرناه من باب التأويل لا ان ظاهره ذلك مع معارضته لما قضى بزوال الضمان فى التخليه فى صوره امتناع المشتري و ان الاخراج من البيت غير معتبر فى رفع الضمان اجماعاً لكن يحتمل ان الراجع للضمان الامتناع لا نفس التخليه فلا دلالة فيه على المراد إلّا ان احتمال ان البائع لم يخلّى بينه و بين المشتري بل حبسه لثمنه قائم و معه لا- صلح ان يكون ردّاً على من حكم بأن التخليه قبض لعدم حصولها فى المقام.

نعم، فى قوله "ع": و يخرج من بيته، اشاره إلى النقل لو لم يحمل على الغالب انه متى خلّى بينه و بينه و قبضه فلا موجب لتركه فى بيته او هو كناية عن الاخراج عن السلطنة و رفع اليد كما هو بين فى الخطاب المتعارف، فتلخص ان ظاهر الخبر تعلق الضمان على فعل البائع و التعبير بالإقباض و الاخراج مسامحة مست الحاجة إليه فى التعبير، كما ذكره الاستاذ "رحمه الله" و ان كان لو جمدنا على مؤدى اللفظ فى الرواية لكان المناط فى رفع الضمان فعل المشتري لا البائع من قبضه ذلك و وصوله إلى يده، فإن الاقباض و الإخراج يحتاج إلى قابض و مخرج لكن لظهور ما حررناه منها و كماله اكثرهم انه لو أحضر البائع السلعة فقال المشتري ضعه تمّ القبض لأنه كالتوكيل، و لو لم يقل المشتري شيئاً او قال لا اريد شيئاً حصل القبض لوجود التسليم كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك فإنه يبرأ من ضمانه.

و المحكى عن حواشى الشهيد ان التخليه فى المنقول و غيره يرفع الضمان لأنه حق على البائع و قد أدى ما عليه، و مع هذا كله قبل انه فيما ينقل يعتبر القبض باليد او الكيل بدونه فيما يكال او الانتقال به فى خصوص الحيوان، و المراد بقبض اليد ما يمكن فيه ذلك كما ذكره الشيخ فى بعض المتناولات او انها كناية عن السلطنة على البيع، و ان امكن بغيرها من آله و الحجج فيه خبر عقبه كما ذكرناه من ظهور حصول التخليه من البائع و عدم كفايتها من قوله: تركه عنده، و ان الاصل بالقبض ان يكون باليد كما

نصّ عليه القاموس و النهايه و الصحاح و المصباح و المجمع و نسب هذا القول للشيخ و اتباعه و فى الشرح الكافى أن عليه الفتوى.

و أما الثانى فمستنده عن واحد من النصوص مثل صحيح معاويه بن وهب سألت ابا عبد الله "ع" )

عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه، قال "ع": ما لم يكن كيل او وزن فلا يبيعه حتى يكله او يزنه

(، إلا إنَّ توليه الذى قام عليه و جماعه جعلوها ردّاً على من اكتفى بالتخليه

مطلقاً مثل الماتن " رحمه الله "، و فيه ان الاكتفاء بالتخليه بالنسبه إلى الضمان لا مطلق حتى رفع الكراهه او التحريم قبله و نظر فى دالته على المدعى بأن المفهوم منها يضمّ السؤال للجواب حفظاً للمطابقه بينهما انه لا يصح بيع المقدّر قبل قبضه إلّا بعد تقديره و متى عرف قدره جاز و ان لم يقبض و متى قبض جاز و ان لم يقدر و وجهه جماعه الاستدلال بها على ان التقدير رافع للتحريم و الكراهه و هما لا يرتفعان بغير القبض اجماعاً فيلزم ان يتحقق بهما و يشهد لذلك فى المختلف قال: فجعل "ع" الكيل و الوزن هو القبض للإجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه انتهى.

لكن فيه من الإجماع كلياً بحيث انه متى وجد القبض جاز البيع بلا توقف على شىء آخر و كذا متى لم يوجد امتنع كلياً بل من المحتمل ان قبض المقدّر غالباً يلازم تقديره و قل بأن ينقل المشتري المكيل و الموزون قبل ذلك فصحّ اطلاقهما للملازمه على القبض و الاستغناء بهما عن ذكره، أو أن الشرط فى قبض المقدّر شرعاً معلوميه تقديره بهما فلا يوجد لو فقدا و حينئذٍ الاكتفاء منهما بالنصوص فى جواز البيع مبنى على الغائب من وقوعهما مع القبض، و مثل الصحيحه روايه ابى بصير قال: سألت أبا عبد الله "ع" )

عن رجل اشترى طعاماً ثمّ باعه قبل ان يكيه قال "ع": لا يعجبني ان يبيع كيلاً او وزناً قبل ان يكيه او يزنه إلّا ان يوليه كما اشتراه، و كذا روايه حمزه و فيها فقلت: )

أ يجوز ان يبيعه كما اشترته منه بغير كيل؟، قال "ع": لا أما انت فلا تبعه حتى تكيه

، و غيرها و لا- خفاء إن ظاهرها كفايه الكيل و الوزن عن القبض لكن فى المعتبره غيرها ظهور دوران الأمر مدار تحقق القبض فى التحريم و الكراهه وجوداً و عدماً كصحيحه منصور بن حازم )

إذا اشترت متاعاً فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلّا ان توليه

، و صحيحه على بن جعفر "ع" عن اخيه

عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبعه قبل ان يقبضه؟، قال "ع": إذا لم يربح عليه فلا بأس فإن ربح فلا يبيعه حتى يقبضه

، و ظاهرها انها تنافى ما سبق إلّا ان يجمع بينهما بأن الكيل و الوزن قبض شرعى او عرفى كشف الشارع عنه و يصير دلاله النصوص على ذلك كدلاله آيتى الحمل و الفصال على أقله للمنع، و فى روايه التقدير إلّا بهما و فى روايه القبض إلّا به فيفهم أيهما قبض و هو تنبه حسن لكن فى روايه بن قيس حتى يقبضه و يكتاله إلّا ان تكون الواو بمعنى (أو)، هذا و لكن المتبصّر فى النصوص و كلمات العلماء يحزم اجمالاً باعتبار الكيل و الوزن فى المبيع فى الجملة و انه لا من حيث اشتراط صحه معامله بهما، و إلّا لكان لاستثناء التولية معنى فما هو إلّا لكون ذلك قبضاً و عليه فأما ان ينوب مناب القبض تعبداً لكن بعد رفع يد البائع و تخليته للمشتري، و أما أن يكون شرطاً فى تحقق القبض فلا يحصل ذلك بدونهما بل يبقى فى عهده البائع فهو فى غايه الاشكال خصوصاً فى باب الصدقه و الرهن و تشخيص ما فى الذمه، فإن التعبد على تقديره يقتصر فيه على البيع فقط ان لم ينافى ذلك

ظهور اتحاد معنى القبض من جماعه، بل نقل عليه الاجماع إلاً ما يحكى عن القاضى انه لا يكفى فى الرهن التخليه و ان قلنا بكفايته فى البيع مستحق يكفى فيه الوضع بين يديه، و فى الرهن القبض سبب للاستحقاق و مثله الهبه و الصدقه، و لذا لو اتلف المتهب الموهوب بالوضع بين يديه لم يكن قابضاً بخلاف المشتري حتى فى الهبه المعوضه فلا يستحق الواهب العوض، و الظاهر الذى عليه التكاليف ان القبض هو استقلال يد المشتري على المبيع او المنقول بغيره و اثباتها عليه بحيث لو لم يكن مالكاً لكان غاصباً و الإحاله فى معرفه الاستقلال على العرف فى اختلاف اسبابه من النقل و القبض بالكف و التصرف و التخليه فى غير المنقول و نحو ذلك، و كأن المصنّف يرى ان

التخليه مطلقاً في البيع وغيره عرفاً قبض إلا ما نصّ الشارع على عدم الاجتزاء بها في بعض الموارد فكأنه الغى حكم العرف فيه،  
فلذلك قال:

و الأول اشبه فلا يرد عليه اعترافه بعدم كنايه التخليه في غير المبيع لنص او إجماع فلازم ملاحظه أدله احكام القبض الاجتهاديه  
بالنسبه إلى البيعين فإن لم توجد دار الحكم مدار التخليه لأنها قبض عرفاً مطلقاً.

و منه يظهر اننا لو اكتفينا في قبض المكيل او الموزون بالكيل و الوزن فلازم الاقتصار على مفاد النص من كنايه ذلك بالنظر إلى  
بيعه.

ثانياً لا إلى سقوط ضمان البائع لتوقفه على القبض المعتبر في غيره من التخليه او النقل او بما هو بمعناه فإن الضمان لا ينقل إلى  
المشتري إلا بعد تحقق القبض المعتبر شرعاً، و لأجله حكم الأ-كثر بل الكل انه إذا تلف المبيع من دون متلف له مشترياً او غيره  
قبل تسليمه إلى المشتري و قبضه له كان من مال البائع، و في ضمانه يشترط ان يكون مشخّصاً لا كلياً يثبت له الخيار، و قد تكرر  
في كلمات الاصحاب ذلك حتى ارسل ارسال المسلمات و صار قاعده كليه و الأصل فيه النبوي المشهور )

كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه

(، و يستأنس له أيضاً بخبر عقبه بن خالد المتقدم و لم أجد مخالفاً في ذلك إلا البعض من تبعه بن ثابت في استثناء العقار فحكم  
بأنه قبل القبض في ضمان المشتري إلا إذا امتنع البائع عليه من تسليمه مع استدعائه القبض و سنده قوله " ص: " )

#### الخراج بالضمان

(، على ما سبق من معناه بأن الخراج بمعنى الفائده و النماء هو للمشتري فيكون ضمانه عليه و رده مضافاً إلى ضعفه عن مقاومه ما  
سبق و انحطاطه بمنع الملازمه فإن تبعيه الفائده للضمان لا تستلزم تبعيه الضمان لها، فلو قدم الضمان على الخراج لأفاد ذلك  
لكنه في الخبر مؤخراً عنه فلا يقضى بالملازمه، فلا اشكال في ضمان البائع قبل القبض مطلقاً و ان كان النماء للمشتري مطلقاً و  
هو المسمى بضمان المعاوضه لا ضمان اليد الموجب للمثل و القيمه و معناه انفساخ العقد فيما بينهما و رجوع كل عوض إلى  
مالكه فإن النص و الفتوى جعلاه من مال بائعه بلا اشكال فيه، و جف القلم إلى هنا عن شرح المتن إلى احكام العيوب.

قال سلمه الله تعالى: يقول الأحقر العباس بن الحسن بن جعفر كاشف الغطاء النجفي حشره الله مع الأئمة الطاهرين هذا هو الجزء  
الخامس من كتابنا المسمى (بمنهل الغمام في شرح شرائع الاسلام) في احكام العيوب، نسأل الله علّام الغيوب ان يعيننا على  
اتمامه و ينفع به العلماء و المشتغلين و يعين به الطلبة و المحصلين و ان يجعله ذخيره إلى يوم الدين يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَ لَا بَنُونَ إِلَّا  
مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ.

قال المحقق " رحمه الله " الفصل الخامس في العيوب من اشترى شيئاً مطلقاً .. الى آخره، و كتب الفقير إلى ربه جعفر آل جعفر  
في ١٠ شهر رجب سنة العشرين من الهجره.







## اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

و صلى الله على محمد و آله أجمعين، قال الأحقر العباس ابن الحسن آل جعفر كاشف الغطاء هذا المجلد الثاني من منهل الغمام فى شرح شرائع الإسلام (كتاب الوكاله).

## كتاب الوكاله

## اشاره

كتاب الوكاله: فتحاً و كسراً اسم من التوكيل مشروعه بالضروره و السنه المتواتره، قيل و بالكتاب بحكاية اصحاب الكهف و بعث يعقوب " عليه السلام " القميص من و كل الأمر إليه أى فوضه، و تمام الكلام فيه يستدعى بيان فصول:

## الفصل الأول: فى العقد

التي تثبت به و يترتب عليها الآثار الشرعيه، و هو استنابه مقصوده فى التصرف بمعنى التفويض أحد أمره فى الافعال أو الأقوال لآخر و يسمى المفوض موكل و لمن اقامه و كيل، و لذلك الأمر موكل به فالمعنى العرفى و اللغوى ملحوظ فيها و ان كانت فى لسان المشرعه يطلق على تفويض خاص فتكون أخص من الأذن.

كما ان الأصل يقتضى صحه التوكيل فى كل ما للإنسان سلطنه عليه إذ هو أملك بنفسه فلا يمتنع ان يوكل أمره لغيره بالاستنابه.

نعم، الوكاله الخاصه التي تتحقق فى نظر الشارع و يرتب عليها الأثر أيضاً خلاف الأصل، و المشكوك فيه منها و الأصل عدمه، و الظاهر أنّها اسم للمعنى الصادر من الموجب و يلوح من بعض انها اسم لا اشاره و غايته المرتبه عليه و المراد متحد.

نعم، تحققها فى نظر الشارع يتوقف على الإيجاب و القبول فإضافه العقد إليها غير بيانیه و يعتبر فى عقدها اللفظ، و لا بد فى تحققه من ايجاب يفيد المراد بأى لفظ يكون سواء الوارد فى النص و غيره بل يكتفى فيه بالكنايه و المجاز الدالين على المعنى و ان افادا لازم العقد بحسب

الوضع فيفيد بالقرينه اراده نفسه حتى لو كانت خفيه، و تكفى الاشاره المفهمه مع العجز، و شرطه ان يكون بإيجاب دال على القصد لأن العقود تابعه للمقصود، فالصريح كقوله: وكتتك، و استنتكتك، و انت و كيل عنى فى كذا، أو مطلقاً أو ما شاكل ذلك كعج مالى أو أقسمه بالمكان الفلانى أو اشتر لى كذا من كذا اذا ظهر من العظمه التوكيل لا مجرد الأذن، و منه ما لو قال الوكيل: وكتنتى مستفهماً فقال: نعم أو اشار بما يدل على الإجابه بغيرها.

كفى فى الإيجاب لما ذكرنا من ظهور اراده العقد نفسه، لكن شيخنا فى جواهره بعد ما حكم بأن الوكاله من قسم العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطاه و ان المركب من القولين هو معناها بالمعنى الأخص نسب ما ذكره المصنف إلى التشويش و الإجمال، قال "رحمه الله": فإن كان المراد منه بيان العقد بالمعنى الأخص اشكل الاكتفاء بالإشاره إذ هى من الأفعال إلى آخره، فكأنه فهم من الإشاره مطلق الفعل لا دلالة الإشاره التى هى من المدليل اللفظيه و الحال ان تعقب المصنف "رحمه الله" للإشاره بعد وكتنتى و نعم قرينه ظاهره فى ان الموكل لو اشار بلفظ غير نعم مما يظهر منه الإيجاب كفى، و ان لم يكن صريحاً و ليس هو فى صدد بيان الاكتفاء بالإشاره التى هى من الأفعال ليرد عليه ان ذلك معنى الوكاله بالمعنى الأعم و إليه ترشد عباره المسالك قال: و ان لم يحصل النطق به أى بالإيجاب إلّا انه أى اللفظ المنطوق به بمنزله فى الدلاله انتهى مع احتمال ان يريد بالاكتفاء بالإشاره فى حال العجز من التلفظ الذى يكتفى بإشارته فى مطلق العقود و عليه يرتفع الاشكال من أصله و أغرب منه قوله "رحمه الله": بل قد يشكل الاكتفاء فيه إلى آخره، إذ لم يظهر من المصنف الاكتفاء بالقبول بوكتنتى ليرد عليه تقدم القبول على الإيجاب بل و لا سوق عباره يقتضيه بل سوقها يفيد انه فى صدد بيان ان الإيجاب يحصل بنعم بعد تقريرى الاستفهام لدلالته على انشاءات الإيجاب.

و أما كون المستفهم قبولاً فليس فى عباره ما يقضى به إن لم يكن قوله، و أما القبول انتهى. دليلاً على عدمه فما سدده و اطنب فيه مبنى على مقدمه غير مسلمه و هى ان الوكيل لو قال: وكتنتى مستفهماً يكفى فى القبول سلمنا ظهور ذلك منه فمع ان القول به فى مطلق العقود غير عزيز، و انه لمن يقول به ان الممنوع من سبق القبول على الإيجاب فيما لو كان بينهما ترتيباً كنقل المال أو الزوجيه من الموجب الذى يلزمه نقل العوض من القابل، و هو لا يتحقق إلّا بعد نقل المعوض فإن انشاء المالكه لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول إذا كان متضمناً للمطاعه، و قبول الأثر بخلاف ما لو كان القبول مجرد الرضا فإنه يجوز تقديمه إذ الرضا يجوز تعلقه بأمر مرتب كما يجوز تعلقه بأمر محقق إلّا إذا اعتبر فيه عنوان المطاعه كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض، لأن الإيجاب فيه انشاء للنقل و القبول انشاء للانتقال فلا يصدق الارتهان على قبول القابل إلّا بعد تحقق الرهن.

و أما الوكاله و العاريه و شبههما فلم يثبت فيها اعتبار أزيد من الرضا فلا مانع من تقدم القبول لأن ركن العقد فيها مجرد الرضا بالإيجاب و الرضا بشىء لا يلزم تحققه فى الماضى.

و الحاصل ان نعم و ما شاكلها تقضى بالإيجاب و لو بضميمه وكتنتى إذ لا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحه بين افاده لفظ للمطلب بحكم الوضع أو افادته بضميمه لفظ آخر يدل على إرادته المطلب و لو تجوز العدم اعتبار لفظ مخصوص فى الوكاله اللازمه فضلاً عن الجائزه منها، و حينئذٍ قول المصنف أو اشار بما ألح أى بلفظ كنعم يدل على الإيجاب.

و أما القبول فيقع باللفظ كقوله قبلت و رضيت أو ما شابهه مما يفيد مفاده و لو بضميمه لفظ آخر. نعم، ظاهر قوله، و قد يكون بالفعل كما إذا قال وكتّك في البيع فباع انه يكفي عنده الفعل في القبول، فالوكاله بالمعنى الأخص تفارق أكثر العقود في الاكتفاء بالفعل في القبول دون

الإيجاب فالمركب من الإيجاب القولى و القبول الفعلى يطلق عليه عقد الوكاله و لا يدخل فى المعاطاه بل طرد الوالد الحكم بالعقديه فيه فى العقود الجائزه مطلقاً و توقف فيه شيخنا بجواهره مدّعياً جواز البيع و صحته متوقف على تحقق الوكاله إذ البيع أثر من آثارها فلا- يصلح ان يكون قبولاً لها مصطلحاً إذ لا- تتحقق الوكاله إلّا بعد تمام ركنيها فيقع الفعل حينئذٍ قبل اتصافه بالوكاله، قال " رحمه الله ": و دعوى الاكتفاء بالمقارنه واضحه المنع ضروره منافاتها لأصاله بقاء المال انتهى.

ثم انه تقضى عن جريان ذلك فى المعاطاه بعدم المنع من تمام البيع بتمامه بل ذلك جاد فى كل ما تحصل المعاطاه فيه كالوديعة و المضاربه و العاريه فلا- جرم ان يكون المفروض معاطاه لا و كاله عقديه لتوقف صحه الفعل المفروض جعله قبولاً على تحقق الوكاله المتوقعه عليه.

ثم حمل كلام الفاضل فى تذكره الفقهاء من كفايه الرضاء النفسانى و الرغبه فى قبول عقد الوكاله من جهه عدم امكان جعل الفعل قبولاً و ردّه بأن القبول النفسانى الذى هو كالمثال الأوامر و قضاء الحوائج ليس بقبول عقد البتة، فهو منافٍ لما ظاهرهم الإجماع بأن الوكاله من العقود على ان المسلم ان قبولها عقداً أو معاطاه بالفعل، و هو لا يستلزم كونه الفعل الى هو من آثارها و متعلقاتها كالمثال بل يكفى فيه الفعل الأجنبى الذى ليس من آثارها مثل الإجازة او فعل مقدمات الوكاله التى يقصد فيها قبول الوكاله و داله عليه و لو استند إلى الإجماع فى تحقق الوكاله بما ذكره المصنف من المثال فالمحقق منه الصحه، و هى لا تستلزم الوكاله لما هو معلوم من مشروعيه الاذن فالصحه مستنده إليه و ان لم يكن المأذون و كَيْلاً لعموم الاذن للوكاله و غيرها و نقل عن تذكره الفقهاء بأن قول القائل بع كتابى هذا و نحوه، لا يكاد يسمى ايجاب و كاله بل هو أمر و أذن و أعلام حتى انه نسب كلام الشهيد فى المسالك إلى الغرابه من تأييده حكم المصنف تبعاً للعلامه بحكم الاصحاب بانعزال الوكيل يعزل نفسه الذى لا اشكال فى ابتناؤه على العقديه دون الأذن المجرده التى لا ينافيها العود بعد العزل إلى الفعل المأذون فيه قال " رحمه الله ": و هو كما ترى ضروره ان الاصحاب لم يذكروا إلّا انعزال الوكيل بعزل نفسه، و الوكاله غير منحصره فى هذا الذى اكتفى بالعلامه بالقبول فيه لما عرفت و تأييده بتصريح المصنف و غيره من الاصحاب بكونه و كالتة اولى من تأييده بالحكم المزبور الذى له مورد غير هذا إلى آخره.

أقول لقد أفاد اجاد غير انه لا- ريب ان ايجاب الوكاله قد حصل بالمثال المزبور و بيع الموكل أما ان يقبله إلى الاذن الذى لا يلحقه الحكم الذى عنوانه مسماها او يبطل الوكاله و يرفع الاذن و يدخل فى البيع الفضولى فإن كان الأول احتاج إلى قاطع يقضى به بعد حصول صيغتها المخصوصه بها من الموجب و ان تضمنت الاذن لكنه الاذن الناشئ من التوكيل لا مطلقه و ان كان الثانى فهو مع انه لا يلتزم به لجزمه بصحه البيع المتفرع على الاذن من دون توقف على الإجازة ان المانع لجعل ذلك من الوكاله بالمعنى الأخص هو عدم امكان قيام الفعل مقام القبول، و لو بالجعل من الشارع لما تبه عليه توقفه على حصول الوكاله المتوقعه عليه فهو كما ترى لإمكان ان يقيم الشارع الفعل بدل القول كما فى غير المقام فيما إذا دلّ الفعل على القول بدلاله الاقتضاء فيقدر وجوده كاعتق عبدك عنى، فإنه صحته موقوفه على دخول العبد فى ملكك الأمر بأحد النواقل المملكه المحتاجه إلى الصيغه و صرح الفاضل فى تذكره الفقهاء بأن قول الرجل لمالك العبد: أعتق عبدك عنى بكذا، استدعاء لتمليكه و اعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و وقوفه قبل العتق أنا ما

فيكون بيعاً ضمناً و كذلك الحال فيما هنا فإن بيع الموكل يقضى بقبول الوكالة ضمناً قبل البيع فلا يحتاج إلى القبول القولى و يدخل فى الوكالة بالمعنى الأخص إذ الفعل قرينه على تقدير القبول هذا مع أنّ جريان المعاطاه فى غير البيع محل تأمل، و لو قيل به فى الإجاره و الهبه فالتعدى يحتاج إلى دليل.

و المحكى عن ثانى المحققين فى جامع المقاصد ان البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع بخلاف غيره ردّاً على الفاضل من عدم القول بالفصل بين البيع و الرهن، و مع التسليم فلا ريب فى ان العقد المركب من ايجاب قولى و قبول فعلى لا يدخل فى المعاطاه المصطلحه و لم أقف على من جعل ذلك منها فلاحظ ثم ما اورده شيخنا على المسالك من تأييده لمذهب الفاضل و جعله من الواضح فيه من الغموض ما لا يخفى لأن المصنف كالعلامه " رحمه الله " لما ادرجا ذلك فى الوكالة بالمعنى الأخص و كان من احكامها عدم الرجوع بعد عزله نفسه لزم جريان هذا الحكم فى المثال المزبور، و هو فعل ما تعلقت به الوكالة الكاشف عن الرضا بها فكأنه أراد بيان ان اطلاقهما يفيد اندراج المثال المزبور و هو فعل ما تعلقت به فى الوكالة بالمعنى الأخص و تعقيبه بإطلاق عدم جواز الرجوع يورث ارجحيه ما قاله الفاضل، و كونه عند الأصحاب كذلك لا انه استفاده من حكمهم بالصحة التى تشمل الأذن و الوكالة فأراد بيان عدم امكان تنزيل حكم الرجوع فى كلام الأصحاب على ما كان فيه الإيجاب و القبول لفظيين فترجيحه به فى محله فليلاحظ.

و أما ما ذكره بملخصه من جريان المعاطاه فيها و ما شابهها للسيره فهو مبنى على ان جريان المعاطاه فى العقود هل هو جمع على الأصل أم لا، و مع الثانى يحتاج إلى الدليل التعبدى فى اطراد و ما كانت السيره المذكوره لتثبت ذلك بنفسها ثم ان عقد الوكالة لا ريب فى انقسامه للصحيح منها و الفاسد.

و قد ذكروا فى المشكوك منها بينهما الحكم بالصحة لأصالتها و لإطلاق ادلتها من قول النبى " ص " لعروه البارقى: )

أشتر لنا شاه

( ان لم يدخل فى الفضوليه و للنصوص الآتية فيشكل التمسك المذكور مع ما يظهر منهم ان العقود حقيقه فى الصحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواصهما.

و من هنا لو أقرّ بها و ادعى اراده الفاسد لم يسمع إجماعاً، و لو كان مشتركاً لقبول تفسيره بالفاسد و الانقسام أعم من الحقيقه فيوجب ذلك عدم جواز التمسك بإطلاقاتها فى مقام الشك مع انهم كما سيجى ء لا زالوا يتمسكون بها، فيلزم التدبر فى الجمع بين كلماتهم فى المقام و غيره فتّم إلى هنا ان الوكالة من جمله العقود و لا بد فى العقد كغيره من الأمور المتدرجه شيئاً فشيئاً التى لها صورته اتصاليه فى العرف إذا اريد ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه، و حينئذٍ العقد المركب من الإيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزله كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيقدح الفصل المخل بهيئته الاتصاليه، فالأصل يقضى بعدم جواز التراخى بين ركنى العقد، و لكن ذكروا هنا انه لو تأخر القبول عن الإيجاب و لو أتى أمد بعيد لم يقدح فى الصحة و اسنده الفاضل فى تذكره الفقهاء إلى اصحابنا فيؤذن بالإجماع، فإن المعلوم نصاً و فتوى ان الغائب

يوكل الحاضر و القبول متأخر جزماً لقيام السيره على التوكيل فى البيع و الشراء و النكاح و الطلاق و غيرها، و صحه ذلك فالوكاله تفارق باقى العقود بتأخر القبول عن الإيجاب كما هو ظاهر الأصحاب. و جعله شيخنا بجواهره ذلك ليس من الوكاله بالمعنى الأخص بل هو من باب الأمر و الأعلام و الأذن لفقد القاطع على إخراج الوكاله من بينها عن اعتبار التوالى فى العقد.

قال " رحمه الله ": فلا- ينبغي ان يستفاد منه صحه تأخير القبول حتى فى الحاضر إلى آخره، و ادعى انه خارج عن مجارى الخطاب العرفى فإن ثم اجماع على الاستثناء المظنون عدمه و إلا كان مقطوعاً بفساده و هو متين لكن ينتج أنه لو عزل الحاضر نفسه له الرجوع فيما لو وكله الغائب لكونه من باب الأمر و الأذن الذى يصح فيه ذلك و ان التوكيل المزور ينقلب إذناً و أمراً و هم لا- يلتزمون، و من هنا ذهب العلماء إلى ان الرجوع بعد الرد يحتاج إلى اذن جديد و لا يكفى الأول، فيظهر منه " رحمه الله " أنه يرتب آثار عقد الوكالة بالمعنى الأخص على توكيل الغائب و القبول المتأخر فلا يمكن أن نجعله من باب الأذن و الأمر و لعل ذلك هو المعروف، كما قاله غير واحد لكن فى تعميم الحكم حتى للحاضر كما قال شيخنا خروج عن مجازى عرفى الخطاب، و زاد فى المسالك بأن جواز توكيل الغائب مع تأخر القبول فرع ثبوت التراخى فى عقد الوكالة فلا يستدل به عليه لما فيه من التوقف الدورى، لكن فى الرياض الجزم بالإجماع عليه و لم نثر على مخالف فيه، فالقول به مطلقاً لا- يخل من قوه و خروجه عن مجارى الخطاب العرفى ممنوع و استهجانته لندرته وقوعه و عموم قول الصادق " عليه السلام " فى روايه بن وهب و يزيد: )

من وَّكَل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما اعلمه بالدخول فيها

( يقضى به و على كل حال فالتوالى الذى هو من شروط العقد لو ثبت بالإجماع كان خروج الوكالة عنه على حد قبول الموصى له بعد موت الموصى و ان طال الزمان و علم الموصى له بل لو مات فلورثته القبول أيضاً و المتيقن منها توكيل غائب لحاضر. و أما الثانى لمثله فمشكل مع عدم المانع له عن القبول و معه كالتائب، و من شروطها كسائر العقود أن تقع منجزه، فلو علق بشروط متوقع كأن حضرت الجامع او شرط متجدد، كان رزقت ولد لم يصح، صرح بذلك الشيخ و الحلّى و العلامة و غيرهم.

و ذكر فخر الدين فى شرح الارشاد أن تعلق الوكالة على الشرط لا- يصح عند الاماميه، و نقل الفاضل على ما حكى عنه فى تذكره الفقهاء و التحرير الإجماع على صحه أن يقول الموكل أنت و كيلى، أن تبع عبدى يوم الجمعة و على عدم صحه و لا تبع عبدى إلا فى يوم الجمعة مع كون المقصود واحد و فرق الحاكي بينهما بأن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطة بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و ان افادت فائدتها بل و علل عدم الجواز فى الجواهر و غيره بمنافاه التعليق ترتيب السبب على المسبب المستفاد مما دلّ على تسبب العقود، فإن ظاهر ما دلّ على سببيه العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق أثره يشترط من المتعاقدين مخالف لذلك، و فيه:

أولاً: أنه مبنى على انحصار أدله صحه العقود بآيه [أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] و ليس كذلك بل الاطلاقات فى كل عقد تنهض بإثبات ذلك.

و ثانياً: أن العقد حيث يكون سبباً لوقوع مدلوله يجب الوفاء به على طبق مدلوله، فإن الوفاء بالعقد كالوفاء بالعهد و هو إذا وقع على وجه التعليق فترتب تحقق ما علق العهد عليه حتى يحصل فيلزم الوفاء به لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

و ثالثاً: عدم اطرائه فى مثل و كلك ان شئت أو أن قبلت، فقال الموكل: قبلت، فإن اثر العقد هنا غير متخلف عنه قولك فتعليق



أثره إلى آخره. لا يشمل المثال المذكور، و كذا لو علّق عقد الوكالة على شرط مشكوك محقق في الحال فإن عقدها حينئذٍ لم يكن معلقاً على الشرط بل هو مراعى.

ورابعاً: ان كثيراً من العقود مما يتأخر مقتضاها عنها مثل الهبه، فإنها سبب الملكيه للعين الموهوبه مع انها لا تستقر إلّا بعد تلفها و هكذا، و يلوح من الجواهر ان الوكاله لو عقلت على شرط محقق، كأن طلعت الشمس فأنت وكيلى لا لما علل به آنفاً من منافاته للمقارنه بين السبب و المسبب، قال: بل للشك في تناول الاطلاقات لمثل ذلك فيبقى حينئذٍ أصل عدم ترتب الأثر بحاله.

و فيه ان الشك في تناول الاطلاق لغير العارى ان كان منشئه الاقتصار على الفرد المتيقن يلزم رفع اليد عن أكثر العقود التى يستند فى صحتها إلى الاطلاقات لخفاء بعض أفرادها، و ان كان من حيث عدم تحقق شمول المطلق له او كونه من أفراد العام فهو كذلك، لكن المناقشه حينئذٍ فى الصغرى لوقوع المعلق و غيره فى العرف بحيث لا يزيد احدهما على الآخر، فيحتاج غير العارى إلى دليل مخرج له عن الاطلاق الشامل له و كونه هناك فرد متيقن من جهه تظافر الفتوى به أو ذهاب المشهور إليه لا يخرج الفرد الآخر عن العموم، أو لا- يشمله الاطلاق فراجع ما ذكره فى المطلق فى شمول الرقبه لغير المؤمنه و عدمه لو علق الشارع عليها حكماً، هذا إذا كان الشرط متوقع أو متمدد قبل حصوله.

أما لو كان معلوم الحصول عند العقد كقد وكتكك عليه ان كان لى، فالظاهر عدم دخوله فى معقد الإجماع و يستأنس له بما عن نسخه البدل و الإيضاح فى مسئله ما لو قال: إن كان لى فقد بعته انه لم يوجد فى ذلك خلاف صريح، و فى الرياض بوقفه عدم الخلاف فيه.

و أما لو كان معلوم الحصول فى المستقبل و هو المعبر عنه بالصفه، فالظاهر دخوله فى معقد اتفاهم المنقول على بطلان الوكاله به و لو حصل ما لم يكن متيقن الحصول حين العقد فلا يجوز للوكيل التصرف فيه بعد حصوله.

وقيل بالجواز و قربه العلامه فى تذكره الفقهاء و اختاره بعض المتأخرين و منهم شيخنا فى جواهره لأعميه بطلان الوكاله من الاذن فإذا بطلت بقى الاذن، قال " رحمه الله " بحاصله أن العقد بالمعنى الأخص أو الأعم هنا من مشخصات الفرد التى مع انتفائها لا ترتفع الحقيقه ضروره، ان مشخصات زيد لو ارتفعت لم ترتفع الانسانيه عنه انتهى.

ثم طرد مقالته إلى ان الآثار الشرعيه المرتبه على الوكاله العقديه أو مطلقاً منها ما هى مختصه بها، و منها ما هى مشتركه بينها و بين الاذن فينحصر عدم الترتب بالمختصه دون المشتركه لبقاء الاذن الذى يرتب الحكم عليه لو انفرد حتى لو كان ذلك الاثر من العقود الناقله، و به تخصص قاعده حرمه التصرف فى مال الغير و أصاله بقاء المال على ملك صاحبه، لكن الشهيد " رحمه الله " فى المسالك اختار عدمه بعد ان نقل الجواز عن الفاضل " رحمه الله " و ردّه بأن معنى الفساد ليس إلّا ترتب الأثر، و بأن الأذن المطلق انما وجد فى ضمن الوجه المخصوص إذ لا وجود للكلى إلّا فى ضمن جزئياته، و لم يوجد منها إلّا هذا الجزئى فإذا ارتفع الكل انتهى.

و الظاهر ان الأوفق بمذاق الفقاهه ما فى المسالك لأن العاقد قصد الاذن الخاص لا اراد من العقد مطلقه فما قصد لم يقع فبقاء الاذن المقصود للعاقد غير معلوم و يكفى فى عدم الجواز عدم معلوميته، و لم يظهر من عقد الوكاله أنه أراد به مطلق الاذن و إلّا لحكمنا بجواز تصرف من عزل نفسه عن الوكاله متى اراد ذلك و عدم سماع دعوى المالك إذا باع الوكيل ما و كل عليه بعد

بطلان العقد ببقاء ملكيته و لعل شيخنا لا يلتزمه مع انه لازم قوله و لو فتحنا هذا الباب للزم ان نحكم فى البيع بالصيغه بعد  
التقايض و معلوميه فساد بصحته معاطاتاً و عدم جواز

رجوع البائع في ماله و المشتري حينئذٍ لأن حقيقه البيع لم ترتفع فإذا فسد البيع العقدى يبقى المعاطاتى و لا احد يقوله أو يدعيه،  
فالأحرى كما في المسالك للتوقف في هذا الحكم مجال.

نعم، لا اشكال في أنه لو نجز الوكاله و شرط تأخير التصرف جاز، و نفي الخلاف فيه في تذكره الفقهاء و هو و ان كان في معنى  
التعليق حيث لم يظهر اثر ثبوت هذا الاستحقاق، لكن لا- دليل على البطلان فيه بل الظاهر انه ليس في معنى التعليق فإن المراد به  
اشترط وقع الاثر لا استحقاق وقوعه الثابت في العقد لحصول الاستنابه بتمام العقد و ليس هو إلّا كما لو أمر الموكل و كيّله بتأخير  
التصرف فيما و كّله عليه بعد تمام الوكاله فإنه لا ريب في جوازه، و قد تظهر ثمرته بدعوى التلف و غيرها.

و لو و كّله في شراء عبد افتقر إلى وصفه إذا لزم من ترك الوصف غرراً، فيصفه لينتفى معظم الغرر بوصفه كالسلم، و لو و كّله  
مطلباً لم يصح على قول، و الوجه الجواز مطلقاً هنا يحتمل فيها اسم الفاعليه فيكون الأظهر في العبارة انها من تمام مسئلة العبد  
كأنه فرعه على الأول و ان كان بالواو، و يحتمل انه مفعول مطلقاً فينقلب الظهور و يكون ذلك حكماً آخرًا، أى لو و كّله على  
الاطلاق في التصرف بماله كما فهمه في المسالك و مرجع هذه المسأله إلى ان الأصل جواز التوكيل مطلقاً من جهه السلطنه إلّا  
ما خرج أو أن الأصل عدم الجواز إلّا ما جاز فيه عموماً و خصوصاً، و قد نبهنا سابقاً أن اطلاق أدله الوكاله و عمومها تعطى  
قاعده كليه، و هى سلطنه الموكل على التوكيل فيما له التصرف فيه في غير ما يلزم فيه المباشره له بنفسه مطلقاً، و لا ريب أنه ربما  
يتعلق غرض الموكل بإطلاق التوكيل مطلقاً فلا ابهام فيه كى لا يأمن من الغرر و الضرر، مضافاً إلى انه قلّ ما يوجد موضعاً يسوغ  
الاذن فيه و الأمر به، و لا يجوز التوكيل عليه و نقل التصريح منهم بأنه لا مانع من الاذن بالتصرف في جميع الامور الراجعه امرها  
إلى الشخص نفسه.

نعم، في القواعد ان التوكيل في البراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرئ عنه، و هو مشكل ان كان الباعث عليه الغرر، و ان  
كان لدليل تعبدى استضعفه في تذكره الفقهاء بل يظهر منه الاجماع على خلافه و استقواه في القواعد فلا بد من التتبع و الوقوف  
عليه و إلّا فلا- برهان توجهه، و هى كالوديعه و العاريه و غيرهما عقد جائز من طرفيه و قد يجب في بعض الموارد المنصوص  
عليها لمن الاصل فيه شاكلة الجواز و عليه الإجماع و لعل مستنده النصوص الصحيحه فلولو كيل حينئذٍ ان يعزل نفسه مع حضور  
الموكل مطلقاً و ان لم يرضَ بالعزل و مع غيبته بعدم توقفه على علم الموكل في الاصح و إلحاقه بعزل الموكل لا يخلُ من شائبه  
القياس بعد فقد النص عليه بخصوصه، و ان مال إليه في المسالك، و حكى عن التونى و فى جواز تصرفه و نقله بعد عزل نفسه،  
الكلام السابق في مسئلة التعليق و عدم الجواز غير بعيد وفاقاً للفاضل في ارشاد الأذهان و التحرير، فإن المسألتين من واد واحد إذ  
التوكل اذن خاصه يترتب عليها احكام خاصه مقصوده للعاقده بخلاف الاذن المطلقه فكيف تبقى، و لأن القاعده سماع دعوى  
الموكل في ارتفاع الاذن و عدم خروج المال عن ملكه و لا يسمع من الوكيل بعد عزله نفسه ان اذنتك باقيه فلا رجوع لك في  
مالك فلا جرم من احتياج تصرفه ثانياً إلى لحوق الإجازة، لكن العلامه اختلف كلامه في زبره، ففي القواعد جزم بالصحه هنا و  
جعل الصحه هناك احتمالاً، و فى تذكره الفقهاء عكس و ارشاد الأذهان و التحرير ما علمت و لأجله تشوش كلام المسالك و  
القاعده تقتضى ما ذكرناه.

و توجب ايضاً ان للموكل ان يعزله فينزل من حين العزل قضاء لسلطنته على ما يملك التصرف فيه، و نقل في القواعد القول به

لكن الأشهر ان لم يكن اجماعاً على عدا عزله إلّا

بشرط ان يعلمه الموكل بالعزل، فلو لم يعلمه لم يعزل بالعزل لصحيح بن وهب و يزيد المتقدم، و فيه فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها و صحيح بن سالم عنه )

فى رجل و كل آخر على وكالة فى امر من الامور و أشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا انى قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال " عليه السلام": ان كان الوكيل امضى الأمر الذى و كل قبل العزل فإن الأمر واقع ماضٍ على ما امضاه الوكيل كره الموكل أم رضى، قلت: فإن الوكيل قد امضى الأمر الذى و كل فيه قبل ان يعلم بالعزل أو يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما امضاه، قال " عليه السلام": نعم، قلت: فإن بلغه العزل قبل ان يمضى ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشىء، قال: نعم، ان الوكيل إذا و كل ثم قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه او يشافه بالعزل عن الوكالة

(، و صحيح العلا عن الصادق " عليه السلام" المتضمن لقضاء الأمير " عليه السلام": )

فى امرأه و كلت أخيهما أن الأخ قال: يا أمير المؤمنين إنهما وكلتني و لم تعلمنى أنهما عزلتني عن الوكالة حتى زوجها كما أمرتني فقال لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين، فقال لها: أ لك بينه بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودى يشهدون، قال لهم: ما تقولون؟ قالوا: نشهد أنها قالت اشهدوا أنى قد عزلت أخى فلاناً عن الوكالة بتزويجى فلاناً و أنى مالكة لأمرى قبل أن يزوجنى فلاناً، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر، قالوا: لا، قال: فتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة، قالوا: لا، قال: أرى الوكالة ثابتة و النكاح واقعاً أين الزوج؟، فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها قالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنى لم أعلمه العزل و أنه لم يعلم بعزلى إتياءه قبل النكاح، فقال: و تحلف، قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف و أثبت و كالتة و أجاز النكاح

(، فالحكم لا شبهه فيه لما ورد فيه مما قام الإجماع على تصحيح ما يصح عنهم فلا يعبأ بخلاف من مضى ذكره.

و قيل منسوباً إلى جماعه منهم القاضى و الحلبي و ابن حمزه و زهره ان العازل ان تعذر اعلامه فأشهد ان عزل الوكيل بالعزل و لا دليل على التفصيل المزبور كما لا برهان لعلامه على اطلاقه العزل و ان لم يشهد لكون تخصيصه بالاعلام خلاف الأصل و هو مقطوع بالنصوص و فتاوى من لا- يفتى بغير مضمونها. نعم، قيل ان به روايه و لكننا لم نقف عليها و حمل كلامه بعض من تلاه على ان النصوص تقضى بجواز التصرف قبل وصول الخبر لا- عدم العزل و لذا لا يبقى الجعل عليها لو كان بل يسقط بمجرد العزل، و فيه ان خلاف ظاهر النصوص القاضيه ببقاء الوكالة لا جواز التصرف و لا ملازمه بين الجعل و الوكالة فيسقط بالعزل و الوكالة بحالها، و حينئذ الأول و هو عدم عزله قبل ان يعلم أظهر لما تلوناه من نصوص الباب و لترك الاستفصال فى قضاء الأمير بين الأشهاد و عدمه عند تحليف الوكيل يسقط قول المفصل، و على ما ذكرنا لو تصرف الوكيل قبل الاعلام بما يتحقق به خبره لا مطلقاً و الأصوب الاطلاق الذى يحصل معه الظن بالعزل، و منه الكتابه له و لغيره و قول المترددين و ان فسقوا إلا انه يثبت بما يثبت به التوكيل إذ عدمه خلاف الأصل فيوقف فيه على المتيقن دون أصل الوكالة فإذا لم يقم عنده أماره على العزل مضى تصرفه على الموكل فلو و كله فى استيفاء القصاص بل سائر الحقوق التى له، فأقتص قبل العلم بالعزل و وقع الاقتصاص موقعه نبه به

على ردّ ما ذهب إليه الناس من عدم جواز التوكيل بالقصاص بل المباشر له.

أما الحاكم أو من يرث الديه لمناسبات ذوقيه منها عداوه الوكيل مع عشيره المقتول غالباً فيترصبون به الغرض الموجب للفساد و  
المأذون الذى يعزل نفسه أو يقتص بمجرد الأذن قبل ان يبلغه رفع المأذونيه و ان سبق لا يلحقه الحكم فى خصوص المورد للزوم  
الاحتياط فى

الدماء و للاقتصار فيما خالف الأصل على الوكالة بالمعنى الأخص فضلاً عن مطلق الاذن أو التفويض، و لو قيل كما ذهب إليه الناس بالمنع مطلقاً للعله المزبوره فله وجه.

و تبطل الوكالة بالموت للوكيل و الموكل لا لاقتضاها نيابه لا تنقل إلى الوارث كما جزم به شيخنا بجواهره، و لا لأنه بموت الموكل ينتقل ماله لورثته إذ الوكالة كسائر الحقوق القابله للارث فيشملها إطلاق ما ترك خصوصاً ما شرط فيها الجعل المقرون بتمام العمل لو بقى منه اليسير إذ ذهاب عمل المسلم هدرًا ضرر منفي فيكمله الوارث و يقبض الأجره.

و ان كثيراً مما ترك الميت يبقى على حكم ماله بل للإجماع ان تمّ و للشك في بقاء استدامه الأذن المشروط في صحة الوكالة، و ان تخلف بالعزل قبل الإعلام لدليله الخاص فلا يستصحب بقاء حكم الوكالة إلى ما بعد الموت نظير ما قلناه في البقاء على تقليد الميت في ردّ من استصحب الموضوع أو الحكم فيجزم بالبقاء فإننا منعناه بعدم احراز الموضوع للشك في اعتبار صفه الحياه و عدمه الذي معه لا يحرز بقاء الموضوع المعبر في الاستصحاب فتلخص ان العزل يتحقق بمجرد الموت منهما أو من احدهما، و ان لم يبلغ الوكيل الخبر فيترتب على تصرفه بعد الموت و ان كان قبل بلوغ الخبر آثاره، و لا يقاس على المسأله السابقه مضافاً إلى المرسل )

في رجل ارسل يخطب له امرأه و هو غائب فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق ثم جاء خبر بعد انه توفي بعد ما سيق الصداق، فقال " عليه السلام": ان كان ملكك بعد ما توفي فليس لها صداق، و لا ميراث و ان كان ملكك قبل ان يتوفى فلها نصف الصداق و هي وارثه و عليها العده

(، و هو و ان اشتمل على ما لا يقول به الأكثر من التصنيف بالموت كالطلاق قبل الدخول إلّا ان ذلك كإرساله لا يوهن العمل به بعد ذهاب المعظم إليه في الحكم المزبور.

و منه يظهر انه لو بطلت الوكالة و كان للموكل قبل الوكيل مالاً قبضه بوكالته عنه فالمال أمانه بيده يجرى عليه حكم الأمانه الشريعه، و من احكامها عدم الضمان في التلف من دون تفريط او تراخي في ايصالها للورثه أو للحاكم لكن في المسالك و كذا لو كان وكيلاً في قبض حق قبضه بعد موت الموكل قبل العلم به انتهى.

و كأنه اراد بالحق ما يشمل الدين و هو فيه ما لا يخفى من ان الحق حينئذٍ من مال المديون لا الميت، و هو مدفوع على وجه خاص ظهر خلافه فكيف لا يضمن لصاحبه لو تلف و كذا المقبوض بعنوان الشراء لموكل بأن موته قبل ذلك فإنه من مال البائع قال شيخنا: إلا ان يقال بأن مرجع ضمان الوكيل على موكله مطلقاً قبل ان يصله العزل و تبطل ايضاً في عروض الجنون و الإغماء لأحدهما اتفاقاً منّا بحصول مساهما علم الوكيل بذلك أم لا و يمنع الوكيل من التصرف و ان زال المانع لانقطاع المأذونه فيه و عودها يحتاج إلى دليل فلا يقال ان الوكالة إذا بطلت لا يلزمها ارتفاع الاذن كما قيل سابقاً.

نعم، لو اذن الولي بالبقاء على الوكالة لا يبعد انه بمنزله الموكل فيتصرف الوكيل حالهما و لا يحتاج إلى تجدد الوكالة غير ان اطلاق البطلان في فتاوى الاصحاب الذي وقع الاتفاق عليه مما يوهن ذلك فلا يتصرف إلّا بوكاله جديده من الولي أو منهما بعد



زوال القاطع لها، و تبطل ايضاً وكاله الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه و لا تعود بارتفاعه بل يلزم تجديدها و تبطل بطرو فيه الموكل لعدم اهليته للتوكيل فيما لو كان كافراً و استرق، و لا تبطل بالنوم و ان تطاول ما لم يتجاوز المعتاد و لا- بالسكر و لا- بالمرض و لا- بغيرهما من العوارض لاحتياج ذلك إلى دليل يعارض عموماتها على وجه تحصل فيه الشرطيه بلا اشكال. نعم، لا تصح و لا ينفذ تصرف الوكيل حال السكر او المرض المخل

بالشعور او الاكراه على امر و ان وافق المصلحه، و تبطل الوكالة بتلف ما تعلقت به بآفه سماويه او غيرها و ان تسبب التلف من الوكيل نفسه و ذلك كموت عبد الموكل فى بيعه و موت المرأه الموكل بطلاقها لانتفاء موضوعها و منه ما لو باع المالك عبده او عتقه بعد التوكيل على بيعه و مثله تلف الثمن المعين لشراء الوكيل به من الموكل و ان اوجب الضمان لعدم الدليل على الشراء ببدله.

و كذا لو فعل الموكل ما تعلقت الوكالة به كبيع ما و كل على بيعه او فعل ما ينافى ما و كل عليه بحيث لم يبق مورد للوكالة، فإنَّ الوكيل ينعزل بذلك.

نعم، لو فعل بعض المقدمات مما يشك منها رجوعه عمياً و كل عليه لا ينعزل الوكيل كان وطاء سرية الموكل على بيعها أو زوجته الموكل على طلاقها إلّا إذا ظهر من أماره اخرى عزله، و لا يتوهم ان التلف فى كلام المصنف كالموت مما يفسخ به عقد الوكالة بل البطلان هنا لذهاب الموضوع، و منه يظهر تبعض الوكالة لو تلف البعض فتثبت فيما بقى من موضوعها إلّا إذا عزله الموكل، و العبارة عن العزل ان يقول: عزلتك أو ازلت نيابتك او فسخت او ابطلت او نقضت و ما جرى مجرى ذلك مثل نهيته عن فعل ما و كله عليه او قامت على العزل اماره قويه أو و كل غيره على نفس ما و كله عليه منفرداً و غير ذلك كما انه لا اشكال ان الوكيل أمين المالك الموكل على ماله، و ان اطلاق عقد الوكالة فى مطلق التصرف يوجب مراعاة مصلحه الموكل فلو و كله على البيع و الشراء يقتضى الاطلاق ان يحصل البيع و الاتباع بثمن المثل بنقد البلد حالاً، بل بالأزيد من المثل لو ارتفع المبيع حتى لو بيع بالمثل بخيار فيلزم الوكيل الفسخ و بيعه بالأزيد و الشراء بالأدنى بل و حتى مع تعيين المالك للقيمة فحصل الزائد و إلّا نقص، و عليه ينزل خبر البارقي لا- على الفضولي ككل ذلك مما يقتضيه التفاهم العرفى من فحوى اطلاق الوكالة و تسليط الانسان غيره على ماله فيلزم الغير مباشرته و الاحتياط فيه أكثر من مباشره الانسان لماله، و كذلك يلزم ان يتابع الصحيح لموكله دون المعيب، فلو خالف لم يصح و لا يلزم و كان فضولياً، و وقف على الإجاره. نعم، فى القواعد اثبت الفضولي فى البيع الغبنى مطلقاً و نفاه فى المعيب و لا- شاهد له، و الظاهر موافقتهما مع العلم على الفضولي و فى الجهل يقعان للمالك، و أما ان البيع الغبنى ينفرد عن المعيب بكونه يقع فضولياً علماً و جهلاً دون أخيه فلا- يكاد بحسن القول فيه كل ذلك للزوم مراعاة المصلحه للمالك على الوكيل و فيما يرجع إلى الشك فى تحقق الاذن به فضلاً عن عدمه لا تنفذ معامله الوكيل فيه لعدم احراز الاذن التى بها ينوب مناب المالك و أما لو لم يرجع إلى ذلك و ترك الوكيل الاصلاح قبل لا يترتب عليه سوى الاثم مثلاً لو رهن بالوكالة العامه عيناً للمالك فى قضاء دين له ثم حصل المشتري للعين، و كان بيعها أصلح من بقاء العين مرهون إلى اجل الدين التى رهنه بإزائه فترك الوكيل ذلك حتى حلَّ الأجل أو باع بخيار فحصل البازل و لم يفسخ أو فسخ حيث كان عدمه أصلح لجهه نقصان فى العين او زياده إذا ترك الوكيل أو فعل لكن من المحتمل ان الوكالة تدور مدار المصلحه وجوداً و عدماً فيتحقق ذهابها حيث يتعمد الوكيل ترك الاصلاح، و يكون عليه غرامه التفاوت إلّا ان يعين الموكل أمراً خاصاً يفعل الوكيل و ان كان الاصلاح خلافه، و منه ما لو باع الوكيل بثمن فأنكر المالك الاذن فيه كان القول قوله مع يمينه بل و ان زاد عن ثمن المثل فضلاً عن الانقص و المساوى لقبول قول الموكل فى الصفه كقبوله فى الاصل و اصاله عدم ثبوت التوكيل بما تصرف فيه محكمه، فكذا لو اختلفا فى الزمان و المكان و العين الموكل عليها إذ مرجع الاختلاف هنا إلى الاختلاف فى اصلها الذى لا يمكن عدم قبول قول المالك فيه، و لو ارجعنا ذلك على بعض الوجوه إلى

الخيانه كان القول الوكيل فعليكم بالتأمل في مورد الدعوى كى لا يختلط الحال، ثم تستعاد العين من المشتري بعد تحليف المالك إذا طلب المشتري يمينه ان كانت باقيه و لو كانت ناقصه فى يد المشتري أخذ المالك الارش ممن يرجع عليه، و أخذ مثلها أو قيمتها ان كانت تالفه و فى حكم التالفه ما اشرفت على التلف.

و الظاهر عدم رجوع المالك على المثل أو قيمه فى مطلق نقصان العين بيد المشتري لعيب حدث فيها بل له الأرش.

وقيل و نسب لنهايه يمنح بلزوم الدلال الزائد على قيمه المشتري، فلو رجع المالك على المشتري بعد حلفه و كانت قيمه أكثر مما باعه الدلال فعلى المشتري ما دفعه منها إلى الدلال و على الدلال اتمام ما حلف عليه المالك لأنه مغرور من قبله، و هو بعيد مخالف لقول الأكثر بل و للقواعد ان قصرنا رجوع المالك على الدلال فقط بالجميع و غير بعيد ان قصرنا الرجوع على الزائد، و ان تصادق الوكيل و المشتري على الثمن و دفع الوكيل إلى المشتري السلعه و تلفت فى يده و لو من دون تفريط كان للموكل الرجوع على أيهما شاء أما المشتري فلتلف ماله فى يده، و أما الوكيل فلعدوانه و ان ادعى الوكاله و الأذن، و هل الرجوع بقيمه يوم التلف او يوم نقلها للمشتري رجح جماعه الأول و فيه تردد، و الظاهر انه يرجع بأكثر الأمرين، لكن ان رجع على المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لتصديقه له فى الأذن الذى يلزمه صحه البيع فهو بمنزله المغصوب يرجع على الغصب، و ان رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من ثمنه و ما اغترمه و فيه غير واحد عدم رجوع المشتري على الوكيل إذا لم يكن دفع له الثمن، أما لو دفع الثمن إليه رجع به و يشكل الرجوع حينئذٍ و ان لم يستحق الوكيل الثمن و الموكل لا يذعيه لاعتراف الوكيل انه من مال الموكل و استحقاقه المقاصه لا عموم فيها حتى إذا كان فى يد الغير إلّا أن يقال ان أخذ المالك العين عوضاً عن ذلك المال الذى بيد الوكيل فيستحقه المشتري، او يدعى فساد البيع بظاهر الشرع، و ان اعتقد المشتري صحته فيعود كل إلى مالكة أو ان المالك بأخذه للعين ترك المال إلى المشتري و للمشتري أخذ الزائد من المالك ان كان فى العين زياده، و لو مقاصه حسب اعتقاده و ان نقصت قيمه العين عمّا دفعه المشتري فليس له أخذ الزائد فى قول و ليس للوكيل يملكه بل يبقى على حكم مجهول المالك.

