



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عشر
عليه
ص

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

الاعمال
الحکمیة



رحمۃ اللہ علیہ شیخ تقی انصاری حنفی

مترجم: اصغر محمدی ہمدانی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مسعود شفيعى كيا

نشرت فى الطباعة:

احسن الحديث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٧	المكاسب - الجزء الثاني
٢٧	اشارة
٢٧	اشارة
٢٧	تعريف البيع
٢٧	اشارة
٢٧	و الظاهر اختصاص المعوض بالعين
٢٧	و أما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعه
٢٨	[جعل عمل الحر عوضاً]
٢٨	[أقسام الحق و ما يقع منها عوضاً]
٢٨	[تعاريف الفقهاء و المناقشة فيها]
٢٨	[أولى التعاريف للبيع]
٢٨	اشارة
٢٨	نعم يبقى عليه أمور
٢٨	منها أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت
٢٩	و منها أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه
٢٩	و منها أنه يشمل التملك بالمعاطاة
٢٩	و منها صدقه على الشراء
٢٩	و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال
٢٩	اشارة
٢٩	[حقيقة الصلح]
٣٠	و أما الهبة المعوضة
٣٠	بقي القرض داخلا في ظاهر الحد

- ٣٠ استعمال البيع في معان أخر [استعمال البيع في معان أخر]
- ٣٠ اشارة [اشارة]
- ٣٠ أحدها التمليك المذكور [أحدها التمليك المذكور]
- ٣٠ الثاني الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول [الثاني الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول]
- ٣١ الثالث نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول [الثالث نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول]
- ٣١ [المناقشة في هذه الاستعمالات]
- ٣١ [البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم]
- ٣١ اختيار الشهيدين كونه للصحيح [اختيار الشهيدين كونه للصحيح]
- ٣١ اشارة [اشارة]
- ٣١ [المناقشة فيما أفاده الشهيدان]
- ٣٢ [توجيه ما أفاده الشهيدان]
- ٣٢ و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوها [و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوها]
- ٣٢ الكلام في المعاطاة [الكلام في المعاطاة]
- ٣٢ [حقيقة المعاطاة]
- ٣٢ [صور المعاطاة]
- ٣٢ ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة لإباحة التصرف [ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة لإباحة التصرف]
- ٣٢ اشارة [اشارة]
- ٣٢ [محل النزاع في المعاطاة]
- ٣٣ [توجيه صاحب الجواهر بأن محل النزاع هي المعاطاة بقصد الإباحة]
- ٣٣ [المناقشة في توجيه المحقق الثاني]
- ٣٣ [المناقشة في توجيه صاحب الجواهر]
- ٣٣ [دلالة كلام الفقهاء على بعد التوجيهين]
- ٤٠ بقى الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاطاة [بقى الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاطاة]
- ٤١ و ينبغي التنبيه على أمور [و ينبغي التنبيه على أمور]

- ٤١ الأول الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع
- ٤٣ الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين
- ٤٣ الأمر الثالث تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاة الفعلية
- ٤٤ الرابع أن أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله
- ٤٤ الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه
- ٤٧ الأمر السادس فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة
- ٤٨ السابع أن الشهيد الثاني فى المسالك ذكر وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة
- ٤٩ الثامن لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل
- ٥٠ مقدمة فى خصوص ألفاظ عقد البيع
- ٥١ اشارة
- ٥٣ الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البيع
- ٥٣ منها لفظ بعث فى الإيجاب
- ٥٣ و منها لفظ شريت
- ٥٣ و منها لفظ ملكت بالتشديد
- ٥٤ فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول
- ٥٤ مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية
- ٥٥ مسألة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية
- ٥٥ مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول
- ٥٨ و من جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه و قبوله
- ٥٩ و من جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد
- ٦١ و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول
- ٦٢ فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصيغة
- ٦٢ مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه- و كان مضمونا عليه
- ٦٢ اشارة

- ٦٢ و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه- و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد
- ٦٢ اشارة
- ٦٣ [القول في قاعدة الضمان
- ٦٣ اشارة
- ٦٣ [أما أصلها]
- ٦٥ و أما عكسها
- ٦٦ و يشكل اطراد القاعدة أيضا في البيع فاسدا
- ٦٧ الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد- وجوب رده فورا إلى المالك
- ٦٧ الثالث أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة- استوفاهما المشتري قبل الرد
- ٦٨ الرابع- إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف
- ٧١ الخامس ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل
- ٧١ السادس لو تعذر المثل في المثلى
- ٧١ اشارة
- ٧٤ فرع- لو دفع القيمة في المثلى المتعذر مثله ثم تمكن من المثل
- ٧٤ السابع- لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا
- ٧٤ اشارة
- ٧٥ فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها
- ٧٨ [الكلام في بدل الجبلولة]
- ٨١ الكلام في شروط المتعاقدين
- ٨١ [من جملة شرائط المتعاقدين البلوغ
- ٨١ مسألة المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي
- ٨١ اشارة
- ٨١ [الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم
- ٨١ [الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي

- ٨١ اشارة
- ٨٢ [المناقشة فى دلالة هذه الروايات
- ٨٢ [المناقشة فى دلالة حديث رفع القلم
- ٨٢ [ترديد بعضهم فى الصحة و تصريح آخرين بها]
- ٨٢ [الحجة فى المسألة هى الشهرة و الإجماع المحكى
- ٨٢ اشارة
- ٨٣ [المناقشة فى تحقق الإجماع
- ٨٣ [ما يستأنس به للبطلان الأخبار المستفيضة]
- ٨٤ [رأى المؤلف فى المسألة و دليله
- ٨٤ [كلام العلامة فى عدم صحة تصرفات الصبى
- ٨٤ [لا فرق فى معاملة الصبى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]
- ٨٤ اشارة
- ٨٤ [تفصيل المحدث الكاشانى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة و المناقشة فيه
- ٨٥ [ادعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبى الإباحة لو كان مأذونا و المناقشة فيه
- ٨٦ مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به
- ٨٦ اشارة
- ٨٧ [كلام صاحب المقابس فى اعتبار تعيين المالكين
- ٨٧ اشارة
- ٨٧ [المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس
- ٨٨ [اهل يعتبر تعيين الموجب للمشترى و القابل للبائع
- ٨٩ مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار
- ٨٩ [المراد من الاختيار]
- ٨٩ [ما يدل على اشتراط الاختيار]
- ٨٩ [المراد من قولهم: المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله

- ٩٠ [حقيقة الإكراه لغة و عرفاً]
- ٩٠ [المعيار فى صدق الإكراه]
- ٩٠ [هل يعتبر عدم إمكان التفصى عن الضرر بما لا ضرر فيه]
- ٩١ [هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]
- ٩١ [الفرق بين إمكان التفصى بالتورية و إمكانه بغيرها]
- ٩١ [عدم اعتبار العجز فى الإكراه الرافع لأثر المعاملات]
- ٩٢ [المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات]
- ٩٢ [الفرق بين الإكراه فى الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]
- ٩٢ [لو أكره الشخص على أحد الأمرين]
- ٩٣ [لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]
- ٩٣ [أصور تعلق الإكراه]
- ٩٣ [فروع]
- ٩٣ [الإكراه على بيع عبد من عبيدين]
- ٩٤ [الإكراه على معين فضم غيره إليه]
- ٩٤ [الإكراه على الطلاق]
- ٩٤ [إشارة]
- ٩٤ [أقسام الإكراه على الطلاق و أحكامها]
- ٩٥ [عقد المكره لو تعقبه الرضا]
- ٩٥ [الاستدلال على الصحة]
- ٩٥ [ما استدل به على البطلان و المناقشة فيه]
- ٩٦ [بقى الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف]
- ٩٧ [مسألة و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا]
- ٩٧ [إشارة]
- ٩٧ [الدليل على هذا الشرط]

- ٩٧ [هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]
- ٩٧ اشارة
- ٩٧ [مختار المؤلف و دليله
- ٩٨ [ما يؤيد المختار]
- ٩٨ فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه- فباعه مولاه صح و لزم-
- ٩٩ مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع
- ٩٩ اشارة
- ٩٩ [اختلاف الفقهاء في صحة عقد الفضولي و اتفاهم على بطلان إيقاعه
- ٩٩ [المراد بالفضولي
- ٩٩ [هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولي
- ١٠٠ فهنا مسائل ثلاث
- ١٠٠ الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك
- ١٠٠ اشارة
- ١٠٠ و المشهور الصحة
- ١٠٠ اشارة
- ١٠٠ [مقتضى العمومات الصحة]
- ١٠١ [الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقي و المناقشة فيه
- ١٠١ [الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس
- ١٠١ اشارة
- ١٠١ [المناقشة في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس
- ١٠٢ [توجيه الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس
- ١٠٢ [الاستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة نكاحه
- ١٠٢ اشارة
- ١٠٢ [المناقشة في الاستدلال المذكور]

- ١٠٣ [ما يؤيد صحة بيع الفضولي]
- ١٠٣ [ما ورد في المضاربة]
- ١٠٣ [ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم]
- ١٠٣ [رواية ابن أشيم]
- ١٠٣ [صحيحة الحلبي]
- ١٠٤ [موثقة عبد الله]
- ١٠٤ [أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]
- ١٠٤ [مختار المؤلف الصحة]
- ١٠٤ [و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة]
- ١٠٤ [أما الكتاب]
- ١٠٥ [و أما السنة]
- ١٠٥ [اشارة]
- ١٠٥ [المناقشة في الاستدلال بالروايات]
- ١٠٦ [الثالث الإجماع على البطلان]
- ١٠٦ [الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه]
- ١٠٦ [اشارة]
- ١٠٦ [المناقشة في دليل العقل]
- ١٠٦ [و قد يستدل للمنع بوجه آخر ضعيف]
- ١٠٧ [المسألة الثانية أن يسبقه منع من المالك]
- ١٠٧ [و المشهور أيضا صحته]
- ١٠٧ [مختار المؤلف و دليله]
- ١٠٧ [المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه]
- ١٠٧ [اشارة]
- ١٠٧ [الأقوى الصحة و الدليل عليه]

- الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه ١٠٨
- اشارة ١٠٨
- منها إطلاق ما تقدم من النبيين: ١٠٨
- و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك ١٠٨
- و منها أن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة ١٠٨
- و منها أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد ١٠٨
- بقى هنا أمران ١١١
- الأول أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو ديناً أو في ذمة الغير ١١١
- الثاني الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة ١١٢
- القول في الإجازة و الرد ١١٣
- أما الكلام في الإجازة ١١٣
- اشارة ١١٣
- أما حكمها ١١٣
- [هل الإجازة كاشفة أم ناقله] ١١٣
- [الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه ١١٣
- اشارة ١١٣
- [ما استدل به فخر الدين للأكثر] ١١٣
- [المناقشات التي يذكر على القول بالكشف ١١٤
- [معاني الكشف ١١٥
- اشارة ١١٥
- أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقي ١١٦
- الثاني الكشف الحقيقي ١١٦
- الثالث الكشف الحكمي ١١٦
- [مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمي ١١٦

- ١١٦ [ظاهر صحيحة محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم
- ١١٦ [ظاهر صحيحة أبي عبيدة هو الكشف الحقيقي
- ١١٧ [بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل
- ١١٧ [إشارة
- ١١٧ [أما الثمرة على الكشف الحقيقي
- ١١٧ [و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمى
- ١١٧ [ثم إنهم ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع
- ١١٧ [منها النماء
- ١١٧ [و منها أن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف
- ١١٨ [و منها جواز تصرف الأصل فيما انتقل عنه
- ١١٩ [ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]
- ١٢٠ [و ينبغى التنبيه على أمور
- ١٢٠ [الأول أن الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى
- ١٢٠ [الثانى أنه يشترط فى الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية
- ١٢١ [الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد
- ١٢١ [الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله
- ١٢١ [الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع
- ١٢٢ [السادس الإجازة ليست على الفور
- ١٢٢ [السابع هل يعتبر فى صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا
- ١٢٢ [و أما القول فى المجيز
- ١٢٢ [إشارة
- ١٢٢ [الأول يشترط فى المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد
- ١٢٢ [الثانى هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد
- ١٢٣ [الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد

- ١٢٣ اشارة
- ١٢٣ الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة
- ١٢٣ الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد
- ١٢٣ اشارة
- ١٢٣ و المهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز
- ١٣٠ المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف
- ١٣٠ اشارة
- ١٣٠ الأولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع
- ١٣٠ الثانية أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا
- ١٣٠ الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا
- ١٣٢ الرابعة أن يبيع لنفسه باعتقاده أنه لغيره فانكشف أنه له
- ١٣٢ و أما القول في المجاز
- ١٣٢ اشارة
- ١٣٢ الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك
- ١٣٢ الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل
- ١٣٣ الثالث [حكم العقود المترتبة]
- ١٣٣ اشارة
- ١٣٣ [الإشكال في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب
- ١٣٤ عدم ورود الإشكال على تقدير الكشف
- ١٣٤ مسألة في أحكام الرد
- ١٣٤ [ما يتحقق به الرد]
- ١٣٥ هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك
- ١٣٥ بقى الكلام في التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- ١٣٥ اشارة

- ١٣٥ [ما يقع في حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي
- ١٣٥ [ما يقع في حال عدم التفات المالك
- ١٣٦ [حاصل الكلام فيما يتحقق به الرد]
- ١٣٦ [مسألة لو لم يجز المالك
- ١٣٦ [اشارة
- ١٣٦ [و أما حكم المشتري مع الفضولي
- ١٣٦ [اشارة
- ١٣٧ [الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا
- ١٣٧ [اشارة
- ١٣٧ [لو كان عالما بكونه فضوليا و كان الثمن باقيا]
- ١٣٧ [حكم ما لو كان الثمن تالفا]
- ١٣٩ [المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن
- ١٣٩ [اشارة
- ١٣٩ [لو كان عالما بالفضولية]
- ١٣٩ [لو كان جاهلا بالفضولية]
- ١٤٠ [ما يغترمه في مقابل المنافع غير المستوفاة]
- ١٤١ [ما يغترمه في مقابل العين
- ١٤١ [ما يغترمه بإزاء الأجزاء التالفه]
- ١٤١ [ما يغترمه بإزاء الأوصاف التالفه]
- ١٤١ [حكم ما يغترمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسدا من غير جهة الفضولية]
- ١٤٢ [حكم المالك بالنسبة إلى الأيادي المتعاقبة]
- ١٤٢ [حكم الأيادي المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض
- ١٤٣ [لو كانت العين باقية في الأيادي المتعاقبة]
- ١٤٣ [مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

- ١٤٥ مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار
- ١٤٧ مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله
- ١٤٧ القول في أولياء التصرف
- ١٤٨ مسألة يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل - بالبيع و الشراء
- ١٤٨ اشارة
- ١٤٨ [عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب و الجد]
- ١٤٨ و هل يشترط في تصرفه المصلحة - أو يكفي عدم المفسدة أم لا
- ١٤٩ [مشاركة الجد و إن علا للأب في الحكم
- ١٤٩ و لو فقد الأب و بقى الجد فهل أبوه أو جده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية
- ١٤٩ مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم
- ١٤٩ اشارة
- ١٤٩ للفقهاء الجامع للشرائط مناصب ثلاثة
- ١٥٠ أحدها الإفتاء فيما يحتاج إليها العامى في علمه
- ١٥٠ الثانى الحكومه
- ١٥٠ الثالث ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس
- ١٥٠ اشارة
- ١٥٠ الولاية تتصور على وجهين
- ١٥٠ الأول استقلال الولي بالتصرف
- ١٥٠ الثانى عدم استقلال غيره بالتصرف
- ١٥٠ [ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي و الأئمة ع
- ١٥١ و أما بالمعنى الثانى أعنى اشتراط تصرف الغير بإذنتهم
- ١٥١ إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه
- ١٥١ اشارة
- ١٥٢ أما الولاية على الوجه الأول أعنى استقلاله فى التصرف

- ١٥٢ بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى أعنى توقف تصرف الغير على إذنه
- ١٥٤ مسألة فى ولاية عدول المؤمنين
- ١٥٤ [حدود ولاية المؤمنين]
- ١٥٨ مسألة يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن يكون مسلما
- ١٥٨ إشارة
- ١٥٩ [الاستدلال على عدم الصحة]
- ١٦٠ [تمليك منافع المسلم من الكافر]
- ١٦٠ و أما الارتهان عند الكافر
- ١٦٠ و أما إعارته من كافر
- ١٦٠ [المقصود من الكافر]
- ١٦١ [بيع العبد المؤمن من المخالف
- ١٦١ ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع
- ١٦١ منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعقاد
- ١٦١ و منها ما لو اشترط البائع عتقه
- ١٦٢ [حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]
- ١٦٢ [عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه
- ١٦٣ مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر
- ١٦٣ القول فى شرائط العوضين
- ١٦٣ يشترط فى كل منهما كونه متمولا
- ١٦٣ إشارة
- ١٦٣ و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة فى الشرع
- ١٦٣ ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية فى العوضين عن بيع ما يشترك فيه الناس
- ١٦٣ و احترزوا أيضا به عن الأرض المفتوحة عنوة
- ١٦٤ [أقسام الأرضين و أحكامها]

- ١٦٤ اشارة
- ١٦٤ الأول ما يكون موانا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعمارة
- ١٦٤ الثاني ما كانت عامرة بالأصالة
- ١٦٥ الثالث ما عرضت له الحياة بعد الموت
- ١٦٥ الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة
- ١٦٧ [مسألة من شروط العوضين كونه طلقاً]
- ١٦٧ اشارة
- ١٦٨ مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة و محكياً
- ١٦٨ اشارة
- ١٦٨ و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة
- ١٦٩ أهل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه
- ١٦٩ أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً
- ١٦٩ أحدها عدم الخروج عنه أصلاً
- ١٧٠ الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد
- ١٧٠ الثالث الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد في الجملة
- ١٧٠ اشارة
- ١٧٠ فالمناسب أولاً نقل عبائر هؤلاء
- ١٧٠ [كلام الشيخ المفيد]
- ١٧١ [كلام السيد المرتضى]
- ١٧١ [كلام الشيخ الطوسي في المبسوط]
- ١٧١ [كلام سلار قدس سره]
- ١٧١ [كلام ابن زهرة قدس سره]
- ١٧٢ [كلام ابن حمزة قدس سره]
- ١٧٢ [كلام الراوندى قدس سره]

- ١٧٢ [كلام المحقق قدس سره
- ١٧٢ [كلام العلامة في التحرير و الإرشاد و التذكرة]
- ١٧٣ [كلام الصيمرى قدس سره
- ١٧٣ [كلام الفاضل المقداد قدس سره
- ١٧٣ [كلام الفاضل القطيفى قدس سره
- ١٧٣ [كلام المحقق الثانى قدس سره
- ١٧٣ [كلام الشهيد الثانى قدس سره
- ١٧٤ [فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع
- ١٧٤ [أما الأول [أى الوقف المؤبد]
- ١٧٤ [اشارة
- ١٧٤ [إن الوقف على قسمين
- ١٧٤ [كلام كاشف الغطاء في الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها في الجهة المقصودة]
- ١٧٥ [ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته
- ١٧٥ [الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد]
- ١٧٥ [الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد]
- ١٧٥ [الجذع المنكسر من جذوع المسجد]
- ١٧٦ [حكم أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا]
- ١٧٦ [إتلاف الموقوفات العامة]
- ١٧٦ [أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور
- ١٨٧ [و أما الوقف المنقطع
- ١٨٧ [اشارة
- ١٨٧ [هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا]
- ١٨٧ [حكم البيع بناء على صيرورته ملكا مستقرا للموقوف عليهم
- ١٨٨ [حكم البيع بناء على عوده إلى ملك الواقف]

- ١٨٨ [حكم البيع بناء على صيرورته فى سبيل الله
- ١٨٨ و أما الوقف المنقطع
- ١٨٨ مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها
- ١٨٨ اشارة
- ١٨٨ و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن
- ١٨٩ بقى الكلام فى معنى أم الولد
- ١٩٠ و أما المواضع القابلة للاستثناء
- ١٩٠ اشارة
- ١٩٠ [موارد القسم الأول
- ١٩١ فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين
- ١٩٣ و منها تعلق كفن مولاها بها
- ١٩٤ و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حياته
- ١٩٥ و منها ما إذا جنت على مولاها- بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى
- ١٩٥ و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها
- ١٩٥ و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت
- ١٩٦ و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمة
- ١٩٦ و منها ما إذا كان مولاها ذميا و قتل مسلما
- ١٩٦ و أما القسم الثانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء
- ١٩٦ فمن موارد ما إذا أسلمت و هى أمة ذمى
- ١٩٦ و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو فى كسبها
- ١٩٦ و منها بيعها على من تنعتق عليه
- ١٩٧ و منها ما إذا مات قريبيها و خلف تركة و لم يكن له وارث سواها
- ١٩٧ و أما القسم الثالث- و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء
- ١٩٧ فمن موارد ما إذا كان علوقها بعد الرهن

- ١٩٧ و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه
- ١٩٧ و منها ما إذا كان علوقها بعد جنايتها
- ١٩٧ و منها ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها
- ١٩٨ و منها ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها
- ١٩٨ و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة
- ١٩٨ و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته للمولى أن يبيعها
- ١٩٨ و [أما] القسم الرابع - فهو ما كان إبقاؤها فى ملك المولى غير معرض لها للعتق
- ١٩٨ مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا
- ١٩٨ اشارة
- ١٩٩ و إنما الكلام فى أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة
- ٢٠٠ [هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقله]
- ٢٠٠ [هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]
- ٢٠١ [فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة]
- ٢٠١ و الفرق بين الإجازة و الفك
- ٢٠١ [هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل]
- ٢٠٢ [ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف]
- ٢٠٢ [لو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب]
- ٢٠٢ مسألة إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه
- ٢٠٣ مسألة إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور
- ٢٠٤ مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٤ [معنى الغرر لغة]
- ٢٠٥ [استدلال الفريقين بالنبوى المذكور على شرطية القدرة]
- ٢٠٥ [كلام الشهيد فى تفسير الغرر]

- ٢٠٥ اشارة
- ٢٠٥ [المناقشة فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد]
- ٢٠٦ التمسك بالنبوى المذكور أخص من المدعى
- ٢٠٦ ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخر.
- ٢٠٦ منها ما اشتهر عن النبى ص من قوله: لا تبع ما ليس عندك
- ٢٠٦ و منها أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه
- ٢٠٧ و منها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه
- ٢٠٧ و منها أن بذل الثمن على غير المقدور سفه
- ٢٠٧ اهل القدرة شرط أو العجز مانع
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع و المناقشة فيه
- ٢٠٧ العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق
- ٢٠٨ [القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسلم
- ٢٠٩ الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين
- ٢٠٩ اهل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل
- ٢٠٩ مسألة لا يجوز بيع الأبق منفردا
- ٢١١ مسألة يجوز بيع الأبق مع الضميمة في الجملة
- ٢١٢ مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا
- ٢١٢ مسألة العلم بقدر المثلن كالثلن
- ٢١٢ اشارة
- ٢١٢ و في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة
- ٢١٢ منها صحيحة الحلبي
- ٢١٢ اشارة
- ٢١٣ [الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه

- ٢١٣ [رواية سماعاً]
- ٢١٣ [رواية أبان]
- ٢١٣ [رواية أبي العطار]
- ٢١٣ [و مرسله ابن بكير]
- ٢١٤ [هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا]
- ٢١٤ [و جوب معرفة العدد في المعدود و الدليل عليه]
- ٢١٥ [مسألة] [في التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]
- ٢١٥ [اشارة]
- ٢١٥ [هل يجوز بيع المكيل وزنا و بالعكس]
- ٢١٥ [اشارة]
- ٢١٥ [الكلام في مقامين]
- ٢١٥ [اشارة]
- ٢١٥ [أما الأول] [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقاً إلى ما تعارف فيه]
- ٢١٦ [الثاني التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلاً]
- ٢١٧ [بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً]
- ٢٢٠ [مسألة] [لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور]
- ٢٢٠ [اشارة]
- ٢٢٠ [هل يعتبر كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار]
- ٢٢٠ [ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيضة]
- ٢٢٠ [اشارة]
- ٢٢١ [عدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف]
- ٢٢١ [كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع فهو بحكم إخبار البائع]
- ٢٢١ [مسألة] [قال في الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة]
- ٢٢١ [مسألة] [بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء]

- ٢٢١ اشارة
- ٢٢٢ الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة مقدرا بذلك العنوان
- ٢٢٢ الثاني أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه
- ٢٢٢ اشارة
- ٢٢٣ فرع على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع
- ٢٢٣ الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق
- ٢٢٣ اشارة
- ٢٢٣ [الفرق بين الوجه الثاني و الثالث
- ٢٢٤ مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه
- ٢٢٤ اشارة
- ٢٢٤ ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور.
- ٢٢٥ أحدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع
- ٢٢٥ و منها أنه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه
- ٢٢٥ و منها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر
- ٢٢٥ [صور إقباض الكلى
- ٢٢٥ [لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة]
- ٢٢٧ [أقسام بيع الصبرة]
- ٢٢٧ مسألة إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها
- ٢٢٧ اشارة
- ٢٢٨ فرعان
- ٢٢٨ الأول لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري
- ٢٣٠ الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد
- ٢٣١ مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك
- ٢٣٣ مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار

- ٢٣٤ مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره
- ٢٣٥ مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه
- ٢٣٨ مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة
- ٢٤٠ مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع
- ٢٤١ [تنبيهات البيع
- ٢٤١ مسألة [المعروف استحباب التفقه في مسائل التجارات
- ٢٤٤ مسألة لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا في حرمة و كراهته.
- ٢٤٥ مسألة يحرم النجش على المشهور
- ٢٤٥ مسألة إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم
- ٢٤٦ مسألة احتكار الطعام
- ٢٤٦ اشارة
- ٢٤٧ ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة إنما يتم ببيان أمور
- ٢٤٧ الأول في مورد الاحتكار
- ٢٤٨ الثاني [ما هو حد الاحتكار]
- ٢٤٨ الثالث [عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه
- ٢٤٨ الرابع أقسام حبس الطعام
- ٢٤٨ الخامس الظاهر عدم الخلاف كما قيل في إجبار المحتكر على البيع
- ٢٤٩ خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب و الاقتصاد فيه.
- ٢٤٩ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان و الظاهر إرادتهم بيان المبيع نظير قولهم إن الإجارة لنقل المنافع.

[جعل عمل الحر عوضا]

و أما عمل الحر فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

[أقسام الحق و ما يقع منها عوضا]

و أما الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال - كحق الحضانه و الولايه فلا إشكال و كذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار لأن البيع تمليك الغير و لا- ينتقض بيع الدين على من هو عليه لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط و لذا جعل الشهيد في قواعده الإبراء مرددا بين الإسقاط و التمليك. و الحاصل أنه يعقل أن يكون مالكا في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط لا يعقل أن يتسلط على نفسه و السر أن مثل هذا الحق سلطنه فعلياً لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه فافهم. و أما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير و نحوه فهي و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح إلا أن في جواز وقوعها عوضا للبيع إشكالا من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه و عرفا مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح أن يكون أجره في الإجارة في حصر الثمن في المال.

[تعريف الفقهاء و المناقشه فيها]

ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيه و لا متشريعيه بل هو باق على معناه العرفي كما سنوضحه إن شاء الله إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه ففي المبسوط و التذكرة و غيرهما انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي و حيث إن في هذا التعريف مسامحه و اوضحه عدل آخرون إلى تعريفه بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال و حيث إن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجردا أو بشرط قصد المعنى و إلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بنقل العين بالصيغه المخصوصه. و يرد عليه مع أن النقل ليس مترادفا للبيع و لذا صرح في التذكرة بأن إيجاب البيع لا- يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات و أن المعاطاه عنده بيع مع خلوها عن الصيغه أن النقل بالصيغه أيضا لا يعقل إنشاؤه بالصيغه و لا يندفع هذا بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغه فجعله مدلول الصيغه إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بعث نقلت بالصيغه لأنه إن أريد بالصيغه خصوص بعث لزم الدور لأن المقصود معرفه ماده بعث و إن أريد بها ما يشمل ملكت و جب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل

[أولى التعاريف للبيع]

إشارة

فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال و لا يلزم عليه شيء مما تقدم.

نعم يبقى عليه أمور

منها أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت

و إلا لم يكن مرادفا له و يردده أنه الحق كما سيجيء.

و منها أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لأن الإنسان لا يملك مالا على نفسه و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه - و رجوعه إلى سقوطه عنه نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته و سقوطه بالتهاتر أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغه و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الألفاظ و لذا قال فخر الدين إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها أنه يشمل التمليك بالمعاطاة

مع حكم المشهور بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعة و فيه ما سيجيء من كون المعاطاة بيعة و أن مراد النافين نفى صحته.

و منها صدقه على الشراء

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه أن التمليك فيه ضمنى و إنما حقيقته التملك بعوض و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الإيجاب أو تأخر و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث إن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمال أعنى المنفعة.

و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال

إشارة

و بالهبة المعوضة و فيه أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليست هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الأصلي هو التسالم - و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم هو متضمن للتمليك إذا تعلق بعين لا أنه نفسه

[حقيقة الصلح

و الذى يدللك على هذا أن الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرد التسليم و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال و قد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين المكاسب، ج ٢، ص ٨٠

لصاحبه صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير فلو كانت حقيقة الصلح هى عين كل من هذه المعانى الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق إلا - أن يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد فى كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه.

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التمليك لا أن مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك

و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقرارا له بخلاف طلب التملك.

و أما الهبة المعوضة

و المراد بها هنا ما اشترط فيه العوض فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابلة و إلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة بل غاية الأمر أن المتهم لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع في هبته فالظاهر أن التعويض المشروط في الهبة كالتعويض الغير المشروط فيها في كونه تملكيا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا لا أن حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشروط في ضمن الهبة الأولى. فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا كان يباع و لا يصح صلحا و لا هبة معوضة و إن قصدتهما إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحا و لا هبة فلا يقعان به. نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدتهما فما قيل من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة محل تأمل بل منع لما عرفت من أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو أتى بلفظ التملك بالعوض و احتمل إرادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظي - حمله على المعنى الحقيقي فيحكم بالبيع لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم و سيجيء توضيحه في مسألة المعاظة في غير البيع إن شاء الله

بقي القرض داخلا في ظاهر الحد

و يمكن إخراجها بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمة لا معاوضة للعين بهما و لذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة و لا الغرر المنفى فيها و لا ذكر العوض و لا العلم به فتأمل.

[استعمال البيع في معان أخر]

إشارة

ثم إن ما ذكرناه تعريف للبيع المأخوذ في صيغته بعث و غيره من المشتقات و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان أخرى غير ما ذكر

أحدها التملك المذكور

لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري و إليه نظر بعض مشايخنا حيث أخذ قيد التعقب بالقبول مأخوذا في تعريف البيع المصطلح و لعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحه السلب عن المجرد و لهذا لا يقال باع فلان ماله إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره و يستفاد من قول القائل بعث مالى أنه اشتراه غيره لا أنه أوجب البيع فقط.

الثانى الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول

و هو الانتقال كما يظهر من المبسوط و غيره.

الثالث نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد قال بل الظاهر اتفاهم على إرادة هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات حتى الإجارة و شبهها التى ليست فى الأصل اسما لأحد طرفى العقد.

[المناقشة فى هذه الاستعمالات]

أقول أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه ليس مقابلا للأول و إنما هو فرد انصرف إليه اللفظ فى مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المشرى إذ لا ثمره فى الإيجاب المجرد فقول المخير بعث إنما أراد الإيجاب المقيد فالقيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل فى الإيجاب المتعقب للقبول و كذلك لفظ النقل و الإبدال و التملك و شبهها مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل فى معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال فى الخارج فى نظر الشارع لا فى نظر الناقل إذ التأثير لا ينفك عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الإيجاب و الوجوب- لا الكسر و الانكسار كما تخيله بعض فتأمل و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح فضلا عن أن يجعل أحد معانيه. و أما البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال فلم يوجد فى اللغة و لا فى العرف و إنما وقع فى تعريف جماعة تبعاً للمبسوط و قد يوجه بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبني للمفعول أعنى المبيعية و هو تكلف حسن و أما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثانى رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقفه على شىء كحصول وجوب الضرب فى نظر الأمر بمجرد الأمر و إن لم يصبر واجبا فى الخارج فى نظر غيره. و إلى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا- بيع بينهما أو إقاله فى البيع و نحو ذلك. و الحاصل أن البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية و لذا يقال انعقد البيع و لا ينعقد البيع.

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم]

[اختيار الشهيد كونه للصحيح]

إشارة

ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر و صحة السلب قال و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبلى تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة انتهى و قال الشهيد الأول فى قواعد الماهيات الجعلية كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج لوجوب المضى فيه و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقى

[المناقشة فيما أفاده الشهيدان]

و يشكل ما ذكره بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو و أحل الله البيع و إطلاقاً أدله سائر العقود فى مقام الشك فى اعتبار شىء فيها مع أن سيرة علماء الإسلام التمسك بها فى هذه المقامات.

[توجيه ما أفاده الشهيدان]

نعم يمكن أن يقال إن البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل بعت عقد الإنشاء لا يستعمل حقيقة- إلا فيما كان صحيحا مؤثرا و لو في نظر القائل ثم إذا كان مؤثرا في نظر الشارع كان يباع عنده و إلا كان صورة بيع نظير الهازل عند العرف. فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد المكاسب، ج ٢، ص ٨١

للأثر و مجاز في غيره إلا أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوها

فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف أو على المصدر الذي يراد من لفظ بعت فيستدل بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثرا في نظر الشارع أيضا فتأمل فإن للكلام محلا آخر

الكلام في المعاطاة**[حقيقة المعاطاة]**

اعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر

[صور المعاطاة]

و هو يتصور على وجهين أحدهما أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه. الثاني أن يتعاطيا على وجه التملك. و ربما يذكر وجهان آخران أحدهما أن يقع النقل من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر إليه. الثاني أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع. و يرد الأول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصة و الثاني بما تقدم في تعريف البيع من أن التملك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير. نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة و غير ذلك كون التملك المطلق أعم من البيع

ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة لإباحة التصرف**إشارة**

و يحصل الملك بتلف إحدى العينين و عن المفيد و بعض العامة القول بكونها لازمة كالبيع و عن العلامة رحمه الله في النهاية احتمال كونها يباعا فاسدا في عدم إفادتها لإباحة التصرف

[محل النزاع في المعاطاة]

ولا- بد أولاً- من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة هل المقصود بها الإباحة أو المقصود بها التملك الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنى الثاني.

[تنزيل المحقق الثاني الإباحة على الملك الجائر]

و حيث إن الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطين نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائر المترزل و أنه يلزم بذهاب إحدى العينين و حقق ذلك في شرحه على القواعد و في تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه

[توجيه صاحب الجواهر بأن محل النزاع هي المعاطاة بقصد الإباحة]

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة و رجح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه و طعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التملك قائلاً إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب و كبرائهم.

[المناقشة في توجيه المحقق الثاني]

و الإنصاف أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المترزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط و الخلاف و الحلى في السرائر و ابن زهرة في الغنية و الحلبي في الكافي و العلامة في التذكرة و غيرها

[المناقشة في توجيه صاحب الجواهر]

بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه بل لا يكاد يوجد في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى

[دلالة كلام الفقهاء على بعد التوجيهين]

و لنقل أولاً كلمات جماعة ممن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الإباحة على الملك المترزل كما صنعه المحقق الكركي و أبعديته جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك فنقول و بالله التوفيق قال في الخلاف إذا دفع قطعة إلى البقلى أو الشارب فقال أعطني بها بقله أو ماء فأعطاه فإنه لا يكون بيعاً و كذلك سائر المحقرات و إنما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه و فائدة ذلك أن البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك لأن الملك لم يحصل لهما و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل الإيجاب و القبول و قال ذلك في المحقرات دون غيرها. دليلنا أن العقد حكم شرعى و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت و أما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى. و لا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك و في أن محل الخلاف بينه و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع لا الإباحة المجردة كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية حيث إنه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال و ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى أيضاً فتمسكه بأن العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيع و إلا لكان الأولى بل المتعين التعليل به إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغته و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقفه على الأسباب الشرعية كما لا يخفى. و قال في السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدم الأول على الثاني ما لفظه فإذا

دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب فقال أعطنى فإنه لا- يكون بيعا و لا- عقدا لأن الإيجاب و القبول ما حصلوا و كذلك سائر المحقرات و سائر الأشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان أو غير ذلك و إنما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه و لكل منهما أن يرجع فيما بذله لأن الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما و إنما ذلك على جهة الإباحة انتهى. فإن تعليقه عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك مع أن ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرناه و لا ينافى ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة إلى آخر قوله كما لا يخفى. و قال فى الغنية بعد ذكر الإيجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين و بعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع بأن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك بألف فإنه لا ينعقد بذلك بل لا بد أن يقول المشتري بعد ذلك اشترت أو قبلت حتى ينعقد و احترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلى قطعة و يقول أعطنى بقالا- فيعطيه فإن ذلك ليس ببيع و إنما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحة مما عداه دليل المكاسب، ج ٢، ص ٨٢

و لما ذكرناه نهى ص عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصة على التأويل الآخر و معنى ذلك أن يجعل اللبس بشيء أو النبذ له و إلقاء الحصة بيعا موجبا انتهى. فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض من قصد المتعاطين التملك من وجوه متعددة منها ظهور أدلته الثلاثة فى ذلك. و منها احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد. و قال الحلبي فى الكافي بعد ذكر أنه يشترط فى صحة البيع أمور ثمانية ما لفظه و اشترط الإيجاب و القبول لخروجه من دونهما عن قبول حكم البيع إلى أن قال فإن اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع انتهى و هو فى الظهور قريب من عبارة الغنية. و قال المحقق رحمه الله فى الشرائع- و لا يكفى التقابض من غير لفظ و إن حصل من الأمارات ما دل على إرادة البيع انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل. و قال فى التذكرة فى حكم الصيغة الأشهر عندنا أنه لا بد منها فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقيقير مثل أعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فأخذه و به قال الشافعى مطلقا لأصالة بقاء الملك و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد و عن بعض الحنفية و ابن شريح فى الجليل و قال أحمد ينعقد مطلقا و نحوه قال مالك فإنه قال بع بما يعتقد الناس بيعا انتهى و دللته على قصد المتعاطين للملك لا تخفى من وجوه أدونها جعل مالك موافقا لأحمد فى الانعقاد من جهة أنه قال بع بما يعتقد الناس بيعا و قال الشهيد فى قواعد بعد قوله قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى و ذكر أمثلة لذلك ما لفظه و أما المعاطاة فى المبيعات فهى تفيد الإباحة لا الملك و إن كان فى الحقيقير عندنا و دلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى هذا كله مع أن الواقع فى أيدي الناس- هى المعاطاة بقصد التملك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد أنهم أرادوا بالإباحة الملك المترزل فقال المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد و لا يقول أحد من الأصحاب إنها بيع فاسد سوى المصنف فى النهاية و قد رجع عنه فى كتبه المتأخرة عنها و قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بَيْنَهُمْ لَأَنَّهَا بَيْعٌ بِالْإِتِّفَاقِ حَتَّىٰ مِنَ الْقَائِلِينَ بِفُسَادِهَا يُقُولُونَ هُوَ بَيْعٌ فَاسِدٌ وَقَوْلُهُ تَعَالَىٰ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ عَامٍ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ. و ما يوجد فى عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين يريدون به عدم اللزوم فى أول الأمر و بالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك إذ المقصود للمتعاطين

إنما هو الملك فإذا لم يحصل كان يبيعا فاسداً و لم يجز التصرف في العين و كافة الأصحاب على خلافه و أيضا فإن الإباحة المحضة لا تقتضى الملك أصلا و رأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده. و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال لأنها تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا و مع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم لأن إحداهما في مقابل الآخر و يكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر انتهى و نحوه المحكى عنه في تعليقه على الإرشاد و زاد فيه أن مقصود المتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه و إلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل و عليه يتفرع النماء و جواز وطء الجارية- و من منع فقد أغرب انتهى. و الذى يقوى فى النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التملك و أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء بل إنما حصلت كما اعترف به فى المسالك من استلزام إعطاء كل منهما سلطته مسلطا عليه الإذن فى التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمة و حاصله أن المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص فى ذلك مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتب غيره بعيد جدا مع أن التأمل فى كلامهم يعطى إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية. و يؤيد إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التى لا تصح إلا من المالك كالوطئ و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار أو من الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد. و سيجىء ما ذكره بعض الأساطين و من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة لكن الإنصاف أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم فإن هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع أن المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فى خمس أو زكاة و كوطئ الجارية. [و صرح الشيخ فى المبسوط بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحل وطؤها.] و مما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التملك أنه قد صرح الشيخ فى المبسوط و الحلوى فى السرائر و كظاهر العلامة فى القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنى وطء الجارية ثم إن المعروف بين المتأخرين - أن من قال بالإباحة المجردة فى المعاطاة قال إنها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد إجماع الغنية و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانى من إرادة نفي اللزوم و كلاهما خلاف الظاهر. و يدفع الثانى تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد أن الإيجاب و القبول من شرائط

المكاسب، ج ٢، ص ٨٣

صحة انعقاد البيع بالصيغة و أما الأول فإن قلنا إن البيع عند المشرعة حقيقة فى الصحيح و لو بناء على ما قدمناه فى آخر تعريف البيع من أن البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل فإن كان فى نظر الشارع أو المشرعة من حيث إنهم مشرعة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا و إلا كان صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصح على ذلك نفي البيعة عنه على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة أو فسره بالعقد لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرناه فالأقوال فى المعاطاة على ما تساعده ظواهر كلماتهم ستلزم اللزوم مطلقا كما هو ظاهر شيخنا المفيد و يكفي فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى أو المعاملة لفظا حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثانى و بعض متأخرى المحدثين لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاة تأمل

و الملك الغير اللازم ذهب إليه المحقق الثاني و نسبه إلى كل من قال بالإباحة و سوغ جميع التصرفات و فى النسبة ما عرفت و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبارة كثيرة بل ذكر فى المسالك أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات و إباحة ما لا يتوقف على الملك و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا نسب إلى ظاهر [المبسوط] و النهاية لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها. و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطة [و إن قصد المتعاطيان بها التملك بل لم نجد قائلا به إلى زمان المحقق الثاني الذى قال به و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب. نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه الأقوى أن المعاطة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فإن تلفت لظمت انتهى و لذا نسب ذلك إليه فى المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر فى أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. و أما قوله و الأقوى إلى آخره فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم و إطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و إطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا و كذا اللزوم. و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير فى باب الهبة توقفها على الإيجاب و القبول ثم قال و هل يستغنى عن الإيجاب و القبول فى هديه الأتعمه الأقرب عدمه نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى. و صرح بذلك أيضا فى الهدية فإذا لم يقل فى الهدية بصحة المعاطة فكيف يقول بها فى البيع. و ذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على المعاملة المأخوذة بالمعاطة معاملة الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك و يدل عليه أيضا عموم قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ حَيْثُ إِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى حَلْيَةِ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الْمُرْتَبَةِ عَلَى الْبَيْعِ بل قد يقال إن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي لكنها محل تأمل. و أما منع صدق البيع عليه عرفا فمكابرة و أما دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطة بيعا كابن زهرة فى الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التى هو أحد العقود و لذا صرح فى الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع و دعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس يباعا قد عرفت الحال فيها. و مما ذكرنا يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ - . و أما قوله ص: إن الناس مسلطون على أموالهم فلا دلالة فيه على المدعى - لأن عمومه باعتبار أنواع السلطنة فهو إنما يجدى فيما إذا شك فى أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا فى حقه أم لا أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه و ماضية شرعا لكن شك فى أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطة فى

الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم و منه يظهر أيضا عدم جواز التمسك به لما سيجىء من شروط الصيغة و كيف كان ففى الآيتين مع السيرة كفاية اللهم إلا أن يقال إنهما لا تدلان على الملك و إنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطى و العتق و الإيضاء و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة فى سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم - حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات. و صرح فى المسالك أن من أجاز المعاطة سوغ جميع التصرفات غاية الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر فيقال إن مرجع هذه الإباحة أيضا إلى التملك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهى كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى و دعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة - جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطء الجارية المأخوذ بها. و قد صرح الشيخ

رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعاً بأنه وإن لم يثبت ذلك إلا أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر فيجوز للفقهاء حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقع على الملك لا من أول الأمر. فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً هذا مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتها و تتميمه في البيع بالإجماع المركب هذا مع أن ما ذكر من أن للفقهاء - التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقع عليه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد

المكاسب، ج ٢، ص ٨٤

في مقام الاستبعاد أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة منها أن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد. و منها أن يكون إرادة التصرف من المملكات - فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعه و إن لم يخطر ببال مالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حين الدفع و أنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال أعتق عبدك عنى أو تصدق بمالك عنى. و منها أن الأحماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاسمة و الشفعة و الموارث و الربا و الوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفى بالأصل - فيكون متعلقه بغير الأملاك و أن صفة الغنى و الفقر ترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك. و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف. و منها جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين مع التفريط معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنه المطالب لأنه يملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيد جداً مع أن في التلف القهرى إن ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفى الملك مخالف للسيرة و بناء المتعاطين. و منها أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية - فلا يتوقف على النية فهو بعيد و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطناً بالشبهة و الجانى عليها و المتلف لها جانياً على مال الغير و متلفاً له. و منها أن النماء الحادث قبل التصرف - إن جعلنا حدوثه مملكا له دون العين فبعيد و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفى. و منها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن في التمليك فيرجع إلى كون المتصرف في تمليك نفسه موجبا قابلاً و ذلك جار في القبض بل هو أولى منه لاقتراحه بقصد التمليك دونته انتهى. و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصد ففيها أولاً أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعاً فإن تبعية العقود للقصد - و عدم انفكاكها عنها إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه أما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم من أن السبب الفعلى لا - يقوم مقام السبب القولى في المبيعات نعم إذا دل الدليل على ترتب أثر عليه حكم به و إن لم يكن مقصوداً. و ثانياً أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادته العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر و توهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول و هو إقدامهما على الضمان فلاحظ المسالك و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونه به غير مفسد عند أكثر القدماء و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك - مع إجازته على قول كثير و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قول نسبه

في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور. نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه أن التخلف عن المقصود يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل. و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز تصرف المطلق و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك فيكون كتصرف ذى الخيار- و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبههما

. و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات- إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك. و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. و أما كون التلف مملكا للجانبين فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كل من المالكين مضمونا بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين أصالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه توضيحه أن الإجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذى اليد رعاية لعموم على اليد ما أخذت فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية في أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فإذا قدر التلف من مال ذى اليد فلا بد من أن يقدر في آخر أزمته إمكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما تقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد. و أما ما ذكر من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر على القول بالإباحة أن لكل منهما المطالبة ما دام باقيا- و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله. و أما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ بل حكمه حكم أصله و يحتمل أن يحدث النماء فى ملكه بمجرد الإباحة ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص من سائر ما ذكره مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد و الإنصاف أنها استبعادات فى محلها. و بالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك- المعتضدة بالشهرة المحققة إلى زمان المحقق الثانى و بالاتفاق المدعى فى الغنى و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الإيجاب و القبول

المكاسب، ج ٢، ص ٨٥

مشكل و رفع اليد عن عموم أدلة البيع و الهبة و نحوهما المعتضد بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى بناء على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة أشكال. فالقول الثانى لا يخلو عن قوة و عليه فهل هى لازمة ابتداء مطلقا- كما حكى عن ظاهر المفيد أو بشرط كون الدال على التراضى لفظا كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى و قواه جماعة من متأخرى المحدثين أو هى غير لازمة مطلقا فيجوز لكل منهما الرجوع فى ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلهم عدا من عرفت وجوه أوقفها بالقواعد هو الأول بناء على أصالة اللزوم فى الملك- و للشك فى زواله بمجرد رجوع مالكه الأصلي. و دعوى أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع و الفرد الثانى كان مشكوك الحدوث من أول الأمر فلا ينفع الاستصحاب بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول مدفوعة مضافا إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك فى الاستصحاب- فتأمل بأن انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته و إنما هو باعتبار حكم الشارع عليه فى بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقته السبب المملك لا اختلاف حقيقته الملك. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة فى المسبب و يدل عليه مع أنه يكفى فى الاستصحاب الشك فى أن اللزوم من خصوصيات الملك- أو من لوازم السبب المملك و مع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك فى الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد أن اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك- فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه أو عدم قصده و هو بديهى البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه و إن كان الثانى

لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ و هو باطل في العقود لما تقدم من أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد و إن أمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاظة بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطين لكن الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود أيضا و بالجملة فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا- و كذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم- أو الجائر كالصلح من دون عوض و الهبة. نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة و يدل على اللزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قوله ص: الناس مسلطون على أموالهم فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره- فجاوز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم أن من غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي و بما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السلطنة و نحوه العلامة في موضع آخر و منه يظهر جواز التمسك بقوله ع: لا- يحل مال أمرا إلا عن طيب نفسه حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك فلا يحل بغير رضاه. و توهم تعلق الحل بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم من أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضا فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك و يمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ - إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و لا عن تراض فلا يجوز أكل المال. و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل لا لغيره و يمكن التمسك أيضا بالجملة المستثنى منها حيث إن أكل المال و نقله عن مالكه بغير رضا المالك أكل و تصرف بالباطل عرفا. نعم بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه التسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن البطالان- و لذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور بها أكلا بالباطل لو لا إذن المالك الحقيقي و كذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من النوازل القهرية هذا كله مضافا إلى ما دل على لزوم

خصوص البيع مثل قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و قد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أن العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاظة و كذلك قوله ص: المؤمنون عند شروطهم فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ. و الحاصل أن الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع مما لا ينكر إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاظة بل ادعاه صريحا بعض الأساطين في شرحه على القواعد و تعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرين فإن العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن الخلاف الاعتراف به فإن المحكى عنه أنه قال ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التابع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا أيضا و افترقا بالأبدان انتهى.

و يقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم و كأنه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله أنه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص. و قد تقدم دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعا و هو نص في عدم اللزوم و لا يقدر كونه ظاهرا في عدم الملكية الذي لا نقول به. و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع نعم قول العلامة رحمه الله في التذكرة إن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة و لو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور و كذلك نسبته في المختلف إلى الأ-كثر. و في التحرير الأقوى أن المعاظة غير لازمة ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على

المكاسب، ج ٢، ص ٨٦

عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملكة و إنما تفيد الإباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا إذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبع له و هذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور لأن

قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع.

نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائر وبين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل و كيف كان فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام ع من قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا و إن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء كما تبين في الأصول. و بالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم- ما أحسنه و ما أمتن دليله إن لم ينعقد إجماع على خلافه في غاية الحسن و المتانة و الإجماع و إن لم يكن محققا على وجه يوجب القطع إلا أن المظنون قويا تحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التملك سواء لم يوجد لفظ أصلا أم وجد و لكن لم ينشأ التملك به بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقاضي و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار بل يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفا بين أهل السوق و التجار بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة- التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي. نعم ربما يكتفون بالمصافقة فيقول البائع بارك الله لك أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية نعم يكتفون بالتعاطي في المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين نعم الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد للسيرة و غير واحد من الأخبار كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاظة

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاظة

تارة على عدم إفادة المعاظة بإباحة التصرف و أخرى على عدم إفادتها للزوم جمعا بينه و بين ما دل على صحته مطلق البيع كما صنعه في الرياض و هو قوله ع:

إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر و هو ما رواه ثقة الإسلام الكيني في باب بيع ما ليس عنده و الشيخ في باب النقد و النسئته عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيج قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يجيئني و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا فقال أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام إلى آخر الخبر. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخرى مجردة عن قوله ع إنما يحلل إلى آخر كلامه كلها تدل على أنه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه و نقول إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها الأول أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بمعنى أن تحريم شيء و تحليله لا- يكون إلا بالنطق بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. الثاني أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه كما في قولك هذا الكلام صحيح أو فاسد لا مجرد اللفظ أعني الصوت و يكون المراد أن المطلوب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلا و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام مثلا المقصود الواحد و هو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها ملكتك بضعي أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسي أو أحللتها لك و بقولها متعت نفسي بكذا فما عدا الأخير موجب لتحريمه و الأخير محلل و على هذا المعنى ورد قوله ع: إنما يحرم الكلام في عدة من روايات المزارة منها ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله ع: عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط ثلاثة للبذر و ثلاثة للبقر قال لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا وإنما يحرم الكلام. الثالث أن يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محرما أو بالعكس أو باعتبار محله و غير محله فيحل في محله و يحرم في غيره و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارة. الرابع أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و المواعدة- و من الكلام

المحرم إيجاب البيع و إيقاعه ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول لأنه مع لزوم تخصيص الأ-كثر حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ يوجب عدم ارتباط له في الحكم المذكور في الخبر. جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات أخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة و لا دخل لاشتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلا فكيف يعلل به و كذا المعنى الثاني إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما فتعين الثالث و هو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريد بها الرجل لأنه بيع ما ليس عنده و لا يحلل إلا عدمه إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعه و هو غير مؤثر. فحاصل الرواية أن سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدما و وجودا و المعنى الرابع و هو أن المقاوله و المراضاه مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلل للمعاملة و إيجاب البيع معه محرم لها و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل كما هو المقصود في مسألة المعاطاة. نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع بأن يقال إن حصر المحلل و المحرم في الكلام لا يتأتى إلا- مع انحصار إيجاب البيع في الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم في الكلام إلا أن يقال إن وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول فتأمل. و كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور كما يشعر به قوله ع في

رواية أخرى- واردة في هذا الحكم أيضا و هي رواية يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع

المكاسب، ج ٢، ص ٨٧

عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري و يشعر به أيضا رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول أبيعك به ده دوازده أو ده يازده فقال لا بأس إنما هذه المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك في المقاوله التي قبل العقد و إنما يكره حين العقد و في صحيحة ابن سنان: لا- بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجه على نفسك ثم تبيعه منه بعده

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع

- بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في النهاية و دل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و أما على القول بإفادتها الإباحة فالظاهر أنها بيع عرفي لم تؤثر شرعا إلا الإباحة فنفي البيع عنها في كلامهم و معاهد إجماعاتهم هو نفي البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك هذا على ما اخترناه سابقا من أن مقصود المتعاطيين في المعاطاة التمليك و البيع و أما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا و على هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية من خصوص أو عموم و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم: إن الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبتت شرطية كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس. و الحاصل أن المرجح على هذا عند الشك في شروطها هي أدلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع أم لا و أما على المختار

من أن الكلام فيما إذا قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً أم لا كذلك أم تبنى على القول بإفادتها الملك و القول بعدم إفادتها إلا الإباحة وجوه يشهد للأول كونها بيعاً عرفياً فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع و يؤيده أن محل النزاع بين العامة و الخاصة في المعاطاة هو أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشروط أم لا كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركا له في الحكم و لذا ادعى في الحدائق أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل فيها شروط البيع غير الصيغة المخصوصة و أنها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض و مقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شروط البيع. و يشهد للثاني أن البيع في النص و الفتوى ظاهر فيما حكم به باللزوم و ثبت له الخيار في قولهم:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه أما على القول بالإباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع و المتشعبة إذ لا- نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل في نظرهم. و قد تقدم سابقاً في تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً بيان ذلك و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم البيعان بالخيار و قولهم إن الأصل في البيع اللزوم و الخيار إنما ثبت لدليل و إن البيع بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم البيع هو العقد الدال على كذا و نحو ذلك. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في أن إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل و وجه الثالث ما تقدم للثاني على القول بالإباحة من سلب البيع عنه و للأول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ و إن لم يكن لازماً و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص فيحمل على العرفي و إن لم يفد عند الشارع إلا- الإباحة و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناء على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد و أما على القول بالإباحة فلأنها لم تثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا يشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين يعنى العين الأخرى ذكر أنه يجوز أن يكون الثمن و المثلث في المعاطاة مجهولين لأنها ليست عقداً و كذا جهالة الأجل و أنه لو اشترت أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى و حكى عنه في باب الصرف أيضاً أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين. أقول حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم إفادتها للملك إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللاً بأن المعاطاة ليست عقداً يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك حيث إن المفيد للملك منحصر في العقد و أن يكون باعتبار عدم اللزوم حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالإباحة- لأنها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلا الإباحة. و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي بل تقييدها بالبيع العقدي تقييداً بغير الغالب و لما عرفت من أن الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد و عدم تأثيره شيئاً خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة و بقى الباقي و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لأنها معاوضة عرفية و إن لم تفد الملك بل معاوضة شرعية- كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي حيث قال إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة انتهى و لو قلنا إن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك فلا يبعد أيضاً جريان

و إن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمن المعاطاة إلا- أن أثره يظهر بعد اللزوم و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجرى لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش فتجرى لعموم أدلتها و أما حكم الخيار بعدم اللزوم فسيأتى بعد ذكر الملزمات.

الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين

فالملك أو الإباحة في كل منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة و لا- الإباحة رأسا لأن كلا- منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو الإباحة إلا أن الظاهر من جماعته من متأخرى المتأخرين تبعا للشهيد في الدروس جعله من المعاطاة و لا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة- لكن هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلى فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكها له بعوض أو مبيحا له به و أخذ الآخر له تملكها له بالعوض أو إباحة له بإزائه فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء و أخذه بيعا للمثمن به فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد [في زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة إذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين. و أما على القول بالإباحة فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة اللهم إلا أن يدعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقي و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن- من غير صدق إعطاء أصلا فضلا عن التعاطى كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفلوس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات و نحوها و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضا في مسألة المعاطاة و سيأتى توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله. ثم إنه لو قلنا إن اللفظ غير المعبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادلة شىء بشىء من غير إيصال و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك و أما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد.

الأمر الثالث تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية

مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدرهم و الدينار و الفلوس المسكوكة واضح فإن صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف و أما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن في العوضية فإذا أعطى الحنطة في مقام اللحم قاصدا أن هذا المقدار من الحنطة يساوى درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا أنه اشترى اللحم بالحنطة و إذا انعكس انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم و الدينار هو الثمن و صاحبه هو المشتري و لو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام المثمن في العوضية أو لوحظت القيمة في كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقابلة تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا ففى كونه بيعا و شراء بالنسبة إلى كل منهما بناء على أن البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال و الشراء ترك شىء و أخذ غيره كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنه باعه بحنطة و أنه اشترى الحنطة فيحتمل لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري لانصرافهما في أدلة تلك إلى من اختص بصفة البيع أو الشراء فلا تعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين أو كونه بيعا بالنسبة إلى من يعطى أولا لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبة إلى الآخذ لكونه قابلا عرفا أو كونه معاطاة مصالحة لأنها بمعنى التسالم على شىء و لذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى على الصلح أو

كونه معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوة لصدق تعريف البائع لغه و عرفا على الدافع أولا دون الآخر و صدق المشتري على الآخذ أولا دون الآخر فتدبر.

الرابع أن أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله

يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه أحدها أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر- و الآخر في أخذه قابلا و ممتلكا بإزاء ما يدفعه فلا- يكون في دفعه العوض إنشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين و مثله في هذا الإطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المؤاجرة و غيرها و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن إعطاء و في صحته تأمل ثانيها أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه فيكون تملك بإزاء تملك فالمقابلة بين التملكين لا الملكين و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة لكون كل من المالكين خاليا عن العوض لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه فما لم يتحقق تملك من الثاني لم يتحقق تملكه إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض فلا يقدح تخلفه فالأولى أن يقال إنها مصالحة و تسالم على أمر معين أو المكاسب، ج ٢، ص ٨٩

معاوضة مستقلة. ثالثها أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض- فيقبل الآخر بأخذه إياه فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض و من الثاني بقبوله لها التملك كما لو صرح بقوله أبحث لك كذا بدرهم. رابعها أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى فيكون إباحة بإزاء إباحة أو إباحة بداعي إباحة على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوره على نحو الداعي و على نحو العوضية و كيف كان فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما و منشأ الإشكال أولا الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بأن يقول أبحث لك كل تصرف من دون أن يملكه العين و ثانيا الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تملك. فنقول أما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنه لا- يجوز- إذ التصرف الموقوف على الملك لا- يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك فإن إذن المالك ليس مشرعا و إنما يمضى فيما يجوز شرعا فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه. نعم يصح ذلك بأحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود أحدهما أن يقصد المبيع بقوله أبحث لك أن تبيع مالي أن ينشئ توكيلا له لنفسك [إنشاء توكيل له في بيع ماله له ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة أو في نقله أولا- إلى نفسه ثم يبعه أو تملكها له بنفس هذه الإباحة فيكون إنشاء تملك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرح في التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد أعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لملكه و إعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق أنا ما فيكون هذا بيعا ضمينا لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع و لا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولا و لا في نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التملك بالإباحة المذكورة و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تملك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو إجمالا في مسألة أعتق عبدك عنى و لذا عد العامة و الخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم تتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا عليه فمثلوا للعقل بقوله تعالى وَ سَيَلِّ الْقَرْيَةَ و للشرعي بهذا

المثال و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة. الثاني أن يدل دليل شرعى - على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة- فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنا ما فيقع البيع فى ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح بلا-فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص آنا ما لا يقبل غير العتق فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آنا ما للجمع بين الأدلة و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة و إثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على عدم مخالفته مؤداه لقواعد أخرى مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالا- له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغته خاصة لا بمجرد الإذن فى مطلق التصرف. و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف فى أنه لو دفع إلى غيره مالا و قال اشتر به لنفسك طعاما من غير قصد الإذن فى اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح كما صرح به فى مواضع من القواعد و علله فى بعضها بأنه لا يعقل شراء شىء لنفسه بمال الغير و هو كذلك فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادأة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و إلا لم يكن عوضا و بدلا و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز و طء الجارية مع أن الإباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات. و عرفت أيضا أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا و طء الجارية مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة و دعوى أن الملك التقديرى هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص بل تكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم

الناس مسلطون على أموالهم الدال على جواز هذه الإباحة المطلقة و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة فى الملك التقديرى مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا فالإباحة و إن كانت مطلقة إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته فى الشريعة. و من المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالين على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض فلا يشمل العموم فى الناس مسلطون على أموالهم حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فى الجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنا ما و بالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم- الناس مسلطون على أموالهم الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها نظير حكومة الدليل على عدم جواز عتق مال الغير على وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه فلا- يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر. نعم لو كان هناك تعارض و تزام من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى آنا ما فتأمل. و أما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة إلى الميت- أو شراء العبد المعتق عليه- بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله فى الآن المتصل بناء على الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه. و بالجملة فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمنى المذكور أولا فى أعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد و لا على الملك المذكور

ثانيا فى شراء من ينعق عليه

المكاسب، ج ٢، ص ٩٠

لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك و عدم حكومة الثانى على الأول و لا على التملك الضمنى المذكور ثالثا فى بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق إلا الحكم ببطان الإذن فى بيع ماله لغيره- سواء صرح بذلك كما لو قال بع مالى لنفسك أو اشتر بمالى لنفسك أم أدخله فى عموم قوله أبحث لك كل تصرف فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازما بناء على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفا على الإجازة بناء على أن المالك لم ينو تملك الثمن هذا و لكن الذى يظهر من جماعة- منهم قطب الدين و الشهيد رحمهما الله فى باب

بيع الغاصب أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً و أنه يملك الثمن بدفعه إليه فليس للمالك إجازة هذا الشراء و يظهر أيضاً من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له وطء الجارية مع علم البائع بغصبيته الثمن فراجع.

و مقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل و سيأتى توضيحه في مسألة البيع الفضولى إن شاء الله. و أما الكلام في صحة الإباحة بالعوض - سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها فمحصله أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح إلا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً مع التأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع إلا أن يكون نوعاً من الصلح لمناسبة له لغته لأنه في معنى التسالم على أمر بناء على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار الدال على صحته بقول المتصالحين لك ما عندك و لى ما عندى و نحوه ما ورد في مصالحة الزوجين و لو كانت معاملته مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون على أموالهم و المؤمنون عند شروطهم و على تقدير الصحة ففي لزومها مطلقاً - لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث إن ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقاً و جوه أقواها أولها ثم أوسطها. و أما حكم الإباحة بالإباحة فالإشكال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا في سابقه و الأقوى فيها أيضاً الصحة و اللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط.

الخامس في حكم جريان المعاظة في غير البيع من العقود و عدمه

اعلم أنه ذكر المحقق الثانى رحمه الله فى جامع المقاصد - على ما حكى عنه أن فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاظة فى الإجارة و كذا فى الهبة و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل و لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فإن ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز بل يمنع من مطلق التصرف و هى ملاحظة و جيهة انتهى.

و فيه أن معنى جريان المعاظة فى الإجارة على مذهب المحقق الثانى - الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الأمر العمل المعين على المأمور به و لم نجد من صرح به فى المعاظة. و أما قوله لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل و لا سيما إذا لم يكن العمل تصرفاً فى عين من أموال المستأجر. و قوله لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد ممنوع لأن الظاهر ثبوت أجرة المثل لأنه لم يقصد التبرع و إنما قصد عوضاً لم يسلم إليه. و أما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاظة فيها إلا - إذا قلنا فى المعاظة بالإباحة فإن جماعة كالشيخ و الحلبي و العلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك لكن المحقق الثانى رحمه الله ممن لا يرى كون المعاظة عند القائلين بهما مفيدة للإباحة المجردة و توقف الملك فى الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقاً عليه كما يظهر من المسالك و مما ذكرنا يظهر المنع فى قوله بل مطلق التصرف هذا و لكن الأظهر بناء على جريان المعاظة فى البيع جريانها فى غيره من الإجارة و الهبة لكون الفعل مفيداً لتمليك فيهما. و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال فى باب الرهن إن الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاظة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكور فى البيع آت هنا لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاظة بالإجماع بخلاف ما هنا و لعل وجه الإشكال عدم تأدى المعاظة بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع - لأنها هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف و الأول غير متصور هنا و أما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن خصوصاً بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم ليحصل به الوثيقة فى بعض

الأحيان و إن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ و كان هذا هو الذى دعا المحقق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الإجارة و الهبة و القرض و الاستشكال فى الرهن. نعم من لا يبالى مخالفة ما هو المشهور بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا- يشمل الرهن و لذا جوز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كخذه و الجملة الخبرية أمكن أن يكون بإفادة المعاطاة فى الرهن للزوم لإطلاق بعض أدلة الرهن و لم يقم هنا إجماع- على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع فتأمل. نعم يظهر الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله ثم إن الملزم فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع كما سننبه به بعد هذا

الأمر السادس فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة

. اعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة و أما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم- لقاعدة تسلط الناس على أموالهم و أصالة سلطنة المالك

المكاسب، ج ٢، ص ٩١

الثابتة قبل المعاطاة و هى حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم إجماعا على الظاهر المصرح به فى بعض العباير أما على القول بالإباحة فواضح لأن تلفهما من مال المالك و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه- و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجىء. و أما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التراد امتنع و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى- حتى يستصحب بعد التلف لأن هذا الجواز من عوارض العقد لا العوضين- فلا مانع من بقاءه- بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبة هذا مع أن الشك فى أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع فى العين أو تراد العينين يمنع من استصحابه فإن المتيقن تعلقه بالتراد إذ لا دليل فى مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق إلا مع بقائهما و منه يعلم حكم ما لو تلفت إحدى العينين- أو بعضها على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها- و فيه أنها معارضة- بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته- و التمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله- بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع إنما الكلام فى الضمان إذا أراد الرجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً هذا و لكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة مع أن ضمان التالف ببدله معلوم- إلا أن الكلام فى أن البدل هو البدل الحقيقى أعنى المثل أو القيمة أو البدل الجعلى أعنى العين الموجودة فلا أصل هذا مضافا إلى ما قد يقال من أن عموم الناس مسلطون على أموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقى و هو المثل أو القيمة فتدبر. و لو كان أحد العوضين ديناً فى ذمة أحد المتعاطيين- فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه و الظاهر أنه فى حكم التلف لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف- و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة فافهم. و لو نقلت العينان أو إحدهما بعقد لازم فهو كالتلف على القول بالملك لامتناع التراد- و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. و لو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو

المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان أوجهما ذلك إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق بل المتيقن منه غير ذلك- فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني فلا دليل على زواله بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا إن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول أو عائدا إليه بفسخ و كذا لو قلنا إن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإلتاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن للمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها و لا رجوعه بنفسه إلى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب و كذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك. نعم لو كان غير معاوضة كالهبة- و قلنا إن التصرف في مثله لا- يكشف عن سبق الملك إذ لا- عوض فيه حتى لا- يعقل كون العوض ما لا لأحد و انتقال المعوض إلى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك المتبهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكة بهذا النحو من العود إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف. و لو باع العين ثالث فصولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعا كبيع و سائر تصرفاته الناقلة. و لو أجاز المالك الثاني نفذت بغير إشكال و ينعكس الحكم إشكالا و وضوحا على القول بالإباحة و لكل منهما رد العين قبل إجازة الآخر- . و لو رجع الأول فأجاز الثاني فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغا الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و تلغو الإجازة و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعا. و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف. أما على القول بالإباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع المال الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له بالإلتاف- جرى عليه حكم التلف. و لو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة- كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا- لزوم على القول بالإباحة و على القول بالملك ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد و منشأ الإشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاوضة- نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداء أو في ضمن معاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة- و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا

المكاسب، ج ٢، ص ٩٢

الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل لأن من له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي و لا يجرى الاستصحاب. و لو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين.