نعم، يرجع المشتري على الوكيل إذا لم يصدقه و اكتفى بقوله فى المأذونه لأنه مغرور من قبله بجميع ما غرمه للمالك و ان زاد على الثمن، أما ما قابل الثمن فلا رجوع به عليه لعدم الغرر.

و أما رجوع المشتري على الوكيل حيث يرجع المالك عليه بأقل الأمرين فلاذن الثمن ان نقص عن الغرامه فالمشتري يزعم ان الموكل لا يستحق سواه، و له ما زاد عند المالك لا الوكيل و ان كانت قيمه أقل و قد دفعها لم يغرم سواها و الزائد له حكم مجهول المالك بظاهر الشرع فيرجع الوكيل به للحاكم على قول نوقش فيه ان مالكة غير مجهول و هو المشتري فيرجع إليه و على الوكيل ايصاله له و لا شىء للحاكم مع معلوميه المالك فتدبر.

و اطلاق عقد الوكاله كإطلاق باقى العقود فى ترتب الآثار بحسب المتعلق، فلو اطلقها المالك فى البيع و لم يقيده بمجرد ايقاع العقد بل فى البيع الشامل لجميع لوازمه بحيث يعدّ الموكل اجنبياً فى هذه المعامله، فإنه يقتضى تسليم المبيع لأنه من لوازمه و واجباته بناء على ان التسليم شرط فى صحه بيع الاصيل كيف ما اتفق و ذكرهم القدره على التسليم من الشروط لأنها مقصوده

تبعاً، فيتفرع عليه بيع من ناب منابه لا ان العجز مانع ليثمر في مورد الشك إذ

المانع على ما قرر في الاصول الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم والعجز أمر عدمى لا يصلح للمانع، و لو صلح لا يثمر لا فى صورته الشك الموضوعى و لا الحكمى و لا فى غيرهما الملاحظه الحاله السابقه فى المشكوك من القدره و العجز ثم جريان الاستصحاب الذى يفيد الصحه و عدمها، و إذا فقدت الحاله السابقه و حصل الشك فاللازم التمسك بعمومات الصحه من دون فرق بين شرطيه القدره او مانعيه العجز.

نعم، يثمر التردد بين شرطيه الشئ و مانعيته فى الضدين مثل الفسق و العداله لا فى ما نحن فيه، لكن وجوب التسليم المذكور يلزم ان يكون فى وقت استحقاقه، فلا ينفع وجود القدره عليه حال العقد إذ علم بعدمها حال الاستحقاق كما لا يقدر عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد بناء عليه ان العين إذا كانت بيد المشتري ينتفى موضوع التسليم، و كذا فيما لا يعتبر التسليم فيه كسواء من ينعق عليه أو ما شرط الوكيل فيه تأخير التسليم أو باع بحسب وكالته العين المرهونه قبل فكها أو إجازة الراهن فالتسليم الذى يقتضيه اطلاق عقد الوكالة فى البيع هو التسليم الذى يقتضيه بيع الاصيل و حينئذ إذا تأخر التسليم لعدم القدره عليه حين العقد بما لا يتسامح فيه عادة ففى بطلان عقد الوكالة و صحته وجهان من ظاهر الاجماع المحكيه و الغرر، و من ان معقد الإجماع التعذر رأساً و نفى الغرر بالصبر إلى مده تحصيله مثلما لو شرط البائع تأخير التسليم و المصنف فى البيع بعد التردد قوى الصحه و ثبوت الخيار للمشتري.

نعم، يقوى البطلان إذا كانت المده مجهوله كما ذكروا فى عدم جواز بيع سكن المطلقه المعتده بالأقراء لجهاله وقت تسليم العين و اطلاق المصنف هنا يشمل ما لو كان القادر على التسليم فى المقام الوكيل او الموكل مع علم المشتري إذا علم عجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك، و قرر بعض مشايخنا بأن بيع المأذون لا تكفى فيه قدره الأذان مطلقاً بل إذا رضى المشتري بتسليم الوكيل و رضى المالك برجوع المشتري عليه إذا لم يسلم الوكيل أو مطلق، فيصح حينئذ بيع الوكيل بالشرط المزبور إذا تمهد هذا نعلم ما فى ذلك من قوله: و يجب على مدخل الملك التسليم لأنه من حقوقه فكأنه خصّ لزوم التسليم بالوكيل، نعم، شرط ان لا يسلمه حتى يتسلم الثمن رعايه لمصلحه المالك، و بعد تسليم الثمن يكون للمشتري السلطنه على قبض المبيع ممن فى يده مطلق الوكيل و غيره و ان رجع فى التعذر على الوكيل القابض للثمن كما انه ضامن للمالك ان سلم المبيع قبل قبض الثمن فتلف على الموكل فيضمن حينئذ قيمه العين إذا ساوت الثمن، و لو زاد الثمن عليها فقد صرح الفاضل بأن عليه قيمه العين لا ما زاد لعدم قبضه الثمن فلا يكون مضموناً عليه و إنما يضمن ما فرط فيه و ان كانت قيمه أكثر فإن باعه بغبن يغرم الزائد لأنه فرط فحكم البيع حكم الاتلاف، و يحتمل أنه يضمن الثمن فقط و الزائد ذهب على المالك الموكل لصحته البيع و لو باعه بالغبن مأذوناً لا يغرم إلا قيمه.

و مما ذكرنا يظهر لك التشويش فى عبارات بعض مشايخنا من حيث نظر المصنف إلى التسليم الذى هو من احكام البيع لا من آثاره فأشار إلى عدم انفكاكه عن الاذن فى البيع و ليس محط نظره إلى التسليم الذى هو من الآثار ليرد عليه بأنه غير داخل فى مفهوم البيع المفروض اذنه فيه، ثم ان القدر المتيقن فى المأذونيه بتسليم العين المباعه بعد قبض ثمنها أو ما كان كقبضه لو تأخر بحصول رهن عليه او كفيل ملئ به.

و أما ما خلا منهما فلم يحرز دخوله فى اطلاق عقد الوكالة فى البيع إلا مع التقيد أو نهى المالك فقبض الثمن كتسليم العين من

واجبات اطلاق عقدها، و حينئذٍ فلا وقع للقول بعدم

الضمان رأساً لعدم تحقق الاتلاف و حصول الاثم فقط أو ضمان الثمن المقبوض للوكيل لأن المفهوم عرفاً من الوكالة على البيع مطلقاً هو البيع المشتمل على القبض و الاقباض.

و دعوى انه ليس و كلاً عليه حتى يكون مفراطاً به و إنما فوت على المالك حق حبس العين الذى يمكن استيفائه منه بقيام ضمان قيمه العين مقامه و به جبر ضرر المالك فإنه كما ترى لأن التقابض يفهم من اطلاق العقد على البيع. نعم، إذا ثبت للوكيل خيار فى العين المبيعه فللموكل الفسخ و حينئذٍ يرجع بالعين أو قيمتها بعد الفسخ على المشتري، و المشتري يرجع بما غرمه على الوكيل ان لم يرجع الموكل عليه دونه، و أما إذا لم يثبت للوكيل خيار فليس للموكل الرجوع على المشتري بشىء و ينحصر رجوعه على الوكيل بالثمن لا بقيمه العين مع التلف.

و منه يظهر ان ما حررناه فى تسليم العين المبيعه، كذا ان اطلاق الاذن فى الشراء يقتضى تسليم الثمن و تسلم العين إلاً مع نهى المالك أو قيام قرينه تقضى بعدم التقابض فى المقامين و إلاً فمقتضى الاطلاق هو ما ذكرناه، و حينئذٍ فيشكل قوله " رحمه الله "، لكن لا يقتضى الاذن فى البيع قبض الثمن لأنه قد لا يؤمن على القبض الذى يلزمه ايضاً ان الاذن فى الشراء لا يقتضى الاذن فى قبض المبيع لأحتمال الخيانة إذ بقاء العين المبيعه و ثمن المشتراه عند غير الوكيل مظنه للخطر و ذهاب مال المالك ثم هو ينافى اطلاق ضمان الوكيل فلا بد ان يقال ان عدم الاقتضاء حيث لا يؤمن على القبض إذا ظهر منه علامه ذلك لا مطلق، و يوكل و هو معقد الاتفاق المدعى، و أما انه حيث يجهل حال الوكيل فضلاً عن الموثوق به فالإذن بالبيع و الشراء اذن فى التسليم و التسلم من غير شبهه فكما يقتضى الاطلاق التسليم كذا يقتضى التسلم عرفاً، و سيجىء فى التنازع ما يفيد فى المقام، هذا و للوكيل فى المشهور لمراعاة مصلحة الموكل ان يرد بالعيب الموجب للخيار فيما و كل فيه ثمناً و مثنياً لأنه من مصلحة العقد و مراعاتها تلزمه مطلقاً مع حضور الموكل و غيبته دفعاً لاعتراض المالك عليه و صوتاً للتداعى بين المالك و بين المشتري و البائع فقد يعسر اثبات ذلك على المالك ليطاول الزمان و فقد الشهود فيحصل الضرر المنع.

و منه يظهر أنه لو منعه الموكل و رضى به لم يكن له مخالفته لأن السلطنة له على اسقاط حقه الذى لا ينافى فى ثبوته بإطلاق الوكالة فى البيع و الشراء. نعم، لو ظهر من قرينه خارجيه أو داخلية بأنه انما أقامه مقام نفسه فى العقد فقط لا فى اللوازم التى منها الاقالة و القبض و غيرها، فليس له مباشرتها اجماعاً و عليه ينزل كلام بعض اصحابنا فى المقام لا على ما يظهر منهم من الاشكال فى اصل الرد الذى هو مقتضى اطلاق الوكالة و لو فى العين المخصوصه حيث يفهم من المالك الرغبه فيها و ان كانت معييه لو و كل فى شرائها مثلاً فلا بد من التصرف فى عباره القواعد و تذكره الفقهاء و جامع المقاصد و الشهيدين و غيرهم فى الحكم المذكور و تنزيهه على ما حررنا بل لو استمهل البائع الوكيل فى عدم الفسخ أو أخذ الأرش حتى يراجع فى ذلك الأصيل لم تلزم اجابته حيث لا- مصلحة يرها الوكيل فى المهله، بل إذا خشى الحيف يلزمه التعجيل فلو أخر ضمن الأقوى. نعم، لو ادعى البائع على الوكيل انه يعلم برضى الموكل بعدم الرد استحلّفه على نفي العلم و رده، انما الاشكال فى انه بعد قيام الاتفاق على عدم عزل الوكيل من الوكالة حتى يبلغه الخبر طبقاً للنصوص و على لزوم الوكالة فى بعض المقامات و ان عزله المالك، فلو حضر الموكل و ادعى الرضا قبل الرد على وجه يورث سقوط خيار الرد و اثبت ذلك و صدّقه البائع فهل ينكشف بطلان رد الوكيل أو لا؟.

بنى العلامة و جامع المقاصد المسأله على القول بالعزل و ان لم يعلم الوكيل بذلك و عدمه و مع الثانى لا رد، ورد الوكيل ماضٍ  
و لا اثر لرضاء الموكل، و فى الثانى هو الأصح



و اعترضهما شيخنا في جواهره بما ملخصه بأن ظاهر بطلان الرد على كل حال و لا وجه لبناء ذلك على المسأله المزبوره لانتفاء متعلق الوكاله مع فرض سبق اسقاط المالك للخيار للرد من الوكيل به، ثم تبّه " رحمه الله " على ان مستند حكمهم لعله عموم ادله الوكاله الشامله للعزل قولاً و فعلاً الذى لا اثر لهما قبل بلوغ الخبر بالعزل بأيهما كان، لكن يدفعه بعد الالتزام بمقتضاها من حيث اناطه مضى تصرف الموكل بعدم تصرف الوكيل متأخراً او متقدماً عليه، و لا أثر لتصرف الموكل معه فتصرفه بالنسبه إلى المالك اعظم من تصرف الوليين الذى يمضى تصرف السابق منهما فإن الالتزام بذلك ينافى عموم تسلط المالك، و ما كانت عمومات الوكاله السابقه لتقضى بعدم سلطنه المالك على ماله مطلقاً حيث يوكل فكأنه يرى حكومه الناس مسلطون و اوفوا بالعقود على عموم ادله الوكاله، ثم قال " رحمه الله ": و دعوى التعارض بين هذه العمومات من الطرفين من وجه يدفعها و لا ظهور ادله الوكاله فى بقاء الموضوع الموكل فيه فلا تعارض بل لا يستفاد من عموم الناس مسلطون و نحوه، و من قوله و كل بأمر سوى ثبوت الولايه لكل منهما على ذلك فإنهما سبق تصرفه نفذ و ان اقتربنا بطل لأنه مقتضى نيابته منابه و ليس فى شىء منها ما يقتضى فسخ تصرف الموكل بوقوع تصرف الوكيل بعده، بل دعوى ذلك من غرائب الفقه ضروره كون العكس مظنه ذلك و لو سلم التعارض من وجه فالترجيح لتلك باعتبار معلوميه خروج مسئله الوكاله عن القاعده التى يجب الاقتصار فيها على المتيقن إلى آخر ما رام بيانه مستضعفاً ما فى القواعد و جامع المقاصد، و لقد أجاد و أفاد، غير ان الظاهر حكومه أدله الوكاله على تلك الادله، و ان المال بعد التوكيل ضار للوكيل فهو المسلط و بيده الأمر حتى يعزل عن هذه البدليه فهو وكيل و تصرفه غير نافذ متفانيان و يوجب ما قاله شيخنا ان الأيدى لو تعاقبت على المردود ببيع الوكيل كلها تكون عاريه، و المال باقٍ على ملك المشتري الأول و لعلمهم لا يلتزمونه بل جميع التصرفات بعد فسخ الوكيل تنفذ على الموكل فإن الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه فإذا كان الوكيل قبل عزله الموكل و بعده قبل بلوغ الخبر إليه لا يتفاوت حاله بالنسبه إلى ما و كل عليه شرعاً كيف يتخلف ذلك فى مسئله الرد. نعم، لو وقع الرضا من الموكل بحضور الوكيل فهو كما لو باع الموكل ماله بحضوره يكون ذلك قائماً مقام العزل، و أما تبعض الوكاله بالنسبه إلى اللوازم فيكفى فى عدم العزل بقاء مسماهها فهو كما ترى مما لا يلتزم، أ ترى أنه لو رجع بامرأته المطلقة بالوكاله قبل انقضاء العده بلحظه و لم يصل الخبر إلّا بعد تزويجها يفسخ النكاح، و هى زوجه الأول، و نكاح الثانى شبهه لم يلتزمه إلّا من يقول بالعزل قبل بلوغ الخبر و لو بالفعل.

و الحاصل ان الوكاله و غيبه الموكل مانعه من نفوذ تصرفه المخالف لتصرف الوكيل و لو وقع قبل تصرف الوكيل و لا يجرى فى حقه تسلط الناس على اموالهم بل هو جارٍ فى حق الوكيل لأنه هو فى المعنى.

و قد تقدم لنا ما يفيد فى المقام فقوله " رحمه الله ": ان المتيقن هو العزل قولاً أو فعلاً مع بقاء العين الموكل عليها قابله لتعلق فعل الوكيل و معناه انه بالرضا خرجت عن القابليه كما ترى إذ هو اول الدعوى. نعم، هو مسلط على ماله لكنه محجوز عنه قبل العزل الشرعى. نعم، لو اراد الموكل الرد بالغيب بعد رضا الوكيل به ليس له ذلك على ما حررنا فرده على العلامه و جامع المقاصد بمحلّه حيث حكما بأن له ذلك، و لعل نظرهما إلى كون الرضا من الوكيل خلاف المصلحه فيورث الانعزال و هو كذلك، فلا مؤاخذه و لا- يوجب احتمال ذهابهما إلى ان الالتزام و الرد للوكيل ليس للوكاله له بل للأدله الشرعيه القائمه على الطرفين الموجهه لا

اشتراك الخيار بينهما فلا يمضى التزام احدهما على الآخر و لا وقع للمناقشه فيه بتصريحهم بالالتزام فى جانب الموكل و الله العالم.

هذا أما لو وجد المشتري فى المبيع بالوكاله عيباً يوجب الرد فقد ذكروا انه يرد على الموكل لأنه المالك، و لبطلان الوكاله بفعل ما أمر به فلا عهده عليه، و يتفرع عليه انه مع اختلاف المشتري مع الموكل فى قدم العيب و حدوثه ان له تحليف الموكل على عدم التقدم و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لأنه لم يملك شيئاً ليملك الاقرار به فإنه اجنبى. نعم، يرجع المشتري على الوكيل حيث يكون جاهلاً بالوكاله و الوكيل عاجز عن اثباتها فإذا ادعاه بقدم العيب فإن انكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لا- يمكنه الرد على الموكل إذ لو أقر ردّ عليه، و أما لو أقر به لم يملك رده على الموكل لأن الاعتراف منه بسبق العيب دعوى على الموكل تحتاج إلى الاثبات فله حينئذٍ احلاف الموكل على عدم السبق إذ لو اعترف نفع الوكيل لخلاصه بإقراره فله عليه اليمين و لو ردّها على الوكيل ألزم الموكل كما انه ليس للمشتري عند انكار الوكيل العيب تحليف الموكل لجهه إقراره بالتوكيل، لأن دعوى المشتري على الوكيل يستلزم انكار وكالته و إلّا لتوجه دعواه على الموكل، و دعواه على الموكل توجب

الاعتراف بوكاله الوكيل و احتمال المحقق الثاني ان للمشتري ان تحليفه مؤاخذه له بإقراره بالوكاله، ثم ان الوكيل لو حلف يؤمن العيب، و ان لم يحلف و نكل فحلف المشتري اليمين المردوده و ردّ العين على الوكيل.

قيل يسوغ له ردّها على الموكل لأن اليمين المردوده كالبينه على سبق العيب فتنفذ على الموكل، و قيل لا تنفذ و إنما هي كإقرار المنكر فليس له ردّها، و الظاهر الثاني لأن كونها كالبينه لا يوجب نفوذها على الموكل لاعتراف الوكيل بعدم سبق العيب الذى لا- ينفذ فيه البينه الكاذبه على السبق باعترافه. نعم، إذا كان إنكاره لسبق العيب مستنداً إلى الاصل بحيث لا تنافى الثبوت، و لا دعوى الثبوت كأن يقول: لا حقّ لك على فى هذه الدعوى، إذ ليس فى المبيع عيب ثبت لك به الرد على فتخرج المسأله على القولين كما فى جامع المقاصد سواء كانت اليمين المردوده كبينه الراد او كبينه المدعى فإنهما سواء فى عدم النفوذ، و ان احتمال مفتاح الكرامه نفوذ الثانيه للوكيل فتدبر.

### الفصل الثانى: فيما تتعلق به النيابة من الأفعال

اعلم ان الأمور التى يملكها النوع الانسانى تنقسم إلى: بما يتمتع عقلاً ان يستتبع فيه أو عاده، و إلى ما لا يتمتع، و هو ضربان:

منه ما لا تصح فيه النيابة، و منه ما تصح فيه، فإذا شك فى أمر لا تتمتع فيه النيابة انه يدخل فى أى القسمين يلزم التوقف فيه لأن دخوله فيما تصح فيه ليس بأولى من دخوله فيما لا تصح لتعارض الأصول به فلا بد من الرجوع فيه إلى أصل آخر اجتهادى أو فقاهتى فإن لم يكن فالاحتياط خصوصاً فى الشرعيات يوجب عدم صحه النيابة فيه و لزوم المباشرة، قيل او يقال ان عندنا دليل اجتهادى يرجع إليه فى المشكوك و هو قول الصادق " عليه السلام " فى صحيح بن سالم: (

ان الوكيل إذا وکل ثم قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً و الوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل

)، و قوله فى الصحيحين أيضاً: (

من وکل رجلاً على امضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه فى الدخول فيها

)، ضروره تناوله كل مورد من الموارد التى تعلقت به الوكاله من محال الشك فإنه يصدق عليه انه وکل على امضاء أمر فهو يقضى بمشروعيه الوكاله فى كل شىء إلا ما علم خروجه، و فيه مع ما اسلفناه من نقل الإجماع ان العقود حقيقه فى الصحيح مجاز فى الفاسد خصوصاً فى لسان الشرع انه ليس سبيل هذه المطلقات كقوله " عليه السلام ": (

كل شىء لك طاهر

) لكى يرجع فيما تعارضت به الاصول إليه فإن هذه العمومات ظاهره فى وجوب مضى الوكيل فيما يوكل فيه مما يقبل ذلك لا مطلق، فهى مسوقه لبيان حكم آخر و هو ان العزل متوقف على الإعلام، و ان الوكاله جائزه.

و أما دلالتها على المشروعيه فى كل أمر مطلقاً فلعله ادعاء لا ينهض به النص مع انهم ذكروا أصاله المباشرة فى الأوامر مع انها

من جمله الأمور، و أما تمسك الأصحاب بالعمومات في مطلق العقود و ليس في شىء منها سوى ما دلَّ على مشروعيه طبيعتها  
الحاله في الافراد كلها حتى يعلم الفساد بالحكم في المشكوك مستفاد من الجواز الثابت للطبيعه فهو و ان اوهم ذلك غير انه  
ينافي نقل الإجماع على وضع اسماء العقود للصحيح، و في المسالك في كتاب اليمين ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقه في  
الصحيح في الفساد لوجود علائمه فيها، و من ثمَّ قبل الإقرار به و لو ادعى الفساد لم يسمع اجماعاً، و لو كان مشتركاً لقبول  
تفسيره

بأحدهما و الانقسام إليهما أعم من الحقيقة، و فى قواعد اول الشهيدين ان الماهيات الجعليه كالصلاه و الصوم و سائر العقود لا يطلق على الفاسد إلّا الحج لوجوب المضى فيه انتهى.

و الظاهر من تمسك العلماء بهذه الاطلاقات ان الوكاله و غيرها من العقود حيث تطلق عند العرف يفهمون منها ما هو الصحيح عندهم الذى يترتب عليه الأثر و الخطابات الشرعيه لما وردت طبق العرف ايضاً حمل على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف فيستدل بإطلاق الحكم بحلّه او بجواز الوفاء به او لزومه على كونه مؤثراً فى نظر الشارع على ان صحه استنابه الغير فيما يباح للشخص التصرف فيه و مباشرته قولاً او فعلاً خلاف الأصل كما ان اشتراط مباشره ايضاً خلاف الأصل لكن نفى اشتراط مباشره لا ينفى اباحه أصلها للشخص لتوقف معاشه عليه بخلاف الوكاله و نفوذ قول شخص أو فعله على آخر و لو بإباحته له ثم لو ثبت إباحه ذلك فما هو إلّا من جهه الاذن و التفويض.

و أما الوكاله بالمعنى الأخص فيحتاج ثبوتها فى كل أمر إلى النصّ و منه يظهر الحكم فى بعض الأفعال التى لها منفعه المشكوك فى صلاحيه أخذ الأجره عليها و الاستيجار لها، و لا يفرق الحال بين لزوم العقد و جوازه فى ترتب الأثر الشرعى و لم يقل احد بأن اطلاق عقد الإجاره يجرى فى المشكوك بعد خروج جملة منها بحيث يمكن اندراجه فيما يصح اجارته و فيما لا يصح، و كذا فى الجعالة و غيرها من العقود التى لا عموم فى ادله مشروعيتها بحيث يرجع إليه عند الشك و تعارض الأصول فيه لكن الانصاف ان حصر الأ-كثر لما يمتنع فيه الوكاله مما يقضى بأصالة جوازها فى كل أمر إلّا المعلوم خروجه بل حدد الخارج، و لذا قال المصنف و غيره: فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشره بمعنى اشتراطها فيه بدليل اجتهادى أو فقاهتى بل اطلاق الأمر به يقتضى مباشره التى لا-ينافها سقوطه بفعل الغير أو بذهاب الموضوع، فلا يجوز التوكيل فيه لمنافاته للمباشره الملحوظه فى ايجاده و ذلك كالطهاره مطلق من الحدث مع القدره و ان جازت النيابة فى غسل الأعضاء عند الضروره الرافعه لاشتراطها حيث لا يرجى فى ذهابها فى الوقت فإن حصلت القدره حصل الناقض و لزم التجديد و هذه النيابة كبديله التراب للماء فلا بأس بالقول بعدم صدق التوكيل الحقيقى هنا، بل هو فرد ثانٍ للغسل و لذا يتولى النيه هو لا النائب، و كذا الصلاه الواجبه ما دام حيّاً و الصوم الواجب و الحج الواجب بل مطلق ما يجب على المكلف فعله و ان كان بالعرض لو كان توصلياً لظهور الأمر فى المباشره فى ايجاب الموالى على العبيد إلّا إذا دلّ دليل من خارج على ان مرام المولى نفس ايجاده فى الخارج فيسقط التكليف بحصوله و لو من الهوى، و مع ذلك لا يخرج الأمر به من طلب المباشره من المخاطب فلو اعرضنا من ان ادله شرعيه الوكاله لا عموم فيها بل تنصرف انصرفاً و ضعياً إلى ما تجوز النيابة فيه من غيرها، و قلنا بعمومها فلا ريب انها لا تزام ما قضى باعتبار المباشره الذى هو الأصل فى كل فعل يتعلق بالنوع البشرى وجدنا كاشف الغطاء قال: ان المنافاه بين صفه الوجوب مطلقاً و التملك ذاتيه لا ان المملوك و المستحق لا يملك و لا يستحق انتهى.

و معناه ان الواجب ملك غير الفاعل و ليس له من الأمر شىء ليصح تفويضه إلى الغير بنيابه أو استيجار أو غيرها فهو مملوك عليه مراد منه على حد المشروط عليه بعقد شرعى مباشره عمل فى الخارج بالذات فإنه لا يجوز فيه الاستنابه مطلقاً.

و يلحق بالواجب الايمان و الإيلاء و النذور و الغصب و القسم بين الزوجات لأنه يتضمن استمتاعاً فإن لم يتضمن فلا بأس و الظهار و اللعان و قضاء العده فإن رحم الغير لا يستبرى،

و الجنايه و غيرها، و ان كان مشكوكاً فى قبوله و عدمه و ما صحَّ الاستيناب فيه مما ذكرنا عن الحى أو الميت فهو لدليله هذا فى الواجب حتى الكفائى و التوصلى منه.

و أما المندوب فى المسالك فى جواز التوكيل فيه نظر ثم جعل عدم جواز النيايه فى العبارات مطلقاً أصلاً و ان خرج منه ما خرج، و هو و ان علله البعض بمنافاته للإخلاص المطلوب فى العباده إذ الوكيل ان خلا منه لغى العمل و ان أخلص فيه لم تتصور النيايه فيه بحيث يكون الموكل مخلصاً و ناوٍ للقربه بإخلاص الوكيل و نيته.

نعم، لا مانع من اهداء ثواب العمل للحى و الميت غب استحقاق العامل له فيدرج ذلك الثواب فى صحيفه اعمال من أهدى له، و هذا غير الوكاله بالمعنى الأخص التى لو شرعت فى المندوب لأسقطت خطاب النذب عنه فمن نذر ان يعمل مستحباً فى يومه، ثم و كّل على عمل مستحب و فعله الوكيل لا تبرأ ذمه الناذر جزماً و لا يسقط ذلك المأتى به الأمر بإتيانه بخلاف ما لو نذر ان يبيع فرسه فوكل فى بيعها فإنه تبرأ ذمته، و لكن هذه العله لا تطرد لصحه الاستيناب فى بعض المندوبات من جهه شمول اخبار الوكاله لها لا للنص الخاص، فالأحرى فى المسأله هو القول بأن العباده و غيرها من الأفعال على أقسام ما يصح فيه الوكاله قطعاً و ما لا يصح و ليس بقابل للنيايه، كذلك و ما اشتبه أمره و المرجع فى المشتبه عندنا إلى اصاله عدم صحه الوكاله فيه لعدم الوثوق بشمول عموماتها له و عند غيرنا الصحه على ما تقدم.

و ظاهر الأكثر معنا و حينئذٍ فالظهار الذى هو كالطلاق و النذر و اليمين من المشكوك فيه.

و كذا الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش و إخراج الجواهر من البحر، و ان كان بالجعل مما هو يحكم المباح، فظاهر الفاصل فى تذكره الفقهاء و التحرير و الجزم بعدم صحه التوكيل فيه و تردد فى غيرهما و يظهر من بعض الاصحاب دخولها فى ملك المخير قهراً فأذن لا تقبل النيايه جزماً، و كان بعض نصوص الخمس فى المعادن و الغوص تومى إلى ذلك و خصوص من أحيا ارضاً و غيرها.

نعم صرح المصنف " رحمه الله " فى الشركه بأنه إذا أستأجر للاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد مده معينه صحت الإجاره، و يملك المستأجر ما يحصل من ذلك فى تلك المده، و فى جامع المقاصد بأنه من جوزنا التوكيل فى هذه جوزنا الإجاره عليه، و ان منعناه منعنا الإجاره حاكياً له عن العلامه، ثم ذكر محط نظر المصنف فى صحه الإجاره انه بالإجاره تصير منافع الأجير مملوكه للمستأجر فيملك ما جازه و ضعفه بأنه على القول بعدم صحه التوكيل فى الحيازه لا يتصور صحه الإجاره.

و منعه شيخنا بجواهره بأن ملك المباح بالعرض من توابع ملك العمل بالإجاره، و هو غير التملك بالنيايه فى الحيازه، ثم حكم بجريان الوكاله فيه و لم يلتفت إلى ان الإجاره نوع من الإذن فإذا امتنع ان يكون و كلاً فى قبضه له كيف يصح ان يستأجره على شىء لا يستحقه بالوكاله.

و من هنا قال فى الروضه فى الأجير: و لو حاز شيئاً من المباحات بنيه التملك ملكه و كان حكم الزمان و ما ذكرناه أى الرجوع إلى أجره المثل ان لم يفسخ العقد انتهى. ثم ان المباح ان دخل فى ملك المخير قهراً و ان لم ينوّه كما يظهر من بعضهم فلا

اشكال فى عدم صحه الوكاله و الاجاره فيه، و ان قلنا بعدم و انه لا يدخل إلاً بالنيه ففى المنوى كذلك.

و أما غيره فمشكوك الحال، و قد عرفت حكم المشكوك على ان الاستيجار لا يقع على الاعيان و لو كانت تملك بالاجاره لما اختلفوا فى اجاره ما تذهب العين باستيفاء المنافع منه

كالمنحه و الشاه للحلب و المرضعه، و لو كانت اجاره الأجير الخاص تجعل يده يد المستأجر فى الزمن المضروب فيملكه و ان نوى خلافه لأنه بمنزله من نوى التملك فيما حازه غيره و بمنزله حيازه العبد كما قال شيخنا فى اجارته لجرى ذلك فيما لو عمل للغير فى مده الأول بعقد اجاره فاسده و قبض منه المسمى او اجره المثل فعلى قوله يقتضى ان يكون المقبوض ملكاً للأول لأن عمله مملوك له و لا ينبغى ان يرجع عليه بأجره المثل مع انه " رحمه الله " صرح برجوع الأول على الأجير بأجره المثل و الأجير يرجع على الثانى بها، و لوجب التعريف فى الالتقاط على المستأجر لأنه هو الملتقط دون الاجير و لم اعثر على من أترم ذلك و لا على نص خاص به، و ايضاً صرحوا بعدم جواز التوكيل فى اقامه الشهاده و إلّا على وجه الشهاده على الشهاده و فى المسالك انقطاع الاستثناء فى كلام المصنف و غيره إذ الشهاده على وجه الشهاده لا تكون من باب النيابة و الوكاله إلّا ان يجوز فيها بعلاقه المشابهه، فيكون متصلًا و مما يشك فى قبوله النيابة و الوكاله القضاء بين الناس و قسمه الفىء و الغنيمه، لكن فى جامع المقاصد انه يصح التوكيل فيها، و فى المسالك ان توليه الإمام فى القضاء لغيره أو توليه المأذون من قبله من منصوبه الخاص جائزه، و لكن قال " رحمه الله ": و تسميه هذا النوع وكاله مجاز و استثنائه من هذا الباب لأنه عبادته، و ما تقدم فى الطهاره آت هنا .. إلى ان قال: و لا يمكن توليه منصوبه العام لغيره فيه لأن غيره ان جمع شرائط الفتوى كان مثله و إلّا لم يتصور كونه قاضياً لأن القاضى شرطه شرط المفتى.

نعم، يمكن الاستنباه فى الحلف بعد توجه اليمين عنده انتهى. و اعترضه شيخنا فى جواهره بعدم كونه عبادته يشترط فى صحتها النيه و ان توليه قول حكمت التى فيها الفصل بين المتخاصمين هى كغيرها من الأسباب التى يصح فيها التوكيل فإن كان اجماع على عدم قبوله النيابة فهو و إلّا فلا، و كأنه " رحمه الله " حمل قوله و ما تقدم فى الطهاره آت هنا أى ان الطهاره مشروطه بالقربه فلا- تجامع التوكيل، فهنا كذلك، لكنه كما ترى فإنه أشار فى ذلك إلى قوله: و أما تطهر الثوب و البدن و غيرهما مما يجب تطهيره فإنه يجوز الاستنباه فيه، لكن كما يمكن جعل هذا النوع عبادته كذلك يمكن اخراجه إذ النيه ليست شرطاً فى صحته انتهى. فقال أخيراً: ان هذا و ان كان عبادته و من افضل العبادات لكن ما تقدم من الطهاره آت هنا مع انه لم يذكر سوى هذا الفرد من الطهاره فهو موافق له فى المعنى لا- انه قائل بكونه كالطهاره المشترط فيها النيه فلا ادرى من اين فهم من كلامه ذلك، و أما ما اعترضه ثانياً من ان القضاء من الاسباب التى يصح فيها التوكيل فتعمه اطلاقات الوكاله فهو كل بناء على اصله غير ان هذه مسئلة اجتهاديه يرجع فيها إلى رأى المفتى فإنه لا شك فى ان بعض مناصب المفتى ما يختص به، و لا يجوز ان يستنيب فيه فإن أدى نظره إلى انه مما يصح ان يوكل فيه فعل و إلّا فلا على ان الاصل يقضى بعدم جواز الاستنباه فى المشكوك لعدم احراز مشرعيته فى حقه و عمومات الوكاله بلغت ما بلغت ليست ما صرح من عمومات ولايه الفقيه و توكيله فى زمن الغيبه عنه " عليه السلام " فى الأمور، و قد حققنا هناك بأن ما يشك فى مشرعيته لغير الإمام كالحودود و تزويج الصغيره لغير الأب و الجد و ولايه المعامله على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه و غير ذلك لا يثبت مشروعيتها من تلك الأدله للفقيه و ان ثبت للإمام لأنه اولى بالناس من انفسهم، قال شيخنا المرتضى بمكاسبه " رحمه الله ": ان عموم نيابه الفقيه عنه فى مطلق ما ثبت له ليقصر بالخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط الفتاد انتهى. فكيف بما نحن فيه و يريد ما ذكرناه ما فى جامع المقاصد من عدم جواز توكيل الحاكم من ينوب عنه فى الحجر و لكن يوكل الغرماء من يطلب الحجر منه مع ان الحجر من وظائفه فما هو إلّا للشك



فى قابليته للتوكيل كما انه ذكر ان ليس للمحجور عليه ان يستنيب غيره فى ذلك أى فى ان يحجر على النائب دونه و جزم ايضاً فى جامع المقاصد بعدم صحة التوكيل فى رد السلام لفوريته المنافيه لذلك، قلت: بل كل فورى كذلك كبعض الخيار، أما لو لم تفت الفوريه عرفاً جاز التوكيل ان مما يصلح للنياه، و كذا ذكر عدم التوكيل فى الاقرار كما سيجىء الكلام فيه و غيره مما صرّحوا بعدم صحة التوكيل فيه من الحقوق و غيرها.

و أما ما يدخله النياه فضابطه ما جعل ذريعه إلى غرض لا- يختص بالمباشرة و يلزم احراز عدمها فيه فلا- يكفى عدم العلم بشرطيتها لنفوذ تصرف المباشرة على كل حال و احتمال الضرر لو انكشف الخلاف من فساد تصرفات الوكيل التى تعود بالضرر الكلى على الاصيل فى كثير من المقامات، و هل يكفى الظن بعدم أم يلزم القطع به و لو بقيام ما يفيد مفاده من الظنون الخاصه و الأدله الاجتهاديه الظاهر كفايه مطلق الظن فى المقام و ان لم نقل بحجته لمساعدته العرف على العمل به فى امثال ذلك، و لعدم حصر ما لا تلزم فيه المباشرة فى العباده و المعامله و ان ذكر المصنف بعضها كالبيع، و قبض الثمن، و ما يلحقه من الاحكام و احكامها، و الرهن، و الصلح، و الحواله بجميع انواعها و اقسامها، و الكفاله و الضمان على الاقوى، و الشركه، و الوكاله، و العاريه، و الأخذ بالشفعه ان لم ينافى الفوريه، و الابرء، و الوديعة، و الوصيه، و قسم الصدقات بعد قبضها من الاخماس و الزكوات و غيرها.

لكن لا مطلق بل يلزم الموكل ان يبين للوكيل كيفيه المصرف كما هو مذكور بمحلّه، و عقد النكاح و ما يلحقه من الاحكام، و الخلع، و الطلاق، و استيفاء القصاص إلّا لمن ليس له ذلك و ان ورث من الديه، لكن ذهب جماعه منّا إلى عدم جواز الاستيناب فيه للحاكم لو انحصر الارث به زمن الغيبه بل يلزمه المباشرة بنفسه و بعضهم نفاه مطلقاً لأنه شرع للتشفى، و قبض الديات و فى الجهاد على وجه حيث لا- يمنع وجوبه للتوكيل على ما سبق أو حيث يتم بدونه، و لا- يتعين عليه بمعنى صحه الاستيجار لمن وجب عليه و ما صحّ فيه الاستيجار جازت به الوكاله لما ذكر من الملازمه، و فى استيفاء الحدود مطلقاً و ان حضر المستحق او كان من حدود الله تعالى، و فى اثبات حدود الآدميين.

أما حدود الله تعالى فلا يجوز التوكيل فى اثباتها لاستواء المكلفين فيه من باب الحسنه بل لا يجوز مطلقاً لدرء الحد بالشبهه، و يجوز فى عقد السبق و الرمايه و العتق و التدبير و الكتابه، و فى الدعوى مطلقاً و اثبات الحجج و الحقوق و غيرها مما ستعرف كلاً فى بابيه من قيام الدليل على عدم لزوم المباشرة فيه الموجب لصحه التوكيل، و أما المشكوك فيه فلا يخرج عن العهده إلّا بالمباشرة و لو وكل على كل قليل و كثير سواء كان به للموكل مصلحه أم لا، يعنى ان الموكل لا اعتراض له على الوكيل مطلقاً و ان ضرّه فقد قبل لا يصح لما يتطرق من احتمال الضرر و هو منفى.

و قيل يجوز و يندفع الاحتمال باعتبار المصلحه إذ الوكيل ليس له ان يفعل خلافها فلو فعل انعزل، و لكن هو بعيد عن محل الفرض لأن المفروض فى التوكيل الذى يظهر من الموكل الاقدام عليه و ان فعل الوكيل خلاف الاصلح له كان عتق مماليكه أو طلق نساءه، و أما لو لم تقم أماره من الموكل على ذلك يلزم الوكيل ان يراعى الأصلح فيما وكل عليه و هو مبنى على ان اعتبار المصلحه معتبر فى الوكيل، و ان اقدم الموكل على

عدمها أم إن الوكيل يراعى المصلحه حيث لا- يعلم بتفويض الأمر إليه من الموكل على كل حال و الأوفق جواز التفويض و التوكيل كذلك ما لم يكن سفهاً، و حينئذٍ الأقرب الجواز و عليه فاعتبار المصلحه غير مفروض المسأله.

نعم، لو وَّكَّله على كل ما يملك صحَّحَ لأنه يناط بالمصلحه حيث لا يظهر منه ان الاختيار فيه مطلقاً للوكيل فالفرق بين العبارتين هو الفهم العرفى فى تفويض الوكيل مطلقاً فى الأولى و عدمه فى الثانى، و لعله كذلك و اندفاع معظم الغرر عنه بتخصيص التعلق و ظهور اراده الأصلح فى التصرف بالمتعلق ثم ان متعلق الوكاله يلزم ان يكون مملوكاً للموكل حين التوكيل، فلا يجوز التوكيل على تقدير الملكيه مطلقاً و ان كان حصولها المترتب متحققاً، و فيه الكلام السابق انما الاشكال فيما لو وَّكَّله على امر يلزمه أمر آخر لم يملكه حين التوكيل كما لو وَّكَّله على تطليق زوجته ثلاثاً إذ الرجعتان لا- يملكهما الموكل إلا بعد الطلاقين لكن ذلك من لوازم توكيله فأجازه جامع المقاصد و وجه صحته بأن التوكيل فى مثله جائز لأنه وقع تبعاً لغيره، و مثله ما لو وَّكَّله فى بيع شاتين و شراء احدهما او العكس فإن التابع وقع مكملاً بعد الحكم بصحه الوكاله و استكمال اركانها و حكم بصحه ذلك كل من لحقه و نظَّروه بالوقف على المعدوم اصله و تبعاً، و الظاهر انه كذلك و لا مانع لصحه الوكاله سوى التعليق الذى مرَّ عليك الصحه فى كثير افراده او مطلق التى اظهرها ما نحن فيه إذ النيبه عن شخص لا تنحصر بالموجود فلا مانع فى ان يوكل على كل امر له و ان تجدد فضلاً عن ان يوكله فى امر يلزمه ان فعله أمر آخر فإن الأذن فى الشىء ان فى لوازمه.

### الفصل الثالث: فى الموكل

يعتبر فيه البلوغ إلا ما خرج مثل الحجبه (عجل الله فرجه) و العقل ان يكون جائز التصرف فيما وَّكَّله فيه مما تصح فيه النيبه، و لا يعتبر فيه المباشره فلا تصح و كاله الصبى لسلب عبارته و ان بلغ العشر و حتى لو قلنا بصحه عبارته بل و لو اذن المولى له أو كان الحكم وضعياً على اشكال فى الاخير، و استثنى المصنف و غيره ما لو بلغ عشرًا فإنه جاز شرعاً ان يوكل فيما له التصرف فيه كالوصيه و الصدقه و الطلاق و العتق على روايه رواها الثلاثه و هى صحيح زراره عن ابى جعفر " عليه السلام ": (

إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فيما اعتق أو تصدق أو اوصى على أحد معروفًا فهو جائز

)، و مثلها موثق بن مسلم عن احدهما يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و ان لم يحتلم و اطلاقه يقيد بما تضمن العشر و بهما يخص ما قضى بسلب عبارته و ردّها غير واحد من الاصحاب كالحلى و غيره، و فى المسالك انها مختلفه بحيث لا يمكن الجمع بينها و اثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل غير ان الاشهر خلافه و ان اشتملت تلك النصوص على ما لا نقول به أو ضعف بعضها من حيث السنه أو الدلاله خصوصاً اخبار الوصيه، لكن مع ذلك لا محيص لنا عن اتباع من افتائهم كالنصوص. نعم، من المحتمل ان جواز ذلك له لا- يقضى بالملازمه بينه و بين جواز التوكيل فعساه من الامور التى تلتزم فيه المباشره لا- اقل من الشك الذى يلزم فيه الاقتصار على المورد، اللهم إلا ان يستفاد الملازمه الشرعيه بين جواز التصرف، و التوكيل مؤكلاً و مؤكلاً و كأنه الظاهر من المصنف من قوله، و كذا يجوز ان يتوكل فيه و مع ذلك فهو مشكل لتلقى حديث رفع القلم بالقبول، و كذا لا تصح و كاله المجنون مطلقاً بالاتفاق، و لو عرض ذلك بعد التوكيل ابطل الوكاله كالموت لا كالنوم و للمكاتب على تقدير الملازمه ان يوكل لأنه يملك

التصرف بالاكتساب، و ان يوكل حيث لا ينافى الاكتساب الذى له التصرف فيه و هو شرط فيهما إلاً ان يستفاد الاذن فى غير الاكتساب من الاذن فيه، و ليس للبعد القن ان يوكل إلاً بأذن مولاه لأنه لا يقدر على شىء و لو وكله بأذن مولاه انسان فى شراء نفسه صحّ كسائر ما يوكل فيه بالاذن، و خصّه بالذكر للتنبية على ان مغايره المشتري للمبيع يكفى فيه الاعتبار بل المشتري هنا الموكل، و ليس للوكيل مطلق حتى الحاكم ان يوكل على الموكل إلاً بأذن منه بل و لا عن نفسه فيما وكل فيه لأحتمال اراده الموكل المباشره منه و بذنا تفرق عن الوصيه من حيث انها ولايه لا استنابه فيجوز للوصى التوكيل فيما له التصرف فيه كالأب و الجد و الحاكم.

و منه يعلم انه لو كان المملوك مأذوناً له فى التجاره عن نفسه و عن غيره و عن مولاه بإذنه ان يوكل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه لأنه كالمأذون فيه ممن سألته لكن قد لا يثمر ذلك فى مقام الترافع و ان جرت العاده به، و حينئذ لا يجوز من غير اشكال ان يوكل فى غير ذلك بل و لا مما اختلفت العاده فيه بحسب الزمان و المكان و الجذب و الخصب و التصرف ببعض الأعيان و هكذا، لأنه يتوقف على صريح الأذن من مولاه او ممن اباح له التجاره غيره و ان كان الاصل بإذنه، و الضابط ان له ان يوكل فيما يجوز ان يتصرف فيه بالأذن من مولاه إذا صار ذلك بمنزله ما يتصرف فيه من غير اذن مولاه مما تصح فيه النيابة كالطلاق مما له التصرف فيه من دون توقف على الاذن، بل و ان منعه مثل الوضوء بماء مولاه و مكان الصلاه خصوصاً لو انحصر و تعلم القراء إذا أزمه الأجره و غيرها مما يجب عليه لا لكون الرقيه فى حد ذاتها لا تمنع من التوكيل إذ قد يدعى المانع لإطلاق لا يقدر شىء فإنه من جملة الاشياء و بذلك تفرق عن المحجور عليه لكون الممنوع منه العبد اوسع دائره من المحجور عليه غيره، فما وقع لشيخنا بأنه كهو منظور فيه، و حينئذ للمحجور عليه ان يوكل فيما له التصرف فيه من طلاق و خلع و ما شابهه سواء كان لسفه أو فلس فإنه ما لا يدخل الحجر له السلطنه عليه دون ما دخله لمنعه عن التصرف فيه فكيف يستتنب و يكفى الشك فى شمول ادله الوكاله له و ان وقع فى الشرع نظيره كالتوكيل على طلاق امرأه فى حال الحيض او فى طهر المواقعه، لكن العلامه فى تذكره الفقهاء ساوى بين هذا و بين التوكيل فى طلاق امرأه سينكحها او بيع عبد سيملكه فى البطلان و له وجه، و مما لا يجوز الوكاله فيه اتفاقاً ان يوكل المحرّم فى عقد النكاح و لا ابتياع الصيد لمنعه شرعاً عن ذلك فليس له التوكيل فى الممنوع عنه و لا ان يوكل عليه من الغير، و ظاهر العبارة عدم الجواز و ان علق الوقوع على حال الاحلال مع انه حكم بالصحة فى الثانى فى حجه وفاقاً للأكثر فلا بد من صرف العبارة إلى وقوعه حال الإحرام، لكن جامع المقاصد حكم بعدم الصحة، قال: و لا يعتمد على هذا التوكيل لعدم كونه مالكاً لمباشره هذا التصرف الآن و هو شرط عندنا و جعله كالتوكيل فى طلاق امرأه سينكحها و كان الأوفق خلافه و نسبته إلى الأصحاب خلاف المعروف منهم بل يلوح الجواز من خبر الرازى قلت لأبى عبد الله " عليه السلام ":

رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت و خرج الرجل فبدا له فأشهد انه قد ابطل ما كان أمره به، قال " عليه السلام ":  
فلعلم أهله و ليعلم الوكيل فأنفذ الوكاله له مع عدم امكان ما وكل عليه له حين التوكيل

، و ألق جماعه الاعتكاف بالحج بناء على مساواته له فى حرمة الشراء، و يجوز للأب و الجد ان يوكلوا عن الولد الصغير العادل و غيره بشرط المصلحه، و كذا باقى الأولياء فيما لهم الولايه عليه، و تصح الوكاله فى الطلاق للغائب اجماعاً لعدم المانع و للحاضر على الأظهر خلافاً لما حكى عن الشيخ و القاضى و التقى فمنعوها فيه لقوله " عليه السلام ":

الطلاق بيد من أخذ بالساق

( خرج منه معلوميه طلاق الغائب و لاطلاق، خبر زراره " رحمه الله " لا تجوز الوكاله فى الطلاق المقتصر على

الغائب فى تقييده للجمع بينه و بين عمومات الوكاله و خصوص صحيحه سعيد الأعرج عن الصادق " عليه السلام": )

فى رجل يجعل أمر امرأه إلى رجل يطلقها أ يجوز ذلك؟، قال " عليه السلام": نعم

(، و هو يفيد العموم لعدم الاستفصال و لو لا ضعف السند لخبر زراره و مقاله المعظم بالجواز لكان للقول المزبور وجه للجمع بين النصوص و للتقييد فى بعضها بالغائب و هو و ان لم ينفى ما عداه لكن فيه اشاره و تلويح، و لو قال الموكل أصنع ما شئت كان دالماً على الاذن فى التوكيل حتى عن نفسه فضلاً عن موكله بالنسبه له و لغيره لأنه تسليط على ما تتعلق به المشبه و قصر التعميم فى تذكره الفقهاء لما يفعله لنفسه و المتبع الطهور العرفى فى ذلك، و يستحب ان يكون الوكيل تام البصيره فيما و كل فيه عارفاً باللغه التى يتحاور بها حاذقاً يصل إلى المطالب فلو عرف من نفسه القصور لا- يقبل ذلك، و قيل لا يجوز له لأن الموكل قد يكون مغروراً به و له وجه و ينبغى للحاكم ان يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومه عنهم و ان يتولى ما يقتضيه الحال مما يمنعونه من التصرف فيه أخذاً و عطاءً، و كذا غيرهم من للحاكم عليه ولايه و الوصى المطلق كذلك و لو ارتفع السفه عزلوا جميعاً و ينقض ما فعلوه إذا بان أنه خلاف المصلحه مع بقاء العين التى تصرفوا فيها فلو تلفت مضى عليهم ذلك ان لم يجابون به، أو يثبت ذلك عليهم، و للضمان وجه و يستحب بل يجب فى بعض الأحوال ان يتجنب ارباب الشرف التداعى، و يكره لأهل المروات الذين لا يليق بهم الامتهان ان يقولوا المنازعه بأنفسهم لهم بل يحرم من بعض الجهات ذلك لغيرهم فضلاً عن الكراهه، و قيل ان علياً " عليه السلام" و كل عقيلًا فى خصومه و قال: )

انى اكره ان احضرها

(، و لا بد من حمل ما ورد من مخاصمه النبى " ص" مع صاحب الناقه إلى رجل

من قريش ثم إلى علي " عليه السلام " و مخاصمه فاطمه " عليها السلام " في فدك و على مع رجل في درع طلحه حيث قال له: أخذت غلواً يوم البصره فأنكره و دعاه إلى شريح فمضى معه، و مخاصمه على بن الحسين مع زوجته الشيبانيه في ادعائها المهر بعد طلاقها على الدواعى و الضرورات الرافعه للكراهه.

### الفصل الرابع: في الوكيل

و يعتبر فيه ما يعتبر في الموكل من البلوغ، و كمال العقل، و لا يعتبر فيه العداله و الإسلام بل يجوز و ان كان فاسقاً او كافراً أو مرتداً مطلقاً على الاشهر الأظهر، و أما لو ارتد المسلم فالأشهر انه لم تبطل وكالته و ان جرى عليه حكم الميت في بعض المقامات، لأن الارتداد لا يمنع الميت ابتداءً، فكذا استداهه للأصل إلّا على المسلم كما يأتي.

و حكى عن المحقق الثاني تخصيص الجواز بغير الفطرى من الرجال و ان لا- يكون على مسلم و ان يراعى في بقاء الوكاله و عدمها عوده إلى الاسلام و عدمه بالنسبه إلى المأ مطلقاً و النساء من الفطرى و عن الشهيد المراعاة في المرتد عن مله إذا كان الموكل عليه مسلماً و لا شاهد لهما في النصوص خصوصاً المراعاة لما سيجى ء من بطلان الوكاله حين الكفر إذا كان الموكل عليه المسلم فعودها يحتاج إلى تجديدها فالكفر كالغزل، و حينئذ كل ماله ان يليه من سائر الامور بنفسه لو كان غير وكيلا، و تصح النيابة فيه له و لا- يتعين عليه المباشره صحّ ان يكون وكيلاً فيه، فمن تحقق فيه الضابط المزبور لا مانع من وكالته فنخرج العبادات بالقيّد الأخير و بالأول المحرم مطلقاً، و تصح وكاله المحجور عليه لتبذير أو فلس أو رده لعدم المانع و ان منعوا من تصرفهم فيما لهم، و لا- تصح نيابه المحرم لدخوله فيما ليس للمحرم ان يفعله بنفسه كابتياح الصيد و امساكه، و عقد النكاح فيشملة الضابط الذى هو كون الفعل مما يجوز فعله من النائب و ان حرم فعله عليه لنفسه لا المحرم فعله بكفه، و ان يكون مما تصح النيابة فيه فلا يرد على الضابط بالمرتد لعدم المانع من فعله لغيره بنفسه و ان منع ان يكون لنفسه، و لا خلاف بيننا في انه يجوز ان تتوكل المرأه في طلاق غيرها مطلقاً و ان كانت ضررتها لعدم المانع، و هل تصح في طلاق نفسها، قيل لا، كما عن الشيخ " رحمه الله " لاعتباره المغايره الحقيقيه بين الوكيل و المطلقه.

و فيه تردد لكفايه المغايره الاعتباريه كما في غير المقام و شمول عمومات الطلاق له و هو الأعراف، و يصح ايضاً وكالته في عقد النكاح ايجاباً و قبولاً، و جعلها الشافعى كالمحرم و هو متروك لأن عبارتها معتبره فيه عندنا بل و عند غيرنا في غير النكاح من العقود فاستثناؤه مع شمول عموماته يحتاج إلى دليل، و يجوز وكاله العبد القن فضلاً عن المدبر و أم الولد و المكاتب المطلق لكن إذا اذن له مولاه، لأن التوكيل نوع تصرف في مال الغير فيقف على الاذن خصوصاً إذا لزم منه منع شى ء من حقوق سيده، و استثنى العلامه توكيله بلا اذن سيده في القليل الذى لا يمنع من حقوق سيده شى ء و جعله مثل التكلم معه و نوقش بأن المانع ان كان مزاحمه السيد لزم الجواز فيما لا ينافيها، و ان كثر و ان كان لكونه مال الغير فالقله لا تجوز التصرف فيه و لا يتعدى مما قضت به السيره من جواز بعض التصرفات في العبد بلا- اذن إلى غيرها حيث لا- قرينه على رضاه المولى و زعم بعضهم ترتب الصحه على عقده و ان نهاه مولاه فضلاً عن عدم إحراز اذنه لعدم سلب عبارته و لبقاء اذن المالك له و لأن النهى يوجب بطلان الوكاله لا ارتفاع الاذن فما هو إلّا الاثم. نعم للمولى اجره المثل فيما اوقعه عبده غير

مأذون او مع النهى، و فيه تأمل كما ان لسيدته قبول عقد وكالته فيكون وكيلاً قهراً و لا يعزل إلاً بأمر مولاه و ان عزل نفسه بدونه لا يعزل إذ امره إليه.

و يجوز ان يوكله مولاه في عتق نفسه لكفايه المغايره كما مرّ، و لا يشترط عداله الولي و لا الوكيل في عقد النكاح مع احراز القصد بدونها فلو توقف احرازه عليها اعتبرت، و كذا غيره من العقود و ان استلزم المالىه. نعم، في الولي محل كلام يأتي في بابها ان شاء الله، و لا يتوكل الذمي على المسلم للذمي و لا للمسلم في مال و لا غيره من الحقوق، و هو ان استلزم اهانه او إذلالاً فلا ريب في عدم جوازه و إلاً فلا مانع و ليس هو من السبيل المنفى، لكن قام الاتفاق على عدم جوازه توكيلاً أو اذناً في تحصيل حق من المسلم، و أما وكالته في اجراء عقد معه أو في عقد النكاح فهو و ان منعه بن زهره و منع ايضاً توكيل المسلم على تزويج المشركه من الكافر، لكن جوزه غيره و هو الاوفق.