السابع أن الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيرورة المعاوضة يباع بعد التلف أو معاوضة مستقلة

قال يحتمل الأول لأن المعاوضات محصورة و ليست إحداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل و يحتمل الثاني لإطباقهم على أنها ليست يباع حال وقوعها فكيف تصير يباع بعد التلف و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه- و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاوضة أو من حين اللزوم كل محتمل و يشكل الأول بقولهم إنها ليست يباع و الثاني بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها اللهم إلا أن تجعل المعاوضة جزء السبب و التلف تمامه و الأقوى عدم ثبوت خيار

الحيوان هنا بناء على أنها ليست لازمة و إنما يتم على قول المفيد و من تبعه و أما خيار العيب و الغبن فيشبان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتف انتهى. و الظاهر أن هذا تفرير على القول بالإباحة في المعاطاة و أما على القول بكونها مفيدة للملك المترزل فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو يباعا مترزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم إذ الظاهر أنه عند القائنين بالملك المترزل بيع بلا إشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني فإذا لزم صار يباعا لازما فلتحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار. و قد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه إلا- بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه و بعد التلف تترتب عليه أحكام البيع- عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر. و المحكى من حواشى الشهيد- أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة- و الظاهر أنه أراد التفرير على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

الثامن لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل

و هو قبض العينين أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين معه أو لا- يتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالإنشاء القولي السابق كالعدم لا عبرة به و لا بوقوع القبض به خاليا عن قصد الإنشاء بل بانبا على كونه حقا لازما لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق نظير القبض في العقد الجامع للشرائط ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الأول تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقوده [على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة] إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما كان معاطاة انتهى و في الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق أنها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح انتهى و ظاهر الكلامين صورة وقوع الإنشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهره كصريح جماعة منهم المحقق و العلامة أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضمونا عليه هو الوجه الأخير لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين و إما ما يشتمل هذا و غيره كما هو الظاهر و كيف كان فالصورة الأولى داخله قطعاً و لا يخفى أن الحكم فيها بالضمان مناف لجريان الحكم بالمعاطاة و ربما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين فيقال إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطاة فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير إذن و أكلا- للمال بالباطل لانحصار وجه الحل في كون المعاملة يباعا أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال بغير عوض. و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقي للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل فالرضا المتقدم كالعدم فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضاهما فلا كلام في صحة المعاملة و رجعت إلى المعاطاة كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأى وجه اتفق سواء صحت المعاملة أم فسدت فإن ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء. أقول المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحدا هو التمليك و من المعلوم أن هذا المقدار لا- يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك و الموجود بعده إن كان إنشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به لا بالعقد الفاسد للشرائط مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع و بنفس

الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقايض الحاصل بعدهما و منه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير مبنى على صحة العقد ثم إن ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور مع أن كلام الجميع مطلق. يرد عليه أن هذا التراضى إن كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد فإن كان لا على وجه المعاطاة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر فى ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه فى ماله فهذا ليس

المكاسب، ج ٢، ص ٩٣

من المعاطاة بل هى إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا و لا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال و لا- يترتب عليه أثر المعاطاة من اللزوم بتلف إحدى العينين أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع أو مع ثبوت أحدهما و إن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضى السابق على ملكية كل منهما لمال الآخر و ليس تراضيا جديدا بناء على أن المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفته من كلام المشهور خصوصا المحقق الثانى فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود أن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضى يدخل فى المعاطاة التراضى الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة. و تفصيل الكلام أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إما أن يقع تقايضهما بغير رضا من كل منهما فى تصرف الآخر بل حصل قهرا عليهما أو على أحدهما و إجبارا على العمل بمقتضى العقد فلا إشكال فى حرمة التصرف فى المقبوض على هذا الوجه و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا أو تشريعا كما فى كل قبض وقع على هذا الوجه لأن حيثية كون القبض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقيديه مأخوذة فى الرضا ينتفى بانتفائها فى الواقع كما فى نظائره. و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه فى حرمة التصرف فى العوضين كما أنه لا- إشكال فى الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقايضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقب عقد فاسد و إما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لإنشاء تملك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها لكان الرضا أيضا موجودا و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف و أوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه أنه لو سئل كل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا فإدخال هذا فى المعاطاة يتوقف على أمرين الأول كفاية هذا الرضا المركوز فى النفس بل الرضا الشائى لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا فى نظره و قد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا و لعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز فى النفس. الثانى أنه لا يشترط فى المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض بل و لا- بمطلق الفعل بل يكفى وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور و فيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو العقد الفعلى كما ينبى عنه قول العلامة رحمه الله فى رد كفاية المعاطاة فى البيع إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد و كذا استدلال المحقق الثانى على عدم لزومها بأن الأفعال ليست كالأقوال فى صراحة الدلالة و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله فى قواعده من أن الفعل فى المعاطاة لا يقوم مقام القول و إنما يفيد الإباحة إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى أن محل الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقايض و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى. و من أن الظاهر أن عنوان التعاطى فى كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و أن عمدة الدليل على ذلك هى السيرة و لذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين و السيرة موجودة فى المقام فإن بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس فى الموضوع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فى كوز الحمامى. فالمعيار فى المعاطاة وصول المالىين أو أحدهما مع التراضى بالتصرف و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة

مقدمة فى خصوص ألفاظ عقد البيع

إشارة

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه عقد الإجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة أما مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشارة مقامه و كذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه كما قيل لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر مع أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب. ثم لو قلنا إن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ و الظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه و أما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض الإشارة و لعله لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة. و في بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس و إليه ذهب الحلبي رحمه الله هناك. ثم الكلام في الخصوصيات المعبرة في اللفظ تارة يقع في مواد الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصرحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة و أخرى في هيئة كل من الإيجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية و كونه بالماضي و ثالثة في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة أما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال في التذكرة الرابع من شروط الصيغة التصريح فلا يقع بالكناية بيع البتة مثل قوله أدخلته في ملكك أو جعلته لك أو خذه مني أو سلطتك عليه بكذا عملاً بأصالة بقاء الملك و لأن المخاطب لا يدري بم خوطب انتهى. و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله أعطيتك بكذا أو تسلط عليه بكذا و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة فلا ينعقد بالمجازات حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد. و المراد بالصرح كما يظهر من جماعة من الخاصة

المكاسب، ج ٢، ص ٩٤

و العامة في باب الطلاق و غيره ما كان موضوعاً بعنوان ذلك العقد لغة أو شرعاً و من الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد إرادة نفسه بالقرائن و هي على قسمين عندهم جلية و خفية. و الذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة و الفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق و في بعض أنواعه و في غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعث و ملكت و بين قوله نقلت إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا و هذا هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين. و حكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق حيث حكى عن تلميذه كاشف الرموز أنه حكى عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص و أنه اختاره أيضاً و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل أسلمت إليك و عاوضتك. و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلامة رحمه الله في التحرير حيث قال إن الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل مثل بعثك أو ملكتك أو ما يقوم مقامهما و نحوه المحكى عن التبصرة و الإرشاد و شرحة لفخر الإسلام فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا بل قد يدعى أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و أتباعه فتأمل. و قد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالاً بلفظ المسلم. و صرح جماعة أيضاً في بيع التولية بانعقاده بقوله وليتك العقد أو وليتك السلعة و التشريك في المبيع بلفظ شركتك. و عن المسالك في مسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصه صاحبه بشيء معلوم من الثمرة أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقييل مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع و أما في غيره فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجووزه بقوله تصرف فيه أو انتفع به و عليك رد عوضه أو خذه بمثله و أسلفتك و غير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات مع أن القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الإجارة. و حكى عن جماعة في الرهن أن إيجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك. و عن الدروس تجويزه بقوله

خذه أو أمسكه بمالك. و حكى عن غير واحد تجويز إيجاب الضمان الذى هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال و تقلدته و شبه ذلك. و لقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الإجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد و تردد جماعة فى انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة و قد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة. و عن مجمع البرهان كما فى غيره أنه لا خلاف فى جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا و عن المشهور جوازها بلفظ ازرع.

و قد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت مع القرينة الدالة على إرادة الوقف مثل أن لا يباع و لا يورث مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما من الكنايات و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحا فيه. و مع هذه الكلمات كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له و أنه لا يجوز بالألفاظ المجازية خصوصا مع تعميمها للقريبة و البعيدة كما تقدم عن بعض المحققين و لعله لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية فى العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فى أكثرها بالألفاظ غير الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثانى على ما حكى عنه فى باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة و هو جمع حسن و لعل الأولى أن يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء أ كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقريته لفظ موضوع آخر ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع إذ لا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالاته على المطلب لمقارنته حال أو سبق مقال خارج عن العقد فإن الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال يدل على إرادة البيع جزما. و مما ذكرنا يظهر الإشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على القرينة الحالية المعينة و كذا المشترك المعنوى و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة بقوله قدس سره لأن المخاطب لا يدري بم خوطب إذ ليس المراد أن المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية بل المراد أن الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم لأن اللازم الأعم كما هو الغالب بل المطرد فى الكنايات لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوصا الفرد المجامع مع الملزوم الخاص فالخطاب فى نفسه محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب و إنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم. و المفروض على ما تقرر فى مسألة المعاطاة أن النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر فى النقل و الانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التفاهم به لكن هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكره من أمثلة الكناية. ثم إنه ربما يدعى أن العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغته مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتى بعضها. و أما ما ذكره الفخر قدس سره فعمل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة شرعا هى اشتمالها على العنوان المعبر به عن تلك المعاملة فى كلام الشارع فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها فى كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين

المكاسب، ج ٢، ص ٩٥

فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك و هكذا الكلام فى العقود المنشئة للمقاصد الأخر كالبيع و الإجارة و نحوهما. فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العناوين الدائرة فى لسان الشارع أو ما يرادفها لغه أو عرفا لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام الشرعية التى لا تحصى. فعلى هذا فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة فى لسان الشارع إذ لو وقع بإنشاء غيرها فإن كان لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع لم تترتب عليه الآثار المحمولة فى الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة و إن كان يقصد هذه العناوين دخل فى الكناية التى عرفت أن تجويزها

رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر رحمه الله مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و إليه يشير أيضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه. و ما عن المسالك من أنه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هي المأثورة في كلام الشارع. و عن كثر العرفان في باب النكاح أنه حكم شرعى حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظي المتلقى من النص ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظا ثلاثة و عللها بورودها في القرآن. و لا يخفى أن تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود و أنها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط تقدر على تميز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره و أن الإجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه و هكذا. إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول

[الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البيع]

منها لفظ بعث في الإيجاب

و لا خلاف فيه فتوى و نصا و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله في البيع وصلت إلى حد تغنيه عن القرينة.

و منها لفظ شريت

[فلا إشكال في وقوع البيع به لوضعه له كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغة بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع. و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع و باعه كاشتره فهما ضدان و عنه أيضا كل من ترك شيئا و تمسك بغيره فقد اشتره و ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفا في البيع و كونه محتاجا إلى القرينة المعينة و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه

و منها لفظ ملكت بالتشديد

و الأكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه حيث قال إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث و ملكت و يدل عليه ما سبق في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا و لغة كما صرح به فخر الدين حيث قال إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى. و ما قيل من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر منه عند الإطلاق غيرها فيه أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع و إن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريد الملكية المجانية. و قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنيت صحة العقد على صحة عقد بلفظ غيره مع النية. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى و أما الإيجاب باشتريت ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة و المنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد. أقول و قد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعث و ملكت شبههما أو ما يقوم مقامهما إذ إرادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جدا و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعث فيتعين إرادة ما يراد فهما لغة أو عرفا فيشمل شريت و اشتريت لكن الإشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا لأن

شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع بل لم يستعمل فيه إلا- فيه بخلاف اشترت. و دفع الإشكال في تعيين المراد منه بقريته تقديمه الدال على كونه إيجاباً إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول و إما لغلبة ذلك غير صحيح لأن الاعتماد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميزه عما عداه من العقود. و أما تميز إيجاب عقد معين عن قبوله الراجع إلى تمييز البائع عن المشتري فلا- يعتبر فيه الصراحة بل يكفي استفادة المراد و لو بقريته المقام أو غلبته أو نحوهما و فيه إشكال. و أما القبول فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشترت و ابتعت و تملك و ملكت مخففاً. و أما بعث فلم ينقل إلا- من الجامع مع أن المحكى عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء و لعل الإشكال فيه كإشكال اشترت في الإيجاب. و اعلم أن المحكى عن نهاية الأحكام و المسالك أن الأصل في القبول قبلت و غيره بدل لأن القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء و الابتداء بنحو اشترت و ابتعت ممكن و سيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب. ثم إن في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها وجهين.

فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول

ثم اختلفا في تعيين الموجب و القابل إما بناء على جواز تقديم القبول و إما من جهة اختلافهما في المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الاشترت على واحد منهما.

مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية

في العقد للتأسي كما في جامع المقاصد لأن عدم صحته بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى و في الوجهين ما لا يخفى و أضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي فالأقوى صحته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربي الأقوى ذلك بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب

المكاسب، ج ٢، ص ٩٦

النقل و كذا اللحن في الأعراب. و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعثك بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك فصحح الأول دون الثاني إلا مع العجز عن التعلم و التوكيل و لعله معنى صحيح في الأول إلا البيع بخلاف التجويز فإن له معنى آخر فاستعماله في الترويج غير جائز و منه يظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى. ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب و القبول كالثمن و المثلن أم تكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب و القبول حتى لو قال بعثك أين كتاب را به ده درهم كفى و الأقوى هو الأول لأن غير العربي كالمعدوم فكأنه لم يذكر في الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب كما لا يجب في القبول و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثاني لكن الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب. ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ بأن يكون فارقاً بين معنى بعث و أبيع و أنا بائع أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع الظاهر هو الأول لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب فلا يقال إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب إذا ميز بين معنى بعث و أبيع و أوجدت البيع و غيرها بل على هذا لا يكفي معرفة أن بعث مرادف لقوله فروختم حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض عن تاء المتكلم فيميز بين بعثك و بعث بالضم و بعث بفتح التاء فلا ينبغي ترك الاحتياط و إن كان في تعيينه نظر و لذا نص بعض على عدمه

مسألة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية

بل في التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك أو اشتر منى و لعله لصراحته في الإنشاء إذ المستقبل أشبه بالوعد و الأمر استدعاء لا إيجاب مع أن قصد الإنشاء بالمستقبل خلاف المتعارف. و عن القاضي في الكامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود و ما دل في بيع الآبق و اللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع و فحوى ما دل عليه في النكاح و لا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام فتأمل.

مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول

و به صرح في الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة كما عن الإيضاح و جامع المقاصد و لعله الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق البيع و التجارة في الكتاب و السنة. و زاد بعضهم أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه و أنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه. و حكى عن غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلا- أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه فيؤخذ به فراجع خلافا للشيخ في المبسوط في باب النكاح و إن وافق الخلاف في البيع إلا أنه عدل عنه في باب النكاح بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الإمامية حيث إنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل زوجني فلانة جائز بلا خلاف قال أما البيع فإنه إذا قال بعينها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا- يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و كيف كان فنسب القول الأول إلى المبسوط مستنده إلى كلامه في باب البيع و أما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق رحمه الله في الشرائع و العلامة في التحرير و الشهيدان في بعض كتبهما و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار مثل: خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول الله ص إلى أن قال فإذا قالت نعم فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها. و رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها. و التحقيق أن القبول إما أن يكون بلفظ قبلت و رضيت و إما أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعنى فيقول المخاطب بعتك و إما أن يكون بلفظ اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت فإن كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت في صدر المسألة بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت و هو المحكى عن نهاية الأحكام و كشف اللثام في باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضا بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه. و يدل عليه مضافا إلى ما ذكر و إلى كونه خلاف المتعارف من العقد أن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه و ليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب سواء تحقق قبل ذلك أم لا حيث إن الرضا لشيء لا يستلزم في تحققه في الماضي فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضية لأن المشتري ناقل كالبائع و هذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال فإن من رضى بمعاوضة ينشأها الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقا فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله إلى غيره على وجه العوضية. و من هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين في رد الدليل المذكور و هو كون القبول فرع الإيجاب و تابعا له و هو أن تبعية القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه و إنما هو على سبيل الفرض و التنزيل بأن يجعل القابل نفسه متناولا- لما يلقى إليه من الموجب و الموجب متناولا- كما يقول السائل في مقام الإنشاء أنا راض بما تعطيني و قابل لما تمنحني فهو متناول قدم إنشائه أو آخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت إن لم يرقم إجماع

على خلافه انتهى. ووجه الفساد ما عرفت سابقا من أن الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال و ليس المراد أن أصل الرضا بشيء تابع لتحقيقه في الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال بل المراد الرضا الذي يعد قبولا و ركنا في العقد. و مما ذكرنا المكاسب، ج ٢، ص ٩٧

يظهر الوجه في المنع عن تقدم القبول بلفظ الأمر كما لو قال يعني هذا بدرهم فقال بعتك لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقلة نقل في الحال للدرهم إلى البائع كما لا يخفى. و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه و أما فحوى جوازه في النكاح ففيها بعد الإغماض عن حكم الأصل بناء على منع دلالة روايته سهل - على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي ص و يؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة نعم في الإيجاب ثم اعلم أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب فقال في المبسوط إن قال بعنيها بألف فقال بعتك صح و الأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت و اختار ذلك في الخلاف و صرح به في الغنية فقال و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو أن يقول بعنيها بألف فيقول بعتك فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت أو قبلت و صرح به أيضا في السرائر و الوسيلة. و عن جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفقي و حكي الإجماع عن ظاهر الغنية أيضا أو صريحها. و عن المسالك المشهور بل قيل إن هذا الحكم ظاهر كل من اشتراط الإيجاب و القبول و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع و نسبته إلينا مشعر بقريته السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا فقال إذا تعاقدنا فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح و كذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف و إما أن تأخر الإيجاب و سبق القبول فإن كان في النكاح فقال الزوج زوجنيها فقال زوجتكها صح و إن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي: قال الرجل زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول و تأخر الإيجاب و إن كان هذا في البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و حكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق و تمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج إلا أن المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب و جعله خارجا عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته مع أنه تردد في اعتبار تقديم القبول و كيف كان فقد عرفت أن الأقوى المنع في البيع لما عرفت بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول ثم إن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. و أما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاة من أن البيع العرفي موجب للملك و أن الأصل في الملك اللزوم فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يتم إجماع على عدم اللزوم و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم و أما في غير ذلك فالأصل اللزوم. و قد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكي في الكامل أيضا فتأمل و إن كان التقديم بلفظ اشترت أو ابتعت أو تملكيت أو ملكت هذا بكذا فالأقوى جوازه لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس و حينئذ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث

هو معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه

عقيب الإيجاب و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول أطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخر- لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا و البائع إنما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك لا بمدلول الصيغة. و قد صرح في النهاية و المسالك على ما حكى بأن اشترت ليس قبولا حقيقة و إنما هو بدل و أن الأصل في القبول قبلت لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشترت يجوز الابتداء به و مرادهما أنه بنفسه لا- يكون قبولا- فلا ينافى ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا و لذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت و اشترت بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان. فإن قلت إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشترت حتى يقع قبولا لأن إنشاء مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر فيكون اشترت متأخرا التزاما بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا- قبول فيه رأسا. قلت المسلم من الاجتماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و قبول الأثر فلا- فقد تبين من جميع ذلك أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع تقدم أو تأخر و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع. فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ اشترت و فاقا لمن عرفت بل هو ظاهر إطلاق

المكاسب، ج ٢، ص ٩٨

الشيخ في الخلاف حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشترت و كذا السيد في الغنية حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطة و بالاستيجاب و الإيجاب و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد. و الحاصل أن المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبي و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول و قد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية و هو الوصل بين الإيجاب و القبول فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. ثم إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا أو ملكت و النكاح الذي يؤدي قبولها بلفظ نكحت و تزوجت و أما بالإنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتعت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه إذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب و قد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق فيجوز أن يقول رضيت برهنك هذا عندي فيقول رهنك. و التحقيق عدم الجواز لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن لأن الإيجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال و كذا القول في الهبة و القرض فإنه لا يحصل من إنشاء القول فيهما التزام بشيء- و إنما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوهما قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض. و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين و كانت نسبتها إليهما على وجه سواء و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا. ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتكم كان إيجابا آخر- فيلزم تركيب العقد من إيجابين و تحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت. و قد عرفت

أن قبلت ورضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود على أقسام لأنه إما أن يكون التزاما بشيء من القابل كنقل مال عنه أو زوجية وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. والأول على قسمين لأن الالتزام الحاصل من القابل إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغيرا كالاقتراء. والثاني أيضا على قسمين لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والانهاب والاقتراض وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعارية وشبههما فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين. ثم إن مغايرة الالتزام في قبول البيع للالتزام بإيجابه اعتبار عرفي فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمال آخر يسمى مشتريا وكل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا. وبعبارة أخرى كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع وكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري وإلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره ويملك مال غيره بإزاء ماله.