نعم، لو ثبت من نصوص الأثر ان الكافر بالنسبه إلى المسلم تجرى عليه احكام الموتى إلاً ما خرج توجه كلام بن زهره " رحمه الله "، و لعل تعليقه بكونهما لا يملكان لأنفسهما ذلك فيه ايماء إلى ما قلنا و السنه مستفيضه بأنهم كالموتى و على فرض عدم الجواز فيخص ذلك بالذمي لتصريح الفتاوى به التي تكشف على عثورهم على نص، كذلك و منع غيره بالأولويه لها وجه ان لم ترجع إلى المقايسه، و هل يتوكل المسلم للذمي على المسلم فيه تردد لذهاب غير واحد إلى المنع كالمفيد، و النهايه، و الديلمي، و ابى صلاح، و ابن زهره على ما حكى عنهم، و الوجه عند المصنف و غيره ممن تلاه الجواز على كراهيه و هو و ان وافق الأصل و ليس من السبيل المنفى، لكن ما ذكرناه من العله تجرى هنا إذ الحى لا- يتوكل عن الميت و تخصيص ذلك بالميراث مع اطلاق الأخبار مشكل و حينئذ فيتجه المنع في الكافر موكلاً و وكيلاً و موكلاً عليه، لكن ظاهر المتأخرين التردد في ثلث من الثمان المتصوره في المقام و عدم الاشكال في الباقي لأن الوكيل أما مسلم أو ذمي و الموكل كذا و الموكل عليه مثله، و عليه يجوز ان يتوكل المسلم للذمي على الذمي و لا يمنع كفره توكيله، و لا بد اجماعاً ان يقتصر الوكيل من التصرف على ما اذن الموكل له فيه بعقد و كالته مطلقاً او مقيداً أو مطلق في المقيد أو مطلقاً بالتصريح، أو بما تشهد العاده و غيرها من القرائن الحاليه او المقاليه بإرادته الأذن فيه و لو من فحوى الخطاب أو لحنه أو غير ذلك بحيث لو انكر التوكيل على امر مخصوص لازم لأمر آخر قد و كّل به او مفهوم من خطابه لا- يسمع قوله بالعدم و ان كان الأصل معه، فلو امره ببيع بدينار مثلاً نسبة بباعها بدينارين نقداً صحّ، و كذا لو باعها بدينار إلاً ان يكون هناك غرض صحيح متعلق بالتأجيل لاختلاف الاغراض، غير ان الاحتمالات لا- تنتهى فلا- بد من ميزان يرجع إليه و هو أما كفايه العلم أو ما ينوب منابه بعدم الغرض او كفايه الجهل به و على الأول لا يجوز التعدي مع الثانى و بكثير الأمثله لا طائل تحته يظهر من ذلك عدم جواز التعدي مع الجهل بالغرض لاعتباره القطع بعدمه تبعاً لما نقله عن العلامة و يظهر من المصنف كفايه الجهل به هنا و الأرجح اعتبار العلم بعدمه لأن المخالفه عله تامه في بطلان الوكاله فيكفى في عدم جوازها الاحتمال و لو إلى الأ-حسن بحسب الظاهر فلو احرز عدم الغرض لم يصدق مفهوم المخالفه و لم يعبأ بالاحتمالات الوهميه و لا يسمع قول الموكل في المخالفه، و ليس ذلك كما لو امره ببيعه حالاً فباع مؤجلاً لم يصح و لو كان اكثر مما عين لأن الاغراض يتعلّق بالتعجيل خصوصاً المسافر او المحتاج إلى النفقه او غير ذلك فلا جرم من ان اللازم في المخالفه و جواز التعدي رفع الاشتباه و القطع بعدم الغرض ليكون التعدي احسان، و مثل له المصنف بما لو امره ببيعه في سوق مخصوص فباع في غيرها بالثمن الذي عين له أو مع الاطلاق، و ذكر

السوق بثمن المثل صحح إذ الغرض تحصيل الثمن فهو كما لو ردد بين الاسواق و الأمكنه أو أطلق، و فى المسالك و المصنف أطلق جواز التعدى و لا بد من تقييده بعدم العلم بالغرض و اشترط فى تذكره الفقهاء العلم بعدم الغرض انتهى.

و اعترضه شيخنا بجواهره بالتنافر بين كلاميه لاكتفائه عدم العلم بالغرض هنا و اشترطه العلم بالعدم هناك و لم يلتفت إلى انه نبه بذلك على رأى المصنف لا انه قائل به و لذا أعقبه بما ذكر عن تذكره الفقهاء و قوله فلا يجوز التخطى مع الجهل به ليس من كلام العلامة فهو جازم بخلاف المطلق كما لا يخفى، ثم قال فى المسالك لكن لا يجوز نقل المبيع فلو نقله كان ضامناً و انما الفائدة صحة معامله انتهى.

و أيضاً اعترضه شيخنا بأن الحكم فيه كالبيع فإذا جاز له البيع فى غير السوق المذكور لا- فرق بين البيع، و بين نقل المبيع فى الضمان و عدمه و هو كذلك ان لم يصدق التلف مع النقل و عدمه مع عدمه فإن الضمان من احكام الوضع المسبب عن التلف و لا يصدق بنفس البيع و عدم وضع اليد عليه و ابقائه بالمكان الذى نظره المالك أو علم به.

و فى القواعد انه لو وضع المالك أمانه عند شخص فى موضع من داره عينه ثم نقله الأمين إلى الأحرز ضمن فالجواز و صحه البيع لا ينافى الضمان، و استثنى المصنف " رحمه الله " من صورته جهل الحال بالغرض الذى يراه مجوزاً للتعدى او مطلقاً ما لو قال: بعه من فلان فباعه من غيره لم يصح و لو تضاعف الثمن لأن الاغراض بالغرما تتفاوت، و علله فى المسالك بأن الغرض فى تعيين الاشخاص اكثرى فلا- يجوز التخطى مع الاطلاق قطعاً مطلقاً و ان علم انتفاء الغرض انتهى. و رده شيخنا بعدم التفات بين الزمان، و المكان، و المشتري و كان المناط لعدم التعدى فى المثال الأكثرية دون ما سبق فيحمل النادر على الأكثر قاعدة مطرده و يلغو ظهور عدم الغرض إذا زاحم الأكثرية و إليه نظر الشهيد " رحمه الله " و كذا مثله ما لو امره ان يشتري بعين المال فاشترى بالذمه أو فى الذمه فأشترى بالعين لأنه تصرف لم يأذن فيه بمقتضى الاطلاق، و لا ينفع فيه ظهور الرضا من الموكل باعتقاد الوكيل خصوصاً فى المرافعه فلا- يجوز التخطى و يجرى فيه الكلام السابق، و إذا ابتاع الوكيل وقع الشراء عن الموكل كما لو ابتاع الولى من أب أو وصى فإنه يقع للطفل، و لا- يدخل المبيع فى ملك الوكيل او الولى لأنه لو دخل فى ملكه لزم ان ينعق عليه ابوه و ولده لو اشتراهما لموكله كما ينعق أب الموكل و ولده فى ابتاعه لها، و كذا الولى و هو فى الولى مما لا شبهه فيه حتى عند غيرنا و فى الوكيل خالف ابو حنيفه بدعوى ان حقوق العقد تتعلق به فى الشراء بأكثر من ثمن مثله، و لم يذكر الموكل لفظاً و نحوه و لأن الخطاب انما جرى معه، و فيه منع ظاهر لأن الوكيل بمنزله الأصيل اشبه شىء بالرسول مع ان القياس يقتضى مساواته مع الولى فأعجب لعدم عمله به حيث لم يجعلهما حكماً واحداً و مقالته انه يدخل فى ملكه، ثم ينتقل إلى الموكل مع انه لا يترتب عليه أثر مطلقاً لا يجدى ذلك فى عدم عتق الأب و الولد لسبقه على الانتقال من حيث انه مبنى على التغليب كذا اجاب الفاضل بعض الناس، و الظاهر ان اطلاق عقد الوكالة يقتضى جواز شراء من ينعق على الموكل على رأى شيخنا و على ما نزعمه يبطل الشراء للشك فى الشمول من حيث الضرر و بجمله الوكيل فضولى مجاز قبل معامله فما تحققت فيه الاجازة مضى و إلأ فلا، و لو وَّكَل المسلم ذمياً مثلاً فى ابتاع خمر لا للدواء و لا لدفع ضرر آخر لم يصح و ان صحَّ شراء الذمى له لنفسه لعدم صحه النيابة فى محرم و لو بالعارض كالعقد فى الاحرام و كل موضع يبطل به الشراء للموكل لجهه من الجهات، فإن كان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما إلأ فضولياً و ان لم يكن مسماه و لا اشار إليه بما يميّزه عن سواه قضى به عن الوكيل فى



الظاهر لا للموكل لكن يلزم الوكيل حيث قصد شراءه لغيره ان يحدد العقد مع البائع او يطلب الاجازة ظاهراً من الموكل فإن لم يحصل أخذ المبيع مقاصه و ارجع الزائد ان كان إلى البائع و ألحق به جماعه الشراء بعين مال الموكل فحيث لا يعلم به البائع يكون للوكيل ظاهراً و يغرم للموكل الثمن ان لم يمكن ارجاع عينه و لو بأضعافه لتفريطه و يقتص بأخذ العين المبيعه عوض ما دفعه للبائع ان لم يدفعها لصاحب المال، و ان امكن و جب و يحتال بدفع الزائد إلى البائع و مثله ما لو ذكر لفظاً و قصد به نفسه فالعبره بالقصد بالنسبه إليه و باللفظ في الظاهر ان لم يكن بعين مال المتلفظ به فتلغوا النيه ثم ان البائع ان شخص ان المبيع للذي عينه المشتري بطل البيع مطلقاً و ان جهل الحال كان للوكيل ظاهراً، و لو ادعاه الوكيل بالعلم كان له حق القسم عليه للزوم مطابقه قصد المشتري مع البائع و هو و ان لم يعتبر في الصحه لكن مطابقه لازمه و إلّا فسد العقد، و كذا لو انكر الموكل الوكاله بحيث يحلف على ذلك لكن ان كان الوكيل مبطلماً فالملك له ظاهراً و باطناً و ان كان محقاً كان الشراء للموكل، و كذا لو ادعى الموكل المخالفه او انكر انه اشترى الوكيل بعين ماله و كان في الواقع كذلك فإن الشراء يكون للموكل باطناً لما عرفت.

و طريق التخلص ان يستوهبه الوكيل ببراءه ذمته فماله عليه، أو يجيره على أخذه ان امكن او يدعى عن الثمن فيدفعه الحاكم له عن ثمنه أو يقيه عند الحاكم امانه و يتمرد في دفع الثمن أو يشتره من الحاكم لأنه ولى الممتنع بالمساوى أو بالأزيد أو الأنقص و يجرى حال عدم المساواه الحكم الشرعى الظاهرى كل ذلك يجوز له و الأحسن ان يقول الموكل ان كان لى فقد بعته من الوكيل فيصح البيع، و لا- يكون هذا تعليقاً للبيع على الشرط لتحقق وقوعه كما ذكرناه سابقاً و الشرط المبطل هو ما لم يعلم حصوله و عدمه، و حينئذ يتقاصان بمعنى شغل ذمه الوكيل للموكل بثمنه و شغل ذمه الموكل بما قبضه من الثمن للوكيل فيحصل التهاثر مع عدم الزيادة و النقصان لا فى العين و لا القيمه، و لو باعه بالشرط المزبور بأزيد فماله عند الوكيل لزم الوكيل اداء، له بظاهر الشرع للموكل، و ان جاز له أخذه منه سرقة أو مقاصه لأنه مغصوب واقعاً، و ان امتنع الموكل من جميع ما ترتفع به غرامه الوكيل حتى من البيع المرقوم لا يجبر عليه و جاز له ان يستوفى عوض ما أداه إلى البائع عن موكله من هذه السلعه و يرد ما يفضل عليه او يرجع الوكيل عليه بما يفضل له لو باعها بالأنقص بأن يتربص الفرص فى استرجاع ما دفعه له زائداً على قيمه السلعه، و لو وكل اثنين فإن شرط الاجتماع لم يجز لأحدهما ان ينفرد بشىء من التصرف، و ان حصل الضرر على الموكل فيما وكلا فيه بحيث يرتفع بتصرف احدهما منفرداً مع عدم امكان جمعهما قبل فواته، و مثله لو و كلهما لكن شرط التصرف لأحدهما لا يستقل و ان تصرف وحده.

و كذا لو اطلق و لم يشترط الاجتماع فى توكيله لهما فالإطلاق يقتضيه إلّا إذا نصّ على عدمه فيكون اشتراطه مؤكداً و لو ترتب توكيله فالمؤخر لا يقتضى عزل المقدم بل يشتركان و لا ينفرد بالتصرف احدهما إذ التقدم و التأخر لا يصحح الانفراد إذا لم يتعدد الموكل عليه إلّا ان يظهر من القرائن مضى تصرف كل منهما عليه منفرداً بمعنى ان ايهما سبق إليه فالأمر له و نفس الترتيب لا- يقيد ذلك ان لم يقضى بالاجتماع، و ذهب الأكثر انه لو مات احدهما مع ظهور اراده اجتماعهما مع المالك بطلت الوكاله لأنهما بمنزله و كيل واحد لا- يبقى بذهاب بعضه كالمركب المنتفى احد جزئيه. نعم، لو ضمّ المالك معاوناً للوكيل فهلك الضميمه لم تبطل وكاله الوكيل دون العكس، و ليس للحاكم ان مات احدهما ان يضم إليه اميناً لعدم ولايته عن الموكل بعد انتفاء موضوع وكالته بالموت كذا عللوا لكن ضمّ الحاكم لا موضوع له إذ

الموكل أما حاضر عند موت احد وكيله و أما غائب فإن كان الأول فليس للحاكم دخل لأنه أجنبي بل أمر الضم و عدمه و التوكيل و عدمه إلى صاحبه الذى لا ولايه للحاكم عليه و ان كان غائباً فالحاكم يستقل بالوكالة عنه فى الامور الراجعه إليه فله حينئذ ان يبقى الوكيل الحى و يضم إليه آخر و له عزله على إشكال لأحتمال ان جعله جزء و كيل مطلوب للموكل فللحاكم الضم كما له التصرف فيضم نفسه إليه فإطلاق قوله " رحمه الله " : و ليس للحاكم الضم كما ترى، و فى المسالك و نبه المصنف بقوله: و ليس للحاكم انتهى. على ان الفرق بين الوكيل و الوصى حيث ان الوصيين إذا مات احدهما له ان يضم للآخر اميناً لأن له الولاية و النظر فى حق الميت و اليتيم، فإذا تعذر أحد الوصيين جعل الحاكم يدله بحسب نظارته و عدم التعدى عن قول الميت و إلى لزوم الضم فى الوصيه على الحاكم ذهب جماعه و تردد آخرون فجعلوهما فى عرض واحد بالنسبه إلى عدم الضم و انزال الوصى الحى لانتفاء المرّكّب بانتفاء أحد جزئيه، فيستقل الحاكم بالوصيه كما لو ماتا معاً فإن وجوب الضم إذا كان للآخر حق فى الوصيه فيحتمل حينئذ ان شريكه مقيد بوصف الحياه فإن مات استقل الآخر و عليه لا دخل للحاكم لعدم نظارته فى مال من له وصى، و لو قيل ان الحاكم يضم أميناً أو يباشره بنفسه عند عجز احدهما لمانع عن تصرفه فينوب عنه الحاكم و أى عجز اعظم من الموت فتستصحب بقاء وصيته و يقوم الحاكم مقامه إذ العجز موجب لذلك مطلقاً، و يسرى هذا فى كل الأولياء إذا فقدوا فالحاكم ولى حيث لا- ولى و نائب عن الولى العاجز و ان تسبب عجزه عن الموت لقلنا ان ذلك كلام و جيه لو لا منافاته لظهور بطلان الولايات بالموت و لا- يقاس الموت بالعجز فى الحياه مع ان موضوع الولاية الشخص المتصف بالحياه، فترتفع بارتفاع موضوعها، و لا- تستصحب إلى ما بعد الموت لعدم بقاء الموضوع لا أقل من الشك فى احرازه و منه لا يجرى الاستصحاب إلّا عند من لا يدقق فى الموضوع من القدماء و يترتب على القول باستقلال الحاكم و كونه متولياً من قبل المالك او انه نائب مناب الشريك الميت كثير من الثمرات التى ليس هنا محل ذكرها، و معنى شركهما ان لا يستقل احدهما بشىء مما و كلا عليه بدون علم الآخر و اذنه و لا يكفى إحراز رضاه بالقرائن و لا فرق فى ذلك بين الاقوال و الأفعال و ليس لواحد منهما توكيل الآخر أو توكيلهما ثالثاً إلّا بإذنه و ان اطلق و كالتهما لعدم شموله حتى لجواز التوكيل مطلقاً لكون الاجتماع مطلوب له.

و أما لو اذن او شرط الانفراد جاز له ذلك، و جاز لكل منهما ان يتصرف غير مستصحب رأى صاحبه لكن ظاهر الاشتراط هنا الرخصه لا العزيمه و يقدم السابق فى البيع و نحوه و يبطل عقدهما فى التقارن و يرجع المشتري بالثمن على الموكل لو سبقه بيع شريكه و تنتزع العين من المشتري لو قبضها و تدفع للمشتري الآخر، و لو اختلفا بالسبق تحالفاً و لو اشتبه الاسبق اقترعا أو يرجع الأمر إلى المالك فيدفعه لمن شاء، لكن لا يخرججه عن المشتريين و يبيعه عن ثالث على رأى، و لا يلحق بالعزل و الموت لو وكل زوجته او عبد غيره ثم طلق الزوجه و اعتق العبد لم تبطل الوكالة بذلك إذ ليس شيئاً منهما يبطل الوكالة و هل تبطل وكالة العبد الموكل لو بيع أم لا؟، و جهان بل قولان من الشك فى بطلانها بعد تحققها فتستصحب و من دوران بقائها مدار وجود اذن السيد و عدمه فتبطل حيث لم يحرز اذن سيده الثانى يرجح الأول الشك فى ان الأذن عله مبقية للحكم فعساها ان تكون محدثه و يستمر الحكم و ان ارتفعت. نعم، يعصى المشتري فى عدم الاستئذان فيتحقق الاثم دون الفساد و يرجح الثانى ظهور توقف العقد على الاذن و اشتراطه به فيدور معه وجوداً و عدماً فلا بد من استدامته لأن مدرك الاعتبار فيهما سواء و إليه مال شيخنا " رحمه الله " مدعياً عدم ما يدل على صحه هذا العقد لتوقفه على الاذن

من الثانى ولا- يمكن ان يكون فضولياً بالنسبه إلى الثانى لأنه وقع صحيحاً للمالك فلا يتصور انقلابه فضولاً و ليس هو كالعقد ابتداء بلا- اذن فتكفى اجازة المالك فيه لا هو كاجازة الموقوف عليه إذا مات فى اثنائها، و انتقل الوقف إلى الطبقة الثانى التى تكفى اجازتهم فى صحه العقد لأنهم متلقون من الواقف و العقد من اوله مبنى على الفضوليه بخلاف المقام و هو جيد، لكن ظاهره ان العقد إذا وقع صحيحاً لا ينقلب فضولاً مع انه و غيره حكم بالنكاح فى خصوص بيع العبد أو الأمه المزوجين بالأذن ان المشتري ان شاء اجاز العقد و ان شاء فرق بينهما، و حينئذ قد انقلب العقد الصحيح إلى الفضوليه و لم يذهب إلى بطلان النكاح فى البيع إلّا غيرنا فيقف بطلان الوكاله على اذن المشتري و سكوته مع علمه كإذنه و مع عدم علمه يستأذن وجوباً فإن لم يفعل كان تصرفه فضولاً فإن أراد العلامه بالنفوذ الذى هو أعم من الفضوليه فلا اشكال فيه و إلّا فلا ريب فى فساد تصرفه مع ردّ مولاة الثانى.

أما لو أذن لعبده فى التصرف بماله ثم اعتقه بطل لأنه ليس على حد الوكاله بناء على ان المتعارف فى الاذن هو ما دام عبداً لا مطلقاً بخلاف الوكاله المقصود بها الاستقلال جريا على المتعارف، و لذا لو قامت قرينه على الاذن المساوق للوكاله صحّ، و المناط فى ذلك ان بعض تصرفات المملوك لا يمكن استنادها إلى الوكاله مثل أكل العبد بيته زائداً على النفقه و استكماله لفراشه و قراه لأضيافه و ركوبه لدوابه و غير ذلك، فلو عتق صار اجنبياً عنه فالمالك و ان اذن فى مثل هذه التصرف فالعرف لا تفهم منه الاذن به على كل حال، بل هو اذن تابع للملك فإذا زال الملك زال و لا كذلك التوكيل و لا الاذن التى لا تلازم الملك فلا- ريب فى بقائهما بعد العتق، و حيث كان الأغلب فى اذن الموالى للعبيد من حيث الملكيه لذلك أطلق المصنف الارتفاع بالأذن دون الوكاله، و إذا وكلّ انساناً فى الحكومه لم يكن ذلك اذناً منه فى قبض الحق سواء كان الوكيل أميناً عنده او مجهول الحال، إذ قد يوكل من لا يستأمن من على المال و لتعدى الأمين و حينئذ لا يجوز له قبض المال من الغريم و لا يبرأ من ثبت الحق عليه بأدائه له حيث لا ملازمه، و كذا لو وكلّه فى قبض المال فأنكر الغريم لم يكن ذلك اذناً فى محاكمته و ان خشى التلف لأنه من جهه قصوره قد لا يرتضى للحكومه بل لو خاصم و قبض المال و اقتضت الخصومه بعض المضارف ذهب ذلك على الوكيل و لا- يرجع به على موكله و يحتمل ان قبض المال بعد الخصومه مما لم يوكل عليه فيضمّنه الوكيل لو تلف قرع لو قال: وكتتك فى قبض حقى من فلان فمات لم يكن له مطالبه الوارث، فلو دفعه الوارث إليه لم يكن مقبوضاً بالوكاله لعدم اندراجه فى عباره الوكاله على اشكال لتزيله منزله الميت بالدفع لا بالقبض، كما لو قال: وكتتك فى قبض حقى الذى على فلان كان له ذلك لأنه لم يشخص المقبوض منه فيشمل كل من فى يده مألأ لغريمه الوارث و غيره، و فى المسالك دخول الوكيل فى فقره الأولى لأنّ يده يد الموكل و هو كذلك ان اذن للوكيل فى دفع الدين المخصوص او ديونه لغرمائه و حينئذ تكون يده يد الموكل فيدخل فى مفهوم الوكاله و يكون ابتداء القبض المدلول عليه عن منه و مع عدم الأذن الوكيل كغيره فى عدم الاذن من القبض منه و هو الذى اراده الشهيد لا- ان له مطالبه مطلق الوكيل حتى غير المأذون ليرد عليه ما أورده شيخنا من ان حاله حال الوارث و المتبرع و منه تظهر الفرق بين من يطالبه الوكيل، و بين من لا- يطالبه و بين ما يقبضه بالوكاله أو تبرعاً، و لو وكله فى بيع فاسد عالمياً كل واحد منهما بفساده أو أحدهما أو لعدم دخول الأول فى و كاله الموكل و لنهى الشارع فى الثانى كما لو وكلّه ان يبتاع له خمراً فلو باع او اشترى صحيحاً كان فضولياً و يضمن مع عدم الإجازة عند شيخنا " رحمه الله " بناء على أصله من عدم شمول ما لا يضمن لمثل المقام لقصور دليلها عن ذلك او ان مقتضاها

ضمان نفس العين إذا كان بفساد الوكالة أمانه شرعيه بيده كما لو اشترى المالك بعقد فاسد، و وَّكَلَّ على قبضه غيره فإن المقبوض أمانه شرعيه فلو تلف لا يضمن و المفروض ان الضمان هنا مستند إلى عدم الأذن لا لفساد عقد الوكالة و هو كذلك لا غبار عليه، و كذا لو وَّكَلَّه في ابتياع معيب فاشترى بوكالته الصحيح فإنه لا يجوز له ذلك لتفاوت الاغراض، و إذا كان لإنسان على غيره دين فوكله ان يبتاع له به متاعاً جاز و لا يبرأ إلَّا بالتسليم إلى البائع، أو و كيله و هو المفهوم من الشراء به و عليه فلو شراه للديان بما في

ذمته و لم يسلمه للبائع لا- تبرأ ذمته و لا- يقع الشراء للديان إذ ما عينه قبل قبضه لم يتعين به مال المالك بل هو باق على ملك المديون حتى يقبضه البائع بموجب عقد الوكالة فيبرأ منه المديون و يكون الشراء للديان، و قيل ان تشخيصه في ذمته للبائع يكفي في صحة البيع و يملكه من له الدين متزلزلاً و تتبعه براه ذمه المديون بالتزلزل حتى يتسلمه البائع فيحصل تمام البيع و تستقر البراءة.

و ردّ بعدم ملكيه المبيع لمن له الدين قبل التسليم مطلقاً لعدم التوكيل في ذلك فإن ذلك ليس ابتياعاً له به لعدم كونه له إلا بتسليمه و ان شخصه بذمته و اعترف به فكيف يملكه متزلزلاً إلا إن استفاد ذلك من عباره الوكالة و على فرضه لا معنى للتزلزل فتحصل البراءة بنفس الإقرار لأنه من الوكالة ايضاً، و التسليم أمر آخر قد وكل فيه فيكون كما لو قال له: وكتكتك ان تشتري لي بما في ذمتك سلمته إلى البائع أم لا فتحصل البراءة بنفس الشراء بقدر ما في الذمه و الله العالم.

### الفصل الخامس: فيما ثبت الوكالة

#### اشاره

و يجعل الوكيل كالأصيل و أحكامه احكامه، و لا ريب انه لا يحكم بالوكالة بالمعنى الأخص، بدعوى الوكيل ذلك لكن مع عدم المعارض و عدم احتمال الضرر في انكشاف الخلاف يجوز الأخذ منه و اجراء العقود معه ان لم يمنع من تصديقه مانع بحيث يعد تصرفاً غير مأذون به، و ايضاً لا يحكم بها بموافقته الغريم الذي لا تثبت به الوكالة شرعاً و ان اخذ بإقراره إذ اقراره لا يمضى على الموكل ما لم تقم بذلك بينه و هى شاهدان غير الغريم عدلان. نعم، لو حكم الحاكم بها بعلمه أو بالاستفاضه أو بقرائن تفيده العلم تثبت الوكالة و لا- يسمع انكار الموكل، و عليه فلا تثبت بالاستفاضه لغير الحاكم و ان افادت العلم لغيره، و يقتصر في ثبوت الهلال بها على مورده، كما انه لا تثبت بالشهادة العلميه حتى عند الحاكم ان استند في الحكم إليها، و لا تثبت بشهادة النساء مطلقاً، و لا شاهد و امرأتين و لا شاهد و يمين على قول مشهور بل نقل الإجماع عليه في الجميع.

و حكى عن الشيخ في المبسوط تقويه قبول شاهد و امرأتين في الطلاق و الخلع و الوكالة و الوصيه و رؤيه الأهل، و ظاهر جمع قبول شهادة النساء هنا غير ان الأوفق ما عليه الأكثر من عدم القبول في مطلق الحقوق و ان تضمن الولايه على المال الذى لا اشكال في قبول تلك فيه، إلا أن هذا لا يقتضى صحه اثباتها بها. نعم لو اشتملت على الجعل ثبت بها الجعل دون الوكالة، قيل و لا- مانع من التبعض لانفكاك الجعل عنها فإذا ثبت احدهما لا يلزمه ثبوت الآخر كما يثبت بها المال في السرقة دون القطع، و لكنه محل تأمل بل منع لأن ثبوت الأثر العارى عن المؤثر لا يكاد ينطبق على القاعده إذ استحقاق الجعل فرع كونه و كلاً فكيف يثبت من دون و كاله إلا ان يكون مصب الشهاده انه له بذمته مالاً على عمل فعله و مع ذلك فيه تأمل لو لا ثبوت التفكيك في الاشهر، و حينئذ لا تثبت إلا بتصديق الموكل أو بشاهدين جامعين لشرائط الشهاده أو بهما مع يمين ان كانت على ميت.

أما لو شهد احدهما بالوكالة انشاءً او اقراراً في تاريخ و شهد الآخر و لم يعين احدهما او عين الاقرار بتاريخ آخر قبلت شهادتهما نظر إلى العاده في الاشهاد إذ جمع الشهود لذلك في الموضوع الواحد قد يعسر فإن اتحاد المشهود عليه لا ينافيه تعاقب الزمان و

لا اختلاف المكان، و كذا لو شهد احدهما انه و كَّله بالعجميه و الآخر بالعرييه لأن ذلك يكون اشاره إلى المعنى

الواحد و ان اختلفا فى طريق استفادتهما فتمضى شهادتهما كما لو شهدا كذلك بإقرار أو وهبه أو وصيه أو غيرها، و لا كذلك لو اختلف فى لفظ العقد و انشاء الوكاله بأن يشهد احدهما ان الموكل قال: وكتكتك، و يشهد الآخر انه قال: استنتبتك لم تقبل عند الأكثر و ان اتحد الوقت لأنهما شاهده على عقدين و انشائين إذ صيغه كل واحد منهما مخالفه للآخر و لم يثبت أحدهما مستقلاً و لكن عند المصنف فيه ترد إذ مرجعه إلى انهما شهدا فى وقتين، و قد ذكر أولاً ان تعاقب الشهاده مع اتحاد المشهود عليه لا- بأس به و ان اختلف التعبير فلا- فرق حينئذٍ فى الشهاده المتعاقبه عن لسان الموكل بين ان تكون بالإقرار أو الإنشاء أو احدهما بأحدهما و الآخر بالآخر، و دعوى الفرق بين الاقرار و الانشاء كما ترى لأن الاقرار الثانى قد يتفرع عن الانشاء. نعم، إذا كان مطلق اختلاف الشاهدين سبب تام فى ردّ

الشهادة و ان اتحد المشهود عليه كأن شهد أحدهما انه باع بالعربيه و الآخر بالفارسيه او بلفظ البيع او الفعل فحينئذ لا تثبت الوكاله بذلك لدوران الثبوت مدار عدم اختلاف الشاهدين مطلقاً و لعل له وجه و تمامه فى القضاء.

و أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل و اقتصر على ايراد المعنى الذى هو كونه و كلاً جاز و ان اختلفت عبارتهما فإن المعنى الواحد يؤدي بعبار مختلفه اتحدت لغتهما أو اختلفت كما هو بين، و عليك بالتأمل فى الموارد التى ترد فيها الشهاده و تقبل. نعم، يظهر من صحيح هشام بن سالم و من جماعه ان العزل يتحقق بأخبار العدل الواحد و لعله من باب قبول الخبر لا الشهاده و يتفرع عليه انهما لو شهدا بالوكاله و شهد آخر بالعزل يتحقق العزل بالعدل.

لكن فى جامع المقاصد حكاية الإجماع على عدم العزل فإن كان و إلا فلا شبهه فيه، و ليس من باب الشهاده بل هو كالمشافهه. و إذا علم الحاكم بالوكاله حكم فيها بعلمه على ما هو المشهور من ان للحاكم ان يحكم بعلمه فى حقوق الله تعالى، و حقوق الناس.

### تفريع

لو ادعى الوكاله عن غائب فى قبض ماله عيناً كان أو ديناً فإن انكر الغريم فلا يمين عليه فى كل ما لا يلزم بالسليم فيه إذا صدقه. و أما ان صدقه فإن كان عيناً لم يؤمر بالتسليم إذ تصديق الغريم لا تثبت و كاله المدعى لكونها اقرار فى حق الغير فكيف يأمر به الحاكم فى المرافعه بل قيل لا يجوز له الدفع ان لم يجب عليه التسليم، و لكن الضوابط الشرعيه تقتضى جواز دفعه العين حيث لا معارض لكن لا توجب إلزام الحاكم به و حيث لا توجهه فلا ضمان عليه حتى لو بان انه و كيل و احتمال بعضهم الضمان من هذه الجهه و هو كما ترى و حينئذ لو دفع إليه بعد التصديق المسوّغ له كان للمالك استعادتها و الرجوع بنمائها ايضاً، فإن تلفت كان له إلزام أيهما شاء بالمتلوف و ان تبعض أو كان نماءً مع انكاره الوكاله و يجوز لمن يرجع عليه تحليفه دون الآخر للغرامه، و لا يرجع احدهما على الآخر لأنهما يريانه ظالماً فى رجوعه هذا إذا تلفت بلا تفريط من الوكيل، أما لو فرط و رجع المالك على الدافع يرجع الدافع على الوكيل، و لو قبل الغرامه فى وجهه، و لكن لنافى الرجوع عليه مع التفريط تردد و ان جعله شيخنا من المسلمات كما سيجى ء.

و كذا لو كان الحق ديناً فأدعى الوكاله على قبضه و صدقه الغريم ايضاً لم يأمر بالتسليم فى المرافعه عند الحاكم لما تقدم، و للمصنف كغيره فيه تردد، و حكى عن المحقق و الشهيد الثانين ترجيح الجزم بأنه يأمر بالتسليم حيث أقر بالوكاله فيه فإنه يدفعه من خالص ماله و المنكر على حجته فلا يساوى العين، لكن الاكثر على المساواه.

و حكى عن الشيخ و ابن سعيد و ارشاد الازهان و الايضاح و غيرهم ذلك و حجتهم ان الذى يأمر بتسليمه هو لما يرى ذمه الدافع و الحال انه لا يبرأ بإقراره بالتوكيل لأنه اقرار فى حق الغير فإن لم يصدقه لا يمضى عليه، و لذا جاز الامتناع من تسليم سائر الحقوق للإشهاد عليه إذ لزوم الدفع على الغريم لغير المالك غير واجب و له و ان وجب لكن بعد ثبوت مقتضيه و لم يثبت



وردهم غير واحد بأن الأمر بالتسليم يكفي فيه تعلقه في حقه و لا- يتوقف على نفوذ إقراره في حق المالك و مثله ما لو أقر بالحواله عليه لشخص خاص و للمحوّل عنده مال فيأمر بالدفع له، و ان لم ينفذ في حق غريمه على الاشهر غايته احتمال ضرر المديون المنذفع بالاشهاد على قبض الوكيل الذي اعترف بوكالته، و لا ريب بأنه لو قامت البيئه على التوكيل و جب دفع المال إلى الوكيل مع احتمال الضرر موجود بالموت و الفسق و الغيبه لهما، و مثل هذه

الاحتمالات لا يعتنى بها قال شيخنا " رحمه الله " و يكفى فى ثبوت مقتضيه بالنسبه إلى لزوم الرفع الاقرار المزبور الذى لا يتوقف إلزامه بمقتضاه عملاً بإقرار العقلاء بوجوب دفع الحق إلى صاحبه المطالب به على نفوذه فى حق الغير انتهى.

لكن فى هذا لو دفع الدين للوكيل لم يكن للمالك مطالبه الوكيل لأنه نفاها و لأجاز القبض فكيف يطالبه لأنه لم ينتزع عين ماله إذ لا- يتعين انه ماله إلا بقبضه أو قبض وكيله و هو ينفى كل واحد من القسمين، و للغريم ان يعود على الوكيل ان كانت العين باقيه او تلفت بتفريط منه و لأدرك عليه لو تلفت بغير تفريط و يمكن ان يقال ان الغريم لا رجوع له على الوكيل مطلقاً لتصديقه إياه فى الوكاله التى تجعله كأصيل فلا معنى لضمان الوكيل، و لا لرجوع الغريم عليه لأن الغريم يرى ان رجوع الأصيل عليه من

العدوان لأنه وصله حقه إلزاماً له بإقراره و ان اقتضى ظاهر الشرع ان يسلمه للأصيل و حينئذٍ له ان ينتزع ما أخذ الأصيل منه بسرقة او مقاصه إذا علم بالوكالة و ثبت ذلك لديه. نعم، لو صدقه كاذباً و ان لم يثبت عنده ذلك أو يقطع به مشاهدته أو لقيام بينه ففقدت فله الرجوع عليه، و للوكيل ان يمتنع من الغرامه لأنه بإقراره سلطه على قبض ذلك بل يمتنع من دفع العين و ان كانت باقيه فكيف مع تلفها، لكن الوكيل المزبور يلزمه ان يدفع المال إلى الموكل ما لم يكن له طريق للتصرف فيه و جعله كأمواله منه و ان كان لا يقدر على اثباته كوكالته للمالك ان يقبضه منه لإقراره بأنه له، و حينئذٍ يرجع لغريمه ما أخذه بدل دينه إذ لا يصح له الجمع بينهما و أخذ الزائد على دينه و هذا هو الذى تقتضيه القوانين الشرعيه من اقرار العقلاء على انفسهم الذى معناه ترتيب الآثار التى تلزم على المقرّ دون غيرها مما يلزم غيره، فإذا أقرّ بالوكالة لزمه ترتيب آثارها المتعلقة به عليها كالإقرار بنبوه شخص فإنه يرتب آثار الأبوه و ان لم يرتب الابن آثار النبوه إلّا ان الأصحاب اطلقوا هنا رجوع الغريم على الوكيل فى المقامين مع بقاء العين أو التفريط فيبقى التأمل فى المقام.

نعم، يتجه ذلك إذا لم يأمر بالتسليم و لا يلزمه ذلك و ان اعترف بالوكالة، و منه يظهر ان كلّ موضع يلزم الغريم التسليم لو أقرّ يلزمه اليمين لو انكر، فلو ادعى الوكيل عليه العلم بوكالته و انكر الغريم للوكيل تحليفه و للغريم ردّ اليمين عليه، قيل و مثله ما لو كان للميت دين على أحد أو له عين أمانه او وديعه أو عاربه أو رهن أو مبيع بالخيار و ادعى الآخر انه الوارث المعلوم عند المديون و غيره ممن ذلك فأنكر من عنده العلم بذلك، فإن له تحليفه على عدم العلم حتى لو ادعى انه من بعض من يعلم انه يرث فإن له تحليفه أيضاً و ان أفتى بعض المعاصرين بالعدم لعدم وجوب التسليم لو صدقه لتوقفه على القسمه و هو متين، لكن لا على اطلاقه.

## الفصل السادس: في اللواحق

## إشارة

و فيه مسائل:

## المسألة الأولى: الوكيل أمين و ان كان بجعل

لا يضمن ما تلف في يده إجماعاً إلا مع التفريط و التعدي و يصدق في دعوى التلف.

## المسألة الثانية: الوكيل لا يوكل مطلقاً

إلاً إذا اذن المالك لوكيله ان يوكل عنه و عن موكله و هو مع التنصيص لا شبهه فيه، و في الاطلاق ايضاً كذلك و ان احتمل بعضهم انه في الاطلاق يقتصر على التوكيل عنه لا مطلقاً، لكن الظاهر خلافه تبعاً للفاضل و في جامع المقاصد و المجمع لا بد ان يتبع ظاهر المراد من عباره الوكالة فإن ظهر منها انه و كيل على التوكيل فقط أو شك في بقاء وكالته لو و كل كذلك انحصرت الوكالة بالثاني و ان لم يظهر ذلك و لا قامت عليه قرينه، و حينئذ فإن و كل عن موكله بإذنه كانا و كيلين له و لا يرفع وكالتهما إلا بالموت أو الجنون أو العزل لهما دون أحدهما لبقائه حينئذ، و لا تبطل بموت احدهما ان لم يظهر من الضم عدم الاكتفاء بالواحد فيمنع من التصرف لا انه يعزل حتى يراجع المالك، فإما ان يضم له واحد مثلاً، و أما ان يقتصر عليه، و كذا لا تبطل بعزل احدهما صاحبه لعدم تسلط الواسطه على العزل إلا بأمر المالك بأن توكله أن يوكل عنه و ان يعزل عنه كذلك، و ان و كله عن نفسه بإذنه في خصوص التوكيل و إذا اقتضاه الإطلاق كان له عزله و كان بقاءه و عدمه دائر مدار بقاء الوكيل الذي استتابه إذ هو فرعه فإذا انتفت و كالتة بموجبه عزل من استتابه و يجري ذلك في و كيل الحاكم المأذون له بأن يوكل عنه، و كونه بالأذن يكون و كلاً عن الأصيل فلا ينعزل إذا انعزل الوكيل كما ترى و ان احتمله البعض.

و من اسباب العزل الموت، فإن مات الموكل بطلت و كالتها معاً، و كذا لو مات الوكيل الأول لما ذكرنا من ان و كالتة فرع بقاء و كاله الأول فيعزلان و يظهر من المصنف الاذن للوكيل في التوكيل يفيد التخيير بين التوكيل عن نفسه و عن الوكيل لا احدهما و حكم شيخنا " رحمه الله " بإجماله لعدم القائل به لما ذكره من ان التوكيل من غير ذكر المتعلق يكون مجملًا و لمنع الانسياق منه ذلك و لا قدر متيقن من الصور، فيأخذ به فلا بد من اجماله، و فيه انه لم يدعى احد إجمال مثل العبارة غايته ادعاء بعضها منها كما في التحرير و هي مأمونه مستعمله و لا تقاس بحذف المتعلق و التخيير قضى به العقل، كما لو و كله في عتق احد عبده أو بيع دار من دوره إذ الفردين و ان تغايرا بالنسبه إلى المتعلق لكنهما مشمولان للخطاب، فإذا ظهر من الموكل التفويض في التوكيل الذي هو اعم من ان يكون عنه أو عن موكله تعين التخيير حسب ما يراه من المصلحه، و لو بان يوكل اثنين واحداً عنه و آخر عن موكله فالحكم بإجماله مع عدم ظهور القرينه على المراد مشكل و مثله اعتبار الأمانه او العداله فإن ذلك لا يلزم في التوكيل إذا اقتضت خلافه المصلحه.

المسأله الثالثه: يجب على الوكيل و ان عزل تسليم ما فى يده إلى الموكل مع المطالبه او خوف التلف أو توقف قسمه التركه لو مات الموكل و طلب ذلك الوارث، و لكن التسليم على الفور مع عدم العذر إذ هو يرفع حكم التسليم ما دام موجوداً، و يجرى فيه ما يجرى فى اداء الدين من فوريه القضاء إلّا لعذر و ان كان شرعياً فإن امتنع من غير عذر ضمن، و يقبل قوله فيه، و ان كان هناك عذر لم يضمن إذا لزم منه التأخير بناءً على ان الاذن الشرعيه تنافى الضمان، و أما إذا لم تنافيه لم يآثم بالتأخير و ان ضمن أخذاً بعموم على اليد، قيل و ليس فى

الادله ما يقضى بعدم الضمان فى كل ما اذن شرعاً ببقائه فى يده على وجه يشمل الفرض لكن نصّوا فى انه لو وكله على شراء طيب فى الحل فاشتره الوكيل و مكث فى مده و اراده المالك فى الإحرام الذى يلزم المحرم استعماله فى اداءه لم يكن له اداءه و ان تلف لا يضمن فيظهر منهم عدم الضمان مع العذر هنا و كأن المسأله مفروغ منها و ان لم يكن فى شىء من تعليق الحكم وجوداً و عدماً عليها و يشمل العذر الاستحمام، و أكل الطعام، و نزول المطر، و الإسراع فى الليل مع الخوف، و المضى فى النافله، و الطواف، فضلاً عن الواجب.

و عليه لو زال العذر و أُخّر التسليم ضمن بلا كلام، و لو ادعى بعد ذلك الامتناع ان تلف المال منى كان قبل الامتناع، أو ادعى الرد للمال قبل المطالبه، قيل لا تقبل دعواه و ان أقام عليها بينه، و علل بتكذيبه لبيئته لإقراره بالمال قبلها و إليه ذهب غير واحد.

و الوجه عند المصنف و من تبعه انها تقبل للخبر و عمومه يشمل المقام سواء أظهر لإنكاره وجهاً يقبله العقل أم لا لكن عموم الخبر قد يعارضه عموم ما قضى بحجيه الاقرار، فالأحسن ان تلحظ فيه المقامات و كيفيه الامتناع فإن فهم منه ما يكذب بينته لا أشكال بعدم القبول و عدم سماعها، و ان فهم من جهات امتناعه عدم ما ينافى اقامه بينته فيتجه القبول.

المسأله الرابعه: كل من بيده مال لغيره مما لا يجوز له تعويقه لو طوب به و لو التقطه، و ظهر صاحبه أو كان مغصوباً فاستولى عليه غيره عدا الحقوق الإلهيه، او كان فى ذمته فقد ذهب الأكثر إلى أنّ له ان يمتنع من التسليم إلى صاحبه حتى يشهد صاحب الحق بالقبض إذ الاشهاد كذلك مما نطق به الكتاب و السنه و أفتى به اكثر المتقدمين، فلا يزاحم استحقاق الاشهاد و جوب الدفع و فوريته لتوقفه عليه و الفوريه بعده كما هو ظاهر اطلاق المصنف و غيره، و لذا يستوى فى ذلك ما يقبل قوله فى ردّه بلا بينه و ما لا يقبل إلاً بينه، و الحكمه الباعثه على ان يشهد كى ما به يفزّ فراراً و هرباً من الجحود المفضى إلى الدرك و الضمان فيما يحتاج إلى البينه، أو اليمين فيما يتوقف عليه فلزم الاشهاد و كانت الفوريه اللازمه بعده لا انها مقدمه عليه فيشهد حيث لا ينافيها كما لعله يظهر من شيخنا فإن نافاها قدم اداء حق الغير على الإشهاد.

و يظهر من مجمع البرهان التوقف فى أصل الحكم لما قضى بوجوب دفع الحق إلى أهله خصوصاً إذا حصل الضرر بتأخيره على المالك و احتمال ضرر من عليه الحق بعدم الاشهاد متوقع فلا يقدم على الضرر الموجود مع أن الأصل ينفيه و ضرر من عليه الحق المحتمل لا- يرفعه الاشهاد أصلاً لأحتمال موت الشهود او خروجهم عن تأهل الشهاده او عدم امكان الوصول إليهم بل يمكن ان يتوجه اليمين و ان شهد فيما لو ادعى عليه العلم بخطأ الشهود مع ان اليمين عباده من الصادق فلا يسلم انها ضرر بحيث يجوز معه منع الحق عن مستحقه، و هذه كلها تقرّيات بعد مشروعيه الاشهاد فى المقام التى تحكم على قاعده الضرر بالتأخير و على لزوم ايصال الحق إلى أهله بعد ان كان المفهوم اعتبارها فيه كالطلاق الذى يلزم من تأخيره الإضرار، بالزوج و الزوجه إذا تصادقا عليه و تراضيا به حيث لا- شهود. نعم، مع الأمن من الدعوى ان يلزم الاشهاد و لعدم الاحتياج إليه و ان حصل أو كان بالتأخير اضرار من له الحق خصوصاً لو احتاج إليه و فصل آخرون و حكى عن المبسوط بين ما يقبل قوله فى ردّه كالوديعه و غيرها، و بين ما لا- يقبل كالعاريه فأوجب التسليم فى الاول فوراً و اجاز الامتناع فى الثانى إلاً مع الاشهاد و فصل بن سعيد فى المحكى منه فيما جاز فيه الامتناع انه لو علم الناس انه عنده و اظهر ذلك يمتنع حتى يشهد و ان لم يعلم به أحد دفعه بلا اشهاد لتمكنه من الانكار بأن يقول لا شىء له عندى فى المرافعه فليس عليه إلاً اليمين و رجح الفاضل ان

الامتناع له إلا إذا أدى إلى التأخير للحق، فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله بيمينه، والحاصل ان لمن عليه الحق حق الاشهاد و للمالك حق المطالبه و الأخذ عندها و كونه ينفي جواز التأخير للإشهاد فيذهب ذلك الحق لا دليل عليه واضحاً، و لذا كان الاول اشبه عند المصنف لتزاحم الحقين و الأخذ بالدليلين.

المسألة الخامسة: الوكيل على الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن بإنكار المستودع و لا يلاحظ ضرر المالك هنا و لا يحصل التفريط و القول قول الوكيل فى الاستيداع لو انكره المالك، و لكن لو كان وكيلاً فى قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن إذا نكر الغريم القبض فى قول مشهور، و للماتن فيه تردد لأن الضمان يلحق التفريط الذى ينفى الأصل عند الشك و للقول بلزوم الاشهاد الضمان مع عدمه وجه لمنافاه عدمه لمصلحه المالك المطلوبه من الوكيل، و هو المحكى عن الشيخ و الفاضل و الفخر و الشهيدين و جامع المقاصد.

المسألة السادسة: إذا تعدى الوكيل فى مال الموكل بما لم يأذن به من التصرفات، ضمنه و خرج عن كونه أمانه كتعديه على العين المستأجره و المرهونه و العاربه و الوديعه، و لا تبطل به و كالتة على بيعه إلا ان تؤخذ العداله فى الوكاله بإجراء عقدها شرطاً و عدم البطلان لعدم التنافى بين تعديه الموجب لضمانه، و بين بقاء و كالتة فتستصحب حتى تنفسخ بما يرفعها و ليس التعدى من الروافع، و عليه لو باع ما تعدى به و سلّمه إلى المشتري براء من ضمانه، و هل يضمن تفاوت القيمة إذا ورث التعدى نقصانها عن ما تسرى قبله الظاهر الضمان إذا لم يعين المالك قيمه فيبيعها بها و معه لا ضمان لا للعين و لا لتفاوت القيمة، لأنه تسليم مأذون فيه فيجرى مجرى قبض المالك فى عدم الضمان و نقل الاتفاق عليه و ايضاً لا يضمن ثمنه لو قبضه لعدم التعدى و هل يزول الضمان بنفس البيع قبل قبضه المشتري للمبيع أم لا و جهان من انه ربما تلف قبل القبض فيبطل العقد و يتلف من مال الموكل فكأنه لم يبيع و المفروض ضمانه قبل البيع و من ان التلف يقضى الانفساخ من حينه فيكون حين التلف داخل فى ملك المشتري، و ان اقتضى ذلك انفساخ البيع فلا ضمان كما لو ردّ المبيع بعيب على الوكيل حيث يسوغ الرد عليه و كان الوكيل قد تعدى فيه قبل بيعه فإنه لا يضمن لانقطاع الضمان بالبيع، و المسالك اختار فى الأول الضمان و فى الثانى العدم مع عدم ظهور الفرق بينها حيث يكون الفسخ من حينه لا من اصله كما تبّه عليه فى المردود بالعيب إلا ان يدعى ان الفسخ فى الأول من أصله دون الثانى و له وجه، و أيضاً ينقطع الضمان بما لو باعه بخيار للمشتري او له لانقطاع سببه بالخروج عن ملكه و لا مترزلاً و كون الضمان يقتفيه بالترزّل لا دليل عليه فرجوعه عند الفسخ كعوده من المالك بعد رجوعه إليه بالبيع الذى اذن فيه فهو استئمان جديد لا انه عين الاستئمان الأول.

المسألة السابعة: إذا اذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه جاز، و فيه تردد، أما جوازه فهو لعدم لزوم المغايره بين الموجب و القابل بل يصح مع الاتحاد للنص به فى الوصى و الأب و الجد و لأنه المشهور المحكى عليه الإجماع و لإطلاق الأدله، و أما عدم الجواز فلذهاب جماعه من الاصحاب إليه بدعوى ان المنساق من الادله المغايره و مع الشك فالأصل عدم ترتب الأثر و قد ذكرنا فى ما سبق ان الأقوى الصحه فى البيع، و كذا فى غيره من العقود حتى النكاح. نعم، فى جواز البيع و الشراء فيما و كل فيه بيعاً و شراء مطلقاً من نفسه، و على نفسه بلا اذن الموكل خلاف لاختلاف النصوص فذهب إلى الجواز طائفه منهم الفاضل فى غير واحد من زبره و ولده و الشهيد و ابو الصلاح فيما حكى عنه و حجتهم مع شمول الاطلاق، لذلك و لصدق البيع و الشراء

خصوص خبر اسحاق بن عمار يجي ء الرجل بدینار یرید منی دراهم



فأعطيه أرخص مما اباع قال " عليه السلام": )

اعطيه ارخص ما تجد له

(، و خبر قيس قلت له: يجيئني الرجل فيقول تشتري لي و يكون ما عندي خير من متاع السوق، قال " عليه السلام": )

ان امنت ان لا يتهمك فأعطه من عندك و ان خفت ان يتهمك فاشتر لي من السوق

(، و ما ورد فيمن

وَكَلَّ عَلَى تَقْسِيمِ مَالٍ لِلْمَحَاوِجِ وَكَانَ بِصِفَتِهِمْ أَنْ يَأْخُذَ لِنَفْسِهِ وَ مَا وَرَدَ مِنْ جَوَازِ حِجِّ الْوَصِيِّ بِنَفْسِهِ لِمَنْ هُوَ عَنْهُ وَصِيٌّ، وَ ذَهَبَ إِلَى الْعَدَمِ جَمَاعَةً مِنَ الْمَشَاهِيرِ مِنْهُمْ الْمَبْسُوطُ وَ الْفَاضِلُ أَيْضاً فِي بَعْضِ كُتُبِهِ، وَ نَقَلَ أَنَّ الْمَشْهُورَ عَلَيْهِ فِي تَذْكَرِ الْفُقَهَاءِ وَ اسْتَدَلُّوا بِأَنْسِيَاقٍ غَيْرِهِ مِنَ الْإِطْلَاقِ الَّذِي يَحْدُثُ الشُّكُّ فِي تَنَاوُلِهِ لَهُ وَ لظُهُورِ الْمَنْعِ فِي بَعْضِ النُّصُوصِ كَخَبْرِ اسْحَاقَ سَأَلْتَهُ: (

عَنْ الرَّجُلِ يَبْعَثُ إِلَى الرَّجُلِ فَيَقُولُ لَهُ: ابْتَغِ لِي ثَوْبًا فَيَطْلُبُ لَهُ فِي السُّوقِ وَ يَكُونُ عِنْدَهُ مِثْلَمَا يَجِدُ لَهُ فِي السُّوقِ فَيُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِهِ، قَالَ: لَا يَقْرَبُوا هَذَا وَ لَا يَدْنِسْ نَفْسَهُ

( الْخَبْرُ، وَ لَكِنْ قَوْلُهُ " عَلَيْهِ السَّلَامُ ": )

وَ لَا يَدْنِسُ

( أَنَّهُ مَنَّهُى حَيْثُ يَتَّهَمُ لَا مَطْلُوقٌ، وَ خَبْرُ الْقَلَانَسِيِّ قَلْتَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ " عَلَيْهِ السَّلَامُ ": )

الرَّجُلُ يَجِيئُنِي بِالثَّوْبِ فَأَعْرَضَهُ فَإِذَا أُعْطِيَ فِيهِ شَيْءٌ زِدْتَ فِيهِ وَ أَخَذْتَهُ، قَالَ " عَلَيْهِ السَّلَامُ ": لَا تَزِدْهُ، قَلْتَ: وَ لَمْ ذَلِكُ؟، قَالَ " عَلَيْهِ السَّلَامُ ": أَلَيْسَ إِذَا أَعْرَضْتَهُ أَحْبَبْتَ أَنْ تُعْطَى بِأَوْكَسٍ مِنْ ثَمَنِهِ؟، قَلْتَ: نَعَمْ، قَالَ: لَا تَزِدْهُ

(، وَ خَبْرُ بَنِ أَبِي حَمْرَةَ سَمِعْتَ الزِّيَّاتِ سَأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ " عَلَيْهِ السَّلَامُ ": )

جَعَلْتَ فِدَاكَ أَنْ يَبِيعَ الزَّيْتَ يَأْتِينِي مِنَ الشَّامِ فَأَخَذَ لِنَفْسِي مِمَّا يَبِيعُ، قَالَ: مَا أَحَبُّ لَكَ ذَلِكَ، قَالَ: أَنِي لَسْتُ أَنْقِصَ لِنَفْسِي شَيْئًا مِمَّا يَبِيعُ، قَالَ: بَعْدَ مِنْ غَيْرِكَ وَ لَا تَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا

( الْخَبْرُ، وَ خَبْرُ بَنِ الْحَكَمِ عَنِ الصَّادِقِ " عَلَيْهِ السَّلَامُ ": )

إِذَا قَالَ لَكَ الرَّجُلُ اشْتَرِ لِي فَلَا تُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِكَ وَ أَنْ كَانَ الَّذِي عِنْدَكَ خَيْرًا مِنْهُ

(، وَ هَذَا هُوَ الْأَقْوَى لِكَثْرَةِ النُّصُوصِ الْوَارِدَةِ بِهِ وَ لِمُوَافَقَتِهِ لِلْإِحْتِيَاظِ وَ أَنْ لَمْ يَمْنَعْ الصَّدَقَ وَ حَمَلَ هَذِهِ النُّصُوصَ عَلَى ضَرْبٍ مِنَ الْكِرَاهَةِ بِلَا مَأْخُذٍ وَ هُوَ لَيْسَ بِأَوَّلِيٍّ مِنْ حَمْلِ الْأَوَّلِيِّ عَلَى الْإِعْتِقَادِ فِي تَحْقِيقِ الرِّضَا لَا مَعَ عَدَمِ إِحْرَازِهِ وَ لَعَلَّ الْإِتِّهَامَ هُوَ الْحَكْمَةُ فِي عَدَمِ الْجَوَازِ وَ اسْتِضْعَافِ السَّنَدِ مَعَ عَمَلِ طَائِفَةٍ مِنَ الْمَعْتَبَرِينَ بِهَا مِمَّا يَرْفَعُ الضَّعْفَ الْمَزْبُورَ وَ جَوَازِهِ فِي بَعْضِ الْمَقَامَاتِ لَوْ سَلِمَ فَهُوَ لِذَلِكَ لَا لِشُمُولِ الْعَامِ لَهُ بَعْدَ وَرُودِ التَّصْرِيحِ بِخُرُوجِهِ عَنِ الْعَامِ وَ اللَّهِ الْعَالِمُ.

## الفصل السابع: فى التنازع

### اشاره

و فيه مسائل:

### المسأله الأولى: إذا اختلفا فى الوكاله

فالقول قول المنكر لأنه الأصل هنا، و فى كل دعوى حتى لو كان المنكر الوكيل، و لكن لو اختلفا فى التلف فالقول قول الوكيل و هو ان خالف الأصل و لكن حكم به، لأنه أمين و ليس عليه إلّا اليمين.

و ان ادعى و لأنه قد يتعذر إقامه البيئه بالتلف غالباً، فأمتنع بقوله دفعاً للالتزام الأمين بما تعذره غالب، و ان كانت الوكاله بالجعل أو كان التلف بسبب خفى كالسرقة و الضياع و الخلاف بهما منقرض و قاعده السر و الحرج ايضاً تقضى به، و هى ان الذى لا يعرف إلّا من قبله لتعذر اقامه البيئه عليه يقبل قوله فيه كقبول قول المرأه فى الحيض المنافى لحق الاستمتاع، و فى حكم الوكيل غيره من الامناء إلّا إذا ظهر منه ما ينافى قبول قوله، و أما لو اختلفا فى التفريط و منه التعدى فالقول قول منكره و نافية لقوله " ص: " )

و المتلقى بالقبول و اليمين على من انكر).

### المسأله الثانيه: إذا اختلفا فى دفع المال إلى الموكل

بأن انكر الموكل قبضه و ادعى الوكيل وصوله إليه أو إلى من ينوب منابه فإن كان الوكيل بجعل لا مجاناً كلف البيئه لأنه مدع و لا يعسر الاشهاد عليه و قاعده الاحسان لا تأتى فيه، فلا يساوى الوديعه فيغرم مع عدمها و له اليمين، و ان كان بغير جعل و هو اعم من ان يكون قبوله للوكاله سببه مصلحه نفسه لغرض هناك فى قبوله فإن الاغراض لا تتناهى و أقلها اتصاله بالموكل الذى يفيد رفعه و جاهاً أو كان لمحض الاعانه إلى أخيه، و قضاء حاجته و على عمومه، و قد قيل القول قوله كالوديعه و هو قول مشهور و حكى غايه المراد انه قول الشيخ و الاتباع و المهذب الإجماع عليه و اختاره الصيمرى و الكفايه، و قيل و نسب لجماعه منهم الحلّى القول قول المالك و هو الاشبه عند المصنف لموافقته للأصول المحكمه و القواعد الممهده فإنها دعوى و كل دعوى لا تثبت إلّا بينه و لا يدور القبول مدار الاحسان وجوداً و عدماً و لم يزعم أحد أنه عله تامه و قياسه على الوديعه قياس فهى خارجه بدليلها كما ان ما قيل من ان القبض لمصلحه المالك و ان عدم قبول قوله يلزمه سدّ باب الامانات. نعم، نفى السبيل ان عمّ قبول دعواه يمكن ان يوجه القول المزبور لكنه أول الدعوى لمساواه اليمين للبيئه فإذا اقتضى نفى السبيل ان تكون البيئه عليه ينبغى ايضاً ان ترفع اليمين عنه فيقبل قوله على كل حال و هو كما ترى، لكن قد يقال بأن مطلق الأمانه يقبل فيها القول فى الردّ إلى المالك قاعده فى الامانه و الخارج بدليله فإن كان كذلك لا جرم ان يكون القول قوله أو مشروعيه اليمين لرفع الاتهام فلا يحصل النقض به و سيجىء مزيد توضيح لذلك، و أما غير الوكيل من الامناء الذى منهم الوصى، فالقول قوله فى خصوص

الانفاق على الطفل و من يعول به، و ما يلزمه اصلاحه، و فى دعوى التلّف إلّا إذا ثبت تعديّه، دون تسليم المال إلى الموصى له، إذ لا- ولا-يه عليه بعد بلوغه و رشده ليقبل قوله فى التسليم له، سواء كان هو اليتيم الذى كان امره إليه او غيره بل عرفت من ان ظاهره عدم القبول فى الرد مطلقاً خرج منه قبول قوله فى ردّ الوديعه على خصوص المالك او من ينوب منابه دون وارثه، و كذا القول فى الأب و الجد و الحاكم و أمينه فى القبول فى الانفاق و عدمه، مع اليتيم إذا انكر القبض عند بلوغه و رشده، و كذا تسليم الحاكم لو قبض مال الغير له فأنكر اولويه كذلك، و كذا الشريك و المضارب و من حصل فى يده ضاله عملاً بعموم لزوم البينه

على المدى و عدم حكومه قاعده الاحسان عليها و عدم اقتضاء الامانه القبول و القياس على الوديعة باطل و ينتج من ذلك عدم قبول قول الجميع فى تعذر الاشهاد، و لو قبل كان القول قولهم فى الردّ و وجوب الامساك مع مطالبه من له الحق إلى ان يحصل الاشهاد مخالف للأمر بدفع اموالهم إليهم و لو جاز له تعطيله حتى يشهد على قبضه يقتضى قبول قوله بعد المطالبه فى التلف فيتبعض القبول أو يلزم الدفع حينئذٍ المورث لقبول قوله فيه إذ لا- يجتمع ادفع إليه و انتّ ضامن له إذا انكر فيلزم التأمل فى الموارد لاختلاف كلامهم فيه و الله الهادى.

### المسأله الثالثه: إذا ادعى الوكيل التصرف و انكر الموكل

بأن يقول بعت و قبضت و تلف منى المقبوض لكّ ثمناً أو مثمناً، قيل القول قول الوكيل لأنه أقر بما له ان يفعله و من ملك شيئاً ملك الاقرار به، و لو قيل القول قول الموكل أمكن إذ الأصل معه بل هو امتن دليلاً كما فى جامع المقاصد، لكن الأول و هو القبول اشبه للقاعده المتلقاه بالقبول عند اساطين اصحابنا ان من ملك شيئاً ملك الاقرار به بناءً على ان ملك الشىء السلطنه عليه فعلاً، و يراد به خصوص الافعال لا الاعيان و ان شملها لغه فتشمل جميع التصرفات التى للمتصرف السلطنه عليها، و تعم الوكيل و الولى كالأصيل و المراد من الاقرار به هو اثبات الشىء و جعله قازراً سواء اثبتته على نفسه أو غيره لا ما ذكره بعضهم انه الأخبار بحق لازم على المخبر لاختصاصه بما اثبتته على نفسه فيخرج عنه دعوى الوكيل و اضرابه التى يستندون إليها فيها، و حينئذٍ معنى ملك الاقرار به من الوكيل أى هو نافذ على الاصيل كالتصرف الصادر منه فيقبل قوله إلى فيما للأصيل التصرف فيه مطلقاً لأن لسانه كلسانه و فعله كفعله و لا- فرق بين ان يكون هناك دعوى او لا- يكون مع الاصيل، أو مع غيره، فلو أخبر الوكيل بقبض الدين من الغريم نفذ على الاصيل لو ادعى بقاء الدين و هكذا، و لكن ذهب جماعه إلى ان الوكيل انما يعتبر أقراره فيما له ان يفعله فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره، و هو ظاهر المبسوط لأنه فزق بين هذه المسأله و بين ما لو وكل على قبض دين له من غيره، و ادعى الوكيل قبضه و تسليمه للموكل و صدقه الغريم و انكر الموكل ذلك و رجع الموكل إلى المدين له ان يأخذ المال منه يمينه و لا- يثبت باليمين على الوكيل شىء إذ هو بمنزله أن يدعى أن الغريم دفع المال إليه و هو ينكره فيكون القول قوله و لا- غرامه على الوكيل بخلاف ما نحن فيه، فإنه يوجب غرامه الوكيل فى الانكار مكان القول قوله، و لكن المعروف منهم عدم التفصيل المزبور لعموم القضييه المزبوره للأمرين معاً المدعى عليها الإجماع فاستدلال الأصحاب بها يكشف عن عثورهم على دليل معتبر بحيث لو أطلعنا عليه لم نعدل عنه، و لا يخل عدم الالتزام بها للبعض فى بعض المقامات مثل عدم قبول دعوى الزوج الرجوع فى العده عند فخر المحققين و تردد المحقق فى قبول اقرار العبد المأذون و فى قبول قول الولى فى تزويج بنته لو انكرت أو قالت: لم أعلم ذلك، و غير ذلك فإن اهمالهم للاستدلال بها من جهه وجود المعارض لا من جهه عدم شمول القضييه و حينئذٍ ينبغى التأمل فى كل ما تردد الاصحاب فيه مما يمكن التمسك به فى القضييه المزبوره، و البحث عن منشأ التردد من المعارضات و إلا فلا- ينكر الاتفاق على سماع دعوى المسلم لأمان الحربى حال ملكه لأمانه و لا مستند له إلا هذه القاعده و يؤيده استقرار السيره على معامله الوكلاء فضلاً عن الأولياء معامله الأصيل فى اقرارهم كتصرفاتهم فيما يملكونه، لكن شيخنا" رحمه الله" بعد ان استدلى على الاشبيهه بكون الوكيل أمين منهى عن تخوينه و انه محسن و ان فى عدم تصديقه العسر و الحرج المنفيان و اختلال النظام لو لم يصدق، و لأن بتوكيله أقدام على قبول قوله قال و بذلك كله ظهر لك ان تقديم قول الوكيل فى هذه المسأله ليس لأن اقراره اقرار من الموكل ضروره عدم ما يقتضى ذلك فى شىء من الادله بل فيها ما يقتضى خلافه،

و لذا كلف باليمين بل انما هو للنهي عن تهمه الأمين الذي يوجب عند الشارع تقديم قوله على قول المالك انتهى. فكأنه يرى عدم شمول القاعده لمفروض المسأله مع انه استند إليها في صدر المسأله و لازمها ان اقراره اقرار الموكل لكونه يملك الاقرار به كالموكل فكيف ينكر ذلك و يدعى انه لا شىء في الادله يقتضيه إذا من افرادها اقرار المالك للتصرف، و ان كان على غيره فإنه ينفذ كما مثل به في مسئله العبد المأذون في التجاره مع ان ما استند إليه ان كان من مدارك القاعده فيكفى الاستدلال بها و ان كان ليس من مداركها، ففي جعلها دليلًا تأمل لرجوع اكثرها إلى الاستحسان الذي لا يقوم بإثبات ذلك شرعاً مع انكار لزوم الحرج النوعى الذى مع عدمه شخصاً يستند إليه فلاحظ مقالته و اجمع بين دليليه و الله المعين.

### المسأله الرابعه: إذا اشترى انسان سلعه و ادعى انه وكيل لإنسان

لا- انه اشتراه لنفسه كلف باليمين عنده فقده و عند وجوده لو قال اشتريته لك بحسب الوكاله، فأنكر و كالتة عنه كان القول قوله بيمينه لموافقته قوله الأصل، و يقضى على المشتري بالثمن حيث لا يقر له بالوكاله لأن مباشره العقد له سواء اشترى بعين أو فى الذمه إلا ان يكون ذكر انه يتناع له حال العقد، و اعترف البائع بأن البيع لغيره أو قامت البيئه بأن الثمن للموكل كما مر مفصله من بطلان البيع إذا ظهر استحقاق عين الثمن أو المثل لغيرهما، و لو قال الوكيل لموكله: اتبعت لك فأنكر الموكل لا يسمع انكاره و يقضى به له، أو قال: اتبعت لنفسى فقال الموكل: بل لى، فالقول قول الوكيل فى المسألتين لأنه ابصر بنيته الذى لا يطلع عليها سوى علام الغيوب و ان ظهر منه بعض الامارات التى توافق قول الموكل.

### المسأله الخامسه: إذا زوجه المرأه فأنكر الوكاله و لا بينه

كان القول قول الموكل مع يمينه و يلزم الوكيل مهرها و إليه ذهب جماعه منهم كشف الرموز و التحرير و القاضى و الكيدرى لخبر بن مسلم عن الباقر " عليه السلام ": ( )

فى رجل زوجته أمه و لم يقبل فقال: ان المهر لازم لأمه و نزلوه على الوكاله و عملوا بظاهره

(. و روى نصف مهرها و هو المشهور فى المسالك و قول الشيخ و الحلوى و ابن سعيد و تذكره الفقهاء و فخر المحققين على ما حكى لخبر بن حنظله عن ابى عبد الله " عليه السلام ":

فى رجل قال لآخر أخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شىء أو شرطت فذلك رضا لى و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك ذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طلبوه و سألوه فلما رجع إليه انكر ذلك كله قال: يغرم لها نصف الصداق و ذلك انه هو الذى ضيع حقها فلما ان لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال لها: حل لها ان تتزوج و لا- يحل للأول فيما بينه و بين الله إلا ان يطلقها لقوله تعالى: [فَأَمَّا سَأْكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ]، و ان لم يفعل فهو مأثوم و كان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد أباح لها ان تتزوج

و صحيح ابى عبيده عنه:

ففي رجل أمر رجلاً ان يزوجه امرأه من أهل البصره من تميم فزوجه امرأه من أهل الكوفه من تميم قال: خالف أمره و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأه و لا عده عليها و لا ميراث بينهما، فقال له بعض من حضر فإن أمره ان يزوجه امرأه و لم يسم أرضاً و لا قبيله ثم جحد الأمر كيف يكون أمره بعد ما زوجه؟، فقال " عليه السلام": (ان كان للمأمور بينه انه كان أمره ان يزوجه كان الصداق على الأمر لأهل الامرأه و ان لم تكن بينه فإن الصداق على المأمور لأهل المرأه و لا ميراث بينهما و لا عده و لها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقاً و ان لم يكن سمي لها فلا شيء لها

،) و حيث ان ظاهره يقضى بوجوب مهر للأهل و نصف للمرأه و لم يقل أحد به يعلم ان المراد بالصداق المطلق النصف الذي في ذيلها، و بالأهل المرأه أو من بيده عقده النكاح، و ظاهر من قال بهذا

القول ان الخبرين كالصريحين بذلك و معه و لو بمعونه فهم الأكثر يتعين الأخذ به، لكن المصنف و من حدا حذوه أما لضعف الخبرين أو عدم وضوح الدلاله فى الأخير و غير ذلك ذكر وجهاً ثالثاً و حيث لم يعرف قائله و ليس به روايه، فلذا عطفه بقوله.

و قيل بحكم بطلان العقد فى الظاهر لترك الاشهاد و عدم ثبوت العقد مع الانكار بل و لا غرامه على احدهما إذ المهر و تنصيفه مبناهما على العقد و الطلاق الثابتين. نعم، يجب على الموكل ان يطلقها ان كان يعلم صدق الوكيل و هل الطلاق بحضور شاهديه يلزمه الاقرار بصحة العقد الناشئ عن صدق الوكيل او يسمع قوله فى ان طلاقه احتياطاً فى الدين لأحتمال عروض ما منع من الاعتراف، و يكون معلقاً فى القول و ان كان الشرط حاصلًا كلام يأتي فى الطلاق.

و يلزمه حيث يكتم ذلك يعد ان يطلق ان يسوق لها نصف المهر و النفقه إلى زمن الطلاق، و هو اقوى عند المصنف بعد الاعراض عن الخبر لجريانه على القواعد، و حكى الميل إليه من جماعه لكن جامع المقاصد انه قال مخالف للشهره البسيطه و المركبه او الإجماع و ان كان هو الأصح، لكن فى لزوم الأخذ به مع ورود النص المنجبر و ضعفه بما ذكرنا مؤاخذه ظاهره، فالوجه غرامه الوكيل الغار بنصف المهر و ان كان خلاف القاعده، لكن هذه الغرامه و صحه تزويجها حيث لم تكن تعلم بالتوكيل و إلّا فهى زوجته باعترافها و لا- غرامه على الوكيل لأن مصب النص عدم علمها و لا يجبر الزوج على طلاقها انكر أو اعترف، لكن مع الانكار و الامتناع من الطلاق، و الضرر ببقائها معلقه مع عدم القيام بحقها يمكن القول بأن للحاكم ان يطلقها فيؤثر أثره مع فرض الزوجيه فى الواقع او من جهه إقرارها بناء على عموم و لا-يه الحاكم، و الأحوط ان تبقى حتى يفرج لها الله تعالى.

### المسأله السادسه: إذا و كله فى ابتياع عبد و اشتراه بمائه أو بيع عقار فباعه بها

فقال الموكل: اشتريته بثمانين أو بعته بأكثر من مائه، فالقول قول الوكيل لما سلف من قاعده من ملك لشمولها لما ملك التصرف فيه و ان اثبتته على غيره لأنه مؤتمن و التصرف له، و أختاره المبسوط و غيره.

و لو قيل القول قول الموكل كان اشبه و أوفق بالأصول لأنه غارم و الأصل براءه ذمته من الزائد و لأنه كالأقرار فى حق الغير إذ به اثبات حق للبائع على الموكل فلا- يسمع و قد مرّ عليك ما فيه و ينافيه ايضاً الاشبهيه التى وقعت للمصنف فى المسأله الثالثه فراجع، لكن ارشاد الأذهان و مجمع البرهان اختاره و شيخنا " رحمه الله " جعل الميزان فى قبول قول الوكيل و عدمه انه ان كان التداعى بينه و بين موكله فالقول قوله و ان كان بين المالك و البائع او المشتري فالقول قول المالك و ان صدق الوكيل البائع او المشتري، و هو منافٍ لما يظهر منه من الموافقه مع الأكثر فى عموم القاعده المزبوره و استدلاله بها فى غير المقام خصوصاً فى العبد المأذون بالتجاره و لأبى حنيفه تفصيل بين ان يكون الشراء بعين مال الموكل فالقول قول الوكيل فيه قال: لأن أمره إليه و مأذون من المالك ان يتصرف فيه فلا عليه فى دفعه حرج و ان ادعى المالك النقصان لم يسمع و ان كان فى الذمه فلا ينهض نفس عقد الوكاله بإثبات ما زاد على ما يعترف به المالك فى ذمته لرجوعه إلى انكار أصل الوكاله فيما زاد فالقول قوله، و فيه انه بعد ان و كله فى الشراء مطلقاً كيف يرجع إلى انكار الوكاله فى الزائد لأنه يدعى عليه النقصان لا انه يدعى عدم الاذن له فى المائه، و أين هذا من ذاك؟، فلا يفرق الحال بين ما كان تحت يده أو فى ذمته، و فرض فى المسالك المسأله فيما لو كان العبد



يساوى مائه لا أنقص و نظره إلى عدم الغرامه مع النقصان لتسلطه على الفسخ بالغبن فلا يثمر ان القول قوله أم لا؟ قوله و إلا لم

يكن الشراء صحيحاً أى سالمًا لا- يجوز فسخه، لكنه خلاف الظاهر لقوله ان اطلاق الإذن يحمل على الشراء بضمن المثل فكأنه يرى بطلان هذا الابتاع فيه مؤاخذه بينه و إلا لما أمكن إجراء الغبن فى حق الوكيل.

### المسألة السابعة: إذا اشترى لموكله مع علم البائع بذلك أو مع جهله

كما يقتضيه الإطلاق كان البائع بالخيار ان شاء طالب الوكيل لأنه المباشر للعقد و التسليم و التسلم له، و ان شاء طالب الموكل لأن المبيع له و دركه عليه و ان سلم الثمن للوكيل إلا إذا سلم المبيع بيد الموكل فتختص المطالبة به، بل قيل أنه ليس له الرجوع على الوكيل مطلقاً مع العلم بالوكاله و لو بعد العقد لكون الثمن حينئذٍ فى ذمه الموكل حيث يكون الشراء له و لا ضمان من الوكيل و ليس دخول الوكيل دخول الضامن فى الضمان، و لذا كان الوجه فى الكتاب اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكاله مطلقاً، و الرجوع على الوكيل مع الجهل حين العقد أو مطلق، و رجح المسالك الأول، و ان علم بعد ذلك استصحاباً لما كان و لإمكان عدم رضا البائع لو علم حين العقد بذلك لمنافاه غرضه أو عدم إمكان رجوعه عليه لمانع فإن ذلك كثير ما يتفق و لإمكان تواطئ الوكيل و الموكل بعد العقد على ذلك لغرض و هو كذلك مطلقاً، و لكن حكى عن التنقيح و مجمع البرهان ان الثمن لو كان عيناً قد وقع العقد عليها كانت المطالبة لمن هى فى يده سواء فى ذلك الوكيل و الموكل، و كذا لو كان فى الذمه و قد دفعه الموكل للوكيل لكن الأوفق فى الفرض التخيير بينه و بين الموكل، فالوكيل من جهه ان الثمن فى يده و الموكل لأن الشراء له و لم يتشخص ما دفعه ثمناً، و الوجه عندى هو الرجوع على الوكيل حيث لم يشخص مالك المبيع غيره عند البائع و ان علم بالوكاله إجمالاً مع عدم معرفه المشتري.

و أما بعد معلوميته فهو الغريم، و ان كان الثمن بيد الوكيل مطلقاً فإن منع من مطالبته مانع تخير بين الفسخ و الرجوع على الوكيل و لو بذل الوكيل الثمن قبل المطالبة لا يتسلط البائع على الفسخ فينحصر رجوع البائع على الوكيل إذا صدق الغرر و الله الموفق.

### المسألة الثامنة: إذا طالب الوكيل بما وكل عليه الغريم الذى لا ينكر وكالته لقيام البيئه عليها،

فقال الذى عليه الحق لا تستحق المطالبة لى لا يلتفت إلى قوله مع اقتضاره على ذلك، لأنه يكذب لبيئه الوكاله كما فى المبسوط و فى القواعد استشكله، أما وجه التكذيب فبان لازم رد الغريم ترك العمل بمقتضى البيئه و هو عين التكذيب، و وجه الاشكال عموم الرد لذلك و للإبراء و العزل أو الأداء حيث لا- يعلم الوكيل و رفعوه بأن الدعوى متى ما اشتركت بين ما يسمع و ما لا يسمع يغلب الأخير حتى يثبت الأول فلا تعدّ دعوى شرعية تسمع، و هذه من باب تقديم الظاهر على الأصل إذ حمل قول المسلم أو فعله على الصحه أصل و عموم البيئه على المدعى تقضى به و على تقدير سماعها فإذا قامت البيئه على نحو قوله و ادعائه فهل تعارض بيئته أو تحكم عليها و هل يلزم الحاكم السؤال و التفتيش ليميز بين البيئتين فيقضى بأحدهما كلام يأتى فى بابه.

و لو قال: عزلك الموكل لم يتوجه على الوكيل اليمين إلا ان يدعى عليه العلم فيحلف على نفيه، و كذا لو ادعى ان الموكل أبراه. نعم، لو اعتقد الوكيل العزل بقول الغريم أو الأبراء يعزل نفسه ان لم تكن الوكاله فى ضمن عقد لازم ليسلم من الاشكال او يتخلص مما لا ينافى الاعتقاد.

## **المسأله التاسعه: تقبل شهاده الوكيل لموكله لا مطلق بل فيما لا ولايه له فيه دفعاً للتهمه فى الأخير**

كما هو المشهور، و أيضاً نصّوا على عدم قبول جرحه لشهود المدعى لذلك. نعم، لو عزل قبلت فى الجميع فهو كما لو شهد قبل التوكيل فإن العله لعدم القبول و هو التهمه قد

ارتفعت حتى فيما كان له ولايه عليه قبل العزل ما لم يكن أقام بها حين الوكاله و ردّت فلا تسمع مطلقاً أو شرع في المنازعه لتحقق العله للرد و ان طال الفصل بينهما، و يحتمل القبول مع الطول، إذ ليست الشروع في المخاصمه بأعظم من الفسق الذى لو تبدل بالعداله قبلت منه الشهاده و الكفر و الصغر لو تبدلا بالإسلام و البلوغ.

نعم، ذكروا الإشكال فى قبول شهاده الشريك فيما هو شريك فيه حتى لو زالت الشركه فيخرج بذلك عن تأهل الشهاده بل تردد بعضهم كيقال تبعاً للأردبيلى فى منع كون مطلق الوكاله و الولايه نفعاً تبطل به شهاده العدل المقبول، و لذا قبلت فى الوصى على مال اليتيم إلّا ان يكون خروجها بالنص المدعى دلالتة عليه و هو مكانيه الصفار كما يأتى ان شاء الله تعالى.

### المسأله العاشره: لو وَّكَل بقبض دينه من غريم له فأقرّ الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و انكر الموكل

فالقول قول الموكل و يرجع على الغريم إذا ادعى الوكيل التلف، و عليه المبسوط و تذكره الفقهاء و القواعد و علل بكون الدعوى بين المالك و الغريم و لا نزاع بينه و بين الوكيل و ليس فى الأدله ما يقتضى إلزام الموكل فيما وَّكَل فيه بإقرار الوكيل مع عدم الخصومه معه، كذا ذكر شيخنا و هو مبنى على ما سلف من دخوله فى قاعده من ملك و عدمه، و قد ذكرنا آنفاً ان اقراره يمضى على غيره للقاعده المزبوره، و لو لم تكن خصومه و عليه فلا رجوع له على الموكل بوجه. نعم، لو قلنا باختصاص نفوذ إقرار الوكيل بما يعود إليه فقط كان القول قول الموكل، و لذا قال المصنف، و فيه تردد نظراً إلى نفوذ قول الوكيل على غيره فيما يملك التصرف فيه.

و نفى شيخنا الدليل عليه فكأنه جعل القضييه مرادفه لحديث الإقرار مع انه ركن إليها فى قبول إقرار الصبى فيما له ان يفعله مثل تصدقه و وقفه و وصيته مع عدم شمول حديث الإقرار جزماً له لسلب عباره الصبى بحديث رفع القلم، فما أظن فيه و ان وافقه غيره عليه لكن المناط فيه ما ذكرنا و مقالته و دعوى ان اعتراف الوكيل بذلك و ان لم تكن الخصومه معه مسقط لدعوى المالك المقتضيه تكذيبه فيما ذكره، و قد نهى عن تهمه على وجه يراد منه عدم سماع التهمه فى حقه، و ان كانت تكذيباً خاصه بلا تغريم ممنوعه على مدعيها كل المنع، انتهى. فإنها تؤول بالآخره أما لعدم قوله بعموم قاعده من ملك و أما لسقوطها رأساً عن درجه الاعتبار و معه فما ادعاه هو الحق و لا يحتاج إلى الأطناب و التعلق بما للخصم ان يلتزم به أجمع على ان عدم رجوع الغريم على الوكيل لو تلف المال فى يده بغير تفريط، كما حكم به ليس هو إلّا لجعل السلطنه من المالك للوكيل على قبضه فيكون المال مقبوضاً للمالك فى الحقيقه و تبرأ ذمه المديون لا انه يدفعه للوكيل و ذمته بعد مشغوله أو يبقى مراعاة حتى يقبضه المالك فإن لم يقبضه أخذه من المديون لتضاد قبضت و ما قبضت و على فرضه فتعليل عدم رجوعه على الوكيل لكونه ظالماً بزعمه فى أخذه منه ايضاً يقتضى عدم رجوعه حتى مع وجود العين فضلاً عن تلفها مع التفريط لتحقق الظلم فى رجوعه باعتقاده و انه يدفع للمالك باعتقاده من غير استحقاق له عنده لتسليطه الوكيل على ماله الذى لا يجوز له مما طلبته و لا حبس الدين عنه، و متى كان للديان الرجوع عليه هو يرجع على ماله الذى بيد الوكيل و ان تلف لقاعده على اليد حيث يتبين اشتباهه فى الدفع إليه إذ هو ليس بأمانه عند الوكيل و انما سلّمه لأجل براءه ذمته و مع ذلك فقد حكم فى المبسوط بتقديم قول الموكل هنا.

و أما لو أمره ببيع سلعه و تسليمها و قبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقرّ الوكيل بالقبض و صدقه المشتري فالقول قول

الوكيل، ففيه أيضاً الحكم بذلك بل هو قول الأكثر على ما حكى، وقالوا في توجيهه لأن الدعوى هاهنا على الوكيل من حيث  
سلم المبيع و لم يتسلم

الثلث فكأنه يدعى الموكل ما يوجب الضمان على الوكيل لأنه سلم البيع و لم يسلم المالك الثلث حتى تلف فهو يدعى ما يوجب الخبايه على الوكيل، و هناك الدعوى على الغريم، و لكن مع ذلك فى الفرق بينهما نظر بل التحقيق عدم سماع الدعوى فى المقامين أو قبولها فيهما إذ الاختلاف فيهما فى فعل الوكيل فإذا نفذ تصرفه على الموكل يلزم عدم سماع الدعوى، و بقريته ما مَرَّ فى المسأله الثالثه من ان الاشبه تقديم قول الوكيل عند المصنف ان يكون نظره هنا رجوع الأولى إلى الثانيه لا العكس، كما احتمل لما ذكرناه من القاعده خلافاً لشيخنا ان اقرار الوكيل انما ينفذ على نفسه لا على الاجنبى و يظهر منه ان له الدعوى على الاجنبى كما له ذلك على الوكيل فإن اختار الاجنبى لا ينفذ اقرار الوكيل بالقبض فى سقوط الدعوى على غيره و ان كان له التصرف فيما و كّل عليه، قال " رحمه الله ": بل الأقوى فى النظر عدم سقوط الدعوى عن المشتري مع ذلك خلافاً لتذكره الفقهاء و المسالك و غيرهما، إذ لم يقدّم قوله على قول المالك بيمينه إلاّ عدم ضمان الوكيل و سقوط الدعوى بالنسبه إليه خاصه لا انه وصول للثلث واقعاً على وجه يسقط الدعوى عن المشتري ضروره مساواه تقديم قوله فى التلف المعلوم عدم اقتضاء سقوط الدعوى لو ارادها بعد ذلك على الاجنبى إلى آخر ما رام بيانه، و بذّا ردّ على المصنف و من تأخّر عنه فى اختيار السقوط و هو بعد احكام الأصل فى غايه المتان و هو مساواه حديث الإقرار لقاعده من ملك و ان منشأ القاعده المرقومه هو الحديث المزبور، و قد عرفت ما فيه و ان المفهوم من كلماتهم فى بعض المقامات التى استدلوا بالقاعده عليها خلاف ذلك خصوصاً فى مسئله ما يترتب على اقرار الصبى، فيعود النزاع إلى نفي الركون للقضيه المزبوره التى لم تزل العلماء تتمسك بها، و عليك بالتبع لتقف على حقيقه الحال، و منه يظهر انه ليس للموكل الدعوى على الاجنبى لو أخبره الوكيل بالقبض منه أو بالطلاق أو العتق إلاّ إذا تبين كذب الوكيل لما حررناه، و ان بعضهم ان له الدعوى لأصل العدم و عدم ما يدل على وجوب خبره فيما أوّتمن عليه فى غير مقام التداعى معه و هو كما ترى، فإنه كيف يكون له التناول بأخباره و التصرف فيما يأتيه له بعنوان الوكاله و لا يقبل خبره مع عدم تبين كذبه هذا، و لو ظهر فى المبيع عيب ردّه على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثلث إليه و اليد تقضى به لكن المتيقن من الرجوع عليه ما دام الثلث موجوداً عيناً لأن القبض سبب للضمان. نعم، يسقط مطالبته به إذا ادعى القبض

و التلف و حلف عليه و لا يرجع على المشتري ايضاً بالمتلوف كذلك لو صول ثمن المبيع، و حينئذٍ فإطلاق الرجوع على الوكيل في غايه الاشكال و ان نسب لظاهر ذلك إذ عبارته المحكيه لا تصريح لها به، و حينئذٍ لو قبل برد المبيع مطلقاً على الموكل كان اشبه و اقرب و أصح و أقوى في القواعد و الإيضاح و المسالك و هو الأوفق بالقواعد الشرعيه إلّا في صورته ما لو خرج مستحقاً إذ المال مال الموكل و المشتري يعلم بذلك و وصول الثمن إليه و عدمه لا-مدخل له في ذلك بل قيل لو رده على الوكيل ضمنه للمشتري حيث لا- يعلم بكونه و كيلاً على القبض، و لم يظهر من اطلاق عقد الوكالة ذلك. نعم، في محكي المبسوط ان للمشتري الرد بالعيب على الوكيل و الموكل إذا أقام بينه بدفع ثمنه أيهما شاء و مطالبته بالثمن إلى آخره، المحمول على اقتضاء الفسخ عند تسليم الثمن على نحو اقتضاء العقد و مع عدمها ليس له الردّ إلّا على الموكل و ايضاً في محكي تذكره الفقهاء ان المشتري إذا سلم الثمن و تلف بيد الوكيل بعد اعترافه و حلفه و وجد بالمبيع عيباً، فإنّ ردّ على الموكل و غرّمه الثمن لا رجوع له على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً و ان رد على الوكيل و غرّمه لم يرجع على الموكل و القول قوله مع يمينه بأنه لم يأخذ منه شيئاً و لو خرج المبيع مستحقاً رجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه دفعه إليه و لا رجوع له على الموكل فيظهر منه امكان الرجوع على الوكيل، لكن في القواعد خلاف ذلك و عليك بالتأمل في كلماتهم و الله الهادي إلى سواء السبيل.

هذا آخر ما جرى بقلم الأحقر العباس نجل انوار الفقاهه و سبط كاشف الغطاء من المجلد الثاني من (منهل الغمام على شرائع الإسلام)، اسأل الله ان يمدّ بالعمر و يفسح بالأجل و يوفقنا للإتمام بالتمام في ٢٢/ ربيع الأول/ ٢٧٣.

## الجزء الثالث

### إشاره

منهل الغمام

فى شرح شرائع الإسلام

(كتاب الوقف و الصدقات)

بقلم

العلامة آيه الله العظمى

الشيخ عباس بن الحسن آل كاشف الغطاء

مكتبه كاشف الغطاء النجف الأشرف

٢٠٠٣ م ١٤٢٤ هـ

### إشاره





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و صلى الله على رحمته فى العالمين، محمد و أهل بيته اجمعين، كتاب الوقف من (منهل الغمام على شرائع الإسلام) للخاطى المذنب العباس آل كاشف الغطاء نور الله مرقدہ.

قال المصنف رحمه الله " كتاب (الوقف و الصدقات) التى ورد الحث عليها بالنصوص و الآيات و هى من الذخائر و الكنوز لعمل بن آدم عند انقطاعه، و وقفنا الله و جميع المسلمين إليه فيخطّ باللوح المحفوظ فيما له و عليه، آمين.

## كتاب الوقف و الصدقات

[أما الوقف] و تمام النظر فى أمور ثلاثه

### إشاره

العقد، و الشرائط، و اللواحق، الأول منها:

### النظر الأول: فى صيغه الوقف

الذى هو اهمها فى النظر و أعظمها بالأجر، قال جابر: لم يكن أحد من الصحابه إلّا وقف، و أول من وقف فاطمه " عليها السلام " لحيطانها على اولادها، ثم على " عليه السلام " داره فى بنى زريق بالمدينه، و هو على المشهور عقد ثمرته لحبس الأصل و اطلاق المنفعه و ذلك اعظم ثمراته، فلذا اقتصر عليها منها أو للإشاره للنبوى حبس الأصل و سبّل الثمره و عدل من التسبيل للإطلاق للمقابله ترشيح بديعى أو لأنه أظهر فى المراد أى ان المنفعه تصرف فى الجبهه الموقوفه من غير قيد كيفما أراد و بعضهم لاحظ لفظ الخبر فعبر بالتسييل و هو محتاج إلى اللفظ فلا يكفى الفعل و لا تجرى المعاطاه فيه، و اللفظ الصريح فيه وقفت لا غير أو قفت من الشواذ فيفيد تحقق الوقف بلا قرينه تقضى بغيره و لا يسمع من مدعى غيره لو قال اردت بها الحبس و أخواته إلّا مع القرينه الداله عليه.

أما لفظ حرمت أو تصدقت فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينه ان نعتبر اللفظ المخصوص و حينئذ كل لفظ قابل لاحتماله مع الانفراد غير الوقف إذا اردته به لا بد من نصب قرينه عليه لإمكان قصد غيره، و لو نوى الوقف من دون القرينه دين بنيته و كذا، و قصد غيره مما يمكن استعمال اللفظين فيه او قصد بالوقف غيره، و لكن الاجتزاء بمثل ذلك فى العقود اللازمه قد يتأمل فيه، و معنى الإدائه انكاله إلى دينه مع عدم المعارض و لو اقرانه قصد ذلك

فكالصريح، و حكم عليه بظاهر الإقرار عموماً و خصوصاً إلّا في حال المرض، فيقرّ بأن الصيغه الواقعه زمن الصحه المقصود بها الوقف فإن كونه وقفاً و عدمه يبتنى على مسئله الإقرار حال المرض و استشكل البعض فيما لو أقرّ به ثم كذب إقراره أو لو لم يقر به لتعلق حق للغير به فكأنه قرّ بالإقرار عن ذلك، كما انه لا- تكفى أحد الصيغتين عن الأخرى أخذاً بظاهر العطف بالواو في الكتاب و غيره.

و مثله في لزوم الصيغتين لو قال: حبستُ و سبلتُ لا في الاحتياج إلى القرينه فقد قيل وقفاً و ان تجرد لقوله " ص " المتواتر: )

حبس الأصل و سبل الثمره

(، فإنّ الخلاف و الغنيه و الجامع و تذكره الفقهاء و غيرها قالوا بصراحتهما في الوقف كلفظ وقفت.

و قيل كما عن الاشهر لا يكون وقفاً إلّا مع القرينه أو الإقرار كما سبق لعدم الوضع و الاستعمال أعم، إذ ليس ذلك عرفاً مستقراً بحيث يفهم مع الاطلاق و اراده غيره تحتاج إلى نصف قرينه و يؤخذ به في مقام الدعوى، و هذا بمقتضى الأصول اشبه من اصاله بقاء الملك و عدم النقل و الانتقال و ترتب آثار الوقف و أحكامه. نعم، لو قيل انهما بانضمام احدهما للأخرى تفيد ان التنصيص بالمراد عرفاً أمكن ذلك و إلّا فلا مجال لإنكار عموم كل واحده منهما للوقف و غيره فالأحسن الاقتصار على اللفظ المخصوص فيه أو المحفوف بالقرائن الظاهره، لو قلنا في العقود اللازمه بجواز استعمال كل لفظ يفى بالمراد و لو مع القرينه، ثم انه لا- ريب في ان الوقف من العقود في لسان الأكثر و من المعلوم ان العقد ما تركب من الايجاب و القبول و المطلق و غيره قد أهمل ذكر القبول في عقد الوقف و سمّاه عقداً فلو لم يعتبره به لكان الأخرى ان يطلق عليه الايقاعيه و اعتذر له بأن القبول فيه و ان اعتبر لكنه لا يلزم فيه لفظ مخصوص، بل يكفي فيه ما يدل على قبول ذلك الايجاب أو انه اكتفى بما سيجىء من تصريحه بعدم اعتباره فيما إذا كان على جهه عامه فكأنه أخرجه و استثناه من مطلق الوقف الذي يعتبر فيه ذلك فهو كالصريح في اعتباره له على انه لو لم يكن عقداً لكان ايقاعاً و لو كان ايقاعاً لما ابطله الردّ فينتج انه عقد لأن الرد يبطله و كل عقد يحتاج إلى القبول إلّا ما خرج بدليله، و أما عدم الاحتياج إليه في الجهات العامه كما ذكروا الموافق لما نقل من صدقات الزهراء " عليها السلام " و زوجها " عليه السلام " و ابنها الصادق " عليه السلام " من حيث اشتمالها على ذكر الايجاب فقط فهو و ان تشبث به بعضهم لكن الحق ان ذلك و اشباهه لا يفى برفع اليد عن الأصول و القواعد الموجهه لاعتبار القبول في كل عقد و لا يترتب الأثر إلّا به بعدم الصحه إلّا به هو الموافق للضوابط الشرعيه حتى في الجهات العامه المصرّح بعدم الاحتياج إليه بها و يكفي قبول الحاكم و نائبه بها و ما ورد من وقفهم عليهم السلام " لا يفى بالمطلوب على حدّ اطلاقات الوقف لحصول الشك في معناه، و الحاصل الحكم بترتب الأثر بعد اصاله عدمه يوجب الالتزام بجميع ما يعتبر في مطلق العقد ان نعتبره فيه من العربيه و الفوريه و عدم التعليق و اقتران الإيجاب بالقبول و غيرها على أننا لم نعثر على من يعنى بقوله انه نفى اعتباره فيه.

نعم، ربما يحتمل المحتمل في مقام التهجس انه فكّ ملك كالعق و هو غير مسلم بل لا ريب في كونه قسمياً واحداً فيحكم بلزوم ذلك ايضاً حتى في الجهات العامه فيجب القبول فيها و لو للموقف نفسه و الأوفق الرجوع إلى الحاكم أو نائبه في القبول. نعم، لعل ذلك لا- يلتزم في وقف المساجد كما هو المعروف انه يكفي فيه وقفته مسجداً و عليه فأما أن يكون للوقف معيان

عقدى و ايقاعى و ذلك منافٍ للوحده او لا تكون المساجد من باب الوقف أو يلتزم بالقبول فيها و لو من الواقف و الكل كما ترى بعد اعتباره فى مطلق الوقف و وحده معناه فاعتباره الأوفق حتى فيها لكن ذلك لا يلزم البطون إلَّا حقه لتماميه الوقف قبله و لشرطيه اتصاله بالإيجاب فى

جميع العقود اللازمه، و أما اعتبار نيه القربه فيه فيظهر من بعضهم التصريح بالاعتبار بحيث انه يلحقه بالعبادات التى يتوقف صحتها عليه و ليس على ذلك دليل سوى اصاله عدم ترتب الأثر بدونه الحاكمه على ما قيل على اصاله عدم اعتبارها مطلقاً خصوصاً فى العقود بتعليق بقاء الملك و استصحابه حتى يعلم المزيل و نقله مع عدم القربه لغيره مشكوك فيه فى خصوص الوقف لما هو المعلوم من اوقافهم عليهم السلام" انه فى سبيل الله تعالى مع ملاحظه بعض القرائن و الأمارات التى تفى بالمطلوب و لا ينافيه صحه وقف الذمى على الكنائس أو الوقف على الكفار كما سيجى .ء.

أما لخروج هذا الفرد بدليله أو لأن قصد كونه فى سبيل الله تعالى يحصل منه، فالعباده المشترطه بالإيمان أو الاسلام لا تصح لا من جهه عدم امكان قصد التقرب منه بل من جهه اشتراط حصولها من المسلم لكن جعله من اقسام العقود مما يبعد ذلك لأن العقد سبب لزوال الملك و نقله من واحد لآخر و توقفه على القربه منافع للأصل و بذا افترت المعامله عن العباده فى لزوم ذلك فيها دونها، فالوجه عدم الاشتراط بحيث يدور الحكم بالوقفيه مدارها وجوداً و عدماً و استظهر بعض مشايخنا انها غير شرط فى صحه العقد بلا كلام لكن لا مانع من ان تكون شرطاً للزومه فمع عدمها لا يلزم ترتيب الأثر و ان صحَّ العقد مع عدم اقترانها به، و فيه ان مشروطها يلزم عنده مقارنتها للعقد و متى كانت شرطاً للزوجه جاز انفصالها عنه و هو خلاف المدعى، فالأظهر عدم الشرطيه و ان حصل الكمال بها.

نعم، فى الصحيح و قال " عليه السلام": ( )

لا يرجع فى الصدقه إذا ابتغى بها وجه الله

(، و فى المسالك ان الأصحاب فهموا من الصدقه فيها الوقف انتهى.

و فى الرياض و فيها حينئذ بشهاده السياق دلالة على ما مرَّ من اشتراط القربه فى الصحه لمفهوم قوله " عليه السلام": ( )

لا يرجع إذا ابتغى

(، و هو الرجوع مع عدم الشرط فهو صريح فى الاشتراط إذ لولاه لما ساغ الرجوع مطلقاً، انتهى.

و قال فيما سبق بعد ان حكى الاشتراط عن الجرائح و حاوى الاقوال و المفيد و القواعد و النهايه و الحلى و فى الغنيه الإجماع عليه، قال فى رد الشهيد فى الروضه و يكفى فى عدم صحته مع عدم القربه عدم قيام دليل صالح عليه بدونها فعدم دليل على الاشتراط غير فادح بعد الاصل الدال على الفساد و اصاله عدم الاشتراط لا يعارضه إلّا بعد فرض قيام المقتضى للصحه بعنوان العموم و هو مفقود و هو كما ترى مختل الأطراف إذ عموم الوفاء بالعقد الذى اعترف به اقوى دليل على الصحه بدونها فإن سببته العقود مطلقاً بالإيجاب و القبول اللفظيين العربيين و إلّا لأمكن ان يجرى ذلك فى مطلقها و معه لا موضوع لأصالة الفساد، و أما ما ذكره من الدليل الفقاهتى فقد سبقت الإشارة إلى ردّه من عموم الصدقه و على فرض اراده الوقف منها فى الخبر فلا اعتبار بهذا المفهوم على ان مفاد الخبر حينئذ ان الذى يقبض لا رجوع و ان لم يقصد به وجه الله تعالى، و ان ما قصد به ذلك

ايضاً لا رجوع فيه و ان لم يقبض فيفهم منه انقسام الوقف إلى قسمين و يكون كالدليل للتفصيل الذى ما ادعاه أحد منّا و هو الفرق بين الوقف على الجهات العامه و غيره مثلاً كالمسجد و غيره فيكون شرط القربه فيما لا يعتبر فيه القبض و يصير حاله حال العتق، و أين هذا من اشتراط القربه فى الوقف مطلقاً و لما كان الوقف عندنا قسماً واحداً و هو من العقود حكماً بأن حاله كحال سائر العقود و ما فيها من اشتراط فى صحتها غير ما ذكرنا فلا- وجه لاعتبارها و لا دليل عليه. نعم، لا بأس بعدم تركها احتياطاً مزوجاً من شبهه الخلاف، و لا يلزم الوقف إلّا بالإقباض فهو قبله يجوز الرجوع فيه و ظاهره هنا صحه العقد قبله فيكون من شرائط اللزوم و إليه ذهب جماعه، و قيل انه من

شرائط الصحة ايضاً و هو صريحه فيما يأتى بل أدعى انه الأشهر و حينئذٍ فالعقد قبله محكوم بصحة فى نفسه لكنه ليس يجوز للواقف الفسخ قبله، و الأصل فى اشتراطه و جواز الرجوع بدونه ما رواه صفوان فى الصحيح سألته عن الرجل يوقف الضيعه ثم يبدو له ان يحدث فى ذلك شيئاً، قال: ان كان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له ان يرجع، و ان كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيجوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها و ان كانوا كباراً لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يجوزوها عنه فله ان يرجع فيها لأنها لا يجوزونها عنه و قد بلغوا، و خبر الاسدى عن العمرى عن الحجه (عجل الله فرجه)، و فيه )

و أما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج أفتر إليه و استغنى عنه

(. و فيه ايضاً )

و اما ما سألت عنه من امر الرجل الذى يجعل لناحيتنا ضيعه و يسلمها من قيم يقوم فيها او يعمرها و يؤدى من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدخل لناحيتنا فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعه قيماً عليها انما لا يجوز ذلك لغيره

(، و الصحيح )

فى الرجل يتصدق على ولد له و قد ادر كوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث

( الخبر، و هذه الأخبار و ان قضت بجواز الرجوع قبل القبض و انه من شرائط اللزوم لكنّها لا يظهر منها كونه من شرائط الصحة بمعنى ترتب الأثر و ان النقل متوقف عليه مع امكان معارضته [أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] و نحوها، و بأن العقد يتم بالإيجاب و القبول و حكمهم بالبطلان بموت الواقف قبله و ان ظهر منه كونه شرطاً فى الصحة لكن يمكن ان يكون من الفواسخ لعقده الجائز و ان ترتب الأثر قبل الموت عليه بل ربما يدعى ذلك فى مطلق العقود الجائزه، لكن ظاهر الأكثر انه شرط فيها، و لو قلنا به فهو شرط كاشف عن عدم صحة الوقف لا انه جزء السبب للنقل، و عليه فلا ثمره بين القولين إذ اللزوم حينئذٍ غير معتبر فى ملكيه النماء و ان كشف عدم القبض عن عدم صحة الوقف. نعم، لو قلنا انه جزء السبب تتجه الثمره فى النماء المتخلل بين العقد و القبض، هذا و السارد لكلماتهم يرى ان المسأله ذات قولين، مما يظهر من بعضهم من دعوى الاتفاق على اشتراطه فى الصحة كما ترى، و على أى حال إذا تم وقفه بأن جرى عقده و حصل القبض مع باقى شرائطه، لا يجوز الرجوع فيه عندنا إذا وقع فى زمان الصحة خلافاً لابن ثابت فجوز الرجوع به للواقف و لورثته إلّا ان يحيزوه فيلزم أو يحكم الحاكم بلزومه و اختاره أكثر من تبعه سوى ابى يوسف عدل عنه لما حدثه اسماعيل بن ابراهيم عن بن عوف بلزومه فعدل إليه لكن الأول حكم بأن الوصيه فى الوقف تلزم من الثلث مع انه لم يجعله لازماً فى جميع ماله فى حال صحته و لا فى حال مرضه و ان نجزه فهو كالمتناقض و للمفيد عبارته تقضى بعدم لزومه تأولها و من تعرض لها فلا شك فى الحكم المزبور لو وقع زمن الصحة.

و أما لو وقف فى مرض الموت فإن أجاز لورثته نفذ الوقف و تمّ و صحّ و إلّا اعتبر من الثلث لقوله " ص ": )

ان الله تصدق عليكم بثلاث اموالكم في آخر أعماركم زياده في أموالكم

(، و لصحيحه بن يقطين عن ابي الحسن " عليه السلام " قلت: )

ما للرجل من ماله عند موته قال: الثلث و الثلث كثير

(، و روى بن سنان عن الصادق " عليه السلام " قال: )

للرجل عند موته ثلث ماله و ان لم يوصِ فليس على الورثه امضاؤه

(، و في البحار عن الهدايه عن الصادق " عليه السلام " قال: )

ليس للميت من ماله إلا الثلث فإذا اوصى بأكثر من الثلث ردَّ إلى الثلث

(، و مصححه شعيب )

عن الرجل يموت ماله من ماله، قال " عليه السلام ": الثلث و المرأه

(، كذلك و روايه سماعه و فيها قال " عليه السلام "



لما سأله عن عطيه الوالد لوالده قال " عليه السلام " : ( )

إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما يشاء و أما في مرضه فلا يصلح

(. و في أخرى إذا كان صحيحاً جاز، و خبره الآخر عن الصادق " عليه السلام " : ( )

عن الرجل يكون لمرأته عليه صداق أو بعضه فتبرئ ذمته في مرضها، قال: لا، ان وهبته له جاز ما وهبته من ثلثها

(، و في روايه ابي ولّاد )

يجوز هبتها له و يحتسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً

(، و مصححه ابي بصير )

عن الرجل يخص بعض ولده بالعطيه، قال: ان كان موسراً فنعم، و ان كان معسراً فلا

(، إذ نظر حج التفرقه بينهما إلى الثلث و ما قضى بامضاء العتق من الثلث فإن لم يفى به تبعض المملوك كخبر بن الجهم عن

أبي الحسن " عليه السلام " : ( )

في رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت و أشهد له بذلك و قيمته ستمائة درهم، و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك

غيره، قال: يعتق منه سدسه لأن انما له ثلاثمائة و له السدس من الجميع

(، و خبر بن عقبه عن الصادق " عليه السلام " : ( )

في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك، كيف القضاء؟، قال " عليه السلام " : ما يعتق منه

إلّا ثلثه و زاد في أخرى و سائر الورثة أحق بذلك

(، و خبر ابي بصير )

إذا اعتق الرجل عند موته جاريته ثم أوصى بوصيه أخرى ألغيت الوصيه و اعتقت الجاريه من ثلثه إلّا إنَّ يفضل من ثلثه ما يبلغ

الوصيه

(، و روايه اسماعيل بن همام في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته و اعتق مملوكاً له و كان جميع ما أوصى به يزيد على

الثلث، قال " عليه السلام " : ( )

يبدأ بالعتق فينفذ و بذلك كلّ فقيد تسلط الناس على أموالهم و ليس هو إلّا كالهبة و المحاباه في البيع في مرض الموت

(، وقيل يمضى من أصل التركة و القائل فيه و فى غيره من المنجزات أكثر المتقدمين و زمره من المتأخرين للشهره المحققه و الإجماعين المنقولين و لعدم نهوض هذه النصوص، أما لضعف السند أو الدلاله بتخصيص قواعد لزوم المقابلات و للاستصحاب و عموم لزوم التصرف و اطلاق ما دلّ على ان الميت أحق بماله ما دام فيه الروح و ان اوصى أو قال بعدى فليس له إلا الثلث، و قال " عليه السلام" فى خبر ابى بصير: )

ماله يصنع به ما شاء إلى ان يأتيه الموت و ان لصاحب المال ان يعمل به ما شاء ما دام حيّاً ان شاء وهبه و ان شاء تصدّق به أو تركه إلى ان يأتيه الموت

(. فجعل الموت غايه للحكم فيشمل حاله المرض، و المرسله )

فى الرجل يعطى شيئاً من ماله فى مرضه، قال: إذا بان به فهو جائز

(، و موثقه عمّار )

عن الرجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه، قال: إذا أبان فهو جائز

(، و لإطلاقات خروج الدين من الاصل الشامله لما يستدانه المريض حال مرضه المميت و الحكم بانتقال المال عنه يحتاج إلى دليل، إذ ليس المرض من النواقل القهريه باعتراف الخصم و لا قائل بأنه يبقى ما استدانه حال مرضه بدمته إذا لم يفى بذلك ثلثه و لا- يطالب الدين الوارث فتتبع الصفقه حيث لا- دليل على الاستثناء و مع ذلك الأول أشبه عنده تبعاً لمحققى اصحابنا السابقين الحاكمين لمسارات المنجزات للوصيه كالاسكافى و الصدوق و المبسوط فى الوصيه و الغنيه فى عتقه و جملة من زبر الفاضل و الشهيدين و المحقق الثانى و فخر الاسلام و التنقيح، فيلزم التدبر فى الأدله الاجتهاديه و الفقاهيه ليستنبط الحكم الشرعى منها، و لا- بأس بالاقْتصار على ما ورد فى الأخبار و عليه فغير العطيه و الإبراء و الهبه و العتق لا يدخل فيما يخرج من الثلث و لا- يتسرى لغيرها فمثل الوقف لا ذكر له فيها، لكن ظاهر أهل هذا القول يلحقون بها يجرى مجراها فمن الهبه و العطيه يتسرى إلى نقل مطلق العين و المنفعه و من العتق و الإبراء يسرى الحكم إلى فك الملك مطلقاً بوقف و غيره و إلى الحقوق الماليه التى تورث و أظنه لاتحاد المناط، و لذا ضبطه الشهيد رحمه الله " بما استلزم

تفويت المال على الوارث بغير عوض و لنا أمل بفسحه الأجل و التكلم فى هذه المسأله فى مضانها كالوصيه و الإرث، فنسألکم الدعاء.