و من جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه و قبوله

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثاني والشيخ المقداد. قال الشهيد في قواعد الموالاة معتبرة في العقد ونحوه وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه. وقال بعض العامة لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها ومنه الفورية في استتابة المرتد فيعتبر في الحال وقيل إلى ثلاثة أيام ومنه السكوت في أثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها وكذا التشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة ومنه الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر والموالاة في سنة التعريف فلو رجع في أثناء المدة استؤنفت ليتوالى انتهى. أقول حاصله أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفردا في الطول كسنة أو أزيد وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما ويجوز بين الكلمات الفصل بما لا يجوز بين الحروف كما في الأذان والقراءة. وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك أما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد وأما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فالأصل منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص. وقد صرح في القواعد مكررا بكون الأصل في هذه القاعدة كذا ويحتمل بعيدا أن يكون الوجه فيه أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن

المكاسب، ج ٢، ص ٩٩

حد الكذب إلى الصدق فصدقه يتوقف عليه فلذا كان طول الفصل هناك أفصح فصار أصلا في اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام ثم تعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا أو معنى أو من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا ونحو ذلك ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهها إن المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بد من إعادته في أقرب الأوقات. وأما مسألة الجمعة فلأن هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود مطلوبة فيقدح الإخلال بها وللتأمل في هذه الفروع وفي صحة تفرعها على الأصل المذكور مجال ثم إن المعيار

في الموالاة موكول إلى العرف كما في الصلاة و القراءة و الأذان و نحوها و يظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلام طويل أجنبي بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي زوجيتها و الإيجاب قوله ص بعد فصل طويل زوجتها بما معك من القرآن و لعل هذا موهن آخر للرواية فافهم.

و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد

بأن لا يكون معلقا على شيء بأداء الشرط بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلبي و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم قدس الله أرواحهم. و عن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية و كذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة. و عن تمهيد القواعد دعوى الإجماع عليه و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد و إن لم يتعرض الأ-كثر في هذا المقام و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كل ما دل على الإذن حتى أن العلامة ادعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صحة أن يقول الموكل أنت و كيلى في يوم الجمعة أن تبع عبدى و على صحته قوله أنت و كيلى و لا تبع عبدى إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا و فرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع و بالجملة فلا شبهه في اتفاقهم على الحكم. و أما الكلام في وجه الاشتراط فالذي صرح به العلامة في التذكرة أنه مناف للجزم حال الإنشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق. قال الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و إن كان الشرط المشيئة- للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته- و هو أحد قولى الشافعى و أظهرهما عندهم الصحة لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهى و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده قال لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا إلا مع الجزم و الجزم ينافي التعليق انتهى. و مقتضى ذلك أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول كما صرح به المحقق في باب الطلاق. و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك في مسألة إن كان لى فقد بعته أن التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم أن الجزم ينافي التعليق لأنه بعرضه عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف كان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد ثم قال فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل- إن كان لى فقد بعته منك بكذا قلت هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع و كذا نقول لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدعيه المرأة إن كانت زوجتى فهى طالق انتهى كلامه رحمه الله و علل العلامة في القواعد صحة إن كان لى فقد بعته بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا و كذا كل شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكاً في البيع و لا في وقوعه انتهى. و تفصيل الكلام أن المعلق عليه- إما أن يكون معلوم التحقق و إما إما يكون محتمل التحقق و على الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل و على التقادير فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه شرعا أو مما يصح إخراجه عن الملك كغير أم الولد و غير الموقوف و نحوه و كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا و ممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغا و إما أن لا يكون كذلك. ثم التعليق إما مصرح به و إما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة و قوله في القرض و الهبة خذ هذا بعوضه أو خذه بلا عوض يوم الجمعة فإن التملك معلق على تحقق الجمعة في الحال أو في الاستقبال و لهذا احتمال العلامة في النهاية و ولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بأن العقد و إن كان منجزا في الصورة إلا- أنه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد

فالظاهر أنه غير قادح وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني والصيمري. و
حكى أيضا عن المبسوط والإيضاح في مسألة ما لو قال إن كان لي فقد بعته بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح ولذا ادعى في
الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا وما كان منها معلوم الحصول في المستقبل وهو المعبر عنه بالصفة فالظاهر أنه داخل
في معقد اتفاقهم على عدم الجواز وإن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه ونحوه
الشهيد الثاني فيما حكى عنه بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فإنه قال إذا قال
الواقف إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البيع والهبة وعندنا مثل العتق أيضا انتهى فإن ذيله يدل
على أن مماثلة الوقف للبيع والهبة غير

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٠

مختص بالإمامية. نعم مماثلته للعتق مختصة بهم وما كان منها مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم
الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم وما كانت صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة فظاهر إطلاق كلامهم يشمله إلا أن الشيخ
في المبسوط حكى في مسألة إن كان لي فقد بعته قولاً من بعض الناس بالصحة وأن الشرط لا يضره مستدلاً بأنه لم يشترط إلا ما
يقتضيه إطلاق العقد لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره و
شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلن أو ما أشبه ذلك انتهى وهذا الكلام وإن حكاه عن بعض الناس إلا أن
الظاهر ارتضاؤه له وحاصله أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في
الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالتزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالتزام بما يقتضيه العقد إزمه كذلك التعليق بما كان الإطلاق
معلقاً عليه ومقيداً به. وهذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد لأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو
ترتب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على
شيء والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء بل ولا منجزاً بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور
ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بتحقيق الإجماع عليه مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على أن محل الكلام فيما لم
يعلم وجود المعلق عليه وعدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم. ويؤيد ذلك أن الشهيد في قواعد جعل الأصح صحة تعليق
البيع على ما هو شرط فيه كقول البائع بعتك إن قبلت ويظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد. ثم إنك قد عرفت أن العمدة في
المسألة هو الإجماع وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز - هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق وبطلانه واضح لأن المراد بالإنشاء إن
كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه إلا أن الكلام ليس فيه وإن كان الكلام في أنه - كما يصح إنشاء الملكية المتحققة
على كل تقدير فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله هذا لك إن جاء زيد غداً وخذ المال قرضاً أو قراضاً
إذا أخذته من فلان ونحو ذلك فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف والشرع كثيراً كما في الأوامر والمعاملات من العقود و
الإيقاعات. ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من أن ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعلق أثره بشرط
من المتعاقدين مخالف لذلك. وفيه بعد الغرض عن عدم انحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* - لأن دليل
حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم كاف في إثبات ذلك أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلا مفاد أوفوا بالعهد في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فتقرب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب
عدم الوفاء بالعهد. والحاصل أنه إن أريد بالمسبب مدلول العقد - فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهييات التي لا يعقل خلافها - و
إن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلق
كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق وإن كان معلقاً فأثره الملكية المعلقة مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً مع أن ما ذكره
لا - يجري في مثل قوله بعتك إن شئت أو إن قبلت فقال قبلت فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه مع أن هذا لا يجري في الشرط

المشكوك المتحقق في الحال فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا- موقوفا مع أن ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى و ليس الكلام في خصوص البيع و ليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة. ثم الأضعف من الوجه المتقدم التمسك في ذلك بتوقيفيه الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن و ليس إلا العقد العارى عن التعليق إذ فيه أن إطلاق الأدلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم و حل التجارة عن تراض و وجوب الوفاء بالعقود و أدلة سائر العقود كافيته في التوقف. و بالجمله فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققا أو منقولا مشكلا ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء. و أما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد و إن كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا كمن ينشئ البيع و هو لا- يعلم أن المال له أو أن المبيع مما يتمول أو أن المشتري راض حين الإيجاب أم لا أو غير ذلك مما تتوقف صحة العقد عليه عرفا أو شرعا بل الظاهر أنه لا يقدر اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التملك العرفي. و قد صرح بما ذكرنا بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد. نعم ربما يشك الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية أو الشك فيها عند إنشاء الطلاق فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزا من دون العلم بالزوجية و كذا الرقبة في العتق و حينئذ فإذا مست الحاجة إلى شىء من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من إبرازه بصورة التنجز و إن كان في الواقع معلقا أو يوكل غير الجاهل بالحال بإيقاعه و لا يقدر فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلا أن ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشك في أنها محرمة عليه فظهر حلها و علل ذلك بعدم الجزم حال العقد قال و كذا الإيقاعات كما لو خالغ امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها أو ولى نائب الإمام ع قاضيا لا يعلم أهليته و إن ظهر أهلا. ثم قال و يخرج من هذا البيع مال مورثه لظنه حياته فبان ميتا لأن الجزم هنا حاصل- لكن خصوصية البائع غير معلومة و إن قيل بالبطلان أمكن لعدم القصد إلى نقل ملكه و كذا لو زوج أمه أبيه فظهر ميتا انتهى. و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بإمكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق فافهم. و قال في موضع آخر و لو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين أمكن الصحة و كذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا و يشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح انتهى.

و من جملة شروط العقد التوافق بين الإيجاب و القبول

المكاسب، ج ٢، ص ١٠١

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص- من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالإيجاب فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا فقال اشتريته لنفسى لم ينعقد و لو قال بعته هذا من موكلك فقال الموكل غير المخاطب قبلت صح و كذا لو قال بعتك فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل و لو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد. و كذا لو قال بعتك العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير و لو قال للثنتين بعتكما العبد بألف فقال أحدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع و لو قال كل منهما ذلك لا يبعد الجواز- و نحوه لو قال البائع بعتك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين و فيه إشكال. و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم- فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقد و المعاهدة حينئذ. و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط تحققه لا ركن فإن حقيقة الوصية الإيصاء و كذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلك و إن كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه عن مفهوم التعاهد و التعاقد لأن

المعتبر فيه عرفا رضا كل منهما لما ينشأه الآخر حين إنشائه كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق أو قرض أو مرض موت. و الأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسح قبل القبول لغا الإيجاب السابق و كذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير فصحة كل من الإيجاب و القبول يكون معناه قائما في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب و به يتم معنى المعاقدة فإذا لم يكن هذا المعنى قائما في نفس أحدهما أو قام و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد بل يكفي حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل كما لو فرضنا أنه لا- قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسية أردوها أخيرا و الأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس و إيجاب العاجز عن العربية و كصلاة المتيتم بالنسبة إلى واجد الماء أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلدها فيها. و المسألة محررة في الأصول هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر كالصراحة و العربية و الماضوية و الترتيب. و أما الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفة صحة الإنشاء إلى آخر العقد فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن الإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفة صحة الإنشاء يفسده عبارة من يراها شروطا فإن الموجب إذا علق مثلا أو لم يبق على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول و كذا القابل إذا لم يقبل إلا- بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك فإنه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة فتأمل.

مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه - و كان مضمونا عليه

إشارة

أما عدم الملك فلائنه مقتضى فرض الفساد

و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه - و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد

إشارة

فهو المعروف - . و ادعى الشيخ في باب الرهن و في موضع من البيع الإجماع عليه صريحا و تبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد و في السرائر أن البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان و في موضع آخر نسبه إلى أصحابنا و يدل عليه النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدي و الخدشه في دلالة بأن كلمته على ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدل على الضمان ضعيفة جدا فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين لا إلى مال من الأموال كما يقال عليه دين فإن لفظه على حينئذ لمجرد الاستقرار في العهدة- عينا كان أو دينا و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور. و يدل على الحكم المذكور أيضا- قوله ع: في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أنه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة فإن ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء لم يستوفه المشتري

يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى- و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا- كالتلف فافهم. ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة- كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده- و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و هذه القاعدة أصلا و عكسا و إن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة إلا أنها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضمونا عليه- . و حاصله أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعى أو جعلى موجب للضمان و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التى تضمن بصحيحها. و ذكر أيضا فى مسألة عدم الضمان فى الرهن الفاسد أن صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده و هذا يدل على العكس المذكور و لم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد فى المسالك فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحق السابق أجره المثل أم لا

[القول فى قاعدة الضمان]

إشارة

و كيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا ثم بيان المدرك فيها.

[أما أصلها]

فتقول و من الله الاستعانة إن المراد بالعقد أعم من الجائز و اللازم بل مما كانت فيه شائبة الإيقاع

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٢

أو كان أقرب إليه فيشمل الجعالة و الخلع و المراد بالضمان فى الجملتين- هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الأصلي فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجب تداركه منه و أما مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان أصلا فلا- يقال إن الإنسان ضامن لأمواله ثم تداركه من ماله تارة يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضا و إمضاء الشارع كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح و أخرى بأداء عوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه- و ثالثه بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعى و الجعلى كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض. فإذا ثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعى لأن هذا هو التدارك حقيقة و لذا لو اشترط ضمان العارية لزمته غرامه مثلها أو قيمتها. و لم يرد فى أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق- و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع فاحتمال أن يكون المراد بالضمان فى قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمى نظير الضمان فى العقد الصحيح ضعيف فى الغاية لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج عن فرض الفساد إذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضيئة نظير المعاطاة على القول بالإباحة- بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان و أن التدارك بالمسمى فى الصحيح لإمضاء الشارع ما توطأ على عوضيته لا لأن معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا فى العبارة فافهم- . ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع- لتكون أفرادها مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان و إنما المقتضى له بعض أصنافه فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به

دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان لأنه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة غير المعوضة أو الإبراء فالموجب للضمان هو المشتتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا ولا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمنا فلا يضمن بفاسده و كذا الكلام في الهبة المعوضة و كذا عارية الذهب و الفضة. نعم ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير المشروط ضمانها. ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة إشكال كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط فهل تضمن بهذا الفاسد لأن صحيحة يضمن به و لو لأجل الشرط أم لا و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة. و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقا تبعا لظاهر المسالك. و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل بناء على أنها هبة مشروطة لا معاوضة و ربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد. و رتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا- أجره كما اختاره الشهيدان- أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد. و يضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح و فاسد لا ما يفرض تارة صحيحا و أخرى فاسدا فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع لأن البيع الصحيح يضمن به-. نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه- لا يجري في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها ثم إن لفظة الباء في بصحيحه و بفاسده- إما بمعنى في بأن يراد كلما تحقق الضمان في صحيحة تحقق في فاسده-. و إما لمطلق السببية الشامل للتاقصه لا العلة التامة فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما في السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى أن دركه عليه و يتداركه برد الثمن فتأمل و كذا الإجارة و النكاح و الخلع فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل

عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه. و أما العقد الفاسد فلا تكون علة تامة أبدا بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض فقبله لا ضمان فجعل الفاسد سببا إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان و إما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض و لذا علل الضمان الشيخ و غيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه. و لا-ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه و الغرض من ذلك كله دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان و يقال كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. و قد ظهر من ذلك أيضا فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد إلى القبض فلا بد من تخصيص القاعدة بإجماع و نحوه ثم إن المدرك لهذه الكلية- على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان ثم أضاف إلى ذلك قوله ص: على اليد ما أخذت حتى تؤدي. و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل لأنهما إنما أقدمتا و تراضيا و توطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله و ليس مما أقدم عليه المتعاقدان. و هذا كله مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع- إذا تلف في يد المشتري- و كما إذا

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٣

قال بعتك بلا ثمن أو آجرتك بلا أجره. نعم قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان و استشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

و بالجمله فدلليل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طردا و عكسا و أما خبر اليد فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبرا إلا- أن مورده مختص بالأعيان فلا- يشمل المنافع و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة- اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم و أنه لا يحل إلا عن طيب نفسه و أن حرمة ماله كحرمة دمه و أنه لا يصلح ذهاب حق أحد مضافا إلى أدلة نفي الضرر فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيله لغرضه فلا بد من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام و نفي الضرر. ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه بيان أن العين و المنفعة- التين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجانا و تبرعا حتى لا- يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرع به و العين المدفوعة مجانا أو أمانة فليس دليل الإقدام دليلا مستقلا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال. نعم في المسالك ذكر كلا من الأقدام و اليد دليلا مستقلا فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقص و الاعتراض. و يبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره كالسبق في المسابقة الفاسدة حيث حكم الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل خلافا لآخرين- و وجهه أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر- و لم يقع بأمره أيضا. فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضى بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه لأنه ليس كالمستوفى له و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل و تمام الكلام في بابه- ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد- بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض. و توهم أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه و المفروض أن القابض جاهل- . مدفوع بإطلاق النص و الفتوى و ليس الجاهل مغرورا لأنه أقدم على الضمان قاصدا و تسليط الدافع العالم لا يجعله أمانة مالكية لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه لا أنه أمانة عنده أو عارية و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به و ستأتى تتمه ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كله في أصل الكليّة المذكورة

و أما عكسها

و هو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحة ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمنا كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية غير المضمونة بل المضمونة بناء على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه- لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة- ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانيها كما صرح به في القواعد و السرائر. و حكى عن التذكرة و إطلاق الباقي إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان و حكى فيها عن بعض نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب و الظاهر أن المحكى عنه- هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة. و ما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد حيث قال في باب الغصب إن الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان لأن التصرف فيها حرام لأنه غصب فيضمنه ثم قال إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك- فيقال إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقا و الأصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلاءه بغير حق و هو باطل انتهى. و لعل الحكم بالضمان في المسألة- إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن لأن المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد في الإجارة المنفعة فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد- و حيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان و أما في فاسدها فدفع الموجد للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيها و المفروض عدم الاستحقاق- فیده عليها يد عدوان موجبة للضمان و إما لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد- و الأقوى عدم الضمان. فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع أن صحيح العارية لا يضمن به و لذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقديرى الصحة و الفساد إلا أن يقال إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته أن المستقر عليه قهرا بعد العارية هى القيمة لا العين فوجب دفع القيمة ثابت قبل التلف- بسبب وجوب الإلتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التلف.

و يشكل اطراد القاعدة أيضا فى البيع فاسدا

بالنسبة إلى المنافع التى لم يستوفها فإن هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع أنها مضمونة فى العقد الفاسد إلا أن يقال إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح و الفاسد- . و فيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشىء فى العقد الصحيح- لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع و يمكن نقض القاعدة أيضا بحمل المبيع فاسدا على ما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة- و التحرير من كونه مضمونا على المشتري خلافا للشهيدىن و المحقق الثانى و بعض آخر تبعا للعلامة فى القواعد مع أن الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح بناء على أنه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول فى البيع و حينئذ لا نقض على القاعدة و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان ثم إن مبنى هذه القضية السالبة- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط هى الأولوية و حاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده. و توضيحه أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفساد الذى هو بمنزلة العدم لا يؤثر فى الضمان لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان و المفروض عدمه و إلا لضمن بصحيحه و إما من حكم الشارع بالضمان المكاسب، ج ٢، ص ١٠٤

بواسطة هذه المعاملة الفاسدة و المفروض أنها لا تؤثر شيئا. و وجه الأولوية أن الصحيح إذا كان مفيدا للضمان- أمكن أن يقال إن الضمان من مقتضيات الصحيح- فلا يجرى فى الفساد لكونه لغوا غير مؤثر على ما سبق تقريبه من أنه أقدم على ضمان خاص- و الشارع لم يمهضه فیرتفع أصل الضمان لكن يخذشها أنه يجوز أن تكون صحة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعا مؤثرة فى رفع الضمان- بخلاف الفساد الذى لا يوجب تسلطا لهما على العين فلا أولوية. فإن قلت إن الفساد و إن لم يكن له دخل فى الضمان إلا- أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان- خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقى الباقي.

قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها و هى عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض- أو سلطه على الانتفاع به أو استأمنه منه عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقه- أو العمل فيه بلا أجره أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن. أما فى غير التمليك بلا عوض أعنى الهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان- عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتهمه- . و أما فى الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان فإن استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له- اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد بالمجانة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى أعنى المثل أو القيمة و لا جعلى فليس عليه ضمان.

الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد - وجوب رده فوراً إلى المالك

و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه - على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد أن مئونة الرد على المشتري لوجوب ما لا يتم إلا به وإطلاقه يشمل ما لو كان في رده مئونة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر. ويدل عليه أن الإمساك آنا ما تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه و لو نوقش في كون الإمساك تصرفاً كفى عموم قوله ص: لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده. و أما توهم أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع بأنه إنما ملكه إياه عوضاً - فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً و المفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك و كونه مالا للمالك و أمانه في يده أيضاً مما لم يؤذن فيه و لو أذن له فهو استيداع جديد كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبة جديدة هذا و لكن الذي يظهر من المبسوط عدم الإثم في إمساكه معللاً بأنه قبضه بإذنه مالكة و كذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب و هو ضعيف و النسبة غير ثابتة و لا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

الثالث أنه لو كان للعين المتباعدة منفعة - استوفاه المشتري قبل الرد

كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم. و يدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه بناء على صدق المال على المنفعة و لذا يجعل ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح خلافاً للوسيلة نفى الضمان محتجاً بأن الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل. و تفسيره أن من ضمن شيئاً و قبله لنفسه فخراجه له فالبراءة للسببية أو المقابلة - فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع و قبله على نفسه بتقيل البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً كان اللانزاع من ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد - كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً. و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه إلى أن الغنيمه و الفائدة بإزاء الغرامة و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله في مقام الاستشهاد على كونه منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري ألا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتري و نحوه في الرهن و غيره. و فيه أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه و إنما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضممان المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج التزم الشيء على نفسه و قبله له مع إمضاء الشارع له و ربما ينتقض ما ذكرناه - في معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث إنه أقدم على ضمانها مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة و إنما تملك الانتفاع الذي عينه المالك فتأمل. و الحاصل أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله إلا عن طيب النفس و ربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة - من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن بل عوض كلما انتفع. و فيه أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير و أضعف من ذلك رده بصحيحه أبي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاه رداً على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهت الصحيحة و ما قبلها رداً عليه هذا كله في المنفعة المستوفاه و أما المنفعة الفاتئة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمة - و لعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين فهي مقبوضة في يده و لذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً و كذا الدار المجعول سكنها ثمناً مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم إذ كونه في يد غير مالكة مدة طويلة من غير أجره مناف للاحترام لكن يشكل الحكم - بعد

تسليم كون المنافع أموالاً حقيقةً بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان إلا أن يندرج في عموم على اليد ما أخذت و لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ و دعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة. و أما احترام المكاسب، ج ٢، ص ١٠٥

مال المسلم فإنما يقتضى عدم حل التصرف فيه و إتلافه بلا عوض - و إنما يتحقق ذلك في الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده له و من المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة لأنها له مجاناً و لا يتقسط الثمن عليها و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإلتلاف فلا- ينافى القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإلتلاف مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقة المبيعة الساكنة عن ضمان غيرها في مقام البيان: و كذا صحيحه محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه فقال ع: الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها و سكت عن المنافع الفاتئة فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع - يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. و الإنصاف أن للتوقف في المسألة كما في المسالك تبعاً للدروس و التنقيح مجالاً و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الإشكال و التوقف بصورة علم البائع على ما استظهر السيد العميد و المحقق الثاني من عبارة الكتاب. و عن الفخر حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء فتحصل من ذلك كله أن الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاه خمسة الأول الضمان و كأنه للأكثر. الثاني عدم الضمان كما عن الإيضاح. الثالث الضمان إلا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع. الرابع التوقف في هذه الصورة كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس التوقف مطلقاً كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين. و قد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف إلا- أن المحكى عن التذكرة ما لفظه أن منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و القوات تحت اليد العادية فلو غصب عبداً أو جاريةً أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدةً في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. و لا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة فتشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع غلبته و لا- سيما مع جهل البائع به و أظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفاتئة مع قوله في باب البيع إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه انتهى. و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة و إن كان المترادى من ظاهر صحيحه أبي ولاد- اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاه من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة إلا أنا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

الرابع - إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف

إلا- ما يحكى عن ظاهر الإسكافي. و قد اختلفت كلمات أصحابنا في تعريف المثلي فالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و المحقق و تلميذه و العلامة و غيرهم قدس الله أرواحهم بل المشهور على ما حكى - أنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة و المراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار و لذا قيل في توضيحه- إن المقدار منه إذا كان يساوى قيمة فنصفه يساوى نصف تلك القيمة. و من هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً قال إذ لو انفصل نقصت قيمته قلت و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً إذ لو انكسر نصفين نقصت قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع إلا أن يقال إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح و لذا لا يعد الجريش مثلاً للحنطة و لا الدقاقة مثلاً للأرز. و من هنا يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف

من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف - فلا يرد ما قيل من أنه إن أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعروف إذ ما من مثلي إلا و أجزاءه مختلفة في القيمة كالحنطة فإن قفيزا من حنطة يساوى عشرة و من أخرى يساوى عشرين و إن أريد التساوى في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب و الأرض انتهى. و قد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا من أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل للأجزاء و متساويا في القيمة لا بمعنى أن جميع أبعاض هذا النوع متساوية في القيمة فإذا كان المضمون بعضا من صنف فالواجب دفع مساوية من هذا الصنف لا القيمة و لا بعض من صنف آخر. لكن الإنصاف أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه و إطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيدا إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها كما التزمه بعضهم. غاية الأمر و وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضا عن التالف - أو القرض و هذا أبعد - هذا مضافا إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا بأنه إن أريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا فإنه قل ما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع لأن أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها كما لا يخفى و إن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم تتساو حقيقة تحقق ذلك في أكثر القيميات فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوى القيمة و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها و لذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة على ما حكى عنه أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله. و قد عد الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات مع أن كل نوع منهما مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفا ثم لو فرض أن الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلي

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٦

بالمثلي و القيمي بالقيمة ثم إنه قد عرف المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص. فعن التحرير أنه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته و عن الدروس و الروضة البهية أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن المسالك و الكفاية أنه أقرب التعريفات إلى السلامة و عن غاية المراد ما تساوت أجزاءه في الحقيقة النوعية و عن بعض العامة أنه ما قدر بالكيل أو الوزن. و عن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلما. و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض. - إلى غير ذلك مما حكاها في التذكرة عن العامة. ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية و لا متشعبة و ليس المراد معناه اللغوي إذ المراد بالمثل لغة المماثل فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس و إن أريد من بعضها فغير مطرد و ليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أن المثلي يضمن بالمثل و غيره بالقيمة و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين - و حينئذ فينبغي أن يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل للإجماع. و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات - و ظاهر غيره كونهما مثليين و كذا الحديد و النحاس و الرصاص فإن ظواهر عبارة المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيمة. و عبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية و إن كان المصوغ منها قيميا. و قد صرح الشيخ في المبسوط بكون الرطب و العنب قيمين و التمر و الزبيب مثليين و قال في محكي المختلف إن في الفرق إشكالا بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين. و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد أن الثوب مثلي و المشهور خلافه و أيضا فقد مثلوا للمثلي بالحنطة و الشعير و لم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف - و ما المعيار في الصنف و كذا التمر و الحاصل أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة - فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة

ولا- يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك مضافا إلى عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر والأقوى تخيير المالك من أول الأمر لأصالة الاشتغال و التمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع. نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال و الإجماع على عدم تخيير المالك التخيير فى الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعنى تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه القيمة و لا للضامن الامتناع و بين تعيين القيمة كذلك فلا- متيقن فى البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح- فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فتأمل هذا و لكن يمكن أن يقال- إن القاعدة المستفاد من إطلاقات الضمان- فى المغصوبات و الأمانات المفترط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية و الصفات ثم بعده قيمة التالف من التقدين و شبههما- لأنهما أقرب من حيث المالية- لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص المشهور فيه على ذكر المضمون به بل كلها إلا ما شذ و ندر قد أطلق فيها الضمان فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله فى موارد البيان. و قد استدل فى المبسوط و الخلاف على ضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمة بقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثلى و القيمة فى غيره و اختصاص الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل و ربما يناقش فى الآيه بأن مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به و فيه نظر. نعم الإنصاف عدم وفاء الآيه كالدليل السابق عليها- بالقول المشهور لأن مقتضاها و جوب المماثلة العرفية فى الحقيقة و المالية- و هذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات سواء وجد المثل

فيها أم لا أما مع وجود المثل فيها كما لو أتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية من جميع الجهات فإن مقتضى العرف و الآيه إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك و لو بأضعاف قيمته و دفعه إلى مالك الذراع المتلف مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به- و كذا لو أتلف عليه عبدا و له فى ذمه المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى كما يشهد به ملاحظ كلماتهم فى بيع عبد من عبيدين. نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان فى الدروس و المسالك إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمة لكن لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين لا من جهة ضمان القيمى بالمثل و لذا اتفقوا على عدم جوب قبول غيرها و إن كان مماثلا- لها من جميع الجهات. و أما مع عدم وجود المثل للقيمى التالف فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر كما لو تعذر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلى و لا يقولون به و أيضا فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالية- مع أن المشهور كما يظهر من بعض إزماءه به و إن قوى خلافه بعض بل ربما احتتمل جواز دفع المثل و لو سقط المثل عن القيمة بالكلىة و إن كان الحق خلافه- فبين أن النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآيه عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين- و لا يضمن به عند المشهور كما فى المثالىين المتقدمين. و قد يعكس الحكم كما فى المثالى الثالث و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثلة ثم إن الإجماع على ضمان القيمى بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدى بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا ففى موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق و عموم الآيه بناء على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصص بالمجمل مفهوم المراد بين الأقل و الأكثر

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٧

لا- يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك. فحاصل الكلام أن ما أجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التى يختلف فيها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافا إلى الخبر الوارد فى أن الثابت فى ذمه من اقترض دراهم و أسقطها السلطان و روج غيرها هى الدراهم الأولى و ما

أجمع على كونه قيميا يضمن بالقيمة بناء على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك و إن وجد مثله - أو كان مثله في ذمة الضامن و ما شك في كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثل مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع و التالف و مع الاختلاف الحق بالقيمي فتأمل.

الخامس ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل

ففي وجوب الشراء تردد انتهى. أقول كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل - بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء و لا خلاف كما صرح به في الخلاف حيث قال إذا غصب ماله مثل الحبوب و الأدهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتره بأى ثمن كان بلا- خلاف و في المبسوط يشتره بأى ثمن كان إجماعا انتهى. و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل في المثلى و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة بل ربما احتمال بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالمية كالماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء و إما إن كانت لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكة بإزائه ضررا عرفا. فالظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد لأن الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل و إنما زاد على ثمن التالف يوم التلف فحيث يمكن التردد في الصورة الثانية كما قيل من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى و أنه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة و هو ضرر و لكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحرير كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى ثم إنه لا فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا- وفاقا لظاهر المحكى عن التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد. و في السرائر أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب و هو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة و أما مع تعذره فسيأتى حكمه في المسألة السادسة.

السادس لو تعذر المثل في المثلى

إشارة

السادس لو تعذر المثل في المثلى

فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك لأن منع المالك ظلم- و إلزام الضامن بالمثل منفى بالتعذر فوجبت القيمة جمعا بين الحقين مضافا إلى قوله تعالى فَأَعْتِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَإِنَّ الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى و أما مع عدم مطالبه المالك فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبه المالك و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة و حق الضامن لعدم تكليفه بالتعذر و المعسور أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل. و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة و الإيضاح حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه أن المثل لا يسقط بالإعواز أ لا ترى أن المغضوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة و إنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها انتهى. لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل و لعلهم يريدون صورة المطالبة و إلا فلا دليل على الإطلاق و يؤيد ما ذكرنا- أن المحكى عن الأكثر في باب القرض أن المعتبر في المثلى المتعذر قيمته يوم المطالبة. نعم عبر بعضهم بيوم الدفع فليتأمل و كيف كان فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول إن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته هو يوم الدفع لأن المثلى ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان و لا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. و قد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني و

قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدل عليه- و يحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو للحلى فى البيع الفاسد و التحرير فى باب القرض و المحكى عن المسالك لأنه وقت الانتقال إلى القيمة و يضعفه أنه إن أريد بالانتقال- انقلاب ما فى الذمة إلى القيمة فى ذلك الوقت فلا دليل عليه و إن أريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمة إلا بالقيمة فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذر مع المطالبة إلا أنه لو أخر الإسقاط بقى المثل فى الذمة إلى تحقق الإسقاط و إسقاطه فى كل زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان و ليس فى الزمان الثانى مكلفا بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأول هذا و لكن لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسألة إلى ما تقدم سابقا من الآيه و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل توجه القول بصيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل إذ لا فرق فى تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما فى القيميات- و بين طوره بعد التمكن كما فى ما نحن فيه. و دعوى اختصاص الآيه و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم- ثم إن فى المسألة احتمالات أخر- ذكر أكثرها فى القواعد و قوى بعضها فى الإيضاح و بعضها بعض الشافعية و حاصل جميع الاحتمالات فى المسألة مع مبانيها أنه إما أن نقول باستقرار المثل فى الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذى اخترناه- تبعا للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض و ذكره فى القواعد خامس الاحتمالات و إما أن نقول بصيرورته قيميا عند الإعواز فإذا صار كذلك فيما أن نقول إن المثل المستقر فى الذمة قيمى فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجبت قيمته و إما أن نقول إن المغصوب انقلب قيميا بعد أن كان مثليا. فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار فى القيمى بيوم التالف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز كما صرح به فى السرائر فى البيع الفاسد و التحرير فى باب القرض لأنه يوم تلف القيمى و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٨

هو القول الآخر فى القيمى كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه أول أزمنه وجوب المثل فى الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه و هذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب كما عن الأ-كثر و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التالف كما حكى عن جماعة من القدماء فى الغصب كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز و ذكر هذا الوجه فى القواعد ثانى الاحتمالات. و إن قلنا إن التالف قيميا احتمل الاعتبار بيوم الغصب كما فى القيمى المغصوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التالف و ذكر هذا أول الاحتمالات فى القواعد. و إن قلنا إن المشترك بين العين و المثل صار قيميا جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان إما للعين و إما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التالف و هذا ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل- و وجهه فى محكى التذكرة و الإيضاح بأن المثل لا يسقط بالإعواز قالوا لا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه- فالمصير إلى القيمة عند تغريمها و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. و حاصله أن وجوب دفع قيمة المثلى يعتبر من زمن وجوبها أو وجوب مبدلها أعنى العين فيجب أعلى القيم منهما فافهم. إذا عرفت هذا فاعلم أن المناسب لإطلاق كلامهم- لضمان المثل فى المثلى هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط و تفرغ الذمة و أما بناء على ما ذكرنا من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدما مع تيسره و مع تعذره ابتداء كما فى القيمى أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميا و هو حال الإعواز فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمنه صيرورة التالف قيميا لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين فعلى القول باعتبار يوم التالف فى القيمى توجه ما اختاره الحلى رحمه الله. و لو قلنا بضمان القيمى بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التالف- كما عليه جماعة من القدماء توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز إذ كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائها المتدارك لارتفاع القيم كذلك يشترط تعذر المثل فى المثلى إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية- و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها

كرد عينها في إلغاء ارتفاع القيم فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل. فإن قلنا إن تعذر المثل يسقط المثل كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمنان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز و هو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل. و إن قلنا إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا فيتوجه ضمنان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة و هو المحكى عن الإيضاح و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمنان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل. ثم اعلم أن العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات أنه لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد وجود المثل في بعض أزمنة التلف لا ما تعذر فيه المثل ابتداء. و عن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات و يمكن أن يחדش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداء كما لا يشترط في استقراره استدامه على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض. و بالجملة فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطرء التعذر و إلا- لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر إلا- أن يقال إن أدلته وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن و إن لم يكن مشروطا به عقلا فلا تعم صورة العجز. نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيما- و قد يقال على المحقق المذكور إن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة

لم يكن له المطالبة و لا- أظن أحدا يلتزمه و فيه تأمل. ثم إن المحكى عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل أن لا يوجد في البلد و ما حوله و زاد في المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في الانقطاع المسلم فيه-. و عن جامع المقاصد الرجوع فيه إلى العرف و يمكن أن يقال- إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم أعيانا كانت أم في الذمة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب رد العين أينما كانت و لو كانت في تحصيلها مئونة كثيرة و لذا كان يجب تحصيل المثل بأي ثمن كان و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد- كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخص و هو المتعذر لأنه المجمع عليه. نعم ورد في بعض أخبار السلم أنه إذا لم يقدر المسلم إليه- على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري. و من المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقع على استحالة النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه ثم إن في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا من حيث إن العبرة بفرض وجوده و لو في غاية العزّة كالفاكهة في أول زمانها أو آخره- أو وجود المتوسط الظاهر هو الأول لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد

المكاسب، ج ٢، ص ١٠٩

هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة. فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كانت قيمة المثل هناك أزيد و أما مع تعذره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفا لها في بلد المطالبة فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف وجوه. و فصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب بأنه إن لم يكن في نقله مئونة فإن كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء أ كانت القيمتان مختلفتين أم لا- و إن كان في نقله مئونة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا لأنه لا ضرر عليه في ذلك و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد ثم قال إن الكلام في

القرض كالكلام في الغضب و حكى نحو هذا عن القاضى أيضا فتدبر. و يمكن أن يقال إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف-. بقى الكلام فى أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا تلفه فى مفازة و الجمد فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف أم لا الأقوى بل المتعين هو الأول بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب و غيرهم. و المصرح به فى محكى التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمة المثل فى تلك المفازة و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالىة.

فرع - لو دفع القيمة فى المثلى المتعذر مثله ثم تمكن من المثل

فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته وفاقا للعلامة رحمه الله- و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة لأن المثل كان دينا فى الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضى فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز و أما على القول بسقوطه و انقلابه قيميا. فإن قلنا بأن المغصوب انقلب قيميا عند تعذر مثله- فأولى بالسقوط لأن المدفوع نفس ما فى الذمة. و إن قلنا إن المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيميا احتمل وجوب المثل عند وجوده لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل و سيأتى أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السابع - لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا

إشارة

فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة و تدل عليه الأخبار المتفرقة فى كثير من القيميات فلا حاجة إلى التمسك بصحيفة أبى ولاد الآتية فى ضمان البغل و لا بقوله ع: من أعتق شقصا من عبد قوم عليه بل الأخبار كثيرة بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق أدلة الضمان فى القيميات هو ذلك بحسب المتعارف إلا أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذرا بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة فى خصوص بعض القيميات كالبغل و العبد و نحوهما لصورة تعذر المثل كما هو الغالب- فالمرجع فى وجوب القيمة فى القيمي و إن فرض تيسر المثل له كما فى من أتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه و كما لو أتلف عليه ذراعا من مائه ذراع كرباس منسوج على طريقه واحدة لا تفاوت فى أجزائه أصلا هو الإجماع كما يستظهر. و على تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل خصوصا مع الاستدلال عليه كما فى الخلاف و غيره بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ بناء على أن القيمة مماثلة للتالف فى المالىة فإن ظاهر ذلك جعلها- من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل و كيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى. و عن الشيخ و المحقق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض فإن أرادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل فتكون القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالا فى مسألة تعين القيمة متفرعا على هذا القول فترده إطلاقات الروايات الكثيرة فى موارد كثيرة منها صحيفة أبى ولاد الآتية. و منها رواية العبد. و منها ما دل على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلك فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. و منها غير ذلك من الأخبار الكثيرة. و إن أرادوا أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا نظرا إلى ظاهر آية الاعتداء و نفى الضرر لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه و لو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول بضمنان المثل فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولاً ثالثاً فى المسألة ثم إنهم اختلفوا فى تعين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد. فالمحكى فى غاية المراد عن الشيخين و أتباعهما تعين قيمة يوم التلف و عن الدروس و الروضة نسبه إلى الأ-كثر. و الوجه فيه على ما نبه عليه جماعة منهم العلامة فى التحرير أن الانتقال إلى البدل إنما هو يوم التلف إذ

الواجب قبله هو رد العين وربما يورد عليه- أن يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة أما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا و يدفع بأن معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده و معنى ذلك وجوب تداركه عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف- و تداركه ببذله على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه. و مما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف فإن خرج المغصوب من ذلك مثلا فبدليل خارج. نعم لو تم ما تقدم عن الحل في هذا المقام من دعوى الاتفاق على كون المبيع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا- في ارتفاع الإثم ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل بل يمكن أن يقال إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتيه كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف إذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف لما ذكرنا من أن معنى التدارك الالتزام بقيمته يوم وجوب التدارك. نعم لو فرضت دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال.

فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها

ليلحق به البيع الفاسد إما لما ادعاه الحل- و إما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات. و كون العبرة في جميعها بيوم الضمان كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد

المكاسب، ج ٢، ص ١١٠

و حيث إن الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعا- و إن كان الغرض متعلقا ببعضها. فروى الشيخ في الصحيح عن ابن محبوب عن أبي ولاد قال: اكرت بغلا إلى قصر بني هبيرة- ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لي فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه نحو النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني و بينه و رجعت إلى الكوفة و كان ذهابي و مجيء خمسة عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و أرضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعت سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال أريد كرى بغلي فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال إنني ما أرى لك حقا لأنه اكرته إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكرى فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكرى قال فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع فرحمت مما أفتى به أبو حنيفة و أعطيته شيئا و تحللت منه و حجبت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله ع بما أفتى به أبو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركاتنا [قال فقلت لأبي عبد الله ع فما ترى أنت جعلت فداك قال ع أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل [و مثل كرى البغل ذاهبا من النيل إلى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لأنك غاصب فقلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني- قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال أنت و هو إما يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمك ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك قلت إنني أعطيته دراهم و رضى بها و حللني قال إنما رضى فأحلكت حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفتيتك به فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك إلخ و محل الاستشهاد فيها فقرتان الأولى قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته إلى ما بعد فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه- ثانيا يعنى قيمة يوم المخالفه للبغل فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل و القيمة إنما هي قيمة

المثل و إما يجعل اليوم قيذا للاختصاص - الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل و أما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله ع نعم القائم مقام قوله ع يلزمك معنى يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني فقوله نعم معنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. و قد أظن بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه و لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي و لا التفاهم العرفي. الثانية قوله أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكرتري كذا و كذا فإن إثبات قيمة يوم الاكترتري من حيث هو يوم الاكترتري لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة بناء على أنه يوم الاكترتري لأن الظاهر من صدر الرواية - أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة و من المعلوم أن اكترتري البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة. و أما قوله ع في جواب السؤال عن إصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده فالظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة إذ لا عبرة

في أورش العيب بيوم الرد إجماعا - لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين فالمعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و يحتمل أن يكون قيذا للعيب. و المراد العيب الموجود في يوم الرد لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد فهو مضمون دون العيب القليل الحادث أولا لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد و العبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لأن المعيب لو رد إلى الصحة أو نقص - لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى - فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضا فتعين تعلقه بقوله ع عليك - . و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض في الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل الغصب و يحتمل يوم حدوث العيب - الذي هو يوم تلف و صف الصحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له في اعتبار يوم الغصب تعيين حمل هذا أيضا على ذلك. نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوما و يكون السر في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك لأنه خسر المبلغ الذي اشترى به البغلة.