نعم، تأمل بعضهم فى مثل تزويج المرأه نفسها بأقل من مهر المثل و إجاره النفس كذلك، و نصَّ بعضهم ان للمريض اسقاط بعض ما يورث من الحقوق كحق الخيار و الشفعه و الاختصاص فى الأراضى الخراجيه و غير ذلك مع ان الاسقاط كالإبراء فينبغى حينئذٍ إمعان النظر فى الجمع بين مقالاتهم.

و يتفرع على ما ذكرنا انه لو وقف و اعتق و باع محابى و لم يحز الورثه، فإن خرج من الثلث صحَّ و ان عجز بدأ بالأول، فالأول ما لم تعم قرينه على إرادته احدها على كل حال و لو لكونه أهم فى نظره كعتق بعض أرحامه ممن لا- يجب عليه عتقه مع علمه بخروج ذلك من الثلث، و هكذا و إلّا لو حظ السابق لأنه اول ما تعلق به العقد حتى يستوفى قدر الثلث ثم يبطل ما زاد.

لكن المحكى عن العلامه انه فرق بين التنجيز و الوصيه فبسط الثلث على الجميع فى الأول دون الثانى، و ضعّفه واضح عند شيخنا، و لعل محط نظره قاعده (لا يترك)، (

و أتوا منه ما استطعتم

،) و ما لا- يرك فتتبع الصفقه عليه كبيع ما يملك و ما لا يملك و هو فى غير العتق واضح، و فيه يستسعى العبد بما يبقى للورثه فيجرى على القواعد كما لو مات، و وسع ثلثه الجميع ثم تلف قبل اخراجه منه البعض بحيث ان الباقي لا يفى بالمنجز إذ سبق لا يقصر ثلثه فيه بعد شيوعه فى جميع المتروك و العقد و الإيقاع يؤثر أثره فكأن ثلثه انقلب إلى السدس فى الأحاد فيكون المنجز سدس كل واحد بحيث لو اجتمع كان ثلث المتروك كالشريك فى الأعيان المختلفه فإنه لا ينحصر حقه فى أحدها بل له أخذ حقه من كل واحد قابل للقسمه منها.

و هكذا لو أوصى بوصايا لكن كأن البدء بالأول عليه الأكثر ما لم يكن هناك ما يخرج من الأصل على كل مال كالواجبات الماليه لنفوذ الوصيه الأولى و ما بعدها لره وسهما الثلاث إذ هى من اهلها فى محلها، و لخبر حمران عن ابى جعفر " عليه السلام":

فى رجل أوصى عند موته و قال اعتقوا فلاناً و فلاناً حتى ذكر خمسه فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ اثمان قيمه المماليك، قال: ينظر الذين سمّاهم و بدأ بعتقهم و يقومون و ينظر إلى ثلثه و يعتق أول شىء ذكر ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس فإن عجز الثلث كان ذلك فى الذى سمى أخيراً لأنه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك

،) و لاشتماله على التعليل يدفع احتمال اختصاصه فيجرى الحكم فى غير العتق و العتق مع غيره، لكن الشيخ و تبعته قدّموا العتق و ان تأخر للموثق عن ابى عبد الله " عليه السلام": (

سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيه و كان اكثر من الثلث، قال: يمضى عتق الغلام و يكون النقصان فيما

(، و غيره مثله و هو و ان كان ظاهراً فى التنجيز إلّا ان قوله " عليه السلام ": )

يمضى .. إلى آخره

( يعم الوصيه، لكنه موهون بعدم عمل الأ-كثر به مع معارضته للأقوى منه فلا-محيص عن القول الأول و اجراء ذلك حتى فى المنجزات لصلوح التعليل فى الخبر السابق له فإن اطلاق العقود التى منها الوصيه محمول على النافذه لأن العقد يقتضى إرادته معنى ما تعلق به فإن صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه، نفذ لوجود مقتضى النفوذ و ان قصر لوجود المانع نفذ ايضاً حيث يرتفع و لم ينفذ مع وجوده فهو و ان كان صحيحاً لكنه لم يصادف محلاً ينفذ فيه من حيث عدم اجازة الورثه، هذا إذا لم يحتمل العدول أو ان الثانى ماسح للأول احتمالاً يساوق نفوذه إذا صادف محله، و يجرى

جميع ذلك في المنجزات بناء على انها كالوصيه من هذه الحيشه و ان احتمال البسط فيها دونها كل ذلك لو علم الترتيب في التنجيز و الوصيه.

و أما لو جهل المتقدم، قيل و لم نعثر على غير المبسوط في خصوص الوصيه انه يقسم على الجميع بالحصص لجهه الحكم بالاقتران فيهما الناشئ من اصاله عدم تقدم احدهما على صاحبه، و مع ذلك لو اعتبر ذلك بالقرعه كان حسناً إذ عنوان الحكم متى كان السبق أو الاقتران و لم يعلم احدهما فما كان الأصل ليشخص موضوع الحكم في الحادث، و لا يكفي الظن هنا لو حصل فليس إلا القرعه لأنها لكل امر مشكل.

نعم، لو لم يكن للاقتران حكم مستقل بل هو خاص بالسبق وحده يلزم التخصيص مع القصور حيث يجهل التقدم لأن المرجع إلى ما يؤدي إليه إطلاق الوصيه و هي تقتضى ذلك و لو تبين السابق بعد التخصيص لحق الحكم السابق و انتفض التخصيص و بطل في المتخلف.

و ان قلنا بالأجزاء في العباده إذا انكشف الخلاف إذ لا تشخص القرعه الحكم الواقعي و لا تعين اراده المنجز أو الموصى و ان ترتب على ذلك الضمان و الغرامه بل و لو حكم الحاكم بها، و في القواعد في ارثه و لو اشترى من ينعق ليرث حيث لا وارث ثم تبين الوارث فالأقرب البطلان فيهما، و لما لم يكن للقرعه في الشرع ضابط يرجع إليه جازت بما يحصل به المطلوب في كل ما تشرع فيه حسب ما عليه المتعارف بين الناس بكتابه أو غيرها و يمضى ذلك الشرع و لا تتوقف على اذن الحاكم عند الاشتباه إلا في أصل المشروعيه ثم هي آخر ما يرجع إليه في المشتبه بحيث لو كان هناك أصلاً أو قاعده عامه أو نصاً معمولاً به قدم عليها من دون اشكال بناء عليه ان ما شرع فيه التنجيز بين المشتبهين لمكلف واحد لا تشرع فيه القرعه فلا تشرع في الخبرين المتضادين و لا في الإناءين المشتبه ظاهرهما بالنجس و لا في الغريقين الواجب انقادهما و لا يتميز الأفضل من المجتهدين الواجب تقليد احدهما، و هكذا بل القدر المتيقن من مشروعيتها هو ما انحصر الأمر في التعيين بها، و إلا فحيث يمكن التخيير لا يعدل عنه إليها، و لذا كان الأوفق بالضوابط الشرعيه عندنا هنا التخيير في الترتيب لو اشتبه المتقدم و المرجع فيه إلى الوارث أو الوصى أو إلى الحاكم لو تشاحا و ليس للموصى له ذلك لأنه قد يجرى النار إلى قرصه، لكن فيما وقفنا عليه من زبر الاصحاب و كل من حرر في هذا الباب لم يذكر احتمال التخيير في تقدم ما شاء من يحتمله و ربما كان نفى احتمال له لم تقف عليها فانحدو حدوهم، و في المسالك بعد ذكر كيفيه القرعه في المقام، قال: هذا ما يقتضيه تحقيق حال القرعه و إلا فكلام الاصحاب خال عن تحريره انتهى.

و ما ذكره رحمه الله " من الكيفيه هو ان يكتب سبق كل واحد مما ذكر الماتن و اقترانه مع صاحبيه أو احدهما أو سبق اقرار كل واحد منهما لو تعدد أو لحوقه و يحصل المراد في ثلاثه عشر رقع فاقتران الثلاثه في واحده لو خرجت أولاً من الخباء ثم اقتران اثنين بعد الثالث أو قبله ثم ترتب الثلاثه سابقاً و لاحقاً في كل فرد فرد، فيتعين بذلك السابق و المقارن و يحصل الاقتران بورقه الثلاثه او الاثنين سابقاً و لاحقاً و يحصل الترتيب بين الثلاث إذا انفرد كل منهما سابقاً أو لاحقاً لصاحبه، و صاحبه كذلك و لو حصل التراضي من الورثه جميعاً في الترتيب و عينوا السابق ثم الذي بعده ثم الأخير لا يؤخذ به لأحتمال الحيف و الموافقه لغرضهم لا لغرض المورث حتى لو طابقتهم الوصى بل و الموصى له في الوصايا المتعدده، و يحصل الترتيب بتعاقب الزمان في



و الفاء، و الانفصال فى الوصايا ان لم تعم قرينه على مسح المتأخر لما قبله و قد يقرع بغير الرقاع مثل الحجر و العود و غيرها.

و إذا وقف شاه كان صوفها و لبنها الموجود على ظهرها و فى ذراعها داخلاً فى الوقف كالمتجدد بعده ما لم يستثنه الواقف نظراً إلى العرف فى التبعية كما لو باعها، و حينئذٍ فكلما دخل فى المبيع عرفاً من نتاج الملك الموجود دخل فى الوقف ايضاً و فى العتق كلبن الجارية الموجود عين العتق للعله و ان لم يصرحوا به و على ذلك الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم بخلاف الظاهر و ثمره النخل و الشجر كذلك، و غيره من الزوائد كالأطراف اليابسه و الورق مما فيه اصلاح الشجر و النخيل، و إذا لم يقتضيه اطلاق العقد لا- يدخل حتى مع التصريح بدخوله إلا إذا استفيد من الإباحه المجانيه فإن النماء المتجدد نماء ملكه المحبوس فيملكه لملكه الاصل و أما الموجود فليس من نماء ملكه المحبوس فلا- يملكه و إلا- تجرى فيه التبعية و ان جرت فليست من النواقل القهرية إلا ما تعارف منها على اشكال. نعم، لو صرح الواقف بالدخول كان كالأصل ما لم يكن من اجزاء العين الموقوفه كسعف النخل الرطب و يدخل فى المتجدد عوض البضع و اجره الدابه و العبد و النكاح المتجدد و فى فروخ الاشجار المتجدده بعد الوقف إذا كان من نتاج الاشجار الموقوفه و جهان من إجراء حكم الأصل عليها فيحققها حكم الاصل و من كونها من نتاج الوقف من فوائده فهى بمنزله النماء. نعم، الدابه الموقوفه على الجبهه الخاصه مثل البقره للحرث او للدياسه او لغيرهما معيناً فتاجها للواقف كما صرح به الفاضل فى تذكره الفقهاء و مثله العين الموقوفه لتعزيه او عزاء او لضيافه من خيمه أو قدور أو فرش و كذا ما يوقف فى الحضرات المشرفه و المساجد و المدارس و الرباطات من الاعيان، فلو استعمل فى غيرها ثبت للواقف اجره المثل مع الاثم لو زاحم الجبهه بل مطلقاً لعدم احراز الاذن من الواقف، و حينئذٍ لا- ريب فى حرمة وضع البرد الموقوفه فى أحد المشاهد و الاستار على جنازات الموتى كما هو الديدن الآن، إذ لا فحوى تقضى بالأذن و لا شاهد حال بعد معلوميه وقفها فى خصوص الروضات، و كذا القرائن و الفرش. نعم، لو خيف عليها من الاضمحلال أو التلف او سرايه دابه الأرض إليها جاز للناظر الخاص أو العام إخراجها من تلك الجبهه لإصلاحها بتنقيه و نحوها و لو بالفرش فى غير موضعها او وضعها بالشمس أو على الجنائز و هكذا، و ليس بالبعيد جواز تولى ذلك حسبه، و يجرى ذلك حتى فى المرسول إلى البقاع المشرفه و لم يجرى عليها صيغه الوقف فتكون من المباحات التى لم يتحقق من المالك الاذن فى التصرف فيها إلا على هذه الجبهه الخاصه و وشيكاً يأتى ما ينفع فى خصوص هذه المسائل ان شاء الله.

## النظر الثانى: فى الشرائط

### اشاره

و هى اربعة اقسام:

## القسم الأول: فى شرائط الموقوف

### اشاره

و هي اربعة:

### **أولاً: ان تكون عيناً ينتفع بها مع بقائها**

و يصح اقباضها فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدين و لو مؤجلاً او كان المدين معسراً، و كذا لو كان الموقوف فرداً مردداً بين  
أحد مثلما لو قال: وقفت فرساً أو ناصحاً أو داراً و لم يعين حتى لو وصفها بأوصاف معلومه حيث لا



تشخصها، و مثل الكلى فى الذمه المنفعه لإطلاق العين فى قبالتها كأولين و علله غير واحد بأن المشرع للوقف الدليل الفقاهتى من قوله " ص ": )

حبس العين و سبيل الثمره

(، و ما وقع من وقوفهم عليهم السلام" و ما كان ليقضى ذلك باندرج احد الثلاثه فيه أما الدين و المنفعه فلو أمكن تحبيسهما بعد التشخص و القبض فلا يمكن تسبيل الثمره فيهما إذ ليس هناك ثمره حتى تسبيل أو ان لمفهوم من الخبر و نحوه فعليه التهيؤ للمنفعه فى الأصل الذى يراد تحبيسه، و لا- ريب فى انعدام التهيؤ فيهما فعلاً و الذى ورد عليه العقد عارٍ عن ذلك و كونه بعد القبض مما يمكن فيه الانتفاع لا يقتضى صحه وقوع العقد على فاقده فعلاً و لذلك لا تصح اجارته و غيرها من العقود التى ترد على المنفعه، و ان قيل بصحه بيعه و الصلح عليه وهبته لأن التهيؤ المرقوم غير ملحوظ فيها فلا مانع من وقوع عقد عليها يقتضى نقل ما وقع عليه بنفسه ان لم يدعى على اعتبار التشخص فيما من اطلاق العقد أو من دليل خارجى ان كان الأول لا يوجب، و الحاصل ان التحبيس و الاطلاق يقتضى وجود شىء فى الخارج كى يقع عليه الفعل و ما فى الذمه لا وجود له خارجاً فوقفه كوقف المعدوم قبل التعيين و هو فى الدين واضح و فى المنفعه لاستهلاك العين بالتصرف الموجب لاستهلاكها فإن امكان الانتفاع مشروط ببقاء العين لا مطلق.

و لو قيل بمنع التصرف فى العين و الانتفاع بها و ان كانت منفعه قلنا هو مع تخلفه فى المنفعه العاريه عن المنفعه أصلاً مع عدم المفصل ان نفس الوقف لا يوجب عدم جواز التصرف بل غايته الانتفاع مع بقاء العين و ان اوجب تصرفاً فى العين غير مستهلك لها و التصرف فى المنفعه لازمه استهلاكها شيئاً فشيئاً فلا يتعلق الوقف بها، و أما المبهم فكالدين و ان استند إلى معين كفرس من افراسى فإن المبهم باعتبار كليته غير موجود و لا مملوك و هما مناط الوقف فالمبهم مجهول و المجهول لا يوقف مضافاً إلى المحكى من نفى الخلاف و اجماع الغنيه و أصله عدم تحقق الوقف فى غير المتيقن منه لعدم شمول دليله له لا اقل من الشك.

هذا خلاصه ما ذكره دليلاً على المنع فى الثلاثه و لكنها لا تفى بالمدعى إذا لم يتحقق الإجماع عليه إذ اللازم من ذلك او لا عدم جواز وقف مسلوب المنفعه فيما لو ملكت قبل الوقف بعمرى العين أو اجارتها أو غير ذلك مما ينافى فعليه التسييل من جهه استحقاق الثمره لغير الموقوف عليهم لا من جهه عدمها لآفه سماويه أو لغصبها أو غير ذلك مما يصح فيها فعليه التهيؤ كإجاره ما يتأخر ثمرته و وقفه قيل لدون منفعته، بل لجهه استحقاقها مع وجودها لسوى الموقوف عليهم و تحقق استيفائها بعد تمام العقد السابق و استحقاق الموقوف عليه لها فى الزمن اللاحق لا يجعل مصب العقد فعليه التهيؤ للمنفعه إذ لا ريب فى انعدام التهيؤ فعلاً و امكانه بالقوه كإمكانه فى الدين او المبهم بعد قبضه و تشخيصه مع ان الظاهر الاتفاق على صحه الوقف، كذلك و لم أعثر على متأمل فيه.

### و أما ثانياً: فلأنه لا ريب فى صحه الوقف المشاع المنافى لاعتبار الشخص

و لتحقق الحبس و التسييل فعلاً و أى مانع من عين لها منفعه مردده بين افراد كالواجب التخيير فيعين الواقف بعد الوقف احدها، و يكون وفقاً أو تعيينه القرعه أو الناظر فى الوقف كما تعين القسمه فى المشاع العين الموقوفه و عدم شمول دليل الوقف لمثله أول

الكلام و بعد شموله يلزم الوفاء به ما لم يقم دليل على بطلانه، و حينئذٍ فما يصح بيعه أو اجارته ينبغي ان يصح وقفه، و دعوى ان وقفه منافٍ لاعتبار تنجيزه الذى عليه الاكثر و لمقارنه الأثر لسببه إذ المناط ملكيه ما تأهل للمنفعه من الاعيان و أن تأخر تعيينه أو تأخرت منافعه لعارض من سبق عقد ينقل منافعه لغيره

عليه أو لتأخر زمان منفعته و هكذا، و حيثئذ يصح وقف العقار و الثياب و الاثاث و الآلات المباحه و ان كنَّ مستأجرات خاليات عن المنفعه حين الوقف و ضابطه كلما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقاء عينه يصح وقفه فيخرج ماله منفعه محرّمه مع الانحصار أو مع قصدها في غير المنحصر و كذا ما لا منفعه له ابدًا و ينحصر الانتفاع بذهاب عينه كالطعام و الشمع و نحوهما، لكن بن ثابت لم يسوغه في الحيوانات و الكتب و خصّه أبو يوسف بالأرض و الدور و الكراع و السلاح و الغلمان تبعاً للضيعة و نفى صحته مالك بمطلق المنقول و لم أفق على موافق لهم من اصحابنا سوى ما ينقل عن العماني في استثناء بعض المنقول مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه كالحصر و الرياحين، و لعله مبنى على اعتبار طول زمان المنفعه و هو صريح الفاضل في التحرير، و محكى رحمه الله " بدعوى المفهوم من سياق الاخبار ذلك و لمنافاته للتأييد المطلوب من الوقف و فيهما منع بين إذ سياق الاخبار لا يظهر منها ذلك و لا يراد من التأييد زائداً على عمر العين الموقوفه و إلّا لم يحصل للوقف موضوع، و لذا كان ظاهر الاكثر ذلك كما انه يكفي تأهله للمنفعه و لا تعتبر الفعلية فيصح وقف الحيوان الصغير الذي يملك لإطلاق الادله مطلقاً. نعم، فيما تملك منفعته بعقد سابق على الوقف مده تفتى بها منفعه أو تزيد على عمره غالباً من اجاره و غيرها من العقود اللازمه، ففي وقفه اشكال أقربه المنع للحوقه بمسلوب المنفعه. نعم، لا بأس به في العقود الجائزه لأن الفسخ و عدمه يرجع إلى ارباب الوقف، و كذا يصح وقف الكلب المملوك و الستور و غيره مما يملك لإمكان الانتفاع به منفعه محلله في صيد أو ماشيه أو زرع أو حائط أو لذهاب الفويسقه أو غير ذلك، لكن على القول بعدم تملكها لا يجوز وقفها لتوقفه على الملك و ترد في التوقف شيخنا بل يصح الوقف مع سلطنه الاختصاص لإطلاق الخبر و لا يخفى ضعفه و إلّا لجرى ذلك في حقوق الاختصاص

مطلقاً و لا يصح وقف الخنزير لأنه لا يملكه المسلم و لا كلب الهراش و لا غيرهما مما لا يملك.

و لا- يصح وقف الآبق كبيعه لتعذر التسليم أما لو أمكن التسليم بل و التسلم للموقوف عليه صحَّ في وجهه، و هل يصح وقف الدراهم و الدنانير.

قيل لا تصح و هو الأظهر و نفى الخلاف فيه لأنه لا نفع بها إلّا التصرف فيها كالطعام و الشمع و هو منافٍ للوقف الموجب لبقاء الأصل، و قيل يصح و هو الأشبه لأنه قد يفرض لها نفع مع بقائها لزينه و غيرها، لكن فيما دون النصاب ان قلنا بعدم ثبوت الزكاه فى العين الموقوفه، و لو وقف ما لا يملكه و ان كان المالك مجهولاً و لو اجاز المالك أو الحاكم لو جهل قيل يصح لعدم المانع من التقرب للغير بماله، و لأنه بالإجازة كالوقف المستأنف و هو حسن، و به قال جماعه كثير و الحواشى و ظاهر المسالك و غيرهم لا من الصدقه التى تجوز من الفضولى و يصح وقف المشاع عندنا و خلاف الشيبانى منقرض و قبضه كقبضه فى البيع من غير اشكال. نعم، التصرف فى المنقول منه يتوقف على اذن الشريك دون غيره.

### القسم الثانى: فى شرائط الوقف

و يشترط فيه البلوغ الشرعى، و كمال العقل و جواز التصرف و الإسلام لمشترط القربه فيه على تردد فلا وقف للصبى مطلقاً و المحجور عليه مطلقاً حتى مع الاجازة فيها فى رأى، و فى صحه وقف من بلغ عشرأ و كان مميزاً تردد لوقوع الخلاف فيه و المحكى عن المفيد المنع فيه خصوصاً و ان عبّر بلفظ الصدقه للشهره على جوازها فى غيره و فى الوصيه و العتق و اختار فى النهايه و المهذب تعديه الصدقه إلى الوقف للنص الوارد، و لكن المروى جواز صدقته فى خبر زراره عن الباقر " عليه السلام ": (

إذا اتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز فى ماله ما اعتق أو تصدق أو اوصى على وجه معروف و هو جائز

)، و هى مخصصه أو مقيده للموثقتين الذى لم يشتملا على العشر و من الصدقه الوقف، و مع ذلك الأولى المنع و عليه المعظم لتوقف رفع الحجر اجماعاً و روايه على البلوغ الشرعى و الرشد، و دعوى الخروج بمثل هذه النصوص المتروك العمل بها عند عامه الاصحاب فى خصوص المقام لا يلتفت إليها بمثل هذه النصوص المتروك العمل بها عند عامه الاصحاب فى خصوص المقام لا يلتفت إليها لسلب عباره الصبى إلّا ما استثنى فيقتصر على مورد المحقق دون المشتبه و عليه يلزم القول بنفوذ وصيته بالوقف و ان لم يصح وقفه لعدم استثنائها من صحه وصيته المتفق عليها.

و لا ريب انه يجوز ان يجعل الواقف و يشترط فى متن العقد النظر فى العين الموقوفه لنفسه دون غيره، و لغيره و ان تعدد و له مع غيره على الاشتراك و الاستقلال و لم أقف على متأمل فيه عدا ما يحكى عن بن ادريس و عبارته غير صريحه فى الخلاف فلا ضير فى نفى الخلاف إذا ادعى و لا تعتبر فى نظارته عدالته لعدم دليل صالح عليها و ان جاز للحاكم عزله إذا ظهر منه ما ينافى مصلحه الوقف، و أما غيره فقد ذهب جماعه إلى اعتبارها زائداً على الرشد و حكموا بعدم جواز جعل غير العادل ناظراً و ان كان رشيداً و آخرون إلى جوازه للأولين الخبر المتضمن لصدقه مولانا أمير المؤمنين " عليه السلام " و فيه يقوم على ذلك الحسن " عليه السلام " ثم من بعده الحسين " عليه السلام " ثم إلى من يختاره و يشق به و لا- يوثق بغير العدل و فى الأخرى بعد ذكر

الحسنين "عليهما السلام" فإن حدث بهما حدث فإن الآخر منهما ينظر في بنى على عليهم السلام "فإن وجد من يرضى بهديه و  
اسلامه و أمانته فإنه يجعله إليه ان شاء، و ان لم يرَ فيهم بعض الذى يريد فإنه يجعله إلى رجل من آل ابى طالب يرضى به فإن  
وجد آل أبى طالب قد ذهب كبرائهم و ذووا

آرائهم فإنه يجعله إلى رجل يرضى به من بنى هاشم الحديث و هما لا ينهضان بالاشتراط بل ظاهرهما التأكيد فى عدم تغيير أمر الصدقه و صرفها فيما ذكر " عليه السلام ". نعم، لو اشترطت فى الناظر لزم الشرط بلا اشكال و لو فسق حينئذ انعزل و ان عاد إلى العداله ترجع له النظاره لأن الحكم قد تعلق على الشخص المتصف بها، و بعودها يكون موضوعاً للحكم إذ بالعود إليها يجمع الأمرين الشخص و العداله فتكون النظاره له و يكون كما لو جعل الواقف النظاره لشخص بعده و اشتراط عدالته و كان الشخص حينئذ عادلاً ثم فسق فى أيامه و غبّ موته رجع إلى ما كان عليه أولاً فإنه لا اشكال فى الحكم بنظارته و ذكروا أيضاً ذلك فى الوصى، لكن قد سبق منا وشيكاً فى الوكاله ما ينافى ذلك و انه بعودها لا تعود الوكاله حيث تشرط العداله فى الوكيل بل و فى غيرها من العقود و لعل استثناء الوقف و الوصيه من بينها لاقتضاء العموم فى دليل مشروعيتها من قوله " عليه السلام ": ( )

الوقف حسب ما يقفها اهله

، و قوله تعالى: [فَمَنْ يَدَّله] جواز ذلك و إلا فرجوع النظاره بعد العزل و ان عاد الوصف فى غايه الاشكال و ما كاد ذلك ليقضى بعزل الحاكم الذى ترجع له النظاره عند فسق الناظر المشخص، و كذا لو ترتب الواقف.

### ثالثاً: معين فقبض الموقوف هو أو الحاكم و تصرف فيه حسبما يراه من اصلاحه

بل يلزم الفساد على تقدير رجوع النظاره فى تصرف الواسطه، إذا كان على خلاف نظره للزوم نقض ذلك التصرف مع الامكان فلولا- تسالم الأ-كثر على العود لكان المتجه العدم و جعل الفسق كالموت مزيل لموضوع النظاره فإن الوصف إذا كان جزء موضوع الحكم يدور الحكم مداره وجوداً و عدماً، و متى ارتفع بتبدل موضوعه و صار له موضوع آخر فزواله بأحراز الموضوع الأول للوصف غير وجهه و هل له الرد ابتداءً و استمراراً و ليس له ذلك بعد لزومه من طرف الواقف و عدم جواز عزله للأمر بالكون مع الشرط حتى للواقف نفسه ان لم يقيد بقيد يسوغ ذلك و جهان و استظهر الجواز فى الدروس الشرعيه قائلاً ان ذلك فى معنى التوكيل فلا يجب على المشروط له القبول للأصل بل و لا الاستمرار بعده، و فى المسالك لأنه غير واجب فى الاصل فيستصحب فإذا رد صار كمن لا ناظر له انتهى.

لكن شيخنا رحمه الله " استوجه عدم جواز الرد بعد الرضا و القبول، و خلاصه ما رام بيانه بأن ذلك منافٍ لمقتضى العقد المأمور بالوفاء به من المتعاقدين و غيرهما ممن له تعلق بالعقد و دعوى أنه فى معنى التوكيل ممنوعه لعدم الدليل، و عدم القصد مضافاً إلى لزوم القيام عليه مما يقتضيه النظاره مع عدم الرد لكونه من مقتضى العقد و لولاه فلزوم المضى لا دليل عليه سواه ثم ان الواقف لو شرط له ما هو أقل من اجره المثل عوض عمله لزمه المضى فى العمل و عدم أخذ التفاوت و ان لا يتجاوز شرطه و يقبل القليل ان لم يتبرع و ما هو إلا من جهة كون ذلك من مقتضيات العقد اللازم فلا يجوز رده و عدم قبوله فلو كان له الرد و عدم القبول لأخذ عوض عمله أجره المثل بل الأزيد منها لكن حيث كان قبول ذلك من مقتضى العقد لزمه عدم التعدى فكذلك إذا رضى بالنظاره فليس له الرد للعله المزبوره، و حينئذ يلزم العمل بمقتضى العقد الذى منع من الرد عند الرضا، و هذا و ان كان التفاتاً حسناً لكن ربما يمنع كونه من مقتضيات العقد لأن الالتزام به حيث لا يكون موجباً و لا قابلاً كأنه لا برهان عليه بعد تسلط الانسان و سلطنته على ما له فعله و عدمه و لا يملك أحداً واحداً إلا بعقد ينقل جميع منافعه إليه مثل الإجاره، و أما

غيرها من العقود فلا ترى لو باع و اشترط في متن العقد زوجيه أيم مثلاً

و هي رضيت بذلك و حصل البيع على الوجه المزبور ثم نكلت و عدلت هل للحاكم ان يجبرها على النكاح، و هل للمشتري ان يطالبها بذلك لأنه من مقتضى العقد، و مثله لو باع و شرط استئجار دار الغير سنه و حصل الرضا من الغير بذلك ثم عدل، أ يصح جبره على ما رضا به؟، و هكذا و أما عدم جواز أخذ الزائد على ما عينه الواقف عوض عمله و لو كان دون اجره المثل فهو من فروع قبول النظاره لا انه من مقتضى العقد فيكون حينئذ عرضها بحيث ان العقد اقتضى شيئين لا ربط لأحدهما بالآخر، فكما ان الثانى يلزم فكذا الأول فإن ذلك مما يمنع بل هو من توابع قبول النظاره التى له ردها فإن قبلها لزمه قبول القليل و إلا فلا و ما بالاختيار لا ينافى الاختيار و أى فرق بين ما نحن فيه و بين الوكاله بالجعل الذى هو دون أجره المثل فإن الوكيل لو قبل الوكاله لزمه قبول ذلك الجعل قلّ أو كثر و متى عزل نفسه ذهب الجعل بالعزل و ليس له المطالبه بالزائد كما ليس له ان يقبل الوكاله و يطالب بجعل ساوق اجره المثل و يدعى عدم التبرع و كون الوكاله لا تلزم من الموكل لم يصلح فارقاً لخروجه عن مفروض البحث و خلاصته ان العقد اقتضى قبول النظاره على الوجه الخاص، فإن ردها سقط ما تفرع عليها و ان قبلها لزمه ذلك فهو ليس من مقتضيات العقد بل من توابع القبول ما دام فهو كمن استأجر على عمل أو اعمال فى أيام معدوده بعوض معلوم و اشترط الأجير ان له خيار الفسخ إلى منتهى الأجل و قبل المؤجر ذلك فالعوض يدور مدار الفسخ و عدمه و يستحق الأجير لو فسخ فى الاثناء بالنسبه فالنظاره كذلك حيث يردّها بعد الرضا و لزوم الوفاء بالعقد و ان شمل الواقف حيث اشترط ذلك، لكن لا يشمل الناظر بمجرد الرضا و لو شمل فلا فرق بين رضاه و عدمه فليحظ. نعم، لزوم الوصيه بعد الموت مما قضى بها الدليل الفقاهتى فهى على خلاف الأصل، كما لا يجدى الرضا بها حال الحياه بل و قبولها فى عدم الردّ بل للوصى ردها على الموصى و ان قبل زمن الحياه، ثم انه لا اشكال فى انه للواقف ان لا يقتصر فى النظاره على عدد مخصوص بل له جعل ناظر أو أكثر، و المتبع فى الثانى قصده فى الاشتراك أو الاستقلال أو اختصاص الاستقلال بأحدهما دون الثانى حسب ما يشترطه إذ الوقوف حسبما يقفها أهلها.

أما لو جعل ناظرين و اطلق فالظاهر لزوم اشتراكهما فيما لا يتسامح فيه عرفاً و لا يجوز لأحدهما الاستقلال لأن الاثنيينه ملحوظه فيما للناظر التصرف فيه، و لا يصح توكيل احدهما صاحبه و لا غير صاحبه إلا إذا أظهر من الواقف ذلك و ان منع من تصرفهما او نظاره احدهما مانع فإن جعل الواقف شخصاً مخصوصاً بعد فقدهما و نصّ عليه رجعت النظاره إليه و إلا فالى الحاكم منضمماً أو منفرداً أو من يعينه و الأولى ان يعين الحاكم من الموقوف عليه من يرتضيه للنظاره عند فقد الناظر مطلقاً من الموقوف عليهم ليجمع بين الحقين، و لو انفرد الموقوف عليه فله التصرف فى الثمره لأنها ملكه بدون مراجعه الناظر حيث لا تكون للموقوف حاجه إلى أمر آخر من تعمير أو مصانعه مصدق أو جلب ما فيه صلاحها و لو فى الزمن المستقبل و حينئذ لا بد من مراجعته لعدم اختصاص الموقوف عليه بالثمره و متى اشترك مع غيره لزم الرجوع فى التوزيع و كيفية الصرف إلى الناظر و لو اختلف هو و الموقوف عليه أو هو و شريكه فى صرف مخصوص رجعا إلى أهل الخير و عند اختلافهم يؤخذ بما يوافق رأى الناظر فى الأول و إلى ما يراه الحاكم فى الثانى، و ليس للموقوف عليه الردّ على الناظر إلا مع الاتهام و لو جعله الواقف بمنزله نفسه و أرجع الأمر مطلقاً إليه أو صرح بنفوذ تصرفه مطلقاً، فالظاهر عدم جواز معارضته حتى مع الاتهام و ان كان الواقف اجنبياً بعد الوقف للزوم اتباع كلما اعتبره فيه.



و أما الوقف على الجهات العامه كالقناطر و الرباطات و الخانات و المدارس و الحضرات و العقارات التى يشترك فيها العموم و مرجع نظارتها إلى الحاكم الشرعى فيجوز لكل احد ممن شمله الوقف ان يتصرف فيها بدون اذن الحاكم بما قضت العاده به من التصرفات التى لا تخل بالعين الموقوفه مما لا يتسامح فيه، و لو ظهر من الناظر قصد حرمان الموقوف عليه بصوره اصلاح الوقف رفع الموقوف عليه امره إلى الحاكم فإذا انكشف له ذلك عزله أو ضم إليه من يوثق به كما صنع الكاظم " عليه السلام " لما شرط فى الأرض التى تصدق بها النظر للرضا " عليه السلام " و أخيه ابراهيم بعده فإذا ارتحل الرضا " عليه السلام " دخل القاسم مع الباقي من اولاده.

و فى المسالك ان وظيفه الناظر فى الوقف العماره له اولاً و تحصيل الربيع بالباء، و قسمته على المستحق و حفظ الأصل و الغله و عدم التراخى فى رعايته و نحو ذلك هذا كله مما يقتضيه مذاق الفقاهه و الله الموفق.

هذا إذا كان الناظر معيناً فإن لم يعين الواقف الناظر كان النظر إلى الموقوف عليهم مع الانحصار بناء على القول بالملك لهم كما هو المشهور المصرح به فى القواعد و التحرير فإذا هم أحق بإصلاح ملكهم من الغير و تعاهده و ان رجحنا ملكيه الواقف كانت النظاره له للعله و قبل ان النظاره له و ان لم يملك لأن النظر و الملك كانا له و بزوال احدهما لا يزول الآخر، و فصل المسالك بين الموقوف عليه المعين و بين الجهه العامه فجعل النظاره للحاكم فى الثانى و للموقوف عليه فى الأول، أما ما نسب الأكثر فهو مبنى على ان الموقوف عليهم بمنزله الواقف فلهم جعل انفسهم نظاراً و لهم جعل غيرهم فهم بالنسبه إلى الناظر كالوقف الابتدائى حيث يسوغ للواقف ذلك لسلطنه الناس على ما ملكوا و جواز التصرف لهم بأى نوع ارادوا، و فيه ان هذه السلطنه غير تامه بعد فرض حق للبطون اللاحقه به لا- يشبه حق الوارث بوجود مورثه متى كانت كذلك كانت يدهم قاصره عن مطلق التصرف الذى ربما ينافى حق البطون اللاحقه فيحتاج إلى من يراعى ذلك، فيلزم ان يكون المراعى غيرهم خصوصاً إذا كان فيهم غير الكامل فلا- بد حينئذٍ من ان يتولى ذلك من يتولى المصالح العامه كى تمضى اجارته على الاعقاب فهم بخلاف الواقف الذى له التصرف فى ملكه كيفما اراد بل ليس لهم تناول ما يملكوه من الثمره بلا استئذان حذرا من الضرر على الاعقاب بإهمالهم بعض ما يصلحه فيلزم ان يرجعوا لغيرهم و ليس إلّا الحاكم، فالأوفق الحكم بنظارته عند الاطلاق مطلقاً و يلزم الموقوف عليهم مراجعته فلا وجه حينئذٍ للأول لعدم ملازمه

الملكيه للنظاره فى طرف الوجود و عدم دليل صالح للتفصيل و ملازمه ذهاب النظاره لزوال الملكيه فى طرف العدم بالنسبه إلى الواقف لأنهما ارتباطيان فيزول الملكيه بعود الواقف يعود الواقف اجنبياً، و كيف يستصحب شىء من الآثار المرتبه على الملك بعد زواله.

### القسم الثالث: فى شرائط الموقوف عليه

#### اشاره

و يعتبر فى الاشهر فى الموقوف عليه شروط ثلاثه أو أربعه:

#### الصوره الأولى: أن يكون موجوداً ممن يصح ان يملك

و يدخل فيه الوقف على الصاحب (عجل الله فرجه) و الخضر و اصحاب الكهف على الأصح و يقبض الحاكم عنهم و صرف ثمرته بنظره، و ان يكون معيناً متميزاً فلا يصح على المعدوم الذى لم يوجد و كذا الحمل قبل الانفصال إلّا تبعاً و مثله العبد و مطلق المجهول، و ان لا- يكون الوقف عليه محرماً كهو على الكفار مطلقاً أو غير الذمى فى الأولى و على مواطن الشيطان التى يشرب فيها المسكر و يضرب بها العود و المزمار مما اعدت للملاهى و لو لطبع كتب الضلال و غير ذلك، فلو وقف حينئذ على معدوم ابتداءً لم يصح لاعتبار وجود الموقوف عليه كمن وقف على من سيولد له، و كذا الملحق بالمعدوم لعدم تشخصه أو لأنه حمل لم ينفصل اجماعاً بالنسبه إلى الوقف دون الوصيه و عزل الميراث و سرّه عدم قابليته للملك إلّا ما خرج مما لا يقتضى ثبوته صحه الوقف، أما لو وقف على معدوم و ما به التحق ممن يقبل ملك المنفعه لو وجد، تبعاً لموجود لا مستقلاً و لا مبتدئاً به، فإنه يصح فيشارك الموجود و يستقل به بعده فى المرتب على ما سيجىء و الاتفاق عليه و النصوص به متضافره.

و أما لو بدأ بالمعدوم ثم بعده الموجود، قيل لا يصح و يبطل العقد رأساً و لا ينتقل إلى الموجود و ان كان لو بدأ به ثم الوقف و صحّ العقد و عزى للأكثر و للمحققين.

و قيل يصح على الموجود و هو للشيخ فى الخلاف و المبسوط لأصالة الصحه و انه ضمّ صحيح إلى فاسد فلا يفسده فهو كوقف الشاه و الخنزير و العبد و زيد فيصح فى الجامع و القابل و يبطل فى الفاسد، و لكن الأول اشبه بالقواعد و الأصول إذ لو صحّ للزم أما صحه الوقف بلا موقوف عليه أما لانعدامه أو لعدم قابليته للملك أو مخالفه قصد الواقف و شرطه فلو صحّ و لم نجري أحكام الوقف على الموجود المتأخر لزم صحته بلا موقوف عليه و لو أجريت خالفنا ما شرطه الواقف من الترتب لأن الواقف لم يقصد الموجود ابتداءً لا- متحداً و لا- منضمماً إذا عطف بثمّ، و بذأ يفرق ما بينه و بين المثالين فإن الوقف فيهما تعلق بموجود لتوجه القصد إليهما فيصح فى البعض القابل و يبطل فى الفاقد مع ان اصالة الصحه لا تجرى بعد الشك فى تناول اطلاقات الوقف لما خلا- من الموقوف عليه على ان الوقف محتاج إلى المتعلق فحيث يكون متعلقه معدوماً أو بمنزلته أو مجهولاً فكأنه لا متعلق له و هو ينافى احتياجه لذلك، و لو زعم ان المصدر به حيث يكون محالاً لغى اشتراطه فيسقط و لا يبطل الوقف لوجود الموقوف عليه

فيعود ان الواسطه لا تصح للمانعيه و هو مبنى على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط مع انه منافٍ لاعتبار اخراج الواقف نفسه عن الموقوف اللازم فى الوقف حتى انه لو اشترط وفاء دينه اوله بعض نمائه لا- يصح، و لو قلنا بصحته يلزم فى مثل الوقف على المملوك و ولده ان يستوفى منافع الوقف بنفسه حتى يتعرض العبد فكيف أخرج نفسه عنه و فى مثل الواسطه التى لا تنقرض أو لا- يعلم مده انقراضها ان يبقى الوقف بيد الواقف و هو خلاف المفروض من اخراج نفسه عنه، و حينئذٍ يلزم ان يكون مصب العقد على موجود قابل للانتفاع ثم على من يكون مثله منه فنازلا- ليصدق التأييد فمنقطع الوسط و الآخر كمنقطع الأول حينئذٍ لمنافاته تأييده

لكن بعضهم صححه في غير منقطع الأول، و يأتي التعرض لذلك، و كذا يجرى ما حررناه فيما لو وقف على من لا يملك ثم على من يملك، و هو كسابقه أيضاً فيه تردد و المنع اشبه لعدم وجود متعلقه في زمان فيخلو عن موقوف عليه إلا أن الظاهر من المصنف بطلانه حيث يخلو في المبتدأ و من غيره انه يبطل متى علم خلوه في زمان ما لوجود المقتضى لذلك و هو خلو الوقف عما تعلق به كما سيأتي.

لكن يظهر من المصنف و غيره ان هذا الشرط في ابتداء الوقف فلا مانع ان يلحق المعدوم بالموجود فيكون تبعاً و هو يقتضى صحه الوقف على الموجود من اولاده و صحه نقله عنهم إلى ما يوجد له من الأولاد فيفيد الوقف عليهم تقدمهم، فإذا ولد لهم أخوه يشاركوهم و هو منافٍ لما سيجىء من قول المصنف و لو شرط نقله إلى من سيوجد لم يجز فينبغى التأمل في عدم الجواز و سيجىء ان شاء الله الكلام فيه.

و مما ذكرنا ظهر انه لا يصح الوقف على المملوك بجميع انواعه و لا يملك الوقف بجزئه الحر و لا تتبعض الصفقه فيسقط الموقوف على المملوك و يوقف بالنسبه كمن وقف على عبد و حر فإنه ينتصف الموقوف فيصح في النصف في قول مشهور للفرق بينهما من جهة، عدا نهوض الأدله بالوقف على الأجزاء. نعم، هو كذلك بالإرث و الوصيه و لا ملازمه بينها فالأوجه عدم صحه الوقف عليه حتى لو قيل بملكه، لكن شيخنا استوجه الصحه على القول بالملكيه و لو بدون اذن مولاه و هو مشكل بعد فرضه كالمعدوم كما صرحوا به في الارث فالأوفق عدم الصحه، و لا ينصرف الوقف إلى مولاه لأنه لم يقصد بالوقفه، و للعامه قول يرجوعه إلى مولاه لأنه يملك بالوقف و ملكه بمولاه، و يصح الوقف اجماعاً على المصالح كالقناطر و المساجد و هو ليس من الوقف على المعدوم لأن الوقف الملحوظ للواقف في الحقيقه على المسلمين لكن هو صرف في بعض مصالحهم و مثله الوقف على اكفان الموتى، و على خدمه الكعبه و المشاهد المشرفه لكن في خبر ضعيف عدم جواز الوقف على المساجد و لم يعمل به احد و لا يقف المسلم على الحربى و ان كان رجماً على المشهور لا لأجل حليه ماله التي لا تنافى الوقف عليه و لا لعدم امكان التقرب لما عرفت بل للنهي عن موادتهم و مواصلتهم و لا يجتمع و جوب تلفهم مع الوقف عليهم فالحق حرمة لا أقل بأنهم كالماليك بل لهم كذلك، و يلحق بالحربى في هذا الحكم محقون الدم من الكفار إلا الذمى فقد حكى عن الفاضل و غيره كالمصنف في النافع و هنا قال: و يجوز ان يقف على الذمى و لو كان اجنبياً و استدل عليه في الرحم بوقف صفيه على أخ لها يهودى فأقرها النبي "ص" على ذلك و في غيره بعموم الاحسان و المعروف و قوله تعالى: [لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ] و إلى فحوى ما دلّ على جواز الوصيه و الملخص فيه قول بالجواز مطلقاً و قول باختصاصه بمطلق الرحم.

حكى عن الشيخين و غيرهم و قيل بالعمودين فقط لأجل لزوم المصانعه بالمعروف و لمرسل المراسم إذا كان الكافر أحد أبوى الواقف كان جائزاً و ذهب إلى المنع في الرياض مطلقاً حاكياً له عن جماعه كسلار و الفخر و الشهيد و هو المتجه مع الشك في صحه مثل هذا الوقف لكن كان الجواز أشهر و تجنبه أولى لأنه اعانه لمن حارب الله و رسوله و هي محرمة بالعقل و النقل إلا في الضروره و منها احياء نفسه من الهلكه و التصديق عليه بما يقينه فإن لكل كبد حرى اجر و لا مكان ان يرجعوا إلى الايمان أو يخرج عن عقبتهم مسلم مؤمن فيحل التصديق عليهم و لو بما يشمل الوقف، و أما جواز ذلك مطلقاً الذي ربما يلزمه الترفع على

المسلمين فغير جائز جزماً و هو المعنى بقوله تعالى [لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ] و على تقدير الجواز فهو بخلاف ما لو وقف على الكنائس و البيع فإنه لا يصح لما ذكرنا فإنه من تعظيم شعائر الشيطان و قد أمروا ان يكفروا به بل يمكن القول بحرمه ذلك و ان كان فيه تشييد مرقد ولى الله إذ اتخذوه معبداً و لم يمنعهم السلطان عنه لتعارض ما قضى بتشيد شعائر الله تعالى و ما قضى بحرمه اعانتهم خصوصاً على ما يؤيد دينهم و يعلى كلمتهم و ترجيح الثانى لا يخلو من قوه لكونه من باب تعارض الواجب و المندوب أمدنا الله تعالى ببسط اليد، فنخرجهم من ذى الكفل أذلاء صاغرين و شيخنا بعد ان حكم بالجواز مطلقاً و نفاه فى البيع و الكنائس قال: نعم، لا بأس بالوقف على المصالح الراجعه لهم الجائزه لهم كبناء دورهم و نحوها لأنه كالوقف عليهم و ينبغى تقيده بما لا يخرجهم عن الذمه و بما لا يعيشون إلّا به لو قلنا بالجواز.

و مثله ما لو وقف على معونه الزناه حتى فى غير ما يصرف فى الزنا و مثله فى اللواط و السحاق و كذا قطاع الطريق أو شارب الخمر و يجمعه الوقف على المتهتك المرتكب جهره لما حرّم الله و لو استحل كان كالحربى و يندرج فيهم تارك الصلاة و الصوم و اداء الزكاه و الخمس و الحج فى وجه قوى، و كذا لا يجوز لو وقف على كتب ما تسمى الآن بالتوراه و الانجيل لأنها محرّفه فتدخل فى كتب الضلال، و لو آمنت من التحريف فهى منسوخه لا- تشبه منسوخ الكتاب المجيد للنص على رجحان تلاوته دونها فيؤول فى الحقيقه إلى تشيد دينهم لأن الوقف عليها ان لم يرجع إلى الواقف عليهم فى جهه خاصه من مصالحهم فهو باطل لما تقدم و ذكر المجلسى ان رسول الله " ص " غضب على عمر لما رأى فى يده صحيفه فيها شىء من التوراه فقال له: )

أف شك انت يا بن الخطاب أ لم ائت بها بيضاء نقيه و لو كان أخى موسى حيّاً لما وسعه إلّا اتباعى

، لكن الاصحاب اطلقوا المنع فيعم ما لو وقف عليها قاصداً للوجه الذى تجوز فيه امساكها و النظر فيها و لو للرد عليها مع انهم استثنوا ذلك فى كتب الضلال بل حكموا برجحانه و علل اطلاقهم من حيث ندره الغرض إلّا أنّ المتجه المنع و لو لهذا القصد لرجحان دفع المفسده على جلب المصلحه قاعده معمول بها عندنا. نعم، مع القطع بعدم المفسده الظن القوى بالمصلحه ربما يجوز ذلك بتكلف.

و أما لو وقف الكافر على الكتابين و غيرهما من صحفهم و معابدهم جاز لإلزامهم بما ألزموا به انفسهم و اقرارهم على دينهم و تأمل فى الجواز المصنف فى النافع لقوله و فيه وجه آخر و ذلك ادار الجواز و عدمه مدار لزوم قصد القربه و عدمه فجوزّه حيث لا- تعتبر فى الوقف إلّا ان يكون المراد بقصد القربه هو قصدهما ممن يعتقد حصولها و هو ممكن فى حق من يعرف الله تعالى مطلقاً. نعم، متعذر فيمن ينكر ذلك أصلاً و الظاهر ان معنى الصحه هنا، و فى غيره هو اقرارهم على ما تدنوا به و تنزله منزله الواقع و إلّا فلا معنى لصحه ما كان الشرط فى صحته الاسلام او الايمان المفقود فيهم فإن التقرب من غير المسلم و ان امكن لا اثر له فلو قلنا باعتبار نيه القربه فيه و انه عباده فلا- شك ان صحته مشروط فى الاسلام فيفرق بين وقفهم او الوقف عليهم لو تصور فيه هو رجحان و يتفرع عليه إنا لو اشترطنا نيه القربه فى الوقف لا يصح وقف الكافر حتى على المسلم بالمعنى الأخص و لم اعثر على متأمل فى صحته فيلزم أحد امرين، أما الصحه الاقراريه التى لا تنافى اشتراط القربه، و أما الحكم بعدم اشتراط قصد القربه فى الوقف الذى استوجهناه آنفاً، و على كل حال المسلم مطلقاً إذا وقف على الفقراء و لم يعينهم انصرف عرفاً إلى فقراء

المسلمين دون غيرهم لشهاده الحال التي تصرف الجمع المعرف إلى ذلك ما لم يقم شاهد حال آخر على ارادته لبعض فرقتهم  
اوهم

و غيرهم مثل وقف القناطر و الجسور و بعض الرباطات و غير ذلك إذا كان الموقوف عليه الفقراء كان الموقوف عليه الفقراء و لو وقف الكافر كذلك بحيث جعل الموقوف عليه الفقراء انصرف إلى فقراء فحلته كالمسلم حر، فأنجرف غير انهما لو عينا فقراء بلدهم او محلثهم و انتفى الموضوع ففى المسالك يصح الوقف لغيرهم و شيخنا أبطله لانقطاعه بعدم وجودهم أو انقطاعه بعد وجودهم و انقطاعهم مع جهل الواقف بالحال و هو كذلك حيث يعلم مراعاة الجبهه الخاصه، أما لو لم يفد الوقف المطلق إلّا اولويتهم من حيث ان الداعى إليه اراده تحصيل ما يترتب عليه من الاجر و غيره صرف فى غيرهم من غير اشكال و إليه نظر المسالك، و لو وقف الكافر بل مطلق من يصح وقفه على المسلمين انصرف إلى من يصلى إلى القبلة و هى شرط المسجد الحرام و يدخل فيهم المحكوم بإسلامهم للتبعيه و المستضعفين بل و المحكوم بكفرهم من المصلين كالخوارج و نظرائهم حتى المرتد الفطرى الذى لم تقبل توبته أخذاً بالعموم إذ لو أخرجنا المحكوم بكفره منهم، و ان صلى لزم اختصاصه بالفرقه المحقّقه أو بعضها و هو خلاف ما يظهر من العموم، و دعوى التفصيل بين المحكوم بكفره الذى تلحقه احكام الكفار و بين المحكوم بكفره الذى تجرى عليه احكام المسلمين ظاهراً عارٍ عن الوجه بعد انصراف اللفظ لمن يصلى إلى الكعبه مطلقاً و صحه الوقف على الكافر أما مطلق أو ما حكم بكفره من المسلمين ظاهراً و باطناً أو الثانى فقط و المرجع فى هذا و نحوه الفهم العرفى فلا نطيل.

و لو وقف من يصح وقفه على المؤمنين انصرف إلى الاثنى عشرية مطلقاً، و قيل كما عن الشيخ و اتباعه إلى مجتنبي الكبائر منهم و من لا يضر على الصغائر و الأول اشبه و ان كانت الاولويه مما يقطع بلحاظها للواقف عند المزاحمه إذا كان منهم أو من غيرهم للعموم الذى لا داعى و لا دليل على تخصيصه بالأخذ بالعموم إذا كان الواقف من غيرهم و بالخصوص إذا كان منهم، فإن مجرد كونه منهم بحاقه لا يقضى بإرادته غير من يعمل الكبائر و يجترى على المعاصى إلّا بشاهد حال أو مقال، و لو وقف الشيعه على الاماميه و يخص بالاثنى عشرية ان كان الواقف منهم خصوصاً فى زماننا، لكن شموله لمن شائع علياً لا ينكر فمنهم الجاروديه حينئذٍ، و الاسماعليه، و الكيسانيه، و الواقفيه، و الفطحيه و غيرهم ممن لم يقل بأمامه غيره و لو بالمشاركه معه من غير أهل بيته دون غيرهم من فرق الزيديه الملحقين بأصحاب صنمى قريش حكماً و موضوعاً و ان قالوا بإمامته بعدهما، و هكذا إذا وصف الواقف الموقوف عليه بنسبته دخل فيها إلّا مع القرينه الصارفه و عند تراحم القرائن يؤخذ بعرف الواقف، و بذلك يؤخذ فى كل هذه المسائل و اطنبوا بها لاختلاف الزمانين فيدخل فى النسبه كل من انطلقت عليه على ما عرفت، و ينتج انه لو وقف على الاماميه كان للاثنى عشرية المعتقدين بأمامه الائمة عليهم السلام " و عصمتهم المتدينين بدينهم و ان ارتكبوا الكبائر، و مثله لو وقف على الزيديه كان للقائلين بإمامه زيد بن على " عليه السلام " مطلقاً أو ينحصر بالفرقه التى يكون الواقف منها، و كذا لو علقهم بنسبه الحراب كبنى على " عليه السلام " كان لكل من انتسب إليه بالأبوه كالهاشميين فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد ابى طالب و الحارث و العباس و ابى لهب و الطالبين فهو لمن ولد ابو طالب منهم و القرشيين فهو لمن منه تقرشت قريش خاصه و يشترك الذكور و الاثاث فيه بالسويه، و المنتسبون إليه من جهه الأب نظراً إلى العرف الذى هو قريته الحمل، و فيه خلاف للمرتضى و جملة الاخباريه و المرجع الضابط فى الكل، و منه ما لو وقف على الجيران رجع فيه و فى غيره مما سلف إلى العرف، و قيل لمن يلى داره إلى اربعين ذراعاً و هو حسن لحكايته

عن المشهور و نسبه فى الخلاف إلى روايات اصحابنا فيؤخذ به و ان خالف العرف تعبدًا ان اعتبر نصّه أو قامت به شهرته.

وقيل إلى اربعين دار من كل جانب لخبر جميل بن دراج فى الحسن عن ابى عبد الله " عليه السلام " حدّ الجوار اربعون داراً من كل جانب إلى آخره، و رواه بن عكرمه عنه و فيه )

ان رسول الله " ص " أمر علياً " عليه السلام " و سلمان و أبا ذر ان ينادوا فى المسجد بأعلى اصواتهم بأنه لا ايمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثة ثم أومئ بيده إلى اربعين داراً .. إلى آخره

(، و به قالت الناس للمرسل عن عائشه سئل عن الجوار فقال " عليه السلام " و " ص " إلى اربعين داراً و لما لم نضف بقائله منّا مع كون الجبرين بمرأى و مسمع منهم حملناهما بقريته الأخير على التقيه و حينئذ هو مطرح لعدم العامل و الحكم فى الوقف و الوصيه بما صدق عليه الاسم و يؤخذ بالمتيقن عند الاشتباه و لا يعتبر الملكيه فى الجوار بل هو جارٍ و ان غضب الدار و يقسم النماء على المنفقين، و قيل على الدور و قيل الرؤوس و الأخير أحوط، و تتداخل العناوين بعضها ببعض كهاشمى هو عالم هو جارٍ لو وقف عليهم فلا يستحق المتصف بها ثلاث حصص و لتعدد وجه كالوصيه لعناوين إذا وجدت بواحد و كالنذر كذلك، و لو وقف على مصلحه فبطل رسمها صرف فى وجوه البرّ على قول مشهور لم نقف على متردد فيه سوى المصنف فى النافع حيث نسبه إلى القبيل وفقه المسأله، إن تلك المصلحه أما من شأنها الدوام أو الانقطاع و العين الموقوفه لها كذلك، و على الأول فيهما فإما ان يعلم من حال الواقف قصد الخصوصيه فى الموقوف عليه أو لا يعلم أو يعلم العدم فإن علم من حاله قصد الخصوصيه فصادف بطلان رسمها فالقاعده تقتضى التوقف فى صرف المال فى غيرها مطلقاً لأنه لم يأذن به و عدم رجوعه إليه بعد خروجه عن ملكه و لا إلى وارثه و حينئذ يرجع أمره إلى الإمام أو نائبه و لا يتعين صرفه فى وجوه البرّ، بل ذلك موكول إلى مالكة و ليس هو من منقطع الآخر فيلحقه حكمه لأن الانقطاع لسبب خارق للعادة فيما من شأنه الدوام لا يرفع حكم الدوام، و يحتمل ان يجرى فى الموقوف على تلك المصلحه حكم الموقوف عليه من الاعيان الموقوفه الذى يعود نفعها إلى المسلمين أو إلى صنف خاص منهم كمسجد أو مدرسه أو قنطره أو غيرها، فإذا آل أمرها إلى ما يصح بيعها فيه من خراب أو خلف أو غير ذلك مما يأتى فيفرض حيث بطل رسمها كأنما بيعت فيكون مصرف الموقوف عليها مصرف ثمنها على الخلاف فيه، فكل حكم يثبت فى عينها لو صحّ بيعها فتلفت به أو غيره يجرى فى توابعها مما يوقف عليها فهو كما لو وقف فيها شيئاً زائداً من الآلات و غيرها و حكم التابع حكم متبوعه، و يحتمل الحكم بصرف منافع الموقوف على تلك المصلحه فيمن ينتفع بالموقوف عليه لكون الوقف حقيقه على من ينتفع لا- على العين الموقوفه أو المباحه لطائفه مخصوصه، و ذلك هو الملحوظ للواقف لأنه قصد بالوقف عليها اعانه من ينتفع بها فكان الوقف عليهم لا عليها فصرفه فى وجوه البر بعد معلوميه مستحقه و لو بالواسطه لا دليل عليه بل استصحاب حليه تناوله لهم قبل الاندراى مما يؤيد ذلك و هو احتمال وجيه لم أعثر على من احتمله فى المقام بناء عليه يلزم ابقاء الموقوف بعد طمس آثار الموقوف عليه أو نقله لكى ينتفع به الذى ينتفع بالموقوف عليه، و يجرى عليه احكام الموقوف عليه من بقاء عينه و تسبيل ثمرته لمن ينتفع بمتبوعه.

**الصوره الثانيه: إذا لم يعلم من الواقف قصد الخصوصيه**



بل وقفه كان لمجرد تحصيل الأجر غايته انه رجح الأجر في خصوص هذه المصلحه على غيره الحاصل بغيرها، فوقف عليها فيلزم ان يتحرى في صرف الموقوف المندرس ما وقف عليه ما يشابه تلك المصلحه كما و كيفاً أو ثوابها إذا تعذر المشابه فيمن هو مخصوص بالانتفاع بها رعايه لأحتمال اراده

الواقف الخصوصيه مهما أمكن فإن تعذر روعى الثواب المأوى أو ما يزيد عليه فلا مانع حينئذٍ من صرفه فى وجوه البر إذا شاطر ثوابه ثواب المصلحه الفائته كما لا مانع من صرفه فيما يشابه تلك المصلحه بخصوصها رعايه لحق الواقف الذى اختارها من بين المصالح منصرف فيه ولا يتعين صرفها فى وجوه البر بل هو احد افراد الواجب المرتب فى القرب و ان امكن ان يشتري بثمرتها مثل الموقوف عليه قدم على غيره و ان كان نجومًا.

### الصورة الثالثه: ان يعلم عدنها

بمعنى ان الواقف لم يقصد المسجديه الخاصه و ذكرها لكونها من افراد مطلق المسجد، و كذا القنطره أو الرباط الخاص فإذا اندرس المذكور قام غيره مقامه كالوقف على الكلى ذو الافراد و ان ذكر الواقف فرداً مع معلوميه ان مراده الكلى و هذا مما لا شبهه فيه عند قيام القرينه عليه.

و مما ذكرنا نحيط بما فى كلماتهم من التشويش فى المقام مثل استدلالهم على الصرف فى وجوه البر بإطلاق الأدله التى ما فيها ما يقتضى البطلان بتعذر المصرف المعين لعدم اقتضائه انتفاء الموقوف عليه الذى هو فى الفرض المسلمون، كما انه ليس فيها ما يقتضى الانتقال إلى ما يشابه تلك المصلحه فلم يبقَ إلَّا الصرف فى وجوه البر إلى آخره، فإنه بعد الاعتراف ببقاء الموقوف عليه كيف ينتقل المصرف إلى وجوه البر مع وجود مصرفه الذى عينه الواقف كما وقع لشيخنا رحمه الله "، بل الدليل يقتضى بقاء الموقوف الظاهر فى دوامه و صرف ثمرته فيمن ينتفع فى الموقوف عليه قبل استهلاكه لعود المصرف إليه الملحوظ بنظر الواقف فتعذر الجبه لا يقتضى البطلان كما لا يقتضى الصرف فى وجوه البر بل يقتضى دفعه إلى الذى عينه الواقف فى الموقوف عليه و لا يتعدى منه لغيره فجعله من المال الذى تعذر مصرفه كما ترى. نعم، هو فى نحو الوصيه و النذر المعين الذى له مصارف مخصوصه يتم ذلك لتعذر مصرفه المخصوص و عدم رجوعه إلى ملك الناذر و الموصى، و لكن التعذر فى المقام لا يسلم و لم يرمى إليه أو يصرح به فى النصوص دون النذر و الوصيه مما فى بعض الأخبار ايماء إليه و قياسه عليهما بعد وجود الفارق غير مرضى، كما انه قد ظهر لك سقوط ما اعلن به بعضهم من صرفه إلى ما يشابه تلك المصلحه استحساناً، إذ المشابهه لا تفيد الاشتراك لعدم ظهور المثاليه فى الوقف لتفاوت الاغراض و لا يفيد ما دلَّ على صرف آلات المسجد بعد اندراسه أو خرابه فى مسجد آخر على اعتبار المشابهه و القرب مطلقاً فإن ذلك لا يجدى بعد معلوميه عدم قصده للواقف إذ لم يذكر إلَّا المصرف الخاص الذى يرتفع بارتفاع الخصوصيه فإن ما يمكن ان يتقرب به غيرها لا انتهاء له و لا اولويه لبعضها على بعض فإذا اشتغلت ذمته بالاستئجار على زياره الإمام المخصوص كيف تبرأ ذمته بزياره أمام آخر حيث يتعذر عليه الأول فمجرد المشابهه لا أثر لها فى الخارج إلَّا إذا قام على البدليه قاطع من عقل أو نقل و اغرب من ذلك خيال دخوله فى نوع المصلحه الخاصه و ان تميزت عنه بالخصوصيه فكان الواقف لم يلاحظ فى وقته على المسجد الخاص الخصوصيه الذى ذكرها لغرض، فإذا انتفت بقيت المسجديه مستدلاً بقاعده الميسور و ما لا يدرك كله و هو مع انه لا يتم فى الوقف المنقطع حيث لا تجرى فيه المشابهه أو الدخول فى النوع فيحكم بتأييده و لا ادعاه احد و هو غير متجه قطعاً إذ الوقف يدور مدار قصد الواقف و لا دخل للقرب و البعد فى القصد و لا فى التقرب و ليس لقاعده الميسور مسرح فيما يدور الحكم فيه مجار القصد. نعم، ذلك يتم فى أوامر الله سبحانه و تعالى الغير الارتباطيه، و أما فيها فلا إذ ليست هى قاعده سرايه حتى فيما يثبت الالتزام به فى العقود فلاحظ و تدبر.

بقى الكلام فيما لو وقف على ما ينقطع يقينا وقفه فإن كان لذلك المنقطع مصرف فيمن يدوم و الواقف عليه يدري به و الجبهه الخاصه غير قابله للوقف عليها إلا باعتبار ما تصرف فيه فحينئذ يبقى الوقف على حاله و مصرفه مصرف الوقف المنقطع لقضيه التأييد في الوقف، و لأن الموقوف عليه في المثال هو ما يصرف فيه فالواقف وقف عليه في الحقيقه و ان ذكر الجبهه، و أما لو كان الوقف على من ينقرض مما يصح الوقف عليه و قد وقف عليه ايضاً و الواقف عالم بذلك أو جاهل للانقراض فتبين انقطاعه ففي صرفه في وجوه البرّ مع بقاء عينه أو انقطاعه و ان حكمه حكم الموقوف عليه بعد الانقطاع و بطلان الوقف أو التفصيل بين علم الواقف بذلك و عدمه فيحكم في الثاني بالصحه، و في الأول بالبطلان و جوه أوجودها بقاء الوقف لصدوره من اهله في محله مطلقاً و صرف نمائه في وجوه البرّ حسبما يراه الناظر الخاص أو العام لتعذر مصرفه بانقطاع ما وقف عليه كالوقف على ما هو موقوف على الأولاد مثلاً أو على فرقه خاصه خمد ذكرها بانقراضها، و القاعده في كلما تعذر الصرف في وجوه البرّ كما ورد في الوصيه في الخبر عن انسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي فوقع الابواب الباقية اجعلها في وجوه البرّ و في آخر.

و فيه لو أوصى رجل بتركته إلى رجل و امره ان يحج عنه قال الوصى: فنظرتُ فإذا شىء يسير لا يكفى للحج فسألتُ الفقهاء في الكوفه فقالوا: تصدق به عنه فتصدق به ثم لقي أبا عبد الله " عليه السلام " فأخبره بما فعل فقال " عليه السلام ": ( )

ان كان لا يبلغ ان يحج به من مكه فليس عليك ضمان و ان كان يبلغ فأنت ضامن

(. و في اخبار أخر اجازة بيع ما يهدى إلى الكعبه أو ينذر لها من الأعيان غير الدراهم و صرفها في المنقطعين من زوارها، و كذا المسكوك و الحاصل ان دوام مصلحه الموقوف غير شرط في صحه الموقوف عليه و الله العالم.

و لو وقف في وجوه البرّ و اطلق صرف على طريق التخيير في الفقراء أو المساكين و كل مصلحه يتقرب بها إلى الله سبحانه و تعالى متى لم يتعين صرفه في وجه خاص لمسيس الحاجه أو للأولويه عند التزامهم، و قد يقال بتعين صرفه مع الحاجه في طلبه العلوم الدينيه و لا- يجوز تقديم سائر ما يتقرب به عليهم و بعده لا- يتحرى الأكمل لإطلاق العنوان و الحكم كأنه عارٍ عن الخلاف، و إن عدد بعضهم سبل البرّ بالجهاد و الحج و العمره و مصالح المسلمين و معونه الضعفاء و الفقراء فهو من باب المثال لا الحصر، و لو وقف على بنى تميم أو على الهاشميين و نحوهم صحّ كما لو اوصى أو نذرهم و يصرف إلى من يوجد منهم مع عدم امكان حصرهم عدداً، و قيل لا- يصح إذا لم يستوعبهم و يتبع اثرهم و هو لابن حمزه، لأنهم مجهولون و الوقف على المجهول ممنوع، و لكن الأول هو المذهب لخبر النوفلى و ظاهر الاتفاق بل الإجماع على ما سيجىء و شيكاً تفصيله في المسأله العاشره من الملحقات.

و لو وقف على الذمى جاز كما سلف لأنه كإباحه المنفعه في غير الوقف مما يجوز قطعاً اباحتها لمن يجوز لنا موادته، و قيل لا يصح كما مضى لأنه يشترط فيه نيه القربه التي لا تصلح فيه و قدمنا امكان صلوحها بنوع من الانواع في الذمى و غيره مع عدم الدليل على الشرطيه لكن المانع قال: إلا على أحد الابوين فضلاً عنهما للزوم معاشرتها بالمعروف و تحتم الانفاق عليهما و ان كفرا و عدم جواز تلفهما إلا في الجهاد و اخذ الديه بقتلهما من الولد و ان هدر دمهما لغيره.

وقيل يصح على مطلق ذوى القرباه للأمر بصله الرحم مطلقاً، والأول أشبه وهو الصحه مطلقاً و عدم اشتراط التقرب فيه كما مضى.

و كذا يصح على المرتد بقسميه بعد نفى اشتراط نيه القربه فيه أو امكانها كما عرفت و لا فرق فيه بين أحد الابوين و غيرهما و لا بين ذوى القرابه و غيرهم لكن خصّه من خصّه بالملى و المرأه من الفطرى لعدم قابليه غيرهما للتملك، و ان تاب على المشهور من عدم القبول بل و لو قلنا بالقبول للنهي عن موادته لكن الانصاف و وقوع الشك في النهى المزبور، فلا بأس بالوقف عليهما مطلقاً أو نفيه مطلقاً كما لعلنا نختاره من جهه الاعانه لا للنهي عن مواده، و كذا في الوقف على الحربى، و ان قال المصنف فيه تردد و وجهه مضى و سبق ايضاً أن اشبهه المنع فراجع و لو وقف و لم يذكر المصرف بطل كما اعترف به من وصل النبأ كلامه و نقل الخلاف عن بن الجنيد، و صاحب الدروس نقل القولين و سكت و شيخنا استوجه الصحه كالوصيه بالثلث و نفى الفرق بين عقديهما و جعل المصرف انصرافه إلى اهل الصدقات فهو بمنزله ان يقول وقفته على مستحق الصدقه فلم يخرج وقفه عن كونه معرفاً متميزاً و لا كون الموقوف عليه من اركان العقد الذى هو ضرورى و لا كون الوقف يقتضى التمليك المستلزم لذات تقوم لعدم خلوّ هذا الوقف عن ذلك كله بعد انصرافه إلى اهل الصدقات و هو حسن لو سلم الانصراف لكن يطالب حينئذ بعد التزامه ذلك فى الهبه مع عدم تعيين الموهوب الذى حكم بطلانها و عدم صحه عقدها مع ان ذلك ممكن فيها ايضاً إلا ان يكون الانصراف هنا أقوى.

و كذا لو وقف على مبهم غير معين كأن يقول على أحد هذين الاثنين أو على أحد المشهدين أو الفريقين فالكل باطل للابهام المخل بعقده و لزوم كونه معروفاً متميزاً و لزوم تعيين المالك و لو فى ضمن عام أو مطلق و لا خلاف فيه لأن احد الامرين كلى لا وجود له فى الخارج و الوقف لا بد له من محل معين يتقوم به واحدهما ليس من الكلى الموجود بوجود افراده ليكون مثل ما لو وقف على النوع فيشترك الاثنين لقابليتهما المتملك للحاظ الواقف للأحديه التى ينافيها الاشتراك فالمتجه البطلان. نعم، فى الحكم بالقرعه فيما سبق فيما لو باع و وهب و وقف و اشتبه السابق انها تعيينه لعله ايضاً بما يمكن القول به هنا فيستخرج بها الواقع عند الله تعالى و يقرع للاثنين فما زاد ان قال أحد الثلاثة فصاعداً، و دعوى الفرق بعدم قصد الواحد منهما بخصوصه للواقف هنا فلا تاتى القرعه لأنها تميز ما عنده دون السالف يدفعها ما ذكره من عموم مشروعيه القرعه لما هو معين عند الله تعالى، فيستخرج بها ذلك.

لكن هذا يبطل اشتراط ما اتفق عليه من ان الموقوف عليه لا بد و ان يكون معروفاً متميزاً فى الخارج، كما ان لنا تردد فى أصل مشروعيه القرعه مطلقاً فليلاحظ.

و إذا وقف على اولاده و اخوته أو ذوى قرابته و لو كانوا من غير ملته على ما سبق من الحكم بالصحه اقتضى الاطلاق اشتراك الذكور و الاناث الأقرب و الأبعد بناءً على شمول اولاده و اخوته للاناث و عدم انصرافه إلى ذكورهم و لعله جازم به و إلا فهو محل كلام لهم، و اقتضى ايضاً التساوى فى القسمة و ان قرب احدهم إليه دون شريكه او تميز بعلم أو فقر أو حاجه أو غيرها إذ ليس هناك انصراف يحكم به و لا اصل يتكل عليه إلا أن يشترط الموقف ترتيباً فيهم أو اختصاصاً أو تفضيلاً لأحدهم لصحه الشرط و الوقوف على حسب ما يقفها اهلها و المؤمنون عند شروطهم فلا وجه لما حكى عن الاسكافى من ترجيح الذكر كهو فى الارث لو اطلق الوقف عليهم و إلا لما فى المسالك من إن الواقف لو اطلق الوقف بصيغه تخص الذكور وضعاً أو عرفاً تدخل الاناث تبعاً، كما يدخلن فى الأوامر الشرعيه المختصه بالذكور كما ورد فى الزكاه و الخمس للفرق الواضح فإن دليل الاشتراك

فى تلك الأوامر لا- يعم جرمأ لمثل المقام الذى يقتصر فيه على المتيقن فيقتصر على ما شمله عموم ذلك الدليل لا أقل من الشك فى اندراجه فى عموم العام و معه يكفى الحكم بعدم الاشتراك حيث لا قرينه، و مثله ما لو وقف

على أخواله و أعمامه تساوا جميعاً و اختص الوقف بذكورهم ان كان ظاهراً فيه دون الخالات و العمات و إلّا شمل الجميع بلا تفاضل، و فى روايه عن الباقر: (

إذا أوصى لشيء معين لأخواله و أعمامه كان لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث

)، و حكى عن الاسكافى فى انه طرد الحكم إلى ما هنا للروايه و هو ضعيف، و إذا وقف على أقرب الناس إليه فهم الأبوان و الولد و ان سفلوا على رأى الأكثر لتقدمهم بالإرث و حجبتهم لغيرهم من الاقارب لكن أولاد الأولاد و لا يشاركون الآباء إلّا بعد موت آبائهم و العبارة توهم خلافه، و عليه لا يكون لأحد من ذوى القرابه حق فى الوقف ما لم يعدم المذكورون، ثم إذا عدموا قام الأجداد و الأخوه و ان نزلوا مقامهم، ثم الأعمام و الأخوال كذلك على ترتيب الأثر، لكن يفترون عن الأثر بأنهم يتساوون فى الاستحقاق للتساوى فى سببه إلّا ان يعين الواقف التفصيل.

و حكى عن المبسوط تقديم المتقرب بالأبوين من الاخوه على المتقرب بأحدهما و عن التحرير كذلك فى الاعمام و الأخوال و تحقيق الحال ان الحكم ان علق على الاقرب شرعاً للجهل به فيرجع إلى الشرع فيه، و حينئذ فلا ريب فى تقديم المتقرب بالأبوين و بالأُم و حدها على المتقرب بالأب من الأخوه لكشف الشارع عن معنى القرب الذى اقتضاه عقد الوقف و عوّل عليه فيه، و كذا يقدم بن العم من الطرفين على العم فلا يسرى ذلك فى النصيب لظهور المساواه و لا يساوى الابن أو الأُمب الذميين أو المملوكين أو القاتلين للمرتبه الثانيه أو لمماثلهما فى البنوه لانقطاع القرب بحكم الشارع و ان علق الحكم على الأقرب عرفاً و كان هو الكاشف افترق عن ما كشف الشرع عنه فى كثير من الاقارب، لكن الاقرب الثانى فيقدم بن الزنا و الذمى و المملوك ان قلنا بملكيتهم و القاتل و الحربى لو صحّ الوقف عليها أو على احدهما ابتداءً على الأخوه و الأجداد و هكذا فلا وقع لما ذكره شيخنا من نسبه الكشف عن الأقرب المجهول إلى الشرع لعدم وفائه و لتخلف كثيراً و لا مدخلية للشارع فى معنى اللفظ اللغوى الذى ارجعنا فيه لغيره كالموضوع الصرف و الله الهادى.

## القسم الرابع: فى شرائط الوقف

و هى اربعه: الدوام، و التنجيز، و الاقباض، و إخراجة عن نفسه.

و الأول: لا- شبهه فيه بل الوقف مطلقاً يقتضيه و الاتفاق من المخالف و المؤلف عليه و بدأ يخص عموم دليل الوقف و الوفاء بالعقد ان شمل غير الدائم منه، فلو قرنه بمدته محدوده بطل وقفاً، و فى عوده لحالته الأولى أو يكون حبساً إلى منتهى المده فى التوقيف وجهان بل قولان مبناهما ان الوقف و الحبس بمعنى و هو ابقاء العين و تسبيل ثمرتها أعم من ان ينقطع ذلك أو يدوم و ان الانقطاع و الدوام فيهما بحسب المتعلق المضاف إلى لفظيهما فى العقد و قد رتب الشارع احكاماً على كل منهما فإن كان ذلك المضاف يقتضى الدوام و الاستمرار إلى النسخ فى الصور كان وقفاً و إلّا فهو حبس و تلحق كل احكامه نظير النكاح بالنسبه إلى الدوام و الانقطاع لكن ذلك مع عدم العلم بقصد العاقد فيستكشف قصده بجمله عقده من اقتترانه بالمده أو وقفه على من ينقرض و من عدمهما وقفه على من يدوم بالتعاقب جيلاً بعد جيل، فلو احرز قصده و كان فى عقده ما ينافيه بطلاً معاً لخلو أحدهما عن القصد و عدم ظهور المقصود من العقد أو ان الوقف حيث يطلق لا يراد منه مطلق بقاء العين بل هو ظاهر فى التأييد فلو قرنه بمدته مثلاً فقد صرفه بالقرينه عن معناه، و حينئذٍ فهو يبطل و يعود إلى أصله أو يصح وقفاً بدعوى شموله للمفروض أو ينقلب حبساً لشمول الحبس للأمرين و عدم ظهور التأييد من لفظه و لقرنه إلى معنى الوقف و هل للقصد مدخله فى ذلك فينافى قصد التأييد الانقطاع أم لا ينافيه لأن المقصود حبس العين أبداً فإن تعذر فحبسها مده يكون مقصوداً لأنه فى ضمن التحبيس الأبدى كما لو قصد بالنكاح الدوام و قرنه بأجل يكون منقطعاً و ان لم يقصد به العاقد الانقطاع لكونه مقصوداً فى ضمنه يظهر من المصنف من هذا حدوه انه لو عبّر بلفظ الوقف و لم يعلم قصده و قرنه بمدّه بطل لظهور الدوام من لفظه الكاشف عن قصده و الأجل ينافيه فيبطل و يلزمه البطلان فى كل عقد مثله حتى النكاح، إذ غايه ما يستدل على صحته بأصالة الصحه و هى على فرض حجيتها لا- مجرى لها فى المقام لورود قاعده تبعيه العقود للقصود عليها فمع وجود الكاشف عنه صار بحكم المعلوم و جعله وفقاً بأجل خلاف المقصود فيفسد العقد إذ الاقتران بالمده لا يصح صارفاً عن المعنى الظاهر من اللفظ و يظهر من جماعه ان الاقتران بالمده تكشف عن اراده الحبس فيمن لم يعلم قصده، و فى جامع المقاصد فيه قوه لكن الا-كثر اطلقوا البطلان فى الاقتران، و كذا يبطل لو علقه بصفه متوقعه لاعتبار التنجيز فى كل عقد و سبب شرعى إلّا المستثنى و التعليق ينافيه و قد مضى الكلام على ذلك مفصّلاً فى الوكاله و الفرق بين متوقعه الحصول أو المتيقنه فى المستقبل أو الحاصله عند العقد و الخلاف فى ذلك مفصّلاً فراجع، و يأتى بعض الكلام عليه.

و كذا لو جعله وقفاً لمن ينقرض غالباً كأن يقفه على زيد و يقتصر أو يسوقه إلى بطون ينقرضون غالباً أو يطلقه فى عقبه، و لا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض و لو فعل ذلك قيل يبطل، و نسب للمبسوط و لكل من قال بانقلابه حبساً و ان قيل بعدم ظهوره منهم بحمل قولهم حبس انه وقف بحكم الحبس فالوقف حينئذٍ قسماً دائماً ليس بحكم الحبس و منقطع بحكمه و عليه فينحصر القول بالبطلان مطلقاً بالشيخ رحمه الله ."

و قيل يجب اجراءه حتى ينقرض المسلمون فيصح حينئذٍ وقفاً و تجرى عليه احكامه، و هو الاشبه و عليه الاكثر لأصالة عدم



الاشتراط و عموم ادله العقود و اطلاق نصوص الوقف أو عمومها و لا- ثمره إلا- بر جوع الوقف غب الانقراض إلى الواقف أو الموقوف عليه و الذى

يقوى فى النظر ان المسألتين من وادٍ واحد و ان اشتهر البطلان فى الاقتران بالمدى دون ما هنا، إذ الانقطاع فيهما سواء فلا جرم ان نوضح ذلك بأن يقال انه يلزم ان يلحظ فى الوقف مدى بقاء العين الموقوفه فتوقف على من يستوفى ثمرتها إلى انتهاء عمرها و يختلف ذلك فى الاعيان الموقوفه من الحيوان و غيره و بدأ يتميز الوقف عن الغايه و الحبس و السكنى و العمرى و الوصيه بالمنفعه و الإجاره فيلزمه خروج العين عن ملك الوقف إلى غيره و عدم سلطنه الموقوف على العين كما ان ليس للموقوف عليه السلطنه على نقل العين لغيره و ان ملكها فإن ملكيه الموقوفه ليس على حد تملكها بغير الوقف مما يفيد النقل و حينئذٍ فلو قرن الوقف بمدى ينتهى عمر الموقوفه غالباً بها على من يزيد عمره عليها غالباً صحَّ الوقف بلا ريب لعدم الانقطاع فى الموقوف و الموقوف عليه و يكفى ظن ذلك فى صحه الوقف فإن تبين الخلاف يحكم به بعد التبين بما تقتضيه القواعد الفقهيّه، و كذا يلزم ان يلاحظ الوقف عدم خلو وقفه عمّن يستوفى ثمرته مدى بقائه فيلزم ان يسوقه فى المنقرضين بمقدار استعداد تلك العين للبقاء بحيث انها تنقرض بوجود من يجوز ثمرتها و القدر المتيقن من مشروعيه الوقف الذى يمتاز عن غيره به هو هذا، فهو علقه بمدى تزيد على استيفاء ثمره الموقوف بأن يعلم انقراض الموقوف عليه و هى باقيه لا أحد يستوفى ثمرتها بطل الوقف و لا يكون حسباً و كذا لو وقفه على من ينقرض قبل انقراض الموقوف غايه ما فى الباب ان عقد الوقف فيهما يكشف عن اباحه استيفاء المنفعه لمن ذكر انه موقوف عليه ما لم تعم قرينه انه استعمله فى الحبس و قصده، و كذا العكس و لو صلح انتهاء المدى و انقراض الموقوف عليهم فى الوقف و عدمها فى الحبس قرينه الاستعمال و القصد كان الحبس وقفاً و الوقف حسباً و إلى ما ذكرنا من ان الدوام الملحوظ فى الوقف هو دوام الموقوف عليه و ان تمَّ عمر الوقف قبله صريح نصوصه منها صحيح زراره قلت له: (

روى بعض مواليكك عن آبائكك ان كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقت إلى غير وقت قيل مجهول فهو باطل مردود على الورثه و انت أعلم بقول آبائكك فكتب: هو كذلك عندي

(، و صحيح بن الصفار

كُتبت إلى أبى محمد " عليه السلام " أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان الوقف إذا كان غير مؤقت فهو باطل مردود على الورثه إذا كان مؤقتاً فهو صحيح مضمي، و قال قوم: ان الوقف هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين إلى ان يرث الله تعالى الأرض و من عليها قال: و قال آخرون هو مؤقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره فإذا انقرضوا للفقراء و المساكين و الذى هو غير مؤقت ان يقول: هذا وقف و لم يذكر احداً فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل، فوقع " عليه السلام ": (الوقف بحسب ما يقفها أهلها ان شاء الله تعالى

فإن المراد بالمؤقت فيهما هو التوقيت ببقاء الموقوف عليه ما دام الأصل باقياً ينتفع به و غيره مردود على الورثه لانقطاع توقيته فيدخل الأصل الباقي يعد انقراض الموقوف عليه بالمردود لانتهاء التوقيت، فإذا اعتبر هذا التوقيت فى الوقف لزم ان يلحظ ذلك قبل اجراء عقده فينظر فى استعداد مكث العين الموقوفه مع استعداد بقاء الموقوف عليه المستوفى لثمرتها فإذا قطع الوقف أو ظن ظناً اطمئنانياً باستيفاء ثمره الأصل للموقوف عليه حتى ينمحي ذلك الاصل صحَّ العقد سواء قرنه بمدى أو أوقفه على من ينقرض أو لا، هذا ما يظهر من النص عند التدبير فى معناه و معنى رده انه يكون للورثه إذ لم يخرج عنهم لو وقف لفقد التوقيت المعبر فيه لا- انه كالفسخ و الإقاله التى لا- تنافى صحه الوقف فمقاله شيخنا هو مؤقت ما دام الموقوف عليه موجوداً و غير مؤقت إذا

انقرضوا فيلحق كل حكمه فيه مؤاخذه ضروره ان ما عاد آخره إلى عدم التوقيت فهو غير مؤقت و غير المؤقت باطل مردود  
فالمتمجه بحسب القواعد

و النصوص المشرعه للوقف ان المقرون بالمده و الموقوف على من ينقرض متى لم يعدم أصله بعد انقضاء المده و انقراض الموقوف عليه و لم تقم قرينه على اراده الحبس منه بذكر مدته التحبب المعبره فيه لا يفيد إلا اباحه الثمره فقط للموقوف عليه و متى اراد المالك الرجوع به رجح لعدم خروجه بذلك عن ملكه و انتقاله لسواه فإن مات كان سبيله سبيل ميراثه، و ان كان الموقوف عليه لم ينقرض و للورثه انتزاعه من ايديهم إذ المتيقن من عقده المخرج عن الملك هو ما يسوغ بيعه للموقوف عليهم فى المقام الذى قضى القاطع به و هو الوقف الذى لا تنقرض اربابه و لا يبقى أصله بعدهم كما تقتضيه اخبار جواز بيعه على ما سيجى ء ان شاء الله، و غيره لا يقتضى نقله عن مالكة و لا الاستشاريه إلا مع دخوله فى عقد آخر يلزم بذلك هذا و لكن شيخنا رحمه الله " بعد اعترافه بظهور النصين فى ان الوقف على من ينقرض قبل الاصل انه يرجع بعد الانقراض إلى الواقف لا- إلى الموقوف عليهم لكنه حكم بأنه وقف يشمل عمومات الوقف و ان رجوعه إليه لا- ينافى خروجه عن ملكه للموقوف عليهم ما داموا لم ينقرضوا و احكم اساس ذلك بما لا- مزيد عليه مما تتهيج به النفس لو لا- ان التملك على هذا الوجه لم يثبت فى الشريعه، بل و لا قاض يقضى به المقام و لم يقل احد ان الوقف مطلقاً سبب تام فى الملك لم ان الملكيه على هذا النحو أى ثمره ترتب للمالك عليها و اى فائده إلا عدم رجوع المالك الأول فيه ما دام الثانى موجوداً و هو فرع انتقاله إليه بمثل هذا العقد فى سببته و الاستناد فيه إلى [أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] يوجب عدم رجوعه إلى ملكه بعد الانقراض و النص لم يصرح بخروجه عن ملكه ثم عوده إليه خصوصاً مع احتياج الملك إلى سبب بعد زوال الأول و كون عدم الانقراض سبب طار على السبب الأول فمتى زال رجح إلى السبب الأول دعوى لا شاهد عليها، و لو حكمنا بالانتقال فى المنقطع فالقاعدته توجب رجوعه إلى ورثه الموقوف عليه لاستصحاب بقاء الملكيه كما جزم به سلار و مال إليه الفاضل فى محكى التحرير لكن المفيد فى محكى الغنيه قال: ان الأحوط صرفه فى وجوه البرّ و استحسنه الفاضل فى المختلف و جماعه من المتأخرين حكموا برجوعه إلى الواقف أو ورثته و كلها بعد التدبر فى الأدله موهونه الوجه.

أما الأول: فملكه المورث لم يكن ملكاً طلقاً لكى يورث بل له التصرف ما دام موجوداً و مثلها لا يورث لجهه الانقطاع بالموت. و أما الثانى: فمبنى على بقاءه وقفاً و ترك ذكر المصرف فيصرف فيها أو على انه مال جهل مالكة و خلل المبنى بين لعدم قصد الواقف إلى بقاءه بعد ان خصه بالمنقرض و الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها فبقاؤه وقفاً من سبب لا يوجب له و جهل المالك غير معلوم لعدم القطع بإخراج الاصل عن ملكه بما اوقعه مما ينقطع به ملكه غيره، ثم انه لو مات كيف يرجع إليه بعده و يكون على حكم ماله و أى دليل يقضى به كى يدفع إلى ورثته كل ذلك يؤيد ما قلناه من اعتبار الدوام فى الموقوف عليه بما يزيد على عمر الاصل الموقوف فلا يصح الوقف بدونه.

نعم، عند الجهل تجرى عليه احكام الوقف و متى انكشف الخلاف رجح إلى مالكة الأول أو ورثته ما لم يتلف الاصل و متى تلف لا رجوع له به لأنه سلط على ملكه بالعقد الكاشف عن رضاه بالتصرف فيه، و تملك ثمرته مجاناً و يضمن ورثه الموقوف عليهم بعد الانقراض لو تصرفوا به مطلقاً لعدم كونهم مأذونين بذلك فيلزمهم ارجاع الأصل إلى صاحبه أو من ينوب منابه من وارث بعد الموت و حاكم شرع قبله هذا الذى ترجح فى النظر القاصر و ليس فيه

خرق الإجماع المركب كما قد يتوهم غايته الاختلاف في سبب الرجوع إلى المالك الأول و ورثته الذي قال به و ادّعا غير واحد من اصحابنا. نعم، يثمر في عدم رجوع الواقف و رجوعه و حيث لا- دليل على جعله وقفاً بالمعنى الأخص كان للمالك الرجوع به متى اراد و لا- يكون حبساً البته، إذ هو عقد لم يقصده الواقف جزءاً فكيف يحكم به مضافاً إلى اعتبار المده في الحبس و أخويه. نعم، ظاهر المصنف كونه باطلاً في المقرون بالمده و صحيحاً على من ينقرض و عليه فإذا انقرضوا و الأصل باقٍ رجع إلى ورثته الواقف عنده.

و قيل إلى ورثته الموقوف عليهم و هو الأنسب لو دخل المفروض في الوقف بالمعنى الأخص من الأول و من القول بصرفه في وجوه البر، و لكن المصنف و جماعه حكموا بأن الأول أظهر و هو كذلك، حيث نقول بعدم انعقاده وقفاً لا انه وقف خرج عن مالكة و صار من املاك الغير ثم عاد إليه لعدم نهوض القواعد به و قياسه بفسخ المشتري لخياره بعد موت البائع لا وجه له لأن البائع لم يملك العوض ملكاً مستقراً بل المشتري بفسخه يستحق العوض في مال البائع فلا نجمع بين العوضين و أين هو من عوده بالانقراض و منه يعلم البطلان في منقطع الأول كما غير.

و أما منقطع الوسط كما لو وقف على زيد و على عبده أو غيره مما لا يصح الوقف عليه ثم على المساكين حتى يرث الله الأرض فهو إلى الوسط كمنقطع الآخر فيبطل فيه و فيمن بعده لكن في الدروس احتمال صحته في الطرفين، و ان امتنع في الوسط فإن رجع قوله إلى ما قلناه من الكشف عن رضاه في صرف الثمره لمن ذكر و ان دام مع تجويز رجوعه بالوقف فهو على وفق القاعده و ان كان يرى صحته وقفاً مع كونه قد انقطع مع دوام الأصل، ففيه ما مرّ لكن يحتمل ان قصد التأييد في عقد الوقف يورث النقل فتلغو الواسطه و يتلقى من بعد الوسط الملك ممن انتقل إليه خصوصاً إذا جهل الواقف عدم قابليه الوسط للملك، و هو كما ترى للزوم تبعض الصفقه فما دام المملوك موجوداً ينبغي ان الواقف يستوفى الثمره فهو كمن وقف على زيد و نفسه و الفقراء و هو باطل فيبطل حتى على زيد لعدم حصول سلسله الترتيب المقصوده و لو كان مجرد التأييد يقتضى صحه الوقف لصح في منقطع الأول ايضاً بأن يلغى الأول و يكون موقوفاً على من بعده و لا يقول به أحد و لا يشمل الوقف على، انتهى، لعدم حصول القصد مع الانقطاع مع تعذر من قصده و في الدروس ايضاً لو وقف على ابنه ثم على الفقراء فمات احدهما فالأقرب صرف نصيبه إلى اخيه لاشتراط الصرف على الفقراء أو بانقراضهما الذي لا يصدق بموت احدهما، و يمكن جعله منقطع الوسط فيعود نصيب الميت للواقف و اقربائه و يمكن جعله للفقراء عملاً بالتوزيع و اعترضه شيخنا رحمه الله " ان صرف نصيبه لأخيه لا وجه له لعدم كونه من الواقف فيصح حينئذٍ في النصف و يرجع النصف الآخر للواقف و هو متين، غير ان رجوع النصف الآخر إلى الفقراء بعد عوده للواقف أو لورثته مشكل إذا انقرض الثاني، إذ لا ناقل له مجدداً إليهم و الواقف جعل مصرف الكل هم بعد انقراض الابنين فلو لم يرجع إلى الآخر الملحوظ في الوقف في الجملة للزم تبعض الصفقه على الفقراء المنافي لجعله لهم جميعاً إذا فقد الأخوان فيقتضى أما بطلان الوقف، و أما رجوع نصيب الميت لأخيه و الأول لم يدعيه أحد فالمعين الثاني لكن مع ذلك فيه تأمل و في الدروس ايضاً لو قرن الوقف على ولده يمد عمره أو سنه مثلاً، ثم على الفقراء صحّ لأنه وقف مؤيد في طرفيه و وسطه و هو كذلك و ان اجمعوا على البطلان لو قرنه بمده فإن ذلك مخصوص بما إذا خلا الوقف عن موقوف عليه بعدها الوقوف على تشمله و ليس في الادله انه يشترط فيمن يوقف

عليه اعتبار مده حياته و إلاً لما شارك بن الابن عمه في الوقف على الاولاد بعد وجوده غب عدمه.

و فيه ايضاً انه لو اشترط اختصاص بعض الموقوف عليهم بالثمره مده ثم لمن يعينه منهم ايضاً مده و هكذا كان يشترط ان الغله في العام الأول لفلان ثم في الثاني لفلان صحَّ و اتبع شرطه لعمومي المؤمنون و الوقوف، لكن إذا اشترط ذلك لغير الموقوف عليهم من الاجانب فالظاهر الصحه إلاً إذا استغرق عمر بعض الموقوف عليه أو الطبقة الأولى مثلما فإن كونهم موقوفاً عليهم لا ينافي ذلك لأن الشرط رفع استحقاقهم للمنفعه و استأنس له بخبر جعفر بن حيان سألت أبا عبد الله " عليه السلام " :

عن رجل وقف غلّه له على قرابه له من ابيه و قرابه من أمه و أوصى لرجل و عقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم من تلك الغله في كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و أمه قال " عليه السلام " : جائر للذي اوصى له بذلك، قلت: أ رأيت ان مات الذي اوصى له، قال: ان مات كان الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى واحد منه فإذا انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الدراهم لقرابه الميت

، ترد إلى ما يخرج من الوقف بحمل الوصيه على تمليك ذلك بالشرط لكن التقيد بعد صحه مثل هذا الشرط بعدم الاستغراق، كما وقع لكل من صححه كأنه عار عن الوجه إذ غايته كما انه كوقف مسلوب المنفعه بإسكان أو عمري مع تصريحهم بجواز إلا أن يقال ان سلب المنفعه بالشرط منافٍ لمقتضى عقد الوقف لكن تبقى المطالبه بالفرق بينه و بين مسلوب المنفعه قبله و في الدروس ايضاً لو وقف على ولده، فإذا انقضوا و انقض اولادهم فعلى المساكين ان الاقرب عدم دخول اولاد الأولاد في الوقف و النماء قبل انقراضهم لأقرباء الواقف حتى ينقضوا و نسب للشيخ رحمه الله " دخولهم أما لشمول لفظ الولد لهم أو لقرينه الحال و هو كذلك قال شيخنا رحمه الله " الاشكال فيما لو علم من الواقف عدم جزّ الوقف إلى اولاد الأولاد ثم اشترط عوده إلى الفقراء بفقدهم قال ان المتجه بعد انقراض الأولاد بطلان الوقف لخلوه عن موقوف عليه في بعض الزمان و هو كذلك لكن حكى عن القواعد صرفه إلى الفقراء بعد فقد الطبقة الثانيه التي لم يوقف عليها و عدّه من منقطع الوسط و جعل النماء قبل انقراضهم لورثه الواقف على اشكال قال رحمه الله " و هو مبني على اختصاص البطلان في الوسط خاصه إلاً ان ذلك يقتضى عدم الاشكال في انه لورثته، و فيه أن الاشكال لعله في أصل صحه الوقف لا في عود النماء للورثه أو لعله ان بملكيتهم له كيف يعود إلى الفقراء المتلقين من الواقف، ثم ان ملكيتهم له بأى سبب ناقل فإن كان لجهه ارث العين فإن الواقف قد اخرجها من ملكه و ان كان بسبب آخر و هو ان الواقف اشترط ذلك فتشملة أدله الشروط فذلك لم يقع فتخصصه الاشكال بالأخير لم يعلم وجهه فالمتجه حينئذٍ عندنا بطلانه من أصله و الله العالم.

و لو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر و ان قدم زيد لم يصح من دون فرق بين الشرط المتيقن في حصوله كالمثال الأول و عدمه لأن السبب الناقل في باب العقود يقتضى ان يؤثر اثره حين وقوعه كما سلف و للإجماع لو قلنا بأن الاسباب الشرعيه غير الاسباب العقليه هي علل ناقصه لعدم تأثير السبب في الحال في كثير من الاسباب و كان حق هذا التفريغ ان يتقدم على السابق، لكنه ربه مشوشاً كما في المسالك، و القبض بأذن الواقف شرط في صحته أو في لزومه بغير خلاف يعرف و لصحيح صفوان المتقدم و خبر العمري عن الحجّه (عجل الله فرجه) السابق ففي الأول له ان يرجع لأنهم لا يجوزونها عنه و في الثاني و كلماتهم فلا خيار فيه لصاحبه و لا ريب انه من الشرائط، فلو وقف و لم يقبض ثم مات و كان ميراثاً لعدم تماميه

العقد بغير القبض كعدم تماميته بغير القبول فهماً من وادٍ واحدٍ إلّا في الفوريّه فالظاهر عدم اعتبارها في القبض إذ لا دليل عليها لعدم وفاء النص الوارد فيه بها كخبر بن زراره و ابن صفوان و عالي السند. نعم، صريحه هنا انه شرط في صحه العقد لا في لزومه خلاف ما يظهر من قوله آنفاً، و لا- يلزم إلّا بالاقباض و المسأله خلافيه و المتجه فيها انه شرط كاشف عن البطلان لا انه جزء سبب كالقبول فالنماء المتحلل ان لم يحصل القبض للواقف فلا ثمره و لا فرق بين موت الواقف أو الموقوف عليه في عدم صحه العقد قبل القبض فينفسخ بالموت كما ينفسخ بالرجوع قبله و يلحق بالموت غيره من الجنون و الاغماء و الاكراه حتى انكشف ذلك قبل القبض او وقع فإن دوام التأهل معتبر في الموجب و القابل و العين إلى تمام السبب الناقل فعروضه في الاثناء مبطل مطلقاً و ان زال بعد العقد.

نعم، ربما يظهر من بعضهم التوقف في الفساد في قبض البطلون اللاحقه حيث يعرض المانع للطبقه الأولى عن القبض بالموت أو بغيره لجهه ان موت الموقوف عليه ليس كموت الواقف الذي ينتقل المال عنه و لعل الفساد أقرب لأن البطن الثاني يتلقى من قبله بحيث ان ملكيه البطن الأول شرط في ملكيه من بعدها، فإذا لم يملك الأول بالقبض كيف ينتقل الملك إلى الثاني فيدور الأمر بين ان يكون الوقف ابتداء على البطن الثاني قبل وجوده أو عدم شرطيه القبض مطلقاً أو في صحه العقد فيحصل الملك للبطن الأول الذي معه يصح الانتقال إلى الثاني فيكون قبضه كقبضه و كلاهما خلاف المشهور، فلا يكون هو كالموقوف على شخصين قبض احدهما دون الآخر فإن لك لا يتم حتى في الشخصين المرتبين في الوقف الموجودين لأن انتقال الملك إلى الثاني بدون ملكيه الأول لا يمكن في المرتب. نعم، لو وقف عليهما تشريكاً و قبض احدهما نفذ في حصته و بقي الباقي على ملك الواقف، فإن عرض المانع من القبض للتشريك حتى مات اختص الوقف بحصه شريكه و تبعضت الصفقه و لو وقف على اولاده الأصاغر أو المخبطين من غيرهم في وجه كان قبضه قبضاً عنهم لولايته الاجباريه، و كذا الجدد للأب بلا صعود و في الوصى و غيره من الأولياء حتى الحاكم تردد منشؤه اصاله عدم الولايه مطلقاً فما ثبت فيه حكم بها دون ما لم يتم دليل عليه، إذ ليس ولايه الحاكم أو الوصى بل الأب و الجد كولايه الإمام كما اوضحناه في محله بناءً عليه ان ما يشك في حصول الولايه فيه فالأصل يقتضى عدمها لا ان ثبوت الولايه بمقام نثبها في سائر المقامات و هو منشأ ما يحكى عن التحرير من عدم صحه الوقف بقبض الوصى لا ما وجهه به شيخنا من جهه اتحاد الموجب و القابل المغتفر في الأب و الجد دون غيرهما للحكم لعدم اخلال ذلك في العقد للاتفاق على صحه اتجار الوصى للطفل و البيع و الشراء له، فضلاً عن غيره و لا لدعوى ان ولايه الوصى اضعف من ولايه غيره فإن هذا الضعف ان منشأه ما قلناه فلا يخص الوصى و ان كان غيره فهو اول الكلام بعد ان كانت يده يد الطفل فالمنشأ ما ذكرناه و حينئذ يتبع في مطلق الاولياء عدا الإمام " عليه السلام " عموم دليل و لا يتهم و خصوصها و يحكم بالعدم في المشكوك، لكن في خصوص المقام أظهره عند المصنف و كثير ممن تلاه الصحه في الوصى فضلاً عن الحاكم و لعله كما في الرياض لمفهوم التعليل صحيح عبيد بن زراره في الرجل يتصدق على ولده له و قد ادركوا، فقال " عليه السلام " : )

إذا لم يقبضوا حتى بموت فهو ميراث و ان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذي يلي أمره

( فإن مفهومه ان من يلي أمره يجوز قبضه له و الوصى ولى أمره فالمفهوم مع ندور المخالف يرجح الصحه، لكن في خبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر " عليه السلام " انه قال: )

فِي الرَّجْلِ يَتَصَدَّقُ عَلٰى وُلْدِهِ وَقَدْ اَدْرَكَوْا اِذَا لَمْ يَقْبِضُوْا حَتٰى بِمَوْتِ فَهُوَ مِيْرَاثٌ فَاِنْ تَصَدَّقَ عَلٰى مَنْ لَمْ يَدْرِكْ مِنْ وُلْدِهِ فَهُوَ



جائز لأن والده هو الذى يلى أمره

(الخبر، تخصيص بالأب الذى يشاركه الجد ان لم يقدم عليه فى الولايه فيعطى الجمع بين الخبرين ان المعنى فى الأول هو الأب ايضاً لا مطلق الولى الذى بيده أمر الطفل فى الجملة فيتمخض الدليل عليه بذهاب المشهور إليه ثم ان القبض المصحح تعقد الوقف و الملزم له، هل يشترط فيه فى مطلق الولى إلى قصد النيايه فلا يكفى مع الذهول عنها أو مجرد الاستيلاء يكفى فيه حتى لو نوى الخلاف، و كذا الموقوف عليه هل يشترط فى قبضه قصد الوقفيه أم يكفى فيه وضع يده عليه فيشمل ما لو كان قبل ذلك تحت يده حتى لو كان مغصوباً له و لغيره، و هو مقبوض له.

و الظاهر انه بعد الحكم باشرطه فى صحه العقد فالأصل يوجب اعتبار كل خصوصيه فيه يشك فى صحه العقد بدونها و لو للخلاف فى تلك الخصوصيه، و حينئذ فلا محيص عن ان يقال بعدم كفايه مجرد الاستيلاء فى القبض المعتبر فى حق الموقوف عليه فضلاً عن الولى مطلقاً فيقبض على انه وقف فلا- يجرى مع الذهول عنه و ان قبضه بعاريه أو وديعه للزوم اجتياز الفعل المشترك عن غيره.

نعم، الأولى فيما يقفه الوصى و نحوه عمّن له الولايه عليه ان يقبض الحاكم ذلك منه لاستهجان قبضه من نفسه، و إن أمكن باعتبار اختلاف الحيثيه ككونه موجباً و قائلاً.

و منه يظهر ان استدامه القبض لا- تكفى مع عدم الالتفات فى خلالها إلى انه وقف مقبوض فلو غصب عيناً أوقفت عليه يرتفع الا-ثم بنفس الالتفات إلى انه مقبوض وفقاً هذا ما يقتضيه الأصل، لكن اطلاق اعتبار القبض فى جميع العقود حتى الرهن ظاهره فى مجرد الاستيلاء بدون القصد و معه سواء اذن الواقف أم لا، بحيث يكون تحت يده بعد العقد المعتبر فيه ذلك إلا ان يمنع هذا الظهور مطلقاً أو فى بعض العقود كالوقف مثلاً و لعله هو الأوفق، و فى المسالك و حيث لا- يعتبر تجديد القبض فى المقبوض أيضاً لا- يعتبر مضى زمان يمكن فيه احداثه و ان اعتبر لأن الأذن فيه يستدعى تحصيله و من ضروراته مضى زمان بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد انتهى.

و اعترضه شيخنا بأن ذلك لا يجدى فى التجديد الحقيقى و أما الحكمى فغير محتاج إلى ذلك انتهى، و لم يتضح لنا معناه إذ التجديد يحتاج إلى قصد ذلك فى المقبوض قبله و القصد لا بد له من زمان يحصل فيه فهو و ان كان حكماً كيف يحصل من دون ان يكون الزمان ظرفاً له و كل منوى هكذا.

و لو وقف على نفسه لم يصح عندنا، و حكى فى البصائر الإجماع عليه و جوزه بعض أهل السنه لاختلاف الاستحقاقين فإن استحقاق الشىء و وفقاً غير استحقاقه ملكاً فقد يقصد الانسان منع التصرف المزيل للملكيه كالبيع و نحوه، كمن نذر ان لا يبيع الدار الفلانيه من دوره، و كمن وهبه عبده ما يملك بناء على صحه ملكه فإنه يستحق بالهبه المستحق له لكنه كما ترى إذ لا معنى لنقل ملكه إلى نفسه اشبه شىء بتحصيل الحاصل الممنوع، و كذا اشترط نفعه لنفسه إذ لم يملكه مسلوب المنفعه مضافاً إلى فحوى بعض النصوص بمنعه، و كذا لو وقف على نفسه ثم على غيره فى المشهور لدخوله بمنقطع الأول الذى يبطل الوقف

به حسبما سلف، و لكن قيل و حكى عن الشيخ رحمه الله " انه يبطل في حق نفسه و يصح في حق غيره و الأول اشبه، و عليه المحققون من الاصحاب كما تقم و لو عطف بالواو مفرداً أو جمعاً فقد قوّى غير واحد ممن تأخر الصحه في النصف فيهما، و أحتمل الدروس الصحه في ثلاثه ارباع في الجمع لأن اقله ثلاثه فيبطل في ربع و احتمل البطلان من رأس فيهما، و احتمل كون المجموع للغير و هو لازم لقول الشيخ بالصحه في المرتب بالأولويه و لكل من المحتملات وجه،

فالصحة مطلقه في النصف بناء على جواز تبعض الصفة في مطلق العقود لا في خصوص البيع كما لعله هو المختار و التنصيف مطلقاً لكونه الظاهر من الاشتراك ظهوراً لفظياً و التبريع في الجمع لأن اقله ثلاثة و البطلان رأساً لعدم وجوب الوفاء بما وقع عليه العقد اجماعاً و العقد لا يكون مبعوضاً و اختصاص الغير به جميعاً لوجود الموقوف عليه الذي معه يصح العقد إذ لما كان بعضه لا يمكن كان شرط الواقف كلاً شرط فلا يلزم بمخالفته محال و اتباع شرطه، انما يلزم لو كان سائغاً و بطلان الوقف من اصله حيث لا يكون في الكلام من يصح الوقف عليه، لكنه موجود قطعاً فينحصر الوقف به بعد ان اخرج المالك عن ملكه كما لو اوصى بمال من ثلثه للفقراء و الوثنيين فإنه يختص الأول بجميع المال لا بنصفه، و كما لو عيّن وصيين او اكثر و فيهم ما يمتنع ان يكون وصياً لصغره أو لكفره يختص الثاني بالوصيه تعدد أو انفراد و يتصرف بالمال وحده و لا تعود وصيه الممتنع إلى الحاكم و كما لو اوقف على مسجد و كنيسه فإنه جميع النماء يصرف في المسجد لا بنصفه و هكذا، و خير الاحتمالات صحة الوقف في النصف مطلقاً و تبعض الصفة لا تبعض العقد لو هن جميعها بما مرّ عليك ذكره و النقض بصحة الوصيه بما ذكر لو قلنا به فهو قياس و الوقف على المسجد و الكنيسه كهو على نفسه و غيره، و لم يحضرنى من يخصه بالمسجد و ان جعل الاختصاص بعضهم مفروغاً منه، و لو وقف على غيره و شرط قضاء ديونه و أراد ثنوته لم يصح، و كذا لو شرط الانتفاع به مدة معلومه أو قرنه بحياته و ان بعض المنفعه بينه و بين غيره كل ذلك من المشهور الذي صرّحت به الفتاوى المعلل بأن الوقف مقتضاه نقل العين و المنفعه عن ملكه فإستثناء احدهما أو جزء منهما منافٍ لمقتضاه فيبطل الشرط و العقد معاً و ربما اشعرت مكاتبه على بن سليمان إلى ابى الحسن " عليه السلام " :

بذلك جعلت فداك ليس لى ولد و لى ضياع و رثتها عن ابى و بعضها استفدتها و لا آمن الحدثنان فإن لم يكن لى ولد و حدث لى حدث، فما ترى جعلت فداك لى ان اقف بعضها على فقراء اخوانى و المستضعفين او ابيعها و اتصدق بثمانها عليهم فى حياتى فأنى اتخوف ان لا ينفذ الوقف بعد موتى فإن وقفها فى حياتى فلى ان آكل منها ايام حياتى أم لا؟ فكتب " عليه السلام " : فهتم كتابك فى أمر ضياعك فليس لك ان تأكل منها من الصدقه فإن انت اكلت منها لم تنفذ ان كان لك و رثه فبع و تصدق ببعض منها فى حياتك و ان تصدقت امسكت لنفسك ما بقوتك مثل ما صنع امير المؤمنين " عليه السلام "

(، و مثلها خبر طلحه بن زيد عن ابى عبد الله عن ابيه " عليهما السلام " ) :

ان رجلاً تصدق بدار له و هو ساكن فيها، فقال " عليه السلام " : الحين اخرج منها

(، لكن فى كشف الجد رحمه الله " و لو شرط رد مظالم عنه او صدقه أو عباده او اداء ديون لزمته فى حياته و نحو ذلك قوى القول بالصحة، و قال قبل ذلك و لو شرط اجاره عن عباده تجوز عن الاحياء و كان حياً كزياره و حج و نحوهما قوى لبطلان انتهى. و كأنه راعى القاعده المرقومه بالنسبه إلى الحى إذ بالموت يخرج عنه الوقف و يرجع الثواب إليه كما يثاب على الوقف نفسه.

و الملخص فى صحة الشرط عدم منافاته لمقتضى العقد. نعم، تشكل المنافاه فيما لو شرط فى متن العقد المسبل فيه المنفعه استثناء شىء من التسييل الذى قصده بالوقف لقاعدتى الشروط و الوقوف التى لا تحكم عليهما إلا حكاية المنافاه الموهومه لدى

القائل بالصحة، و قد يومى او يقضى بالحصه قوله " عليه السلام": ( )

و ان تصدقت امسكت لنفسك ما يقوتك

(، فإنه ظاهر بالاستثناء مما تصدق به لا انه خارج عنه فيوقف العين المستأجره المسبب منعتها بعد تمام الإجاره فالقاعده توجب عدم الاستحقاق من حيث كونه وفقاً لاعتبار اخراج نفسه من عينه و ثمرته لا نحو ما ذكر و عليه ينزل خبر ابى الجارود عن الباقر " عليه السلام": ( )

لا يشتري الرجل ما تصدق به، و ان تصدق بمسكن على ذى قرابه فإن شاء سكن معهم .. إلى آخره

(، و بمضمونه

افتى فى النهايه قال: إذا وقف انساناً مسكناً جاز له ان يقعد فيه مع من وقف عليه و لا يجلس غيره فيه فإنه منافٍ للقاعده فلا بد من حمله على ما لو اشترط اختصاصه ببعض المنافع أو حمله على اذن من وقف عليه المسكن و عليه ايضاً تحمل فتوى الأكثر بدخول الصوف و اللبن الموجودين فى الشاه الموقوفه ما لم يستثنه.

و فتوى الفاضل رحمه الله " فى وقف البقره للحرث يقتضى بقاء غيره من المنافع للواقف فإنه ظاهر فى جواز استثنائها كما انه لا ينافى القاعده شرط اكل اهله منه و اضيافه و من يمر به و التابعه، و حكى ذلك من فعل النبى " ص " و فاطمه " عليها السلام " فى صدقتها كما لا- يقدح كونهم واجبى النفقه فتسقط نفقتهم ان اكتفوا به وفاقاً لأصحاب امير المؤمنين " عليه السلام "، و ان استشكل فى خصوص الزوجه و المملوك لرجوع ذلك إلى نفسه و بالجمله لا ريب فى خروج ملكه عنه عيناً و منفعه يوقفه له كتنقله له ببيع و غيره لغيره.

أما لو وقفه على جهه مخصوصه و لا يجب صرف النماء فى جميعهم و لا قبولهم او بعضهم كان وقفه على الفقراء و هو منهم لو عرض له الفقر بخروج ما وقفه عن ملكه، أو كان غنياً ثم صار فقيراً أو وقفه على الفقهاء ثم صار فقيراً أو كان متلبساً بالمبدإ قبل الوقف و حينه، فقد قال المصنف و غيره: ان له المشاركه بالانتفاع و لو انفرد بالوصف اختص به و علل ذلك بما فى المسالك و غيره بأن الواقف ينظر إلى جهه الفقر و المسكنه و يقصد نفع موصوف بهذه الصفه لا شخص بعينه، فهو لم يوقف على نفسه و لا على جماعه هو منهم و لو كان الوقف عليهم لاعتبر قبولهم او قبول بعضهم لشرطيه القبول كما سبق، فالملك ينتقل بذلك إلى الله تعالى لا إليهم، و لذا لا يجب صرف النماء فى جميعهم بل يكتفى الشارع بصرفه فيمن احرز الوصف و ان كان هو الواقف و اطلاق الجواز فى كلام المتقدمين كأنه لا شبهه فيه إلا بن ادريس فى المحكى عنه عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه على حال و لحقه المختلف و تذكره الفقهاء، غير انه فصل بين المنتقل من الوقف إلى الله كالمسجد و القنطره و الرباط، فلم يمنع من انتفاع الواقف بها صلاه و عبوراً و مكثاً، و بين ما انتقل إلى الخلق مطلقاً و ان لحقه الوصف بعد فلا يجوز له الانتفاع.

و فى المذهب ألحق الخانات و الدور التى ينزلها الحاج بالمساجد و القناطر فجوز انتفاع الواقف بها دون غيرها، لكن فى المبسوط و الغنيه شبيه ما ذكره المصنف و ان لا-ح منهما ان ما يعود إلى أصل الإباحه للمسلمين قاطبه كأن هو و غيره سواء و الكفايه لم يفصل بل استشكل فى اصل الحكم و ناقش فى الدليل السابق، و قال: لو كان النص الوارد بلفظ الوقف على نفسه او يثبت اجماع على المشاركه لكان للقول المزبور وجه، لكنه لا نصّ و لا اجماع، و شيخنا حكم بجواز الانتفاع للواقف بما خرج عن المالىه و صار من قبيل التحرير للسيره القطعيه فى مثل المسجد و القنطره و الخان و غيرها، دون ما فيه مالىه و ان كان وقفاً عاماً فممنوع جواز انتفاع الواقف المتّصف بذلك الوصف سابقاً و لاحقاً به خصوصاً إذا كان للوقف ثمره و نماء يصرف فى الموقوف عليهم مثل الفقهاء و الفقراء و الورعين و غيرهم، و علله بأن الوقف حينئذٍ للجنس و لو بواسطه افراده فيلزم خروج الواقف عن صدقته لتحقق المانع المزبور فيه، قال: على ان وقفه على الفقراء نحو ملك الزكاه للفقراء الذين لا يندرج فيهم من عليه الزكاه انتهى. مقرباً ذلك بما ملخصه ان الكلى يملك و يملك فتحصل براهه الذمه فى الكلى المملوك بأداء فرده ممن عليه، فكذا إذا ملك بتشخص بفرد انطبق عليه فإذا تشخص بالوقف صار هو المالك لصدقته المعبر فيه بخروجه عنها فلا بد فى صحه الوقف من خروج تشخص الكلى به، و لا- يجرى ذلك فيما هو خارج عن المالىه و الانتفاع به لا- على طريق الملك



المسجد و العبور على القنطرة و الجلوس فى الخان مما هو جائز باعتبار الإباحه الشرعيه، و لو بسبب الوقف للسيره القطعيه و لغير ذلك انتهى. و هو حسن غير ان ما ذكره مما قامت السيره على جوازه لا- ينفك غالباً عن المالىه مثل العبور على القنطرة و الجلوس فى الخان إذ لو تركه الواقف و توقف فى غيره على المالىه كان مما يتمول فيقتضى أن ينحصر الجواز بالمسجد و الصلاه لا غير فيه و فى امثاله من المشاهد المشرفه دون البيع و الشراء و السكنى فيها و التدريس و غير ذلك، مما لو صنع فى غيرها توقف على بذل المال بل و الصلاه فى بعض الأوقات فينبغى ان يفصل فى جواز الانتفاع بالمذكورات بين ما يتساوى الانتفاع به و بغيره فى عدم المالىه و بين ما لا يتساوى فيه ذلك مما لو تركه لأوجب الخساره فتكون هاتيك الغرامه كأنه ثمره الانتفاع به و ينبغى ان يجوز الانتفاع فيما عرى عن المالىه من الوقف العام الذى يتشخص كليه به نحو الوقف على الفقهاء و المشتغلين كالمدارس و الدور و دوران الحكم مدار المالىه و عدمها، كأنه لا يلتزم به هنا احد لاختلاف ذلك بحسب الأزمنه و الأمكنه و الحاجه و التفرقه بين الوقف على الجبهه أو على من لا ينحصر ان زعمه فلا دليل عليه و القياس على الزكاه، ان تم فهو دليل على المنع كئيه فالمتجه فى الضابط فى الوقف العامه جواز انتفاع الواقف فيها حيث لا يكون مقصوداً فى عقد الوقف و لا ملحوظاً لكنه دخل من حيث شمول الوصف له فكان الموقوف عليه هو الوصف الذى لا يتقوم بنفسه لا الشخص المتصف فإن الشخصيه غير ملحوظه للواقف أبداً على حد أكرم العالم فى عدم دخول غيره فى العام إلأ إذا اتصف بالعلم و متى زال الوصف عنه امتنع اكرامه و تبدل الموضوع فلا يستصحب كالوقف على الفقهاء مثلاً. نعم، يشكل ذلك فيمن احرز الوصف حين الوقف لأنه مستثنى مع الوصف لعدم شمول الوقف له و ان اتصف و لا ينوعه اتصافه و تجرده لعدم انفكاك الوصف عنه حين خروجه، و لذا قيده المصنف بما عرض له الوصف بعد الوقف لا ما كان متصفاً به حينه لكن المسالك طرد الحكم فى جواز الانتفاع و تبعه شيخنا و لم يعلم وجهه و لذا لو قصد ادخال نفسه بالجبهه التى يندرج فيها مع احرازه لتلك الجبهه حين الوقف بطل الوقف جزماً بل و لو ذهل عن شمولها له لخروجه على كل حال، إنما الاشكال فيما لو دخل فى الجبهه بعد الوقف عليها و لم يكن ملحوظاً للواقف، و مثله ما لو وقف على بعض اولاده المشخصين بالذكوريه أو الأنثويه دون الباقي منهم و على العلماء فصار غير الموقوف عليه من اولاده منهم فينبغى عدم شمول الوقف لهم لأنه اخرجهم منه فإن الحكم به فى غايه الصعوبه، هذا و حيث ان الوقف حسبما يقفها اهلها و يصح كل شرط لم يخالف الكتاب و السنه فيها، و حينئذ لو شرط عوده إليه عند حاجته صحَّ الشرط و لم يبطل العقد لعمومى الوفاء بالعقود و المؤمنون فيصح وقفاً فإن احتاج كان منقطعاً و إلأ كان مؤيداً و هو صريح الانتصار، و المختلف و ايضاح القطيفى و ظاهر المقنعه و المراسم و استقواه شيخنا رحمه الله " لعدم الدليل على اشتراط الدوام فى الوقف فيكون منقطع الآ-خر و لا- تعليق فيه ينافى عقد الوقف بل هو تقييد للوقف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه او بغيره من الأوصاف الجائزه التى لا- يبطل الوقف إلأ بارتفاعها فينتهى الوقف بانتهاء الوصف كما ينتهى بانقراض الموقوف على، و هذا يجرى فى كل غايه عدا المؤقت الذى خرج بدليله فيقتصر عليه فى الانقطاع المبطل بل المتجه فى باب الشروط ان العمل بالعقد و الشرط مهما أمكن لزم، و ان قلل الشرط دائره العقد فيؤثر اثره فى غير ما اخرجه الشرط فكل شرط شك فى منافاته لمقتضى العقد يحكم بعدم منافاته و صحتهما معاً فينحصر البطلان فيما تحقق منافاته بالعقل أو النص الخاص و هو الضابط فى الشروط فى جميع العقود إلى آخر ما رام بيانه من اختيار انه حينئذ من الوقف المنقطع الآخر الذى تجرى عليه احكامه إلى حين

الانقطاع كما سبق، وقيل لو اشترط عوده صحَّ الشرط و بطل الوقف من اصله كما عن ابى على و ابنى حمزه و ادريس و الآبى و حكاة المختلف عن الشيخ فى المبسوط و ظاهر المختصر النافع و الكفاية و علل يكون العقد يقتضى الدوام فينافيه التعليق و يستأنس له بدليل بطلانه لو قرن بالمدى لاتحاد المناط و لأنه صدقه و لا يجوز الرجوع فيها و لوجوب اخراج نفسه من الوقف، و لخبر اسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله " عليه السلام ": (

عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير، و قال: ان احتجت إلى شىء من مالى أو من غلته فأنا احق به أله ذلك و قد جعله الله تعالى و كيف يكون حاله إذا هلك الرجل أ يرجع ميراثاً أو تمضى صدقته، قال " عليه السلام ": يرجع ميراثاً على أهله

( الخبر، و المراد بالصدق فى الرواية الوقف بقريته السوق الذى صريحه تمليك المنافع و للموثق من اوقف أرضاً ثم قال: ان احتجت إليها فأنا احق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث، و نوقش فى الرواية سنداً و دلالة.

أما الأول ففى طريق الأولى ابان بن عثمان و قد طعن فى مذهبه، و الموثق غير حجه اصطلاح المتأخرين ما لم يعتضد.

و أما الثانى فبقيام احتمال ان المبطل كونه احق به فيهما و هو وقف لا انه احق به بعد فسخه فيؤول شرطه إلى عدم اخراج نفسه عنه الذى لا ريب فى بطلان الوقف به فلا يصلحان دليلاً على المدعى لخروجهما عما نحن فيه و احتمال ان قوله " عليه السلام " فى الرواية السابقة يرجع ميراثاً، إنما هو حيث تحقق الحاجه للواقف فأراد الإمام بيان عدم رجوعه إلى الوقف بعد الموت إذا ملكه بعروض الحاجه للواقف ايام حياته و سوق الخبر لا- ينفى هذا الاحتمال فيه، و كذا الموثق إذ هما من وادٍ واحد فهما مسوقان إلى أن الواقف لو ملك الوقف بالشرط الصحيح لا يعود بعد الموت إلى حاله الأولى لا أن نفس الشرط يجعله ميراثاً و ان لم يحتج إليه بحياته لا اقل من تساوى الاحتمالين القاضيين بإجمال الخبرين فلا ينهضان بالبطلان بعد الجزم بالصحة، و قيل انقلب الوقف و صار حبساً و حكمه انه يعود إليه مع الحاجه و يورث، و هذا معنى البطلان فى الكتاب، و نسب للشيخ و القاضى و القواعد و تذكره الفقهاء و ارشاد الأذهان و الدروس و المصاييح و جامع المقاصد و الرياض و الروضه و ظاهرهم، انه بنفس الشرط يعود كذلك لا انه بعد الحاجه لعدم تحققها بالموت جزماً و دعوى ان الميت بموته قد احتاج لنقل ماله إلى الوارث كما احتمله المسالك لا وجه له و لذا قال شيخنا انه من الخرافه، لكن ينافيه كون موت الحابس غايه لحبسه بعد ان لم يذكر له أمداً و ما ذكره من الحاجه أمداً لم يحصل فيقتضى بقائه محبوساً إلى آخره فكيف يورث بموته لا بذهاب ما حبس عليه و كونه بموته يعود ميراثاً إذا انقرض المحبس عليه مطلقاً و اضمحلت الجبه مما لا- يغطيه النص و لا اطلاقهم انه بالموت يورث كدعوى ان الوقف او الصدقه التى بمعناه إذا اقترنا بالشرط صرف الشرط لفظيها إلى الحبس، و كان ذلك من القرائن الصارفة للفظين عن معناه رجعت المسأله إلى غير ما نحن فيه و هى ان اصالة الصحة تصح لصراف اللفظ عن معناه الظاهر منه إذا استلزم البطلان أو لا فيحكم بالفساد محافظه على ابقاء اللفظ على ظاهره و المتجه من الاقوال المذكوره حسبما يترجىح فى النظر القاصر هو بطلان الوقف بالشرط مطلقاً لا اعتبار الدوام فيه شطراً أو شرطاً فما ينافى دوامه يبطله و لا يشمل الوفاء بالعقد، و لا المؤمنون و لا الوقوف لتقيدها باعتبار الدوام فيه فهو كالتعق فى بعض الأحوال و بذلك يفترق عن غيره و هو المتبادر من لفظه و المعهود من شرعيته و من هنا لا يثبت الخيار فيه مطلقاً و لا يشرع فسخه اختياراً و من سرد النصوص الواردة فيه و فى تشريعه لا يكاد مشكك فى ذلك



فالجاری علی الاصول هو البطلان من اصله. نعم، لا ینکر وفاء النصین بأنه مع قصد الواقف الوقف یعود حسباً

بالشرط المزبور فلذلك قاربه المصنف و تبعه الجماعة عليه و حينئذٍ يخرج عن القاعده بنصه الذي يجب التعبدية و لا يتعدى عن مورد النصّ و مقاله ان النصين لا يصلحان لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للضوابط من وجوه لا تسمع بعد الحكم بصحتها و كثره العامل بهما و ان ابان مما اجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه فلا ينافيه الطعن في مذهبه مع عملهم بمضمون حديثه الذي لم اعثر على متوقف فيه ممن يعنى بقوله فليس لطحهما وجه قوى و دعوى ان الراجح جعله من الوقف المنقطع الآخر حسبما قرره شيخنا رحمه الله " فهو على القول بصحة الوقف المنقطع في غايه الجوده لكن يلزمه التصرف بالخبرين المرقومين بلا برهان يصح لذلك لظهورهما في الارثيه و ان لم يرجع و لا مسته الحاجه إلى العود حتى مات الموجب لبقاء الصدقه على حالها. نعم، إذا فهم من النصّ عدم عوده ملكاً بعد الموت و دوامه وقفاً فلا محيص عمّا اختاره شيخنا لو صححنا الوقف المنقطع الآخر و لم نقل ببطلانه و انقلابه حبساً او اعطائه بالشرط حكمه ثم الشرط لو صحّ فعوده إليه بتحقيقه من دون فسخ كما يقتضيه كلام المصنف ظاهراً و يحتمل ان الشرط إذا حصل سلطه على الفسخ لا انه بحصوله يفسخ العقد بل يكون ذلك إلى اختياره كما هو الشأن في مطلق من له الخيار كما لو اشترط تسلطه على الفسخ عند الحاجه إليه، و في المسالك و لا يرد ان هذا العقد لا يقبل الخيار فإن هذا النوع من الخيار مستثنى بالنص و الفتوى دون غيره انتهى. و قال شيخنا رحمه الله " لم اعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عباره في محكى التحرير، لا ريب في شذوذها لمنافاته للزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختياراً بوجه انتهى. فكأنه يرى ان اشتراط فسخه من الشروط المنافيه لمقتضى عقده و عموم المؤمنون و الوقف تقضى بصحته لكن شيخنا جعل البطلان من المسلمات فهو مع ذلك عكس النقيض، و لو شرط اخراج من يريد ممن وقف عليه بطل الشرط و نقل الاتفاق عليه كل من حرر المسأله دون ما لو شرط ادخال من يولد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على اولاده او على غيرهم و الفارق بينهما الإجماع و إلّا فالعمومان لا- تقتضى الفساد بل توجب الصحة و المخالفه لمقتضى العقد اول النزاع إذ لا فرق بين هذا الشرط و سائر الشروط و كون الموقوف عليه قد ملك بالوقف فالشرط المسلط للواقف على فسخ ما ملك مشكوك فيه فلا يزول الملك المنقول إليه بما يشك في كونه ناقلاً لا يسمع بعد صحة الشرط إلّا ما نصّ على خروجه بنقل او عقل قاطع لكن في النسخه المصححه إدخال من يولد ادخال من يريد مع اولاده او غيرهم لو وقف عليهم، و لعله لفحوى النصوص في المسأله الآتية فيختص الادخال مع من وقف عليهم مطلقاً بأولاده إلّا مطلق فلا- وجه للتعدي عنه إلى من يريد بل و لا- إلى غير اولاده ممن سيوجد مضافاً إلى ما ورد في خبر إلى ظاهر البلالي المروى عن اكمال الدين العالى السند قال: كتب جعفر بن حمدان و عرض على السرداب انى استحللت بجاريه حتى قال: ولى ضيعه قد كنت قبل ان تصير إلى هذه المرأه سبلتها على وصاياى و على سائر ولدى على ان الأمر في الزيادة و النقصان فيه إلى ايام حياتى و قد اتت بهذا الولد فلم ألحقه بالوقف المتقدم المؤيد و اوصيت ان حدث لى حدث الموت ان يجرى عليه ما دام صغيراً فإن كبر اعطى من هذه الضيعه حمله مائتى دينار غير مريد و لا يكون له و لا لعقبه بعد اعطاء ذلك في الوقف شىء فرأيتك اعزك الله تعالى، فردّ جوابها منه " عليه السلام " )

أما الرجل الذى استحل بجاريه إلى ان قال " عليه السلام " : و أما اعطائه المائتى دينار و اخراجه من الوقف بالمال ماله فعل به ما اراد

(، و في الدروس ابطال اشتراط إدخال من يريد في ظاهر كلامه لكن مطلقاً و مثله في محكى المبسوط و نحوهما المصنف إلّا ادخال من يولد للخبر المذكور و فحوى النصوص الآتية فلا وقع حينئذٍ لما في المسالك و غيره من نسبه العموم في المسألتين



خروج ذلك بنصه و بطلانه فى غيره. نعم، لو كان مستنده بعدم منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد توجه عليه ان اشتراط من يريد ادخاله فى معناه و اضعف لأنه قد لا يريد فيبقى الوقف على اصله فإذا جاز ادخال من سيولد او يوجد جاز ادخال من يريد و من لا- يريد و لطول بالفرق بين المسألتين، إذ لو فرض سلطنه الادخال و الاخراج إليه على وجه يكون اصل الوقف بيده دخولاً و خروجاً فالمتجه البطلان فيهما لرجوعه إلى اشتراط أصل السببه بيده و الفرض انه سبب شرعى متى وجد اثر اثره و لو فرض ان الاراده تصلح لأن يكون وصفاً لدخول الموقوف عليه فكذا لخروجه من دون فرق فيدخل و يخرج من اتصف بها من غير ادخال و اخراج منه فإنه بهذه الملاحظه لا فرق بين المسألتين إلا بدعوى عدم صلاحية الاراده وصفاً للموقوف عليه و هو غير مسلم. نعم، ربما علل بعضهم البطلان فى الثانيه ان ذلك يقتضى نقصان حصه الموقوف عليه فيكون ابطالاً للوقف فى ذلك البعض فينافى العقد المملك لجميعها، و لكنه موهون بالنقض بإدخال كل معدوم تابع للموجود و بأن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا ما طابقه و بأن الوقف حق لازم فى حق الموقوف عليه فى الجملة و انما المختلف الحصه و ذلك غير فادح كما لو وقف على بطون تزيد تاره و تنقص اخرى و سيجى ء ما ينفع هنا لكن المتجه البطلان فى المسألتين إلا المستثنى للنص و ان صحّ مطلق الشرط فى الوقف فلولا الاتفاق الذى يكشف عن الدليل الخاص لكان الأوفق الصحه.

و أما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجوز و بطل الوقف فكذلك لنفى الخلاف أو الاجماع المحكى عن الشيخ لما سبق من مخالفته لمقتضى العقد إذ بناء الوقف على اللزوم، فإذا شرط نقله كان خلاف مقتضاه فيبطل هو و شرطه و فى القواعد على اشكال و الدروس الأقرب جوازه و تذكره الفقهاء لو قال هذا وقف على اولادى سنه ثم على المساكين صحّ اجماعاً. نعم، فى جامع المقاصد بعد حكمه بالبطلان فرق بين هذه المسأله و ما قبلها و بين اناطه الوقف بصفه فى الموقوف عليهم مثل الفقر و غيره بل الوقف فى الثانى يدور مدار الفقر وجوداً و عدماً، فإذا قال على فقراء اولادى و غيرهم فالوقف ليس على الأولاد بل على الفقراء منهم، و متى زال الفقراء انتفى الموقوف عليه فكان هذا جارياً مجرى موتهم و عدمهم بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم و شرط نقله عنهم كما نحن فيه فإن ذلك ابطال للوقف باختياره و تحقيق الحال ان عموم الوقف ان اقتضى الدوام نافاه كل شرط يوجب الانقطاع فيخصص دليل صحه الشرط فيه بما لا ينافى الدوام و صحه قضى بعدمه فى بعض المقامات ان قيل به فهو خارج بدليله و ان كان عقد الوقف لا يقتضى الدوام إلى انتهاء الموقوف عليه بانتهاء عينه بل يمكن نقله و انقطاعه فلا ينافى عقده كل شرط اشترط فيه سوى ما يحيله العقل و لو بواسطه الشرع مثل ان يخرج عن ملكه و يكون اختياره بيده و غير ذلك و حيث تنوعت الشروط فيه بين ما يصح منها و ما لا يصح، فالمرجع فى مقام الشك أما إلى اصاله عدم الصحه و أما إلى اطلاق ادله الوقف و الشرط و الرجوع إلى الثانى حيث لا يدخل شىء منها فى عنوان المخصص المعلوم تخصيصه لها فإن دخل اتجه بطلان الشرط لأن اندراجة فى العام ليس بأولى من اندراجة فى عموم المخصص و الأقوى الوقوف على القدر المتيقن من الشروط السائغه حيث لا ميزان عندنا بينما ينافى عقد الوقف و عدمه فللوقف فى صحته مجال، لكن شيخنا رحمه الله " جعل المدار فى البطلان حيث يشترط الواقف الإدخال و الإخراج و النقل و يكون ذلك إلى اختياره و حكم بأن مثل هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد و جعل مناط الصحه على اشتراط الدخول و الخروج و الانتقال الذى هو المعنى المصدرى فى المسائل الثلاث، و بذلك جمع بين اجماعى الشيخ و تذكره الفقهاء ردّاً على الرياض باختلاف موردهما و هو التفات

حسن و امر مستحسن، انما الاشكال فى الشرط الذى يحتمل الأمرين معاً فهل الأصل فيه الصحة أو البطلان و ترجيح جانب الفساد اوفق بالضوابط الشرعيه فما اختاره المصنف كأنه الأوجه و الله الهادى.

ثم انه قد اتضح مما مرّ عليك ذكره انه لو وقف على احد كأولاده و غيرهم ثم أيده بالبطون المتعاقبه فهو القدر المتيقن من صحه الوقف و لزومه و عدم ادخال غير الموقوف عليهم فى كل طبقه فيهم إلا إذا شرط على النحو الذى قرع سمعك، لكن مع ذلك قد قيل و حكى عن الشيخ فى النهايه إذا وقف على اولاده الأصاغر و قيل و قبض عنهم و أيده على الوجه المشروع جاز ان يشترك معهم غيرهم من اولاده و غيرهم، و ان لم يشترط و جوزه القاضى ايضاً لا مطلقاً بل مع عدم ظهور اراده الاختصاص منه ظهوراً بينا و مستندهم ظهور بعض النصوص بذلك كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق " عليه السلام ": (

فى الرجل يجعل لولده شيئاً و هم صغار ثم يبدو له و يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: لا بأس

)، و روايه محمد بن سهيل عن ابيه سألت أبا الحسن الرضا " عليه السلام ": (

عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس به

)، و صحيحه بن يقطين المشتمل صدرها على ذلك قال: سألت أبا الحسن " عليه السلام ": (

عن الرجل يتصدق على ولده ببعض ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس بذلك

( الخبر، و روايه على بن جعفر " عليه السلام " عن اخيه المروى فى قرب الاسناد سأله )

عن رجل تصدق على ولده بصدقه ثم بدا له ان يدخل غيره فيه مع ولده أ يصح ذلك، قال " عليه السلام ": نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحب

)، و نوقش فيها بعدم الوثوق بسند اكثرها من جهه اشتماله على ما طعن به و اختلال دلالتها لاشتمالها على الصدقه و الجعل و هو غير الوقف أو على اراده الغرم عليه دون وقوعه و انصراف الاطلاق إلى فاقد القيد المراد منه عدم الاقباض او عدم بيان المتصدق به و قال شيخنا رحمه الله " : انها غير مختصه بدعوى القائل من تشريك خصوص من يتجدد من الأولاد انتهى.

فالدليل أعم من المدعى و هو ان اراد به ما نقله المصنف رحمه الله " فليس فى عبارته اشاره إلى اراده الأخص بل ظاهر غيرهم الاطلاق فى كلامه المنسوب الى القبل، و ان اراد ان غيره صرح بالخصوصيه فى كلام الشيخ الذى حكاه المصنف رحمه الله " فيحتاج إلى المراجعة، و لعل الكتاب نقل قول الشيخ و غيره فلا- يتم ما اورد شيخنا رحمه الله " و على أى حال ان لم يشترط الواقف التشريك فليس بمعتمد ان يجوز له ذلك مع الاطلاق عند الأكثر و المصنف منهم لأعراض المعظم من هذه النصوص اولاً و لمنافاته قاعده الاسباب و لمعارضتها بالنصوص المستفيضة من عدم جواز الرجوع فيما كان لله و التشريك رجوع، و بذيل روايه بن يقطين حيث عطف على قول الامام " عليه السلام ": لا بأس بذلك، )

و عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و بينه لهم أ له ان يدخل معهم من ولده غيرهم بعد ان ابانهم بصدقه قال: ليس له ذلك إلا ان يشترط انه من ولده فهو مثل من تصدق عليه فذلك له

، و رواه جميل بن درّاج قال قلت لأبي عبد الله " عليه السلام ": (

رجل يتصدق على ولده بصدقه و هم صغار أ له ان يرجع فيها، قال " عليه السلام ": لا، الصدقه لله

( إلى آخره، فيلزم التصرف في النصوص السابقه بأن تحمل على غير الوقف المبحوث عنه و تقييد بذييل خبر بن يقطين و دراج لعدم الفرق بين سؤاليه في احدهما حتى أجاب بنفى البأس في الصدر، و بعدم الجواز في الذيل فما هو إلا بالتقييد و خبر قرب الاسناد مسوّق لبيان حقوق الوالد على الولد و السلطنه على ماله على حدّ انت و مالك لأبيك، فلا بد من حمل

الصدقه فيه على غير الوقف اللازم مما يقبل التشريك الحاصل من الوالد و لو بسبب آخر، لكن فى المسالك ان خبر بن دراج لا يعارض لأن المفروض المشاركه و هو ينفى الرجوع، و صحيحه على بن يقطين يمكن التوفيق بين الصدر و الذيل فيها بأمرين قال احدهما ان يكون فى الثانى قد شرط قصره على الأولين كما يشعر به قوله بعد ان ابانهم و يحمل الأول على ما لو لم يشترط ذلك كما يدل عليه اطلاقه فيكون ذلك كقول القاضى و الثانى حمل النفى فى الثانى على الكراهه جمعاً انتهى.

و استوجه التأويل الأول ثم استظهر من لفظ الصدقه و الوقف و ان كان مشتركاً فكأنه يرجح قول القاضى و استغرب شيخنا رحمه الله " من المسالك ذلك بأنه منافٍ للاستثناء الظاهر فى الاتصال فى الخبر المزبور و بعيد من لفظ الإبانه و التبيين و هو وجيه و محتمل إلا ان الذوق السليم يرجح جمع المسالك من جهه اشتمال الذيل على الشرط الذى ينه ان الرجل بين لهم انى وقفته عليكم لا غير فكان المستثنى على تقدير عدم البيان فتدبر.

ثم ان الظاهر ان ما يجوز الوقف عليه ابتداءً من الاوصاف الرذيله إذا عرض ذلك بعد الوقف لا يخلُ بصحة الوقف و لا بلزومه و يظهر من المفيد رحمه الله " الخروج من الوقف بعروضه و المحكى عنه ان الوقف صدقه فلا يستحقه من لا يستحقها، فلو عرض فى الموقوف عليه كفوراً و فسق بحيث يستعان بذلك المال عليها جاز حينئذٍ للواقف التغيير و نفى البعد عنه المختلف مع حدوث المانع، أما لو كان حاصلًا حال الوقف فلا و هذا التفصيل عارٍ عن الوجه بعد لزوم الوقف و لا دليل على جواز نقضه و تغييره. نعم، يشكل ذلك فيما لو عرض فى الموقوف عليه ما يمنع من الوقف عليه ابتداءً فهل يعتبر فى استدامته ما يعتبر فى ابتداءه أم لا، و هل يجرى ذلك فى غيره من الصدقات أم لا؟، مقتضى وجوب الوفاء بالعقد و استصحاب بقاءه يوجب عدم بطلانه و مقتضى تبدل موضوع الموقوف عليه الملحوظ للواقف يقتضى انفساخه كظهور العيب فى المبيع قبل القبض، أو كعيوب السنه فى المقبوض الموجب لفسخ العقد فعدمه هو شرط ضمنى لدوام الوقف، و متى حصل بطل الوقف و رجع إلى الواقف، لكن الأول اوفق بالأصول و الثانى أحوط و إلى هنا تم ان عموم الوقوف يقتضى اشتراط كل شرط سائغ لا يمنع منه مانع فى الوقف مثل ان لا يؤجره اكثر من سنه و لا يؤجره نسيئه و ان يعمره بالنماء و لا يوقع عقداً إلا بعد تمام الأول و لا يسلم حتى يقبض و ان يسكن الموقوف عليهم بعد عماره العين من نمائها و ان يخرج من نماء الوقف على الجبهه أو على مخصوص مابين كأولاده أو اخوته أو غيرهم و ما تعاقب منهم و من سواهم بعدهم ربعاً أو اكثر لغايات آخر تنفع الواقف كعباده او زياره او صرف فى عزاء الحسين " عليه السلام " أو غيره من الأئمه عليهم السلام " او لفاتحه او لضيء أو لغير ذلك، ثم يصرف الباقي فى الموقوف عليهم او يشاركون و له ان يشترط تقديم هذه المصارف على الصرف فى الموقوف عليهم، فإن زاد من المنفعه شىء دفع إليهم و هكذا لكن لنا فى بعض ما صححنا شرطيته تأمل لمنافاته لتمليك الموقوف عليه و إلا عاد فى بعض الصور إلى انه يبقى موقوفاً مسلوب المنفعه إلى الابد و لا شك فى منافاته للتمليك بعقده و حينئذٍ لو أجز العين الذى يريد وقفها قبل ان يوقف مده تزيد على عمر من يوقفه عليه من الطبقة الأولى او يشترط صرف نماءه فى أمور مندوبه بحيث لا- ينتفع الموقوف عليه بثمرته إلا بعد انقراض طبقه منهم أو اكثر فعندى فى صحة الوقف كذلك اشكال و لعل يأتي لذلك مزيد بيان بتوفيق الحجه (عجل الله فرجه) فتستريح من زله القلم و القدم و الله المعين. و القبض كالقبول معتبر فى الموقوف عليه.

أولاً: من دون اشكال حتى فيما وقف على الجبهه العامه كذا من تجدد بعد القبض من يشارك في الوقف و ان لم يقبض و يسقط اعتبار ذلك في بقية الطبقات بلا شبهه و لا خلاف لقيام الدليل على ان قبض الأولى قبض من الجميع كقبض الحاكم للموقوف على الجبهه، لا- لأن قبضهم لو اشترط كان العقد جائزاً و هو منافٍ للزومه لمنعه بإمكان كونه يؤول إلى انه منقطع الآخر لو لم تقبض الأخرى لكنه يتم باختيار ان الانقطاع يبطل الوقف و قد حكم بدوامه كما سبق، و منه يعلم انه لو وقف على الفقراء و على اضرابهم من الفقهاء و النحاه و غيرهم، فلا بد من نصب قيم يقبض الوقف لاشتراطه في مطلقه و لا يمكن قبض الجميع إلّا نادراً و أقل الجمع لا يجدى و لو انحصروا في ثلاثه او اكثر بحيث يمكن قبضهم أو وقفه على عدد مخصوص منهم لكن على البدل، فالظاهر انه يتعين و لا يفيد نصب القيم، إذ هم كغيرهم من الموقوف عليه المنحصر لكن لم أقف على استثنائهم فلعلهم طرد و الحكم لدليله او و كّلوه على غيره ممن يتعين ان يقبض و النصب المرقوم يشمل بظاهر اطلاقه نصب الحاكم للقيم لأنه مرجع الأمور العامه فإن لم يقبض هو نصب غيره لذلك فإن تعذر وجوده أو الوصول إليه أو إلى وكيله المطلق ان صحّ التوكيل في مثله يقوم عدول المؤمنين مقامه و يستأنس له بما دلّ على ان قبض الحاكم للزكاه قبضاً عن الفقراء و موجباً لبراءه ذمه المدافع دون قبض بعض من يجوز له الدفع منها فإنه ليس بقبض عن الجميع بل يجزى بمقدار ما قبض، و لا ريب ان ذلك من مناصب الحاكم لا المشكوكه ليجرى فيها اصاله عدم توليه لذلك لكن ظاهر المتن كصريح آخرين ان للواقف ايضاً نصب قيم للقبض حتى مع وجود الحاكم و مع تعذره و تعذر وكيله يختص النصب بالواقف و محل نصبه قبل ايقاع الصيغه، لو قيل بفوريته و إلّا فيجوز قبله و بعده و ربما استند بعضهم على ذلك بما في التوقيع السابق من قوله " عليه السلام ": )

فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعه قيماً عليها

(، و بما في صحيح صفوان المتقدم من قوله " عليه السلام ": )

ان كان أوقفها لولده و لغيرهم ثم يجعل لها قيماً لم يكن له ان يرجع فيها

( إلى آخره، و نوقش فيهما بأن القيم في التوقيع الناظر الذي يقوم بحراستها و يجىء خراجها للناحيه، و بأن مثل هذا الوقف في خبر صفوان لا- يحتاج إلى القبض لعدم تعرضه لقبضهم أو للقبض عنهم و القيم بحاقه لا- يجدى بالنسبه إليهم فلا- يظهر من النصين ان للواقف هذه الوظيفه باعتبار كونه واقفاً، و ان كان له اشتراط الناظر على وقفه في عقده لعموم المؤمنون و هو غير قابض الوقف لكن بعد ما عرفت شرطيه القبض في عقد الوقف و سلطنه الواقف عليه قبل وقفه لا تكاد تشك ان له هذه الوظيفه اثرى لو شرط في العقد ان يحصل القبض في فرد مخصوص من حكام الشرع ان يقبض لا تجوز مخالفته للعموم المزبور، فما جاز اشتراطه له جاز نصب القيم عليه من قبله قبل الوقف و بعده و لا- يمنع اسعار الخبرين بذلك. نعم، لا- يتعين له ذلك بل يكفي قبض الحاكم مطلقاً فليلاحظ.



و أما لو كان الوقف على مصلحه عامه كالرباط و الخان و القنطره كفى ايقاع الوقف عن اشتراط القبول عند مشروطه و كان القبض إلى الناظر فى تلك المصلحه فهو ايقاع فى المفروض لا عقد لا يحتاج إلى القبول بعد فرض، انه جزء العقد لكن الالتزام بذلك مما يخالف ظاهر الاصحاب فلا بد من قبول الحاكم المنصوب لهذه المصالح بعد تعذر الموقوف عليه و كون التعذر يسقط جزئيه فيجعله ايقاعاً لا معنى له.

و أما القبض فإن ظهر من دليل جعل الناظر و تشريعه فى الوقف ان كل ما يعتبر فى الوقف له التوليه عليه، فلا معنى إذا للفرق بين القبول و القبض و لا- وجد لسقوطه دونه و ان لم يظهر من دليله ذلك كان القبض و القبول ليس من وظيفته، و إنما الثابت فى حقه التولى لما يصلح الوقف و ايصال ما يلزم ايصاله من ثمرته إلى الموقوف عليه و لو كانت الجهه و الرجوع منهما إلى الحاكم أقوى فلا يسقط الأول و لا يلزم أو يصحح الوقف الثانى.

نعم، لو شرط فى عقد الوقف ان يكون الناظر هو القابض بناء على صحه مثل هذا الشرط لعموم المؤمنون لزم ان يكون هو القابض.

و لو وقف مسجد صحَّ الوقف و لو صلى فيه واحد هو او غيره، و كذا لو وقف مقبره تصير وفقاً بالدفن فيها و لو واحد و قيده بعضهم بأذن الواقف لأن الاقباض له و هو شرط صحه القبض و ان يقعا بنيه القبض المأذون فيه من الواقف لاحتياج تشخيص ذلك إلى القصد حتى فى قبض الموقوف عليه المنفرد، و هذا الحكم مشهور بين الاصحاب لكنه عارٍ عن النص أو لم نظفر به فالأحرى الرجوع إلى الحاكم فيه و هو الأسلم، و لو صرف الناس فى الصلاه فى المسجد أو فى الدفن و لم يتلفظ بالوقف لم يخرج بصوفه عن ملكه، و كذا لو تلفظ بالعقد و لم يقبضه لأن الخروج عن الملك تحتاج إلى سبب ناقل و ليس ما ذكر من النواقل الذى يلحقه بالعقد المخصوص و لم يرد فيه شىء من النصوص و لا يعمّه دليل تشريع المعاطاه و تبّه المصنف به على خلاف غيرنا حيث قالوا به للسيره و إلّا فالحكم لا يوجب بسط المقال فلا تتحقق المسجديه و يترتب عليها الاحكام إلّا بما ذكر فكلما شكّ فى مسجديته و عدمها حكم بالعدم فيه كالجدار و ما فوقه و تحته و لا يكون مسجداً فى الخراج قبل عمارته بأذن الوالى الذى له التقبيل و إذا انتفت الآثار رجع إلى اصله.

### النظر الثالث: فى اللواحق

#### اشاره

و فى مسائل:

#### المسأله الأولى: الوقف الخاص و العام على معين من المسلمين و غيرهم أو على جميعهم

و لو من حيث وقفه على الجهه فإنه متى صحَّ بأن جمع الشرائط و فقد الموانع لا ريب فى انه ينتقل من الواقف المالك له قبله

إلى ملك الموقوف عليه عيناً و منفعه على المشهور بل المتفق عليه إذ هو قسم من الصدقات، و لأن فائده الملك موجوده فيه من استحقاق نمائه و ضمانه بالمثل و القيمه فى التلف لغير الواقف و إلى الله تعالى فينحصر بالموقوف عليه و لأجله كان للموقوف عليه حق الشفعه لو كان الملك مشتركاً فى قول وجيه، و المنع من البيع لا ينافيه لعدم انحصار سلطنه المالك بالتسلط على بيعه و لا ملازمه شرعاً بين البيع و الملك فقد يملك الانسان ما يبيعه و ما لا يبيعه و اسباب عدم بيع المملوك شرعاً فوق حدّ الاحصاء كالصغر و السفه الذى ليس للمالك بيع ما يملكه مطلقاً و كما فى بيع أم الولد التى لم تخرج عن الملك ثم انه قد يمتنع بيعه، و قد يصح بيعه على وجه يأتى بيانه فيتخاصمه الموقوف عليهم و ينفرد

بأخذ ثمنه لو انفرد من وقف عليه حيث لا يمكن الاستبدال اجماعاً، بل و مع امكانه على الاشهر كل ذلك معلوم لا ينبغي الاطاله فيه، و عليه فلو وقف حصته من عبد لغيره فيه نصيب أو كان غير مشترك ثم اعتقه لم يصح العتق لا- للشخص و لا- للجميع لخروجه بالوقف عن ملكه.

و أما لو اعتقه الموقوف عليه لم يصح ايضاً لأن حبس العين مأخوذ في حقيقه الوقف على وجه لا تتغير بسبب مطلقاً و لو كان غير اختياري و فسخه بالشفعه مما ثبت فيه الشفعه لو وقفه المشتري حيث يكون للشريك الشفعه فهو لتعلق حق الشفيع به قبل الوقف أو لخروجه بدليله، و لتعلق حق البطون به الذي يلزم مراعاتهم بعدم تغييره.

و أما لو اعتقه الشريك مضى العتق في حصته لعدم المانع له من العتق و كون الباقي موقوفاً لا يمنع لأن الناس مسلطون على أموالهم، لكن لم يقوم عليه في الحصه الموقوفه و ان كانت مملوكه للموقوف عليه لما عرفت من اقتضاء الوقف الدوام و عدم التغيير و بقاء العين على ما هي عليه و لأن العتق لا ينفذ مباشره في العبد الموقوف، فالأولى ان لا ينفذ سرايه فكيف يسرى في الحصه الموقوفه فتقوم على العاتق مع ان الموقوف عليه لا يمكنه وقفها و ان ملك لما قدمناه و الحال ان العتق اقوى من السرايه مباشره لخلو الثاني عن الواسطه و احتياج الأول إليها، أو لأن السرايه من فروع المباشره و توابعها فإذا لم يؤثر المتبوع فالتابع أولى هذا، و لكن يمكن القول بالسرايه، و يلزم ذلك من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم و عليه يلزمهم انفكاكه من الرق و سرايه العتق و تغريم العاتق قيمه و يملكهم إياها و تسلطهم على صرفها او شراء المثل بها و وقفه على ما يأتي وشيكاً، و حينئذ يفرق بين العتق مباشره و بينه لأنه و ان كان من فروع، لكن شرطه منتفٍ فإن العتق مباشره يتوقف على انحصار الملك في المباشر أو فيه و في شريكه و حق البطون اللاحقه توجب عدم الانحصار هنا، و ليس كذلك افتكاكه فانه ازاله للرق شرعاً فلا يتوقف على انحصار الملك إذ هو فك قهرى لعموم من اعتق شخصاً من عبد و له مال قوم عليه الباقي، فيسرى العتق حينئذ باقيه و ان كان موقوفاً و يضمن الشريك قيمه لأنه يجري مجرى الائتلاف المضمون به قيمه في مطلق الوقف، و مع ذلك كله فيه للمصنف و غيره تردد حتى على القول بأنه ملك لله تعالى، أو للواقف لعموم دليل سرايه العتق و لأن المانع لو منع في الجميع و ليس المانع من السرايه إلا ظهور ادله الوقف في بقاء عينه فلا- تؤثر في تغييرها الاسباب الاختياريه مطلقاً الموجه للنقل كالبيع و الهبه و لا القهريه كالإرث، ثم ان سرايه العتق على خلاف الأصل جزماً فيعتبر فيما اتفق عليه دون ما نحن فيه و يكفي في عدم عموم دليله عدم السرايه في بعض افراده فقد توقف بعضهم في عتق العبد المرهون بعضه من الشريك أو الراهن فكان الموقوف عليه يملك منفعه العين ملكاً مستقراً تاماً و يملك العين ملكاً يتعلق فيه لغيره حق فلا يجوز تغييره بما يذهب به شأنه يملك الغير.

نعم، لو حكمنا ادله السرايه على ما قضى ببقاء الوقف على حالته لزم افتكاك العبد و الغرامه جزماً و الحكومه ممنوعه لا اقل من المعارضه و عدم رجحان الدليلين على الآخر فيتساقطان و المرجع اصاله عدم السرايه. نعم، يبقى الاشكال في الوقف المنقطع بناء على انه قسم من الوقف و الظاهر الموافق للقواعد ان سبيله سبيل العبد المملوك منفعه بإجاره و نحوها فيسرى العتق و يغرم الشريك قيمه، و يملك الموقوف عليه المنفعه إلى حين الانقطاع و لا يغرم العاتق منافع العبد إلى زمن انقطاعه لإمكان الجمع بين العتق و ملكيه المنافع مع احتمال غرامته لها للموقوف عليه لأن المنافع ملكت بالوقف فإذا زال انتفى سبب يملكها من حيث

التبعيه، و لا- يقاس بالإجاره التي هي لنقل المنفعه فإذا عتق لا- يزيل عتقه تملك منفعتة و وجه عدم الغرامه ان الوقف اقتضى أمرين فإذا ارتفع احدهما و هو يملك العين لا- يرفع الآ-خر فتبقى منفعتة مملوكه إلى حين الانقطاع و لا- يجرى ذلك في غير المنقطع لعدم الثمره في عتقه حينئذٍ بعد ان يكون منفعتة مملوكه إلى موته فالمحكم المحتمل.

### المسأله الثانيه: إذا وقف عبد مملوكاً كانت نفقته في كسبه

شرط ذلك أم لم يشترط لتوقف بقاءه على الكسب فيلزمه ذلك كلزوم عماره العين الموقوفه من غلتها و ان كان وقفه على الوجه بل فيها ابده، إذ الغرض من الوقف انتفاع الموقوف عليه المتوقف على النفقه و كان الواقف شرطها عليه كالأجير الخاص و العبد و المهايا من مالكة كذا قيل، و لكن لو عجز عن الاكتساب كان نفقته على الموقوف عليهم كما لو نكّل و انعتق فإن نفقته على المالك، و لو قيل في المسألتين على القول بانتقاله للموقوف عليه أو مطلقاً كذلك عليهم النفقه لا عليه كان اشبه لأن نفقه المملوك يلزم المالك حيث يقال بملكيتة للموقوف عليه و يلزم الواقف أو بيت المال على القول ببقاءه على ملك الواقف أو رجوعه لله تعالى و على الصدقات ان وقف على غير محصور، أو على الوجه و يحتمل لزوم الانفاق على من ينتفع به منهم معيناً و لا- ريب في الحكم إذ لا دليل على ان الانفاق الواجب من المال المزبور، و كذا العقار إذا لم يشترط و هو واضح، و لو صار مقعداً بدون تنكيل انعتق عندنا فيسقط عنه الخدمه لزمانته و عن مولاه نفقته لحرية عن غير التنكيل و إلّا لزمه الانفاق عليه كما يلزمه حسبه لو توقف احيائه على الانفاق و لم يجد منفقاً و لو بالسؤال و في الفرق بين انعتاقه قهراً بالزمان و عدمه في السرايه ناقل في الدليل قوه و ضعفاً و إلّا فيجرى فيه ما سبق.

### المسأله الثالثه: لو جنى العبد الموقوف عمداً

لزمه القصاص بلا خلاف فإن كونه موقوفاً و ان اقتضى ابقاء عينه لكن لا ريب في حكمه أدله القصاص على ادلته و حينئذٍ فإن كانت دون النفس بقى الباقي وقفاً لعدم المزيل إلّا ان يدخل في مفهوم التنكيل و ان كان بحق و ان كانت نفساً اقتصر منه، و بطل الوقف قبل القصاص لأ-جله لا-لانتفاء موضوعه به كما ذكره شيخنا رحمه الله " إذ لا يعد الموت أبطاً لا للوقف و ليس للمجنى عليه استرقاقه لامتناع عوده إلى الملك و استحسن المسالك تبعاً لجامع المقاصد التخيير لثبوتة في غير الموقوف و هو قياس من حيث ان أدله الوقف تعين القتل و تمنع من التملك كمنع الرده من التوبه الرافعه للقتل و لم تثبت الأولويه ليؤخذ بها.

و أما ان كانت الجنايه خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه مطلق القول بالانتقال إليه، و قيل في المحكى عن المبسوط يتعلق المال بكسبه لأن المولى لا- يعقل عبداً و لا- يجوز اهدار الجنايه لما فيه من الظلم، و لا طريق إلى عتقه فيتوقع فهو إذا أشبه فيملك المجنى عليه منافعه حتى يستوفى و ان كان وقفاً و المنافع كذلك و ان كانت من مال المولى لكن حيث توقف عليها استيفاء حق آخر انتقلت منه إليه فلا يقال ان ما يحوزه بالكسب من مال المولى و المولى لا يعقل عبداً بل منافعه انتقلت بالجنايه إلى المجنى عليه جمعاً بين عدم تغيير الوقف و عدم سقوط حق الجنايه، و أما غير الكسوب فإن كان له منفعه يستوفيه الموقوف عليه تقابل

بالعوض استوفاهما الغريم حتى تنهى أرش جنائته وإلّا جاز بيعه كما يجوز بيع مطلق الوقف العارى عن الانتفاع فإن لم يمكن اتجه عتقه دفعاً لدليل الضرر الحاكم على سائر الأدله و حينئذٍ لم يتجه ما اورده شيخنا فى المقام على المصنف و ما احتمله غيره هنا لعدم الدليل عليها.

و أما لو جنى عليه و ان اوجبت الجنايه ارشاً بأن كانت خطأ أو كان الجانى حراً ففى المبسوط و الايضاح و التحرير و القواعد و التبصره و هنا قال: فللموجدین من الموقوف عليهم لشبهه بالمنافع المستحقه لهم دون من بعدهم.

و أما ان كانت نفساً توجب القصاص فالإيهام ايضاً لأنهم المالكون، و ان اوجبت ديه أخذت من الجانى و هل يقام بها مقامه إذا وف بمثله او زادت، قيل: نعم، و اختاره جماعه لأن الديه عوض رقبته، و هى ملك البتون فلا يملكها الموجودون ملكاً تاماً فيلحق قيمه حكم العين و قالوا به ايضاً فى الوقف الذى يجوز بيعه و لأن حق الوقف اولى من حق الرهن الذى يتعلق بالقيمه، و قيل لا- بل يكون للموجودين من الموقوف عليهم و هو اشبه لأن الديه عوض المنافع المرتفعه بالجنايه، و لأن الوقف لم يتناول قيمه فليس للاستبدال وجه يوافق الأصول إذ لو تناولها لكانت وقفاً و الشراء بها مثله و وقفه لا- قاضى به و البدليه المعنويه استحسان لا يثبت حكماً و لعدم البلوى او قلته فى هذه المسأله اعرضنا عما اطنبوا فيها و فرعوا عليها.

### **المسأله الرابعه: إذا وقف فى سبيل الله تعالى انصرف إلى ما يكون وصله إلى الثواب إذا لم يظهر من الواقف**

و لو بقرينه حال او مقال اراده فرد بخصوصه و إلاً تساوت الأفراد التى توجب الثواب كالغزاه و الحج و العمره و بناء المساجد و الخانات و القناطر و الزوار للنبي " ص " و الأئمه عليهم السلام " و غير ذلك.

أما لو كانت المصلحه أكثر ثواباً بنظر المتولى فهل يتعين تقديمها عليه لموافقته ظاهر لغرض الواقف لو عرض عليه الإحرام لا فتتساوى افراد ما يحصل به الثواب الارجح الثانى، لأن المناط تحصيل الثواب الكلى السارى فى افراده حيث لا قرينه على التعيين و ما ذكر من القرينه لا تصلح للتعين و هو المشهور و ذهب الشيخ إلى قسمته اثلاثاً بين الغزاه المطوعه و الحج و العمره و ابن حمزه إلى اختصاصه بالمجاهدين و لعل نظرهما إلى ترجيح ما ذكرنا لا إلى المفهوم عرفاً، فلا وقع لجعل قولهما مخالفاً و الرد عليهما بما ذكره شيخنا، و كذا لو قال فى سبيل الله و سبيل الثواب و سبيل الخير كان واحداً و صرف فى أى ثواب يكون كما نبهنا، و لا- يجب قسمه الفائده أثلاثاً بين الغزاه و الحج و العمره الذى هو سبيل الله و بين الفقراء و المساكين الذى هو سبيل الثواب و بين ارباب الزكاه الذى هو سبيل الخير لعدم انصراف اللفظ إلى ذلك لكن الشيخ حكم بتثليته على النحو المرقوم فإن كان لعتوره على نص يفى به اتباع، و ان كان لظهور اللفظ عرفاً بذلك فممنوع.

### **المسأله الخامسه: إذا كان له موال من أعلى و هم المعتقون له مباشره أو من جهه ارث و لاء العتق،**

و موالٍ من اسفل و هم الذين اعتقهم أو المنهى له و لاء عتقهم ثم وقف على مواليه فإن علم انه اراد احدهما من أى طريق كان و يلحقه الظن المعتبر انصرف الوقف إليه جزماً، و منه ما لو كان الموجود الأعلى منهم أو الأسفل بلا اشكال و لا خلاف و ان لم يعلم، و قلنا بكون لفظه مشتركاً بينهما و امكن معلوميه قصده منه أو من غيره يلزم ذلك لتوقف معرفه الموقوف عليه عليه، و ان تعذر و قلنا باشتراك المعنوى أو يجوز استعمال المشترك اللفظى فى أكثر من معنى فى الجمع أو مطلقه، انصرف الوقف إليهما و لو نفى الاشتراك المعنوى فى الموالى و لم يجوز استعمال اللفظى منه فى أكثر من معنى مطلقاً، فالأوفق بطلان الوقف لجهاله

الموقوف عليه أو استخراجه بالقرعه في رأى و مثله ما لو وقف عين ماء من عيونه على معين أو في جهة خاصه أو بلفظ الجمع مع  
اضافه البعض حيث لا- انصراف و لا- قرينه و لا- يكفى تعيين الوارث في المعين و لا- الحاكم في الجهه بل يرجع إلى المتفاهم  
العرفى و إلّا تبطل، هذا ما تقتضيه الضوابط. و فى المسأله حكايات يعز صرف الوقت فيها.

### المسألة السادسة: لو وقف على اولاد اولاده و أبدا الوقف بانتقاله إلى ان يرث الله الأرض،

اشترك أولاد البنين و البنات في القول المشهور من غير تفصيل لظهور اتحادهم فيه لأنه من التولد العام لهما إلا ان يكون عرف الواقف على خلافه فيكون الموقوف عليه احدهما و يصدق في قصده إذا ادعى اراده أى الفردين و لا- ينافيه انه اقرار في حق الغير لقضيته من ملك شيئاً ملك الإقرار به التي لا يخصصها عموم اقرار العقلاء على انفسهم و دخول ذو الرأسين بهم غير بعيد لدخوله بالأولاد جزماً و الخنثى المشكل كذلك، و ان كانت طبقه مستقلة بخلاف ما لو وقفه على البنين خاصه أو على البنات كذلك أو عليهما فقد قيل بخروج الخنثى من الوقف لخروجهم عن الصنفين المذكورين في آيه [يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً.. إلى آخره] إلا إذا استخرج احدهما بالعلامه المعتبره فإن تعذر ذلك جرى فيها ما ذكر في الإرث من أخذ نصف النصيبين بناء على ان الاستفادة من تلك الأدله اعطاء قاعده و هى استحقاق الخنثى نصف المصيبين فى كل ما يعطى للأولاد مطلقاً يارث أو نذر أو هبه أو وصيه أو وقف أو غيرها، و لو من الحبه لو كانت الأ-كبر، لكن الدروس استوجه فى الوقف على البنين فقط أو البنات كذلك القرعه لأنها لا- تخرج فى حقيقه الأمر عن احدهما فتميزها القرعه و هو وجه حيث نوى حجيتها لكن يلزمه انه لو انكشف بالعلامات غير ما اخرجته القرعه بعد دفع الثمره إليها، فهل ينتقض ذلك من حينه أو من أصله فيرجع الموقوف عليه عليها بالزائد أو لا ينتقض تحكيمياً لأدله القرعه على العلامه أو المتيقن من تشريعها حيث لا علامه و هل تجرى فى ذلك مسئلة الإ-جزاء فكل على رأيه، او لا دخل للگرامه بالإجزاء الذى يرفع الاثم لا انه ينقل مال الغير لغير صاحبه فالضمان و القول بالإجزاء لا يتنايان ينبغى التأمل فيما تقتضيه الأصول الشرعيه فى ذلك، ثم لو لم نعتبر حجيه القرعه فى التشخيص فى غير ما دلّ الدليل على اعتبارها فيه و رجعنا إلى العمل بالأصول فقد قيل انها متعارضه إذ أصله عدم الاستحقاق معارض بأصله عدم اختصاص غيرها به و لا مناص إلا القرعه و على فرض عدم اعتبارها يعزل النصيب حتى يتبين الحال أو يرجع فيه إلى الحاكم فيرى رأيه فيه. و لو قيل بعدم تعارض الأصول إذ الاستحقاق فى غيرها متيقن و هو يكفى فى أخذ المال و أصله عدم الاختصاص بعد فرض عدم شمول العام لها لا- يترتب عليه أثر شرعى لكى يعارض، و ليس هناك علماً اجمالياً بالشراكه ليقطع الاستحقاق المعلوم فأصله عدم الاستحقاق بحالها حتى يثبت الاستحقاق لها بمشبهه.

لكن شيخنا رحمه الله " جعل تعارض الأصول هنا مفروغاً منه رزقنا الله الوصول إلى فهم ما ألفت إليه، و فى الرياض المراد بأولاد الأولاد المحكوم بدخولهم هو اولادهم فى الطبقة الأولى بلا- واسطه أو اولاد اولاده الذكور منهم دون الأناث مطلقاً لكونهم اولاد اولاد حقيقه اجماعاً.

أما لو أراد اولاد اولاد الاناث من الدرجه الثانيه و الثالثه و هكذا فى شمول التعامل لهم مناقشه، ان قلنا بالمشهور من ان اولاد البنات ليسوا بأولاد حقيقه فإن اولاد بنات اولاد بنات اولاد ليسوا حقيقه بأولاد لأولاده على هذا التقدير انتهى.

و ردّه شيخنا رحمه الله " بأن المقصود اندراج أولاد البنين و البنات فى الدرجه الأولى فى أولاد الأولاد تصدق الولد على الذكر و الأئنتى لا- بيان دخول اولاد اولاد الذكور و الاناث من الدرجه الثانيه و الثالثه و هكذا، إلى ان قال: لاختصاص الوقف على



اولاده و اولاد اولاده بالبطين بلا- خلاف، لدعوى الانصراف عرفاً فلا وجه لأحتمال ارادتهم هنا انتهى. و هو كذلك غير ان  
الرياض انما ناقش فى شمول التعليل و هو صدق اولاد الأولاد على الذكور و الاناث لو

قصدهم الواقف فنازلاً في انه يشمل اولاد بنات الأولاد أم لا، لا انه يقول لو وقفه على اولاد اولاده و ثم ساقه لغيرهم يستفاد منه جميع الطبقات و ان لم يصرح بالنزول فيدخل فيهم حينئذ اولاد بنات الأولاد أم لا، فنحن بوادٍ و العذول بوادي.

و أما لو قال لمن انتسب إلى منهم لم يدخل اولاد البنات على المشهور لعدم صدق الانتساب عرفاً على ما قيل و ان صدق عليهم التولد فإن اولاد البنت ينسبون إلى ابيهم لا إلى امهم و كذلك في الخمس لأن عنوانه القبيله المنتسبه إلى هاشم و هي لا تعم اولاد البنات فالحكم لا شك فيه و ان تردد به البعض، و لو وقف على اولاده او اولاد غيره، انصرف إلى اولاده لصلبه حيث يطلق و لا قرينه، و لم يدخل معهم اولاد الأولاد في قول شائع و المخالف معدود، و قيل محكياً عن المفيد و في النهايه و المهذب و البصائر و اللمع و التحرير يشترك الجميع لصدق الولد عليهم حقيقه، و الأول أظهر لأصالة عدم المشاركه أو الانتقال إلى اولاد الأولاد مع الانسياق عرفاً فيشك في دخولهم بقصد الواقف و ما يشك في انه مقصود و غير مقصود فهو غير مقصود حتى يعلم قصده و لذا لا يستهجن قوله بطناً بعد بطن و ليس هو كقوله صغيراً أو كبيراً في انه للتوضيح عرفاً و في الوصيه أظهر فلا ينافيه ان اطلاقه عليهم حقيقه لمعوميه اختلاف افراد المتواطئ و رجوعه إلى انسياق بعض افراد المطلق عند الاطلاق و عليه تحمل قراءه النصب ليعقوب في قوله تعالى: [وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ] إذا العطف يقتضى المفاده و ان احتمل انه للعنايه بيعقوب كما هو في عطف جبريل على الملائكه في قوله تعالى: [مَنْ كَانَ عَدُوًّا .. إلى آخره] فهو خلاف ظاهر العطف و خصَّ جبريل بالذكر من حيث هبوطه إلى النبيين و معرفه الناس به أكثر من غيره من الملائكه كعطف ابليس على الجن و هو منهم إلا ان الانصاف ان اطلاق الأولاد عليهم و ان نزلوا شائع لا ينكر في الكتاب و السنه لكن ذلك كالوقف على المسلمين من الامامى أو غيره فلا يدخل الامامى في الثانى و لا الثانى في الأول للشك في قصد الواقف العموم و هو يكفى في العدم لا لأن ولد الوالد لا يفهم من اطلاق الولد، إذ لعله يمنع بما ذكرنا بل للشمول وجه يخرج على القواعد، و لو قال: على اولادى و اولاد اولادى اختص بالبطنين لما تقدم من الشك في شموله لمن نزل منهم، و مثله ما لو قال على اولادى فإذا انقرضوا و انقرض اولاد الأولاد فعلى الفقهاء فالوقف للأولاد لما ذكر من انسياقه للذهن أو عدم اطلاقه عليهم حقيقه فيحتاج للقرينه فإذا انقرضوا و لم يبق من البطن الأول احد، قيل و الحاكي له الشيخ فيصرف إلى اولاد الأولاد، فإذا انقرضوا فإلى الفقهاء صوتاً للكلام عن اللغويه و الدروس استقوا تبعاً للمفيد و عن غايه المراد قال عملاً بالظاهر و القرينه المقاليه بجعل ذلك المجاز وارداً مورد اللفظ و لا شك ان عطف الانقراض على الانقراض مشعر بذلك و إلا كان الوقف منقطعاً و الوقف شأنه الدوام انتهى. فكأنه يميل إليه و قيل لا يصرف إلى اولاد اولاده لأن الوقف لم يتناولهم كما سبق لكن يكون انقراضهم و ان نزلوا و البطن الثانى فقط شرطاً لصرفه إلى الفقهاء و هو اشبه حيث لا نرى صحه قول المفيد و نفى الاشعار الذى ادعاه غايه المراد و نصحح وقف منقطع الوسط و ركن القائل كالمصنف إلى عدم دلالة اللفظ المزبور على دخولهم في الوقف بأحد الدلالات إذ لا تلازم بين اشتراط انقراضهم و انه وقف عليهم و إلا لاقتضى اشتراكهم مع آبائهم لا ترتبهم عليهم و اعتبار الدوام لا يكون قرينه على ما لا يظهر من اللفظ و لا على الترتب و مجرد العطف لا يفيد الدخول فضلاً عن ان يفيد عدمه لأحتمال خوف خراب الوقف منهم، و لذا اشترط فقدهم كما لو قال وقفته على حاكم البلد فإذا

مات و فنوا اعدائى فعلى الفقراء إذ لا اشكال فى عدم دخول اعدائه فى الوقف و لا نسلم قيام القرينه على الخروج فى المثال دون السابق لآتحاد الاشعار إلّا على قول المفيد الموجب للاشتراك لا الترتيب و نقل عن الخصم عدم القول به لكن على هذا يخلو ذكرهم عن الفائده و ما قيل من كون فائده ذكرهم ثانياً لفائده بيان وقت استحقاق الفقراء فيكون فى قوه تعبيد اطلاق الأولاد الشامل للبطون المرتبه أبدأً بالبطنين الأولين إذ لولاه لسرى الوقف فى اعقابهم جميعاً و لم يختص بالبطنين كما وقع لشيخنا رحمه الله " لكنه لم يصل إلى فهم ان ذكرهم كيف يكون قرينه على الاختصاص بعد شمول لفظ الاولاد لما نزل ذكوراً و اناثاً و كيف يكون ذكر الأولاد و الانقراض هنا يقتضيان التخصيص و لا قرينه دون سائر المقامات بل الداعى لذكورهم رفع توهم اختصاص الوقف بأبائهم و ان شملهم لفظ الاولاد إذ لا اشكال فى كونه من الفرد الخفى فى المطلق و العام على فرض الشمول و فائده فائده التوكيد لكن يرجح عندنا البطالين لانقطاع الوقف فلو صححناه فى منقطع الآخر فما كان لنقوله فى منقطع الوسط و لو عممنا الرد صحّ ذلك.

### المسأله السابعه: لو وقف مسجداً فيما يملكه من الارض ملكاً تاماً مستقراً

و لو بلحوق الإجازة بعد الوقف فى وجه فخرب او خربت القرية أو المحله فعطل لم يعد إلى ملك الواقف بالخراب و التعطيل، و لا- تخرج العرصه عن الوقف و لا- تنتفى المسجديه إذ لم يبق من آثارها غيرها إذ هى المناط فيه و لم نعثر على مخالف منّا بذلك. نعم، يبطل الوقف حيث يكون المسجد فى الأراضى الخراجيه حيث لم يبق للآثار شىء بعد منها و ان كانت الآثار من ترابها للإجماع و النصوص المتظافره على ان عرصتها مجرّده عن العماره لا توقف و لا ترهن و لا توهب بل و يلحقها الانفال فى وجه و استثناء المسجد منها لا دليل عليه و السيره المدعاه على ذلك بعد عدم حجتها فى نفسها ممنوعه لعدم الوثوق بكشفها عن رأى الإمام أو عن نصّ خاص يوجب الاطمئنان بالاستثناء. نعم، قد يدعى ذلك فى المسجد الحرام و الكوفه لما ورد فيه بالخصوص دون غيرهما بل قيل فى المحرم ان النبى " ص " لما اراد زياره البيت و استمهلهوه أهل مكه إلى العام القابل صالحهم على الدخول إليه بما اشترطه قبلوا ذلك فى خصوصه لا مطلق مكه المشرفه فيكون الحرم من الأرض المصالح عليها بخصوصه و الحاصل استثناء المسجدين من مطلق الأرض الخراجيه كأنه لا شبهه فيه و لا يقاس الباقي عليها و ان استهجن كديه الاصابع.

لكن شيخنا رحمه الله " يلوح منه اجراء حكم المسجديه عليها بعد زوال الآثار و عدم عود العرصه للمسلمين لابتنائها على الدوام فكيف يلتزم هذا مع قوله يكون ارض السواد من الفتوح عنوه المحدده بموصل و عبادان و القادسيه و منتهى جبال حلوان طولاً و عرضاً، و انها جميعاً عامره حين الفتح و انها ملك للمسلمين قاطبه و ليست المسجديه من النواقل الاختياريه و لا القهريه و لو لا الرخصه فى انها تملك تبعاً لآثار التصرف و توقف كذلك لمنعنا مطلق ملكيتها بأذن الحاكم الشرعى أو المتغلب فراجع ما ذكره رحمه الله " فى البيع و الرهن.

نعم، سمعت ممن لا- يهتم عن جدنا كاشف الغطاء رحمه الله " انه أفتى فى ايران بجواز بيع الارض الخراجيه فيما يعود نفعه إلى المسلمين كافه لا- مطلقه كالمسجد و المقبره و القنطره و الخان و انه فعل ذلك و قال: ينتفع بثمرتها و تعود رقبته إلى ما كانت عليه فهو يرى استثناء ذلك من حرمة بيعها، و عليه فلا- اشكال فى بقاء العرصه وقفاً لكن يلزم البائع ان يشترط على المشتري

ذلك كبيع أم الولد في الدين، و إذا اطلق ايضاً لا يصح إلّا فيما ذكر و هو حسن ان فهم من دليل خاص يقتضى به و إلّا فلا يسلم لأنه اعتبارى بنا عليه، و حينئذٍ تعود إلى الواقف

العرصه بعد الخراب إذا كانت مسجداً و ان قلنا بأنه لو أخذ السيل ميتاً و يأس منه كان الكفن للورثه فإنه كالعرصه فى الخروج عن ملك الورثه ثم عوده إليهم و غيرنا جزم بالعود فقياسه على المثال لجامع تعذر المصرف فى الموضعين و ضعفه ظاهر إذ الكفن لم يخرج عن ملك الورثه غايته يلزمهم التكفين به و صرفه فى ذلك كمصرف النفقه الواجبه فإنها مملوكه للمنفق و ان وجب صرفها فى المستحق فليس الورثه إلّا كأخذ الكفن من الزكاه او الوقف أو باذله فلا كلام فى عوده لها إذا تعذر المصرف، و كذا لو حكمنا بأن ما يوازي الكفن من التركه على حكم مال الميت لكن لا بد من قصده على احتياج الميت إليه لا مطلقاً و إلّا عاد للورثه.

### المسأله الثامنه: إذا انهدمت الدار الموقوفه و عادت خراباً

لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها و ان محيت آثار العماره كلها فضلاً عن بقاء ما لا- يعتد به منها بغير خلاف و لا اشكال فى الدائم و المنقطع قبل انقراض أهله على القول بصحته لعمومات الوقف و لاقتضائه التأييد و لعدم الوفاء بالعقد، و لأن الخراب لا يصح لنقض الوقف و ابطاله و جواز بيعه لأن من شرائط البيع تملك البائع للعين ملكاً مستقراً يوجب سلطنته على نقله عنه و ذلك غير موجود فى الوقف و لأن العرصه داخله فى العين الموقوفه و هى باقيه فلا يبطل وقفها ذهاب ما فيها من الموقوف و يكفى فيه عموم الوقوف فى الخبر، و روايه بن راشد عن ابى الحسن " عليه السلام ": (

لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك

) إلى آخره، لكن شيخنا رحمه الله " نفى الريب فى الحكم مقيداً بما لو كان متعلق الوقف نفس العرصه و ان قارن حين الوقف كونها مشغوله بعماره من دار أو حانوت أو حديقته أو غيرها، فلا يجوز بيعها حينئذٍ كما لا يتعين الانتفاع بها بالفرد الخاص سواء الموجود حال الوقف أو غيره إلّا مع الشرط.

نعم، ان يبدلها الموقوف عليها عمّا كانت عليه حال الوقف اختياراً و به افتى فى تذكره الفقهاء، فلو تعذر الاستمرار ارتاد اقرب الاوصاف، إلى ان قال رحمه الله " ما نصه: ان ذكر الدار يقع على وجوه:

احدها: وقفها ما دامت داراً فانهدمت فالظاهر كونها من منقطع الآخر.

ثانيها: وقفها داراً على معنى انه ينتفع بها داراً و ظاهر ان وقفها كذلك ما دامت صالحه لذلك و ان انهدمت. نعم، إذا خرجت عن قابليه ذلك على وجه لا يرجى عودها أمكن القول ببطلان وقفها.

ثالثها: وقف الدار على معنى التسييل فنفتها كائنه ما كانت و ان قارن كونها داراً حين الوقف، و الظاهر بقاء وقفها بل يجوز تغييرها اختياراً.

و رابعها: وقفها داراً و علم اراده دوام اصل الوقف منه فاتفق انهدامها و الظاهر عدم جواز تغييرها اختياراً و لكن إذا انهدمت جاز

الانتفاع بها على غير وجه الدرايه إلّا مع التصريح انتهى.

و هو تحقيق عجيب لأن وقوع الدار أو البستان مفعولاً لوقف دون وقوع العرصه مفعولاً لا- يورث ملا-حظه عنوانها، إذ انعدام العنوان لا- يوجب بطلان الوقف لأنه ان اريد بالعنوان متعلق الوقف الواقع مفعولاً لوقف فلا ريب في كونه كبت هذه الدار أو وهبتها فإن التملك المعلق بعنوان لا يدور جزماً مدار العنوان إذ الدار لو ملك فقد ملك منه كل جزء خارجي، و ان لم يكن ضمن العنوان و ليس التملك من قبيل الاحكام الجعليه المتعلقه بالعنوانات و ان اريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن المصطلح و لا- بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظاً أو ما اشترط قصداً في الموضوع زياده على عنوانه ثم كيف يستكشف من اطلاق وقف هذه الدار ملاحظه ما ذكره من الوجوه فإذا كان نفس الاسم باعثاً على انقطاع الوقف او

بطلانه عند تعّيره و تبدله لظهور ملاحظه الداربه للواقف حيث جعل متعلق الوقف داراً، فإذا زال الاسم بطل الوقف أو انقطع لم يبق لنا وقف نحكم بصحته و دوامه إلّا ندرأً و هو كما ترى فليس للعنوان فى الوقف أثر بل لو صرّح بالشرط، فأما ان يخرج عن ملكه او لا- مع الأول كيف يعود له، و على الثانى كيف يكون وفقاً و الحاصل ان هذا التحقيق مما يرجع أمره إليه لأن عقولنا لم تصل إلى فهمه. نعم، مخالفه العنوان حيث يلحظ للواقف اختيار تقتضى المعصيه و الإثم و العصيان، و يجب على الناظر أو الحاكم جبر الموقوف عليه على ردّه على حسب ما لحظه لأنه تزول به وقفيته إذا خولف الواقف فلو قال: وقفتُ الدال و أزيدة لكن شرط وقفه ما دام داراً فإن تغير بنفسه أو غيره الموقوف عليه رجح ملكاً فالوقف باطل اجماعاً إذ لا تأييد فيه لا انه يكون منقطعاً و تمام الكلام ان الانقطاع و عدمه يلحظ بالنسبه إلى الموقوف عليه لا الموقوف فإنه لا يلحظ فيه فى الدائم إلّا دوامه بدوام الموقوف عليه بحيث ان الموقوف عليه لا يفنى قبله.

و أما العناوين قصدت أو لم تقصد لا يترتب عليها أثر. نعم، لو شرطت فى العقد لوحظ الشرط فإن كان مفسداً فسد العقد من اصله و إلّا لا اثر له هذا و قد سدّ باب بيع الوقف جماعه منهم الحلى فى البصائر كما سلف.

لكن ذهب المصنف و الفاضل و جماعه انه لو وقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى خرابه جاز بيعه و الأصل فيه ما روته الثلاثه فى الأربعه بطرق اكثرها صحيح على بن مهزيار قال كتبت إلى ابى جعفر " عليه السلام " الثانى: )

فلاناً ابتاع ضيعه فأوقفها و جعل لكّ فى الوقف الخمس و سأل عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفه، فكتب إلى: أعلم فلاناً انى أمره ان يبيع حصتى من الضيعه و ايصال ثمن ذلك إلى و ان ذلك رأى ان شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه ان ذلك ارفق له

(، و كتبت إليه )

ان رجلاً ذكر ان بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافاً شديداً، و إنه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده فإن كان ترى ان يبيع هذا الوقف و يدفع لكل إنسان منهم ما وقف له من ذلك امرته، فكتب إلى بخره: و اعلمه انى ارى له ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف ان يبيع الوقف

( فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الانفس و الأموال و هذا هو العمده فى القول بالجواز و لأجله و فهمه ذهب كل إلى كل مذهب و تفضيله بمحلّه، و لو لم يقع خلف و لا- خشى خرابه بل كان البيع انفع لهم قيل يجوز البيع، لروايه على بن جعفر بن حيان )

عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه فللورثه ان يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغله قال: نعم، إذا رضى كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا

( و مال إلى العمل بها الشهيد و الشيخ على و الوجه المنع لجهاله الراوى عند الاصحاب فالعمل بخبره ضعيف كما فى المسالك

و القول فيه سلف.

و لو انقلعت نخله من الوقف قيل يجوز بيعها لتعذر الانتفاع إلاً بالبيع، وقيل لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجاره للتسقيف و شبهه و هو اشبه إلاً فى الخلف بين الارباب فينعكس الأشبه كما سبق و خالف بن ادريس و هو منقضى لو حمل كلام الشيخ رحمه الله " على عدم اراده مطلق الانتفاعات فى التعذر و انما المصحح للبيع زوال المنفعه الموجوده حتى الوقف لأنها الملحوظه للواقف و ان بقى لها منافع أُخر و إلاً فالخلاف لفظى كما فى المختلف و شيخنا بناء على اصله السابق استقوى حمل عباره الشيخ رحمه الله " على ان الواقف لاحظ الانتفاع الخاص فقيده الوقف به فبذها به لا وقف فيجوز البيع، قال: و إليه يرجع ما ذكرنا فى البيع من أنه متى جعل الواقف



هيئه الموقوف عنواناً في وقفه فذهبت الهيئه بطلت الوقفيه المقتضيه لتجبيس الأصل و جاز البيع للموقوف عليهم لا للواقف انتهى.

و قد عرفت ما فيه و كيف يسوغ للموقوف عليه بيعه و الحال ان هذه الملاحظه تبطله من اصله حسب ما تقتضيه القواعد لا تجعله منقطعاً لعدم معقوليه الانقطاع بالنسبه إلى الوقف المبنى على الدوام حتى يسقط عن درجه الاعتبار، كما مرّ مفصلاً و لو امكن ان يكون في بقاء الوقف ضرر على الموقوف عليه مالى أو عدم نفع له ببقائه و لاحظه الواقف و شرط دوام وقفه بعدمه استشكل في القواعد في صحته و استوجه صحته في ارشاد الأذهان كولدته و الشهيد و جامع المقاصد دعاه لعمومي الوقوف و المؤمنون و لخصوص ما ورد من اذن الأمير " عليه السلام " للحسن " عليه السلام " بذلك في صدقته و المرجع في ذلك إلى ما حققناه في اشتراط عوده إليه و الظاهر كما عن الايضاح منافاه مثل هذه الشرائط لمقتضى عقد الوقف، لكن شيخنا نفى المنافاه قال رحمه الله: " إذا المسلم منه عدم جواز بيعه و هو وقف لا بعد خروجه انتهى. فإن ظاهره هنا و في البيع ان الوقف لا يباع إلا إذا بطل و ان يبيعه حال كونه وفقاً محال و هو موافق للاعتبار لكن المعلوم من الأدله ان الوقف المؤبد لا يبطل بعد تحققه كالباع، و ان فات شرط الواقف المرعى و هو الانتفاع بالعين إذا الشرط في كل عقد يكفى فيه وجوده حال النقل أ ترى ان المبيع يخرج عن ملك المشتري إذا انتقلت بالبينه فإنه لم يقل به أحد فالاستمرار يحتاج إلى دليل على ان نفس جواز بيع الوقف لا- يورث الحكم بالبطان، و ان اقتضى خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما هو بين ثم ان الوقف، أما ان يعلم بأربابه وجهته و مصرفه، و أما ان يجهل ذلك أو بعضه فيصرف في وجوه البر مع الجهل بأربابه و ان علم بهم بعد لا غرامه لخبر على بن راشد بعد أمره " عليه السلام " بدفع الوقف للموقوف عليه، قلت لا- اعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها و مع نسيان مصرفه، أما مع العلم بهم و الجهل بالسهم و بترتيبهم لتلف ما رسمه الواقف، أو لغيره من الاسباب فالمتجه تساويهم في القسمة و دونه رجوع أمر التخصيص إلى الناظر أو الصالح ان امكن و بعض عينه و مثله لو اختلفوا في شرط الواقف و لا- بينه و يحتمل هنا الأخذ بقول الموجدين حال الوقف المتلقين من الواقف و ان جرّ النار لقرصهم و لو علم اجمالاً بالتفضيل، لكن جهل المفضل احتل الحبس حتى يصطلحوا أو القرعه أو الرجوع إلى قول الواقف مع عدم الاتهام لو كان حياً لأنه المتصدق و ان كان اجنبياً بعد الصدقه او تحليفهم على نفى العلم و بعده إلى التساوى، و لكل وجه رجح الاستاذ في حلقه درسه ان ما امكن فيه الاحتياط في مقام الاشتباه تعين الرجوع إليه و إلا فالتساوى في أغلب هذه الموارد لحكم الإمام " عليه السلام " في نظائره به و هو حسن.

### المسألة التاسعة: إذا أجز البطن الأول الوقف مده معينه حيث يصح اجارته

و لو لمصلحته ثم انقضوا في اثنائها فإن قلنا الموت يبطل الإجاره فلا كلام و ان لم نقل به مطلقاً فهل يبطل هنا و ان صحّ في غيره فيه تردد للمصنف و غيره لعدم تقييد اطلاق دليل صحه الإجاره بغير الوقف فيصح، و من انكشاف تصرفهم فيما هو لغيرهم من المده فيبطل و اظهره البطلان على الأشهر حتى عند غيرنا كالشيخ و العلامه و الشهيدين و المحققين و غيرهم لأننا بينا ان هذه المده ليست للموجدين بتنصيب الواقف و التصرف بمال الغير بلا- اذنه ممنوع فيعود فضولياً لوقوع الإجاره على ما ليس له، و لذلك لا- تنفذ إجارته إذا زادت المده على عمره عادةً لأن تملكك البطن الأول ليس على حدّ الملك المطلق بل لو صرح الواقف بذلك يلغى فيما يتضرر به من بعده و بذلك يفرق بين ملكيه الموقوف عليه و غيره بأن الأخير مسلط في غير حاله

المرض على امواله و الوارث يرث ما يملكه المورث عند موته، فإذا زادت مدته الإجاره

على حياته فقد خرجت المنفعة عن ملكه و لم تكن من تركته فيكون بنا عليه للبطن الثانى، الخيار بين الإجازة فى الباقي منه أو من وليه مع مراعاة المصلحة، فلو تبين عدمها رجع بالتفاوت على احدهما مخيراً أو معيناً حسب ما تقتضيه الضوابط و بين الفسخ فيه لأنه من قسم الفضولى إذا لم يعتبر فيه وجود المجيز إلا ان يجعل الناظر هو الذى له الإجازة و مع اجارته لا- رجوع للبطن الثانى و لو لم يجر كان الخيار له فلو لم يفسخ انتقل الخيار لهم و لو قيل باختصاص الخيار به حتى بعد وجودهم للاستصحاب فإن اجاز نفذ و ليس لهم الفسخ لو ارادوه فله وجه غير ان بعضهم حكم بالبطلان لا بالمعنى الذى اراده المصنف، بل بمعنى فسخ الإجاره فقط و سقوط الأثر بالنسبه إلى المؤجرين فلا- رجوع للبطن الثانى عليهم بدعوى تملكهم حال العقد الموجب لسلطنتهم على الإجاره مطلقاً و مجرد تأهل العقد لملكيه البطن الثانى إذا وجدوا لا يجعله من الفضولى فهو كما اختاره البعض من ان الولى الاجبارى لو باع مال المولى عليه و ظهر عدم المصلحة للمولى عليه بعد كماله الفسخ و لا رجوع له على الولى و رجوع المشتري على الولى يدور مدار علمه فذلك و عدمه فيرجع مع الثانى دون الأول لأنه اقدم على ضرره، لكن ذكرنا فى باب الفضولى امكان تناول ادلته لمثله و حينئذ تكون الإجاره كاشفه عن الصحه حين انقراض البطن الأول لا حين العقد لوقوعه صحيحاً حيث لا ملك و لا مالك و على تقدير البطلان الذى جزم المصنف به يبطل فى الزائد، و يرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف من المسمى بالنسبه حال العقد لا حال الفسخ فلو كانت الأجره بمائه سنه و كانت العين فى ذلك الوقت لا يزيد اجرتها على ذلك انقراض المؤجر فى نصفها رجع المستأجر بخمسين على تركه المؤجر، إذا لم تتفاوت المدتان وقت العقد و ان تفاوتت بعده و ان كانت العين حين الفسخ تؤجر بقيه المده بمائه أو أزيد، إذ لو أخذ بالنسبه حين الفسخ لزم ضرر المؤجر فى بعض الفروض و كذا لو كانت المده المستوفاه حين الفسخ تسوى تسعين و الباقيه قيمتها عشره أو لا قيمه لها أيضاً يرجع بخمسين كى لا يتضرر المستأجر و هكذا و يحتمل التقسيط بالنسبه عند الفسخ و المتجه الأول بل الارجح ايضاً عدم فسخ الإجاره إلا إذا زادت عاده على عمر البطن الأول لسلطنته و ملكيته للعين، و المنفعه مده عمره و غايه ما ثبت بموته انتقال العين من الواقف إلى البطن الثانى مسلوبه المنفعه على حد ما لو أجر المالك ثم وقف قبل انقضاء مده الإجاره فإنه لا ريب فى كون الموقوف عليه يملك العين بلا منفعه كما اعترف به شيخنا رحمه الله " فحال الموقوف عليه بالنسبه إلى المنفعه قبل انتقال العين كمحال الواقف قبل الوقف فيملك مسلوبه المنفعه إذ الثمره لا تتبع العين فى الملكيه و لا ملازمه بينهما و حينئذ لا دليل على الفسخ و لا- غرابه فيه كما وقع لشيخنا رحمه الله " و ليس هو مأذون من الناظر الذى تنفذ اجارته على البطون فى الوقف مطلقاً و لو على الجبهه كما به اعترف من حيث ان الولاية توجب تسلطه على ذلك مع وجودهم فكيف مع فقدهم، فكذا الملكيه حيث لا- مالك سوى المؤجر. نعم، لو أجر العين الموقوف عليه أو الولى زياده على المده التى اشترطها الواقف فى متن العقد بطلت الإجاره فى الزائد خاصه و تبعضت الصفقه لوجوب الوفاء بالشرط و لو للمصلحه إذ هى لا تبطل الشرط و احتمال البطلان بالجميع لمخالفه العقد لشرط الواقف و له وجه.

### المسأله العاشره: [فى روايه النوفلى]

روى النوفلى عن ابى جعفر الثانى قال: (

كتبت إليه أسأله عن ارض وقفها جدّي على المحتاجين من ولد فلان و هم متفرقون فى البلاد فأجاب " عليه السلام ": ذكرت الأرض التى وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف

و ليس لك ان تتبع من كان غائباً

(، و بمضمونه افتى المصنف و جماعه بأنه لو وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره منهم ان كان قاطناً في غيره.

و كذا لو وقف على العلويين و كذا لو وقف على بنى أب منتشرين صرف إلى الموجدين و لا يجب تتبع من لم يحضره و مثله العلماء و الفقهاء فإن نمائه لا أصله و ان اوهم المتن ذلك يصرف في من أحرز الوصف منهم قل أو أكثر إذ الوقف باعتبار عدم انحصارهم يراد منه الوجه لا الاستيعاب حتى مع انحصارهم حين العقد لكنه لم يلحظ الواقف المحصورين ليكون خاصاً بهم، فلا يجب الاستيعاب في غير المتصفين بأحد الاوصاف خارج البلد، و أما فيها فيجب استيعاب من فيها مطلقاً و هو الظاهر من المتن و الخبر و شرح الارشاد و في الدروس يفرق في فقراء بلد الوقف و من حضره و لا يجب تتبع الغائب و لو تتبعه جاز و لا ضمان انتهى. و لازمه جواز عزله للغائب حصه تعيينه مع وجود المستحق و عدمه لأن جواز التتبع يورث الحرمان في البعض للموجود و لا فرق بينه و بين العزل و فيه تردد، و ظاهر الأ-كث كفايه دفعه إلى ذى الصفه من أهل البلد و غيرهم و لا يلزم الاستيعاب و لا التسوية في السهام و في الضمان بعدم الدفع مع وجود المستحق و امكان ذلك لا يخل عن وجه، و الظاهر ان لا فرق بين ما هنا و بين مصرف الزكاه و الخمس ان فرق في الدروس في ان الفقراء فيها لبيان المصرف بخلاف الوقف الذى سبق لتشخيص الموقوف عليهم و حيث لا يجب استيعابهم يدفع لمن يشاء منهم كيف شاء الدافع و الخبر مع ضعفه سنداً مسوق لبيان حكم آخر و هو عدم وجوب التتبع و ان اشتمل على النهى إلا انه كما قيل في مقام توهم الوجوب لخيال لزوم الاستغراق في ذى الصفه و إلا لاقتضى عدم جواز الدفع إلى غيرهم و هو خلاف الاتفاق فقوله "عليه السلام": "لمن حضر، أى مصرفه ذلك و ان لم يجب استيعابهم و حينئذ يتجه الضمان كما ذكرنا بالتأخير لوجود المستحق و يكفى صرفه و لو إلى واحد خصوصاً مع الضروره و لا يجب مراعاة اقل الجمع كما لا يجب الاستغراق و ان تحلّى ذى الصفه بالأّم المفيده للعموم بالجمع في العقد لعدم القائل به و الله الموفق.

و لا-يجوز للموقوف عليه و طى الأمه الموقوفه، أما مع عدم القول بملكيتها فواضح و أما على المشهور بانتقال الملك إليه فكذلك، و ان انحصر لأ-نه لا-يختص بملكها و به علل عدم جواز وقفها كييعها فيفيد انها و ان كانت مملوكة لكن الشارع لم يرتب على هذا الملك جميع الآثار و إلا يصح وقفها كما يصح وقف سائر الأملاك و في مكاسب الاستاذ المرتضى رحمه الله " ان الممنوع مطلق نقلها لا-خصوص البيع من غير شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل و ان نقل عن سيد مشايخه جواز نقلها بغير البيع للأ-صول لكنه ردّه بمخالفته للمعظم ففي الايضاح الإجماع صريحاً على المنع من كل ناقل و ارسله الرياض و جماعه منهم شيخنا في البيع ارسال المسلمات، و لكن في الدروس و لو وقف أم الولد فالأقرب البطلان لتشبهتها بالحرية و وجه الصحة بقاء الملك انتهى.

و العله بعينها ساريه في منع الموقوف عليه من كل تصرف بتقيه حتى الوطاء و ان ملك فلا يجدى ان الوطاء من ثمرات الوقف و الانتفاعات التى تجوز له، إذ ليست العله المنحصره بكونه معرضاً للحمل الموجب لصيرورتها أم ولد البائع من دوام وقفها على البطون لكن يناقش فيه بالبائس و الوقف المنقطع و المسقيه دواءً يقطع فيه بعدم الحمل بل الوطاء بخصوصه ممتنع عليه من بين

الثمرات، كما يمتنع فى وقف موطوءه الأيب على ولده مع صحه الوقف جزماً فكأن هذه الثمره مستثناه من بين جمله الثمرات المملوكه للموقوف عليه كما ان عله العده اختلاط الانساب الذى لا يأتى فى العقيم مطلقاً و اليأس المتوفى زوجها على

ان الظاهر من الوقف أ فيلزم بقاء العين الموقوفة و ابقائها على الناظر أو الموقوف عليه مهما امكن، و لا شك ان ذلك ملحوظ للواقف فكل ثمره يمكن فيها تلف العين لا- تجوز لمن ملك العين بالوقف لمنافاته جزماً لغرض الواقف فلا- تؤجر السفينه الموقوفة لمن يشحنها و لا الدابه لمن لا يراعى بقاءها و لا الدار لكثير الحيوانات و الأضياف المصاحبين لها و من يزوره عليها مع عدم الاصطبل المعد لذلك و هكذا، و الوطى ان كان من ثمرات ملكه لكن الواقف استثناء من بين المنافع فى متن العقد ضمناً فظهر ان للوقف حكم العاريه و ان دخل فى ملك الموقوف عليه فله الانتفاع بالموقوف بما لا ينقص العين و لا يتلفها و ان افترق الوقف عنها فى غيره، فالوقف للأمه كعروض الحيض لها فى حرمه الوطء بل اشد فلا وقع لمنع عدم الاختصاص الذى علل به المصنف مع انحصار الموقوف عليه و ان تأهل العقد لملك البطن الثانى إلأ انه ليس بملك فعلاً حتى يترتب عليه الاشتراك و نحوه خصوصاً إذا كان معدوماً مع ان الوطء بمجرد لا يصيرها أم ولد، و مجرد تعريضها لذلك لا يمنع انتفاع الموقوف عليه الحاصل بسبب قيد الوقف كما صرح بذلك جماعه منهم شيخنا إذ ليس الباعث على الحرمة ذلك بل هو جزء من العله او ان لو ذكره تقريباً للأذهان بل علته اخذ الدوام فى مفهومه و عدم جواز تعريضه للتلف، و لذلك منعوا الاستمتاع بالجوارى بإعارتها مطلقاً من دون استثناء المعير لهذه الثمره و ما هو إلأ لجهه لزوم حفظ العين على المستعير و الاستمتاع بعوضها للتلف و إلأ فهو عقد ثمرته و احسن المنافع الاستمتاع فما هو إلأ لأحتمال منافاه بقاء العين على حالها الملحوظ للمعير فكذا فى الوقف حرفاً بحرف هذا و لكن لو اولدها كان الولد حرّاً ملحقاً به لعدم تحقق الزنائه من جهه الملك فى الجملة و لو لا الاتفاق لأمكن ذلك حيث يصح اشتراط عدمه مع التصريح به فى عقد الوقف لعودها بالشرط كالأجنبيه، و لا ريب فى ان عقد الوقف يقتضى ذلك باقتضائه حفظ العين و عدم تلفها و لو بما يحتمل فيه ذلك فيكون شرطاً ضمناً و عليه يسقط هذا البحث من أصله لكن المشهور حكموا بعدمه الموهن لاحتماله و عليه فلا يجب ان يحد لأنه غير زانٍ و يغرر مع العلم و لو كان له شريك فى طبقة و جب عليه قيمه حصه الشريك و تعجيل غرامته لوجود المستحق، و فى المسالك و فى حده بنسبه حصته وجه قوى انتهى.

و صريحه الحكم بأنه زانٍ بالنسبه إلى حصه شريكه و صيرورتها بذلك أم ولد للحوقه به شرعاً و مثله لو اولدها مولاه بعد رهنها أو طأها الشريك بدون إذن شريكه فأولدها و للكلام محل آخر، و حيث يحكم بحريته و لحوقه به لا يجد و لا قيمه عليه لغيره، و لأنه إذا انتفى الغرم للبطون اللاحقه و كانت المنفعه له لا- يجب عليه لنفسه غرم و لا يلزم ان يشتري بقيمته عند سقوطه حياً ما يكون وقفاً و ان احتمل لكنه لا دليل عليه، و هل تصير أمه أم ولد للإلحاق المزبور قيل: نعم، و هو للشيوخ و الفاضل و الفخر و الشهيد فيما حكى و نسب للأكثر لتولدها فى ملكه و كل ما هى كذلك، فأم ولد و حكمها ان تنعت بموته، و لكن يؤخذ القيمه من تركته أو منه بحياته لمن يليه من البطون و لشركائه بالنسبه، و فيه للمصنف تردد و منع لجماعه لعدم سببيه الاستيلاء للتحرير مطلقاً حتى فى الفرض الذى لا- تزيله الاسباب مطلقاً و لأن استصحاب بقاء حكمه و لزومه و دوامه لا يقطعه عموم الاستيلاء المعارض بعمومات الوقف، و حيث يتساقطان بسلم استصحاب بقاء حكمه عن المعارض على ان عموم التحرير بالاستيلاء مع كونه خلاف الاصل يضعف عن مقاومه عمومات دوام الوقف لكثره الخارج منها دونها فيقتصر فيها على غير المشكوك فيه فهو كمن وطئ أمه غيره بشبهه و صرح غير واحد بصحة وقف من ينعق على الموقوف عليه لو ملكه، و حينئذ فالوجه بقاءها موقوفه و ان صارت أم ولد و على القول الآخر لا ريب فى الحكمين المزبورين، إنما الخلاف فيما يعمل بتلك القيمه و الا شهر ثبوت

القيمة و اخذها من تركه المستولد لعدم التسلط عليه في حياته حتى لشريكه في الوقف لعدم تبدل الوقف إلّا بعد الموت فتكون للبطن الثاني أو لشريكه من البطن الأول كما إن الأظهر أن يشتري بالقيمة بدلها و وقفه على نحو وقفيتها وفاقاً للأكثر و تحصيلًا لغرض الواقف من استدامه وقفه و ظاهرهم ان القيمة تثبت بتركة المستولد لا في رقبه الولد لكن حكى عن السيد عميد الدين الأخذ من نصيب ولدها حيث يكون من الموقوف عليه لينتقل إليه بموت أبيه الكل أو البعض، و أما على تقدير عدم دخوله فيموت انتقلت لغيره فلم يكن للولد عليها ملك فلا يفرض فيها عتق إذ فرض عتقها إذا كان للولد نصيب فيها و هو منظور فيه و مخالف لمن حكم بعقها مطلقاً و على كل حال نقله الابتلاء بهذه المسألة يقتضى عدم الاطاله و قبض اليراع و فيما ذكره الاصحاب كفايه.

و يجوز في الاشهر تزويج الأمه الموقوفه بل لم نعثر على مخالف و لكن الخلاف جامع المقاصد إلى القبل و المتولى لتزويجها الموقوف عليه أو الناظر أو الواقف أو الحاكم حسب ما مرّ، و مهرها للموجودين من ارباب الوقف لأنه فائده من الفوائد كأجره الدار و لأجله صحّ تزويجها و لو كان بقائها انفع لهم من التزويج إذ لا يراعى في الوقف ذلك و هم المالكون فلهم الخيره في الانتفاع إلّا إذا شرط الواقف ذلك اتباع شرطه و يتحراه المتولى كهو في مال الصغير و لو زوجه نفسها ثم اجاز من له تزويجها صحّ النكاح و إلّا بطل لكن الشيخ رحمه الله " حكم بجواز ذلك لها، و كذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك و مأذون من المالكين أو من زنا و يختص به البطن الذي يولد معهم و ان كان العقد عليها في زمان غيرهم و حكم الشيخ في المحكى عنه انه كأنه في الحكم كالمدبره



و المرهونه و هو ضعيف فى الجميع أو قياس فى الموقوفه، فإن كان الولد من حر بوطء صحيح كان حراً إلا ان يشترط رقيته بناء على صحه الشرط كما يأتى.

و لو وطئها الحر بشبهه كان الولد حراً لأنه يتبع اشرف الأبوين، و لكن عليه قيمته للموقوف عليهم لأنه فوت عليهم ولد الموقوفه الراجع نمائها إليهم بلا استحقاق فيدفع لهم القيمه و يملكونها كالولد الرقيق. و لو وطئها الواقف كان كالأجنبى و حكمه حكمه لانتقالها عنه بالوقف و خروجها عن ملكه لكنه يدرأ عنه الحد لشبهه الملك.

و الحمد لله تعالى ان وقفنا لإتمام هذا الكتاب فى ١٧/ ربيع الآخر / ٣١٢ ليله الأربعاء فى جوار باب مدينه العلم.

و يتلوه الصدقه من المجلد الثانى من كتاب (منهل الغمام على شرائع الاسلام) بقلم المؤلف الخاطئ العباس بن انوار الفقيه بن كاشف الغطاء النجفيين نسأل الله بلطفه ان يجعله من المبرات و ان لا يكون وبالاً علينا و لا عطله و الله الهادى إلى سواء الطريق.

### الصدقه

و أما الصدقه فهى واجبه، و مندوبه، و محرمة، و مكروهه، و مباحه، فالواجب منها الزكاه و الفطره، و الثانى لا حصر له و هو المبحوث عنه، و الباقي تذكر فى طى مسائلها و استحبابها ضرورى حتى فى الصلاه و الطواف، و تصدق مولانا الأمير " عليه السلام " و السجاد فى محرابه و بحجه يكشف عن عظم اجرها عند الله تعالى و تتفاوت بحسب الزمان و المكان و الحاجه، و هى إذا اشتملت على المواساه فضلاً عن الايثار حصل بها من التقرب ما لا يحصل عن غيرها كما انها فى السر أحسن منها فى العلن و قد يعكس لبعض المرجحات الخفيه فإن النبى " ص " لم يرد عنه التصدق سرّاً كى يمزن الناس على ذلك و أما خلفائه عليهم السلام " فيما ورد من فعلهم لها فى السر و العلن إلا السجاد " عليه السلام " فأغلب ما تصدق به سرّاً و الرياء لا يبطل اثرها و ان اذهب اجرها فيحصل للمرائى بها طول العمر وسعه الرزق و الوجاهه و غيرها إلا المستثنى و مثلها زياده سيد الشهداء (روحنا فداه)، و فى الخبر تقع فى يد الرب قبل يد العبد و البكور بها لدفع شر ذلك اليوم مروى كأول الليل كما انها تدفع ميتة السوء و الداء و الديبله و الحرق و الغرق و الهدم و الجنون إلى ان عدّ سبعين باباً و لا ينافى ذلك كله ما ورد عن زواره عن الصادق " عليه السلام " :)

انما الصدقه محدثه

( انما كان الناس على عهد رسول الله " ص " ينحلون و يهبون و لا ينبغى لمن اعطى الله شيئاً ان يرجع فيه و من لم يعط الله أو فى الله تعالى فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت او لم تحز و لا- يرجع الرجل فيما يهب لامرأته، و كذلك خبر ولده الآخر سألت أبا عبد الله " عليه السلام " عن الرجل يتصدق بالصدقه أله ان يرجع فى صدقته؟، فقال " عليه السلام " : )

انما الصدقه محدثه

( و هما محمولان على ان المراد بالحدوث عدم معرفه ما فيها من الثواب و الأجر و ما يترتب على فعلها من الآثار غيره لأن الناس

فى الصدر الأول كان أكثر ما يتعاطون به الهبه و النحله حتى انكشف لهم ذلك و ىرمى إليه قوله " عليه السلام " فيهما، و لا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً ان يرجع فيه فلا- وقع لما فى الطرائف من ان اطلاق الصدقه بالمعنى المشهور المشروط بالشروط المعلومه أمر محدث لم نكن فى زمنه فإنها يومئذ انما تستعمل بمعنى الوقف كما فى صدقات على " عليه السلام " و فاطمه " عليها السلام " و الكاظم " عليه السلام "، و قال ان خبر عبيد ظاهر فى سؤاله عن الصدقه المبحوث عنها فأجاب بأنها بهذا المعنى محدث إلى آخر ما رام بيانه و ما كنا لنؤثر ان يقع منه ذلك بعد استقلال العقل بحسنها مشفوعاً باستفاضه ما ورد فى الكتاب و السنه من هذا اللفظ المقصود فيه المعنى المبحوث عنه، كما ذكرنا و حينئذ هي عقد تغتفر إلى ايجاب و قبول

كغيرها من العقود دون ذلك هو المنقول عن المبسوط والغنيه وفقه الراوندى والكفايه وغيرها و سائر من تأخر، و يعتبر فيها ما يعتبر فى غيرها من العقود اللآزمه كما صرّحوا به و تجرى فيها المعاطاه جزماً و تعتبر القربه فى عقدها و معاطاتها البته و هذا انما لا اشكال فيه.

نعم، ظاهر اكثرهم تبعاً لظاهر النص ان ما كان لله تعالى لا- رجوع فيه يقتضى لزومها، و ليس شىء من المعاطاه بلازم و اختصاص القربه بالعقدية منها خلاف ما يظهر منهم من شرطيتها مطلقاً فلا مناص عن القول بأنه القربه مما يتحقق به ماهيتها فلا يصدق الاسم عليها بدونها و لا تترتب عليه الآثار فهى و ان صدق عليها الاسم بدونها لغه إلا ان الشارع اعتبرها فى ماهيتها أما بالنقل بناء على ثبوت الحقيقه الشرعيه، و أما بغيره لا- أقل من اعتبارها شرطاً للزومها كما فى الهبه المعوضه لو سلمنا صحه اطلاقها بدون القربه و عليه فلا يلزم فيها لفظ مخصوص لعدم توقف اللزوم عليه، و لا اشكال ايضاً فى انها تجامع الوقف و الهبه و الابرء و تنفرد بغير ذلك كالزكاه و الكفاره و الهدى و الاضحيه و غير ذلك مما لا يندرج فى الهديه كبذل الطعام للفقراء و دعوتهم و المبحوث عنه فى المقام هى التى تنفرد و إلا فكل يلحقه حكمه من افراد المطلق أو العام و يظهر من المحقق الثانى عدم اعتبار القبول ونيه القربه فيها لأن الابرء صدقه و هو لا يحتاج إلى القبول لآيه [وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ] فأنهم فسروا الصدقه هنا بالابرء و لم يلتفت إلى ان ذلك من افرادها الذى يطلق الاسم عليها و هى غير المبحوث عنها و هى التى لا تجامع شيئاً من العقود و ان كانت من افراد العام فالوقف و ان صدق الاسم عليه لا يجامع الصدقه بل هو يختص بحكمه و هى كذلك. نعم، لو لم يكن لها موضوع تنفرد به لكان لعدم اشتراط القبول و القربه فيها وجه، و من احكامها انه لو قبضها المعطى بدون رضاء المالك لم تنتقل إليه لأنه من شروط الصحه و مثله القبض و لا- نقض بالمبيع الذى يرتفع الضمان بقبضه من دون اذن البائع للمشتري بذلك إذ هو ليس شرطاً فى صحه البيع فيكفى فى تحقق المعاوضه قبضه كيف اتفق. نعم، لا يرتفع الخيار بعد القبض و لا- غيره من الاحكام التى لا- يوجب القبض رفعها، و لذا لا- يؤثر التلف قبل القبض فى عدم الضمان من جهه عدم تحقق المعاوضه و من شروطها ايضاً نيه القربه و لا خلاف فى اشتراطها بها و آيه [وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ] لا تقضى بعد اشتراطها كعدم لزوم القبول فيها لعدم توقف الابرء عليهما و قد عرفت جوابه فإن الصدقه غير الابرء و فى حسنه حمّاد أو صحيحته عن ابى عبد الله " عليه السلام " :

لا صدقه و لا عتق إلا ما اريد به وجه الله تعالى

(، و صحيح محمد بن مسلم )

و لا يرجع بالصدقه إذا ابتغى وجه الله عزّ و جل

(، و خبر الحكم )

انما الصدقه لله فما جعل لله تعالى فلا رجعه له

(، و النبوى )

ان الراجع فى صدقته كالراجع فى قيئه

(، و عليه لا- يجوز الرجوع فيها بعد القبض و لو لولى القابض أو و كيله على الأصح عند المعظم لأن المقصود بها الأجر و قد حصل فهى المعوضه من عنها من الهبه و غيرها من العباده التى لا خيار فيها بل هنا اولى لما سمعته من النص و الاتفاق عليه، و يظهر من الشيخ مساواتها للهبه فكل من له الرجوع فى الهبه له الرجوع فيها و هو ضعيف، كما قيل ان لم يحمل على عدم اشتراط نيه القربه فيها مضافاً إلى المحكى عنه فى النهايه و عن المقنعه من عدم جواز عودها إليه ببيع أو هبه أو صدقه، بل بجميع العقود الناقله سوى الميراث فإنه جائز و ذلك مضمون صحيح منصور بن حازم )

اذا تصدق الرجل بصدقه لم يحل له ان يشتريها و لا يستوهبها و لا يستردها إلا فى

(، لكن حملة الأكثر سوى اصحابنا المحدثين على الكراهه للعمومات التي لا ينهض الخبر بتقيدها بغير الصدقه.

و الأشهر ان الصدقه المفروضه بالأصل أو بالعارض كالمندوره فى قول محرمه على بنى هاشم من آل عبد المطلب المنتسبين إليه بالأبوه لا مطلقاً إلا صدقه الهاشمى أو صدقه غيرهم عند الاضطرار المسوّغ لغيرها من المحرمات، و لو قيل بالحليه مع الضمان كأكل مال الغير لهم عند الحاجه فليس بالبعيد، و خصّ بعضهم المحرم منها بالزكاه الواجبه أو مطلق لا مطلق لروايه اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن ابى عبد الله " عليه السلام " )

عن الصدقه التي حرّمت على بنى هاشم ما هي؟، قال " عليه السلام ": الزكاه، قلت: فيحل صدقه بعضهم على بعض؟، قال: نعم

(، و صحيحه العيص بن القسم عن ابى عبد الله " عليه السلام ": )

ان اناساً من بنى هاشم أتوا رسول الله " ص " فسألوه ان يستعملهم على صدقات المواشى قالوا: أ يكون لنا هذا السهم الذى جعله الله تعالى للعاملين عليها فنحن اولى به، فقال رسول الله " ص ": (يا بنى عبد المطلب ان الصدقه لا تحل لى و لا لكم

( بتقدير أن اللام للعهد، و حسنه محمد بن مسلم و ابو بصير و زراره عن ابى عبد الله " عليه السلام " قال: قال رسول الله " ص ": )

ان الصدقه اوساخ ايدى الناس و ان الله تعالى حرّم علىّ منها و من غيرها ما قد حرّم

( و ان الصدقه لا تحل لبنى عبد المطلب و بناءً على ظهور الاوساخ فى الزكاه لأنها مطهّره للمال، لكن ورد ما ظاهره العموم عن جعفر بن ابراهيم الهاشمى فى الصحيح من ابى عبد الله " عليه السلام " قلت: )

أ يحل الصدقه لبنى هاشم، قال: انما تلك الصدقه الواجبه على الناس لا تحل لنا

( الخبر، و يمكن حملها على الأوله ان لم يكن هاتيك لبيان فرد من الواجبه لأن

اظهر افرادها الزكاه و حينئذ تجرى اصاله الشغل فى المقام للشك فى براهه ذمه الرافع لها، و ان الوجوب عرض لها فيكون من باب الشك فى المكلف به، فالأحرى المنع فى مطلق الواجبه، و لا بأس بالصدقه المندوبه.

و ظاهر العبارة تحريم الواجبه مطلقاً كما اخترنا حتى الكفاره و المندوره لكن القواعد صرح بالتخصيص بالزكاه الواجبه دون غيرها و استثنى فى تذكره الفقهاء من بنى هاشم النبى "ص" و الأئمه عليهم السلام "فمال إلى تحريم المندوبه عليه و عليهم لمنافاه ذلك لعلو شأنهم.

أقول و ذلك يختلف فما لم يكن فيه قض و نقص لا بأس به نحو الشرب من سقايات مكه و اجابه الدعوه إلى العقيقه و الأضحيه أو الهدى المندوبات لأنه فى معنى الهديه التى لا بأس بقبولها و لو اورثت صنعتها فلا ريب فى غرمتها ايضاً.

و أما ما يورث الصنعه و استعلاء المتصدق فلا شك فى حرمة لنوابهم و أهل الشرف من غيرهم فضلاً عمّن هو اولى الناس من انفسهم مسائل ثلاث:

الأولى: قد تقدم انه لا يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض سواء عوض عنها أو لم يعوض لرحم كانت أو لأجنبى على الأصح فلا نعيد.

الثانيه: يجوز الصدقه على الذمى و ان كان اجنبياً بل مطلق الكافر ان لم يكن حربياً أو مرتداً عن فطره لقوله "عليه السلام": (

على كل كبد حرى أجر

) و لقوله تعالى [لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ] و هو كذلك و مرّ فى الوقف تفصيله.

الثالثه: صدقه السر أفضل من صدقه الجهر و ارفع لخبيا القابض و ابعد من ...

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة



نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان

# الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