و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بيوم الاكترتري فإن فيه إشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة إلا أن يقال إن الوجه في التعبير بيوم الاكترتري مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكترتري لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس - و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينه كاليمين - في مقابل قول السائل و من يعرف ذلك فتأمل. و يؤيده أيضا قوله ع فيما بعد في جواب قول السائل و من يعرف ذلك قال أنت و هو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت له لزمه أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكرتري كذا و كذا فيلزمك

المكاسب، ج ٢، ص ١١١

فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك - مع كونه مخالفا للأصل ثم لا وجه لقبول بيته لأن من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه. و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدق فيه من دون محاكمة و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف - فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا و لا شك حينئذ أن القول قول المالك و يكون سماع البين في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا - مع اتفاقهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف و فتكون الرواية قد تكلفت لحكم صورتين من صور تنازعتهما. و يبقى

بعض الصور مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة و لعل حكمها أعنى حلف الغاصب- يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية و أما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له فادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة و لا يخفى بعده و أبعد منه حمل النص على التعبد و جعل الحكم مخصوصا فى الدابة المغصوبة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى من كون البيئنة على المدعى و اليمين على من أنكر كما حكى عن الشيخ فى بابى الإجارة و الغصب- و أضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثانى إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب. نعم استدلو على هذا القول بأن العين مضمونة فى جميع تلك الأزمنة التى منها زمان ارتفاع قيمته و فيه أن ضمانها فى تلك الحال إن أريد به و جوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه مسلم إذ تداركه لا يكون إلا بذلك لكن المفروض أنها لم تتلف فيه و إن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلا و إن تنزلت بعد ذلك فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين و إن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل عدا ما حكاه فى الرياض عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك و فيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر. نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة فى جميع الأزمنة بأن العين إذا ارتفعت قيمتها فى زمان و صارت ماليتها مقومة بتلك القيمة فكما أنه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت إذ لا- فرق مع عدم التمكن منها بين إن تلفت أو تبقى نعم لو ردت فتتدارك تلك المالية بنفس العين و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا و إنما هو مقوم لمالية المال و به تمايز الأموال كثيرة و قلته. و الحاصل أن للعين فى كل زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المالية أزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن- و إن تلفت استقرت عليها تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الأعلى- نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة حيث إنه يضمن الأعلى منها- و لأجل ذلك استدلت العلامة فى التحرير- للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان إزالته يد المالك. و نقول فى توضيحه إن كل زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليتها- ففى زمان أزيلت من مقدار درهم و فى آخر عن درهمين و فى ثالث عن ثلاثة فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف و جبت غرامة أكثرها فتأمل. و استدلت فى السرائر و غيرها على هذا القول- بأصالة الاشتغال ذمته بحق المالك و لا- تحصل البراءة إلا بالأعلى و قد يجاب بأن الأصل فى المقام البراءة حيث إن الشك فى التكليف بالزائد. نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد ثم إنه حكى عن المفيد و القاضى و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري و لم يعلم له وجه و لعلهم يريدون به يوم القبض لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم ثم إنه

لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال إلا أنه تردد فيه فى الشرائع و لعله كما قيل- من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله و دفع القيمة إنما هو لإسقاط المثل- . و قد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة و أما إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان فى محل الضمان بعشرة و فى مكان التلف بعشرين و فى مكان المطالبة بثلاثين فالظاهر اعتبار محل التلف لأن مالىة الشئ تختلف بحسب الأماكن و تداركه بحسب ماليتها ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف- إنما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس و أما إذا كان حاصلا من زيادة فى العين فالظاهر كما قيل عدم الخلاف فى ضمان أعلى القيم و فى الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة و إنما زيادتها فى بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه- النازلة منزلة الجزء الفائت. نعم يجرى الخلاف المتقدم فى قيمة هذه الزيادة الفائتة فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم ثم إن فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليها و إن لم تهلك كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبطت لما دل على الضمان بهذه الأمور فى باب الأمانات المضمونة. و هل يقيد ذلك بما

إذا حصل اليأس من الوصول إليه- أو بعدم رجاء وجدانه أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها أو لو كانت قصيرة وجوه-. ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين- لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن تبلغ الساحل. و يؤيده أن فيه جمعاً بين

المكاسب، ج ٢، ص ١١٢

الحقين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين فإن تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذر نفسه نظير ما تقدم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلى. نعم لو كان زمان التعذر قصيراً جداً بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة أشكل الحكم- ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف- بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى في مقدماته لم تسقط القيمة زمان السعى لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر- وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين فتأمل و لعل المراد به التعذر في الحال و إن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمه ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن فلا يجوز للمالك الامتناع بل له أن يمتنع من أخذها و يصبر إلى زوال العذر كما صرح به الشيخ في المبسوط. و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم و كما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا- خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين. و لعل الوجه فيه أن التدارك لا- يتحقق إلا- بذلك- و لو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة و إن لم يدخل في ملكه نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين-. و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله و على أى حال فلا تنتقل العين إلى الضامن فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له. و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان قال الأول في محكى جامعهم إن هنا إشكالا فإنه كيف تجب القيمة و يملكها الآخذ و تبقى العين على ملكه و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه انتهى و قال الثاني إن هذا لا يخلو عن إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح- و لو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلاً و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف كان وجهها في المسألة انتهى و استحسنته في محكى الكفاية

[الكلام في بدل الحيلولة]

أقول الذى ينبغى أن يقال هنا إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن و لازم ذلك إقامة مقابلها من ماله مقامها- ليصدق ذهابها من كيسه ثم إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقى أو العرفى المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً و جب قيام مقابلها من ماله مقامها في الملكية و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنها و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية- و جب قيام مقابلها مقامها في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابل و تداركاً للسلطنة الفائتة- فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة-. نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليه و جب تملكه للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة و على أى تقدير فلا- ينبغى الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها- إنما الكلام في البدل المبذول و لا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة- و بالسلطنة المطلقة عليها و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه

حصوله من حين التصرف و قد تقدم في المعاطاة بيان ذلك ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقيق ملكية البدل - أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكةا إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعد بذل البدل غرامة و تداركا- أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل. و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ- لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم و لذا استظهر غير واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذى وطئه يملكه لأنه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه فى بلد آخر لكن هذا لا يعد فواتا لما به قوام المالىة هذا كله مع انقطاع السلطنة مع بقائها على مقدار ماليتها السابقة أما لو خرجت عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية- . فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك به لأن القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التى خرجت العين لفواتها عن التقويم لا عوض عن العين نفسها كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب فإن بقاءها على ملك مالكةا لا ينافى معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات به فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك و لو ببذل القيمة. قال فى القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف وجب ثم يضمن الغاصب النقص و لو لم تبق لها قيمة غرم جميع القيمة انتهى و عطف على ذلك فى محكى جامع المقاصد قوله و لا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمة أخذها و لم تدفع العين انتهى و عن المسالك فى هذه المسألة أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق فيجمع بين العين و القيمة لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزاع بل قال يمكن أن لا يجوز و تتعين القيمة لكونه بمنزلة التلف- و حينئذ يمكن جواز الصلاة فى هذا الثوب المخيط إذ لا غضب فيه يجب رده كما قيل بجواز المسح- بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح انتهى. و استجوده بعض المعاصرين- ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه لصيرورته معوضاً شرعاً و فيه أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء و أدلة الضمان قد عرفت أن

المكاسب، ج ٢، ص ١١٣

محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء أ كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيتها و لا يخفى أن العين على التقدير الأول- خارجة عن الملكية عرفاً. و على الثانى السلطنة المطلقة على البدل عن السلطنة المنقطعة عن العين و هذا معنى بدل الحيلولة. و على الثالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية كيف و لم تتلف هى و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالىة- بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال- بل لو استلزم ردها ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه فتأمل. و لعل ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج فتتبعين القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء الداخلة فيه الخشبة كما لا يأتى عنه عنوان المسألة فلاحظ و حينئذ فلا- ينافى ما تقدم سابقاً من بقاء الخيط على ملك مالكة و إن وجب بذل قيمته ثم إن هنا قسماً رابعاً و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل المغصوب خمراً. فاستشكل فى القواعد وجوب ردها مع القيمة و لعله من استصحاب وجوب ردها و من أن الموضوع فى المستصحب ملك المالك إذ لم يجب إلا رده و لم يكن المالك إلا أولى به إلا أن يقال إن الموضوع فى الاستصحاب عرفى و لذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى و يؤيده أنه لو عادت خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أم للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمره و لا يضمن منافعها فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع و قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. و فى موضع من جامع المقاصد

أنه موضع توقف- و في موضع آخر رجح الوجوب-. ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأنه مع التلف تتعين القيمة- ولذا ليس له الامتناع من أخذها بخلاف تعذر العين فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و تبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدة فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف. و الحاصل أن قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة في عهدة الضامن فلا عبرة بيوم التعذر و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلى. ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا و جب ردها على مالكةا كما صرح به في جامع المقاصد فورا و إن كان في إحضارها مئونة كما كان قبل التعذر لعموم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي و دفع البدل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى أنه لو تلفت لم تكن عليه قيمتها بعد ذلك- و استلزم ذلك على ما اخترناه من عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة. و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي فلا يجوز استصحابه- بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه المغيبي في قوله ص:

على اليد ما أخذت المغيبي بقوله: حتى تؤدي و هل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرو التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضمانا جديدا بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم أو أنها باقية على ملك مالك العين و تكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب رده. و أما الضمان و عهدة جديدة فلا وجهان أظهرهما الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمانا جديدا و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه و حينئذ فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة. و توهم أن المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة في زمن التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف في الغاية بل كان بدلا عن أصل السلطنة يعود بعودها فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه- أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز و لا يجب رد نمائه المنفصل و لو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولا إذ ما لم تتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإن الغرامة عوض عن السلطنة لا عوض عن قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل. نعم للمالك مطالبة عين ماله- لعموم: الناس مسلطون على أموالهم و ليس ما عنده من المال عوضا عن مطلق السلطنة- حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك و لذا لا تباح لغيره بمجرد بذل الغرامة. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره في التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد. و عن السرائر الجزم بأن له ذلك- و لعله لأن القيمة عوض إما عن العين و إما عن السلطنة عليها و على أي تقدير فيتحقق التراد و حينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر-. و فيه أن العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة فالمالك مسلط عليها- و المعوض للغرامة هي السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد اللهم إلا- أن يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفائتة و الأقوى الأول- ثم لو قلنا

المكاسب، ج ٢، ص ١١٤

بجواز الحبس- لو حبسها فتلفت العين محبوسة فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب لأنه حبسها بحق نعم يضمناها لأنه قبضها لمصلحة نفسه و الظاهر أنه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل في كل مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف. و ذكر العلامة في القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة

الأولى و الظاهر أن مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة بناء على زوال حكم الغضب عن العين لكونها محبوسة بغير عدوان لا خصوص حين التلف و كلمات كثير منهم لا- تخلو عن اضطراب ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغضب و لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها في حكم المغضوب من حيث كونه مضمونا إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة. نعم ربما يفرق من جهة نص في المغضوب مخالف لقاعدة الضمان كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي ولاد أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال فلم نعرف له مأخذا واضحا. و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقي منه أحكام آخر أكثر مما ذكرنا- و لعل بعضها يجيء في بيع الفضولى إن شاء الله تعالى

الكلام في شروط المتعاقدين

[من جملة شرائط المتعاقدين البلوغ]

مسألة المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي

إشارة

بل عن الغنية الإجماع عليه و إن أجاز الولي. و في كثر العرفان نسبه عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا و ظاهرها إرادة التعميم لصورة إذن الولي. و عن التذكرة أن الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع سواء أ كان مميزا أم لا في جميع التصرفات إلا ما استثنى كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه في الدخول على خلاف في ذلك انتهى. و استثناء إيصال الهدية و إذنه في دخول الدار يكشف بفتحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله لأن الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القولية و الفعلية و إنما هو في الأول آله في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و إرسالها و الثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول و هو رضا المالك.

[الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]

و احتج على الحكم في الغنية بقوله ص: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ و قد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار و قال إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم و نحوه الحل في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرا و تبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة و غيره.

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي]

إشارة

و استدلو أيضا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر: إن الجارية إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء و الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة إلى آخر الحديث.

و في رواية ابن سنان: متى يجوز أمر اليتيم قال حتى يبلغ أشده قال ما أشده قال احتلامه و في معناها روايات أخر

[المناقشة في دلالة هذه الروايات]

لكن الإنصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف لأن الجواز مرادف للمضى فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة كما يقال بيع الفضولي غير ماض بل موقوف. و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله إلا أن يكون سفيها فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته و أنه إذا ساوم وليه متاعه و عين له قيمته و أمر الصبي لمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

[المناقشة في دلالة حديث رفع القلم]

و أما حديث رفع القلم ففيه أولا أن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي. و ثانيا أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء به بعد البلوغ أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته كما تكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مس المصحف. و ثالثا لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ - موضوعا للأحكام المجعولة في حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. و بالجملة فالتمسك بالرواية ينافى ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين

[ترديد بعضهم في الصحة و تصريح آخرين بها]

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة و إلا فالمسألة محل إشكال و لذا تردد المحقق في الشرائع في إجازة المميز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية و استشكل فيها في القواعد و التحرير. و قال في القواعد و في صحة بيع المميز بإذن الولي نظر بل عن الفخر في شرحه أن الأقوى الصحة مستدلا بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه و لكن لم أجده فيه و قواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده حيث قال و هل يصح بيع المميز و شراؤه الوجه عندي أنه لا يصح. و اختار في السرائر صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده. و ذكر المحقق الثاني أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي و أقواله شرعية أم لا ثم حكم بأنها غير شرعية و أن الأصح بطلان العقد. و عن المختلف أنه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاما يدل على صحة بيع الصبي و بالجملة فالمسألة لا تخلو عن إشكال و إن أطنب بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه

[الحجة في المسألة هي الشهرة و الإجماع المحكى]

إشارة

فالإنصاف أن الحجة في المسألة هي الشهرة المحققة و الإجماع المحكى عن التذكرة بناء على أن استثناء الإحرام الذي لا يجوز إلا بإذن الولي شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة لا نفى الاستقلال في التصرف و كذا إجماع الغنية - بناء على أن

استدلالة بعد الإجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي و ليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال إن الإجازة عند السيد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولي و يؤيد الإجماعين ما تقدم عن كثر العرفان.

[المناقشة في تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضي و غيرهم خصوصا المحقق الثاني الذي المكاسب، ج ٢، ص ١١٥

بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الإجماع و كيف كان فالعمل على المشهور

[ما يستأنس به للبطان الأخبار المستفيضة]

و يمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبي و خطاه واحد كما في صحيحة ابن مسلم و غيرها و الأصحاب و إن ذكروها في باب الجنائيات إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنائيات و لذا تمسك بها الشيخ في المبسوط و الحلبي في السرائر على أن إخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام التي يختص حرمتها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي و لا على الولي لأن عمدته خطأ. و حينئذ فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبي و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطي و إيقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم و هو ما عن قرب الإسناد بسند أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي ع أنه كان يقول: المجنون المعتوه الذي لا يفقه و الصبي الذي لم يبلغ عمدتها خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم إلى آخر الحديث فإن ذكر رفع القلم في الذيل ليس له وجه ارتباط إلا أن يكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة أو أن يكون معلولا لقوله عمدتها خطأ يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما و لا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور في الرواية أعني عدم مؤاخذه الصبي و المجنون بمقتضى جنائية العمد و هو القصاص و لا بمقتضى شبه العمد و هي الدية في مالهما لا- يستقيم إلا- بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا من حيث العقوبة الأخروية و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية. و على هذا فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولي فلا أثر لهما في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي فليس ذلك إلا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذه شاملا لصورة إذن الولي و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته و إخباراته مسلوب الأثر ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا- يخلو من بعد لكن هذا غير وارد على الاستدلال لأنه ليس مبني على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبي و المجنون فيختص رفع قلم المؤاخذه بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذه عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف فافهم و اغتنم. ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير.

[رأى المؤلف فى المسألة و دليله]

و الحاصل أن مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود و الأخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها إلى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الأفعال المعبر فيها القصد إلى مقتضاها كإنشاء العقود أصالة و وكالة و القبض و الإقباض و كل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

[كلام العلامة فى عدم صحة تصرفات الصبى]

قال فى التذكرة و كما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه و لا يفيد حصول الملك فى الهبة و إن اتهب له الولى و لا غيره و إن إذن الموهوب له بالقبض و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حقى إلى الصبى فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ عن الدين و بقى المقبوض على ملكه و لا ضمان على الصبى لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه و بقى الدين لأنه فى الذمة و لا يتعين إلا بقبض صحيح كما لو قال ارم حقى فى البحر فرمى مقدار حقه بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالى إلى الصبى أو ألقه فى البحر لأنه امتثل أمره فى حقه المعين و لو كانت الوديعة للصبى فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولى إذ ليس له تضييعها بإذن الولى. و قال أيضا لو عرض الصبى دينارا على الناقد لينقده أو متاعا إلى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له رده إلى الصبى بل على وليه إن كان فلو أمره الولى بالدفع إليه فدفعه إليه برأ من ضمانه إن كان المال للولى و إن كان للصبى فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبى فى البحر فإنه يلزمه ضمانه و إذا تباع الصبيان و تقابضا و أتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما و إلا فلا ضمان عليهما بل على الصبين و يأتى فى باب الحجر تمام الكلام و لو فتح الصبى الباب و أذن فى الدخول على أهل الدار أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه

[لا فرق فى معاملة الصبى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]**إشارة**

ثم إنه ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق فى معاملة الصبى بين أن تكون فى الأشياء اليسيرة أو الخطيرة لما عرفت من عموم النص و الفتوى حتى أن العلامة فى التذكرة لما ذكر حكاية أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبى فأرسله ردها بعدم الثبوت و عدم الحجية و توجيهه بما يخرجها عن محل الكلام

[تفصيل المحدث الكاشانى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة و المناقشة فيه]

و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشانى من أن الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للحرج انتهى. فإن الحرج ممنوع سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة فى المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الأشياء الحقيرة ثم إن أراد استقلاله فى البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولى ليكون حاصله أنه غير محجور عليه فى الأشياء اليسيرة فالظاهر كونه مخالفا للإجماع. و أما ما ورد فى رواية السكونى عن أبى عبد الله ع قال: و نهى النبى ص عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده معللا بأنه إن لم يجد سرق

فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الأمر أجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبي لكن

المكاسب، ج ٢، ص ١١٦

يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات وكيف كان فالقول المذكور في غاية الضعف. نعم ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك وفيه إشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة ويؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم ولا بينهم وبين المجانين ولا بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلا وبين معاملاتهم لأوليائهم على سبيل الألية مع أن هذا مما لا ينبغي الشك في فسادها خصوصا الأخير مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ماهر فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه فيكون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس وإلى من بلغ ثمانى سنين شراء اللحم والخبز ونحوهما وإلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكون إليه أمور التجارة في الأسواق والبلدان ولا يفرقون بينه وبين من أكمل خمس عشر سنة ولا يكون إليه شراء مثل القرى والساتين وبيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب ولا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل وكيف كان فالظاهر أن هذا القول أيضا مخالف لما يظهر منهم. وقد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده أو المتاع الذى دفعه إلى المقوم ليقومه مع كونه غالبا في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي وكذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالبا.

[دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذونا والمناقشة فيه]

وقال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحته عقد الصبي أصالة ووكالة ما لفظه نعم ثبت الإباحة في معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رءوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصا في المحقرات ثم قال ولو قيل بتملك لأخذ منهم للدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى. أما التصرف والمعاملة بإذن الأولياء سواء أ كان على وجه البيع أم المعاوضة فهو الذى قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاوضة لأنها تصرف لا محالة وإن لم تكن بيعا ولا معاوضة وإن أراد بذلك أن إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة لأنفس المعاملة كما ذكره بعضهم في إذن الولي في أعاره الصبي. فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته وهو أنه لما كان بناء المعاوضة على حصول المراضاة كيف اتفقت وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات وكان الغالب في الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة والاختلاف الذى يتسامح به فى العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار وفى إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه وقد استند فيه فى التذكرة إلى تسامح السلف. وبالجملة فالاعتماد فى الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ والإعطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبي ومعاملته من حيث إنه كذلك وكثيرا ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذى يد أصلا مع شهادة الحال بذلك كما فى دخول الحمام ووضع الأجرة عوض الماء التالف فى الصندوق وكما فى أخذ الخضراوات الموضوعه للبيع وشرب ماء السقاءين ووضع القيمة المتعارفة فى الموضوع المعد لهما وغير ذلك من الأمور التى جرت العادة بها كما يعتمد على مثل

ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات فالتحقيق أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافيا له ولا يعتمد على ذلك أيضا في مقام الدعوى ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا انتهى. وحاصله أن مناط الإباحة ومدارها في المعاطة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين أو بشخص منزل منزلة شخصين بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كإطارة الريح ونحوها فتراضيا على التصرف بإخبار صبي أو غيره من الأمارات كالكتابة ونحوها كان هذا معاطة أيضا ولذا يكون وصول الهدية إلى المهدي إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدي بالتصرف بل التملك كافيًا في إباحة الهدية بل في تملكها. وفيه أن ذلك حسن إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطة من دون إنشاء إباحة أو تملك وأنه يكتفى فيها بمجرد الرضا. ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي مدفوعة بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطة مع العلم بخروجه عن موضوعها وبه يفرق بين ما نحن فيه. ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحة أو تملك كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير وأما دخول الحمام وشرب الماء ووضع الأجرة والقيمة فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء انحصرت صحة وساطة الصبي بما يكتفى فيه بمجرد وصول العوضين دون ما لا يكتفى فيه. والحاصل أن دفع الصبي وقبضه بحكم العدم فكل ما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتفق فلا تضر فيه مباشرة الصبي لمقدمات الوصول ثم إن ما ذكر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي وليا كان أو غيره. وأما ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً من صيرورة الشخص موجبا وقابلا ففيه أولاً أن تولى وظيفة الغائب وهو من أذن للصغير إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه وإن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن

موضوع الفضولي مشكل بل ممنوع. وثانياً أن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عنم أذن للصبي

المكاسب، ج ٢، ص ١١٧

ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الألية بالصبي ولا بالأشياء الحقيرة بل هو جار في المجنون والسكران بل البهائم وفي الأمور الخطيرة إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصغير آله فلا فرق في الألية بينه وبين غيره. نعم من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشم لإدخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك بالصبي لأنه المتيقن من موردها كما أن ذلك مختص بالمحقرات.

مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به

إشارة

مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به

- واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه ولا إشكال فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغلط أو إلى المعنى كما في الهازل لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق إرادته به وإن أوجد مدلوله بالإشياء كما في الأمر الصورى فهو شبيه الكذب في الأخبار أو قصد معنى يغير مدلول العقد بأن قصد الأخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً فلا يقع البيع لعدم القصد إليه ولا المقصود إذا اشترطت فيه عبارة خاصة ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولى والمكره كما صرح به في المسالك حيث قال إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. وفيه أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولى وأما معنى ما فى المسالك فسيأتى فى اشتراط الاختيار.

[كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين]

إشارة

و اعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاما في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل أو الانتقال بالنسبة إليهما أم لا. و ذكر أن في المسألة أوجها وأقوالا و أن المسألة في غاية الإشكال و أنه قد اضطرت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه ثم قال و تحقيق المسألة أنه إن توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه في النية أو مع التلفظ به أيضا كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد أو الوكيل عنهما و الولي عليهما في البيوع المتعددة فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره و أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما فإذا عين جهة خاصة تعينت و إن أطلق فإن كانت هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام أو التعيين بعد العقد و إلا وقع لاغيا و هذا جار في سائر العقود من النكاح و غيره. و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتة في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر و أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقب و لا على صحة العقد المبهم لانصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على إجازته سواء تلفظ بذلك أم نواه و إن أبهم مع قصد الغير بطل و لا يتوقف إلى أن يوجد له مجيز إلى أن قال و إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لملكهما. ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقا أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح أوجه أقواها الأخير و أوسطها الوسط و أشبهها للأصول الأول و في حكم التعيين ما إذا عين المال بكونه في ذمة زيد مثلا و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير - وقع عنه و لغا قصد كونه عن الغير و لو باع مال زيد عن عمرو فإن كان و كيلا عن زيد صح عنه و إلا وقف على إجازته و لو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد فإن لم يكن و كيلا عن زيد وقع له و تعلق المال بذمته لا عن زيد ليقف على إجازته و إن كان و كيلا فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما و لما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة. و عن الموكل لتعين العوض في ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغوا كما في المعين و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولا و لم يجز فأجاز عمرو و لم يصح عن أحدهما. و قدس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب و لا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة و التسمية و يفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأول انتهى كلامه.

[المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس]

أقول مقتضى المعاوضة و المبادلة - دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر و إلا لم يكن كل منهما عوضا و بدلا و على هذا فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك إلا أن ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك فإن من الأعضاض ما يكون متشخصا بنفسه في الخارج كالأعيان. و منها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك كما في الذمم لأن ملكية الكلي لا تكون إلا - مضافة إلى ذمة و إجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المررد بين شخصين فصاعدا غير معهود. فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة. فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء في العوض المعين أم في الكلي و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله إنما هو

لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه لا- لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا لأن ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معين لم تترتب عليه أحكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا و كذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال بعث عبدا بألف ثم قال قبلت فلا يصير العبد قابلا للبيع ولا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين فيقول بعث عبدا من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري. و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أن من لوازمها العقليّة دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضيّة و البدليّة فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما أو إليهما العوضان و إذا لم تقصد المعاوضة الحقيقية فالباع غير منعقد فإن

المكاسب، ج ٢، ص ١١٨

جعل [من العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض فقال ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه و في وقوعه اشتراء فضوليا لعمرو كلام يأتي - . و أما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويته و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه أبدا. نعم لو ملكه فأجاز قيل بوقوعه له لكن لا- من حيث إيقاعه أولا- لنفسه فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكة فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما و وجوده كعدمه إلا أن يقال إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينه على عدم إرادته من البيع المبادلّة الحقيقية- أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في ملكية المبيع- كما سيأتي أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه و حينئذ يحكم بطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. و من هنا ذكر العلامة و غيره في عكس المثال المذكور أنه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل و كذا لو دفع مالا إلى من يطلب الطعام و قال اشتر به لنفسك طعاما هذا و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة- و لغوية القصد المذكور لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير لا جعله أحد ركني المعاوضة و أما حكمهم بطلان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب لا- أن المخاطب إذا قال بعته لنفسى أو اشتريته لنفسى لم يقع لمالكة إذا أجازته و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولى و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك

إهل يعتبر تعيين الموجب للمشتري و القابل للبائع

ثم إن ما ذكرناه كله حكم وجوب تعيين كل من البائع و المشتري من يبيع له و من يشتري له. و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب و تعيين القابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع و الإجازات فيحتمل يراد من ضمير المخاطب في قوله ملكتك كذا أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره إلا إذا علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما في النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية و الأقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية و تبعية العقود للقصد و على فرض القول الثاني فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا- يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال في التذكرة لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد و هذا الإشكال و إن كان ضعيفا مخالفا للإجماع و السيرة إلا أنه مبنى على ما ذكرناه من مراعاة ظاهر الكلام. و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح إن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما فلا

بد من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمر واحد و لأن معنى قوله بعثك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع و المشتري يطلق على المالك و وكيله و معنى قولها زوجتك نفسى رضاها بكونه زوجا و الزوج لا يطلق على الوكيل انتهى. و يرد على الوجه الأول من وجهى الفرق أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم وجوبه فى البيع مع أن الظاهر أن ما ذكرناه من الوقف و إخوته كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولى فلا بد من وجه مطرد فى الكل. و على الوجه الثانى أن معنى بعثك فى لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين و غيره هو ملكتك بعوض و معناه جعل المخاطب مالكا و من المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي و الوكيل و الفضولى. فالأولى فى الفرق ما ذكرناه من أن الغالب فى البيع و الإجارة هو قصد المخاطب لا- من حيث هو بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري فى دعوى كونه غير أصيل فتأمل بخلاف النكاح و ما أشبهه فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد بل ربما يستشكل فى صحته أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصل كما لو قال زوجتك مريدا له باعتبار كونه و كيلا عن الزوج و كذا قوله وقفت عليك و أوصيت لك و وكلتك و لعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها فلا يقال للوكيل الزوج و لا الموقوف عليه و لا الموصى له و لا الموكل بخلاف البائع و المستأجر فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرناه سابقا و اعترضنا عليه.

مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار

[المراد من الاختيار]

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس لا الاختيار فى مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى إَلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله ص: لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و قوله ص فى الخبر المتفق عليه بين المسلمين: رفع أو وضع عن أمتى تسعة أشياء أو سته و منها ما أكرهوا عليه. و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذه إلا- أن استشهاد الإمام ع به فى رفع بعض الأحكام الوضعيه يشهد لعموم المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء. ففى صحیحة البرنطى عن أبى الحسن ع: فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك فقال ع لا- قال رسول الله ص وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطئوا. و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا إلا أن مجرد استشهاد الإمام ع فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه يدل على أن المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى هذا كله مضافا إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم الفرق ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله بل يظهر

المكاسب، ج ٢، ص ١١٩

ذلك من بعض كلمات العلامة و ليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم كيف و الهازل الذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصدا صوريا. و الخالى عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعانى.

[المراد من قولهم: المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]

فالمراد بعدم قصد المكروه عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج و أن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول كيف و هو معلول الكلام الإنشائي إذا كان مستعملا غير مهممل و هذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغة و عرفا و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه التي لا تستقيم مع ما توهمه من خلو المكروه عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلا للقصد. و حكمهم بعدم وجوب التورية - في التفصي عن الإكراه و صحته يبعه بعد الرضا و استدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكروه و أنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حيث إن المنفى صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة و عرفا و فيما ورد فيمن طلق مداراة بأهله إلى غير ذلك. و في أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراها لا ينبغي أن يحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبرا و لا إنشاء و غير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكروه هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به لا عدم إرادة المعنى من الكلام و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أن المكروه و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. نعم ذكر في التحرير و المسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك. قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فألأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد انتهى. و بعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرناه من متوهم كلامهم فرد عليهم بفساد المبني و عدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور و لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به

[حقيقة الإكراه لغة و عرفا]

ثم إن حقيقة الإكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتترانه بتوعد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقة نفسا أو عرضا أو مالا فظهر من ذلك أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في المكروه عليه كيف و الأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق المكروه عليه فإن من أكره على دفع مال و توقف على بيع بعض أمواله فالبيع الواقع منه لبعض أمواله و إن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرضت حرمة عليه لحلف أو شبهه ليس مكرها.

[المعيار في صدق الإكراه]

فالمعيار في وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه و لا يتعمد إليه عن رضا و إن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر أو ترجيحا لأقل الضرر إلا - أن هذا المقدار لا - يوجب طيب نفسه به فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشق تحمله. و الحاصل أن الفاعل و إن يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل في فعله و مخلى و طبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه و هذا مما لا تطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان

[هل يعتبر عدم إمكان التفصي عن الضرر بما لا ضرر فيه]

ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب به ضررا آخر كما حكى عن جماعة أم لا - الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية لأذن حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكروه و عتقه و معاقد الإجماعات و الشهورات المدعاة في حكم المكروه على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدا بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام

عن حيز الإكراه عرفا.

[هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]

هذا وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضا في صدق الإكراه مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله ع قال: لا- يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في إكراه قلت أصلحك الله و ما الفرق بين الجبر و الإكراه قال الجبر من السلطان و يكون الإكراه من الزوجة و الأم و الأب و ليس ذلك بشيء.

و يؤيده أنه لو خرج عن الإكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها لأن المناط حينئذ انحصار التخلص عن الضرر المتوقع به في فعل المكروه عليه فلا- فرق بين أن يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. و دعوى أن جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا من جهة صدق حقيقة الإكراه كما ترى لكن الإنصاف أن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك و مع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكروه عليه بل على تركه و ترك التفصي معا فمفعول الضرر يحصل بأحد الأمرين من فعل المكروه عليه و التفصي فهو مختار في كل منهما و لا يصدر كل منهما إلا باختياره فلا إكراه و ليس التفصي من الضرر أحد فردى المكروه عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما كما لو أكرهه على أحد الأمرين حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها عليه لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكروه عليه لا يدل له و لذا لا تجرى عليه أحكام المكروه عليه إجماعا فلا يفسد إذا كان عقدا و ما ذكرناه و إن كان جاريا في التورية إلا أن الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بعد حملها على صورة العجز عن التورية مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا: في قصة عمار و أبويه حيث أكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلا و أظهر لهم عمار ما أرادوا فجاء باشيا إلى رسول الله ص فنزلت الآية مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٠

بِالإِيمَانِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ص إِنْ عَادُوا عَلَيْكَ فَعَدْ وَ لَمْ يَنْبِهِ عَلَى التَّورِيَةِ فَإِنَّ التَّنْبِيَةَ فِي الْمَقَامِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا إِلَّا أَنَّهُ لَا شَكَّ فِي رَجْحَانِهِ خُصُوصًا مِنَ النَّبِيِّ ص بِاعْتِبَارِ شَفَقَتِهِ عَلَى عِمَارٍ وَ عِلْمِهِ بِكَرَاهَةِ تَكْلِمِ عِمَارٍ بِالْفَاطِ الْكُفْرِ مِنْ دُونِ تَوْرِيَةِ كَمَا لَا يَخْفَى

[الفرق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها]

هذا و لكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني لأن الأصحاب وفاقا للشيوخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظن المكروه بالفتح أنه لو امتنع مما أكره عليه لوقع فيما توعد عليه و معلوم أن المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية و لا يصدق مع التمكّن من التفصي بغيرها لأن المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه. و الحاصل أن التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الإكراه موجود مع التمكّن بالتورية لا مع التمكّن بغيرها فافهم

[عدم اعتبار العجز في الإكراه الراجع لأثر المعاملات]

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوغ للمحرمات و مناطه توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه.

و أما الإكراه الراجع لأثر المعاملات فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة و قد يتحقق مع إمكان التفصي مثلا من كان قاعدا في مكان خاص خال عن الغير متفرغا لعبادة أو مطالعة فجاءه من أكرهه على بيع شيء مما عنده و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه شر المكروه فالظاهر صدق الإكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه و طرده فإن هذا لا يتحقق في حقه الإكراه و يكذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل و لو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل و قد تقدم الفرق بين الجبر و الإكراه في رواية ابن سنان.

[المراد من الإكراه الراجع لأثر المعاملات]

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور و الراجع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر في تلك الرواية أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة فالمعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا الضرورة و الإلجاء و إن كانت هي المتبادر من لفظة الإكراه و لذا يحمل الإكراه في حديث الرفع عليه فيكون الفرق بينه و بين الاضطراب المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطراب بالحاصل لا- من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس حيث استدلوا على ذلك بقوله تعالى تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ. و لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم اعتبار الإرادة في صحة الطلاق و خصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق مداراة مع عياله.

[الفرق بين الإكراه في الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]

فقد تلخص مما ذكرنا أن الإكراه الراجع لأثر الحكم التكليفي أخص من الراجع لأثر الحكم الوضعي. و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه لأن المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب النفس

[لو أكره الشخص على أحد الأمرين]

و من هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرمين لا بعينه فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم لأن المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل أحدهما أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه. فقد استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه و يرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكروه عليه باعتبار جنسه أم لا- بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه و إن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكروه بطلاق إحداهما مبهمه لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال من جهة مدخلة طيب النفس في اختيار الخصوصية و إن كان الأقوى وفاقا لكل من تعرض للمسألة تحقق الإكراه لغه و عرفا مع أنه لو لم يكن هذا مكروها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا إذ الموجود في الخارج دائما إحدى خصوصيات المكروه عليه إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و إن كان مكروها عليه من حيث القدر المشترك بمعنى أن وجوده الخارجي ناش عن إكراه و اختيار و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل و يستحقه باعتبار الخصوصية. و تظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك مثلا لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر لأنه مختار فيه و إن كان مكروها في أصل الشرب و كذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد فإنه لا يرتفع أثر الصحيح لأنه مختار فيه و إن كان

مكرها في جنس البيع لكنه لا- يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه و من هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراها لأن القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلا و إلا لوقع الإيفاء أيضا باطلا فإن اختار البيع صحيح لأن الخصوصية غير مكره عليها و المكره عليه و هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر و لو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق كان إكراها لأنه لا يفعل البيع إلا فرارا من بدله أو وعيده المضرين كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببدله أو التضمر الدينوى بوعيده

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليهما كفاية و إيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها.

[صور تعلق الإكراه]

واعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك و العاقد كما تقدم و قد يتعلق بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله فإن العاقد قاصد مختار و المالك مجبور و هو داخل في عقد الفضولى بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الإكراه و قد ينعكس كما لو قال بع مالى أو طلق زوجتى و إلا قتلتك و الأقوى هنا الصحة لأن العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المكره إذا كان عاقدا و الرضا المعبر من المالك موجود بالفرض فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا. و احتمال فى المسالك عدم الصحة نظرا إلى

المكاسب، ج ٢، ص ١٢١

أن الإكراه يسقط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها ثم قال و الفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد- فإن كان الأمر قاصدا لم يقدح إكراه الأمور انتهى و هو حسن و قال أيضا لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان أيضا من تحقق الاختيار فى الموكل المالك و من سلب عبارة المباشر انتهى. و ربما يستدل على فساد العقد فى هذين الفرعين بما دل على رفع حكم الإكراه و فيه ما سيجىء من أنه إنما يرفع حكما ثابتا على المكره لو لا الإكراه و لا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لو لا الإكراه. و مما يؤيد ما ذكرنا حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذى هو أمر مستمر و هو النقل و الانتقال و أما التلفظ بالكلام الذى صدر مكرها عليه فلا معنى للحقوق الرضا به لأن ما مضى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب. نعم ربما يستشكل هنا فى الحكم المذكور بأن القصد إلى المعنى و لو على وجه الإكراه شرط فى الاعتناء بعبارة العقد و لا يعرف إلا من قبل العاقد فإذا كان مختارا أمكن إحرازه بأصالة القصد فى أفعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها اللهم إلا أن يقال إن الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغيا أو موريا و لو كان مكرها مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضا فتأمل.

فروع

[الإكراه على بيع عبد من عبدين]

و لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما أو باع نصف أحدهما فى التذكرة إشكال. أقول أما بيع العبدين فإن كان تدريجا فالظاهر وقوع الأول مكرها دون الثانى- مع احتمال الرجوع إليه فى التعيين سواء ادعى العكس أم لا و لو باعهما دفعة احتملت

صحة الجميع لأنه خلاف المكره عليه و الظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه و بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرها عليه و لا ترجيح و الأول أقوى.

[الإكراه على معين فضم غيره إليه]

و لو أكره على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما دفعة فالأقوى الصحة في غير ما أكره عليه و أما مسألة النصف فإن باع النصف بعد الإكراه على الكل بقصد أن يبيع النصف الآخر امثالاً- للمكره بناء على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه مكرها عليه و إن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا إكراها لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

[الإكراه على الطلاق]

إشارة

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى- . و نحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النية لا حكم لها. و حكى عن سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً- و استدل عليه بعموم ما دل من النص و الإجماع على بطلان عقد المكره و الإكراه متحقق هنا إذ المفروض أنه لولاه لما فعله ثم قال و المسألة محل إشكال انتهى و عن بعض الأجلة أنه لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ و له تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه و إنما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد و إن لم يردده المكره أم لا انتهى. ثم إن بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك و بناء على أن المكره لا قصد له أصلاً فردته بثبوت القصد للمكره و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه و فيه ما عرفت سابقاً من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ و ليس هذا مراداً من قولهم إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ و لذا شرك الشاهد الثاني بين المكره و الفضولي في ذلك كما عرفت سابقاً فبناءً هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكره ضعيف جداً و كذا ما تقدم عن بعض الأجلة من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختياراً صح لأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفظن لها إذ لا فرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً و قد عرفت أن ظاهر الأدلة و الأخبار الواردة في طلاق المكره و عتقه عدم اعتبار العجز عن التورية.

[أقسام الإكراه على الطلاق و أحكامها]

و توضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوقع به و لا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه فلا معنى لجعله في التحرير أقرب و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك و جعله قولاً- في نهاية المرام و استشكله فيه لعموم النص و الإجماع. و كذا لا- ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل و إن كان الداعي هو الإكراه فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده طلق زوجتك و إلا قتلتك أو قتلت نفسي فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعي على الفعل شفقةً دينيةً على المكره

بالكسر أو على المطلقة أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس في محرم والحكم في صورتين لا يخلو عن إشكال. وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول البيونة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصداً وهذا كثيرا ما يتفق للعوام. وقد يكون هذا التوطن والإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي أو كونه رأى مذهب بعض العامة فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه فإذا أكره على الطلاق فقد طلق قاصداً لوقوعه لأن القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا في وقوع البيونة يستلزم القصد إلى وقوعها فيرضى نفسه بذلك ويوطنها عليه وهذا أيضا كثيرا ما يتفق للعوام والحكم في هاتين صورتين لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب

[عقد المكره لو تعقبه الرضا]

[الاستدلال على الصحة]

ثم إن المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاقهم لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع وهو طيب النفس. ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٢

وأضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد- اللزوم منه عدم كون عقد الفضولي عقدا حقيقة وأضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده اللزوم منه عدم صحة بيع المكره بحق وكون إكراهه على العقد تعديا لا لتأثير فيه ويؤيده فحوى صحة عقد الفضولي حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد وغير منسئ للنقل بكلامه. وإمضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه وليس إنشاء مستأنفا مع أنه لو كان فهو موجود هنا فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخرا عن إنشاء العقد وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد وهو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقي. وتوهم أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا وهو طيب نفس العاقد بما ينشؤه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا في صدق العقدية إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه ولا في النقل والانتقال لعدم مدخلة غير المالك فيه. نعم لو صح ما ذكر سابقا من توهم أن المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلا وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض صح أنه لا يجدى تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ لكن عرفت سابقا أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى فراجع

[ما استدل به على البطلان والمناقشة فيه]

فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعا للمحقق الثاني في جامع المقاصد وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي مضافا إلى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الإكراه مؤيدا بالنقض بالهازل مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا والكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إما بمفهوم الحصر وإما بمفهوم الوصف ولا حصر كما لا يخفى لأن الاستثناء منقطع وغير مفرغ. ومفهوم الوصف على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في رَبَائِبِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ ودعوى وقوعه هنا مقام

الاحتراز ممنوعه و سيجىء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى البيع الفضولى. و أما حديث الرفع فيه أولا أن المرفوع فيه هى المؤاخذه و الأحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره و إلزامه بشىء و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك و هذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ و هذا إلزام لغيره و الحديث لا يرفع المؤاخذه و الإلزام عن غير المكره كما تقدم و أما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه لا- من أحكام الفعل المتحقق على وجه الإكراه ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلا و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل. و ثانيا أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرها عليه كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضا و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقل لنقل المال و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه التامة للملكية لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه و بعبارة أخرى أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث و المدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك و هذا غير مرتفع بالإكراه لكن يرد على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تفيدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره و وقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع إلى أصالة الفساد. و بعبارة أخرى أن أدلة صحة البيع تدل على سببية المستقلة فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الإكراه حاكما عليه مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الإطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس بالبيع المرضى به سبقه الرضا أو لحقه و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضى به سابقا لا يعقل عروض الإكراه له. و أما المرضى به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف و هو أصل البيع قبل الرضا و لا نقول بتأثيره بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخليه الرضا فى تأثيره و وجوب الوفاء به. فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه و الرضا به لاحقا و لازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام و هذا لا يرتفع بالإكراه لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض [إلا أن يقال إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة] التى أفادتها الإطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه لأن التأثير الناقص أيضا استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا- أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه و على الثانى يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا و كيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام و هذا أمر عقلى قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

بقي الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقليه هو الثانى كما سيجىء فى مسألة الفضولى و ربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا و فى الفضولى هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك فى زمان النقل. و فيه أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل إلا أن إنشاءه لما كان فى زمان التكلم فإن كان ذلك الإنشاء مؤثرا فى نظر الشارع فى زمان التكلم حدث الأثر فيه و إن كان مؤثرا بعد حصول أمر حدث الأثر بعده. فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من

اجتماع ما يعتبر فى الحكم و لذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول أو بعد القبض فى الصرف و السلم و الهبة أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير مناف لمقتضى الإيجاب و لم يكن تبعضاً فى مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. فإن قلت حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت المراد هو الملك شرعاً و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك و سيأتى توضيح ذلك فى البيع الفضولى إن شاء الله. و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد - فإنه و إن كان حلاً للعقد السابق و جعله كأن لم يكن إلا أنه لا ترتفع به الملكية السابقة على الفسخ لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا يأتى بيانه فى الفضولى إن شاء الله.

مسألة و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبداً

إشارة

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده سواء أ كان لنفسه فى ذمته أو بما فى يده أم لغيره

[الدليل على هذا الشرط]

لعموم أدلة عدم استقلاله فى أموره. قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ. و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبى جعفر و أبى عبد الله ع قالوا: المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده قلت فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ فشىء الطلاق. و الظاهر من القدرة خصوصاً بقريته الرواية هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره فى فعل غير قادر عليه فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شىء فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم لا يترتب عليه الأثر المقصود منه لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعى أصلاً كيف و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]

إشارة

و كيف كان فإنشاءات العبد لا- يترتب عليه آثارها من دون إذن المولى - أما مع الإذن السابق فلا إشكال و أما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين - الذين يتعلق بهما حق المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف فى السابق و أن لا يرضى بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده و بتقرير آخر أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد و حاصله أعنى انتقال المال بعوض و هذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين و إنما له حق فى كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده فإذا وقع على وجه مستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً

[مختار المؤلف و دليله]

إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى لعموم أدلة الوفاء بالعقود و المخصص إنما دل على عدم ترتب الأثر على عقد العبد من دون

مدخلية المولى أصلا سابقا و لاحقا لا مدخلية إذنه السابق و لو شك أيضا وجب الأخذ بالعموم في مورد الشك. و تؤيد إرادة الأعم من الإجازة الصحيحة السابقة فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة. فالمراد بالإذن هو الأعم إلا أنه خرج الطلاق بالدليل و لا يلزم تأخير البيان لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلا بل و مع كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله بيد من الطلاق.

[ما يؤيد المختار]

و يؤيد المختار بل يدل عليه ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته معللا بأنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز بتقريب أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه و حمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال مع أن تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى إلى آخره في قوة أن يقال إنه إذا عصى الله بعقد كعقد على ما حرم الله تعالى على ما مثل به الإمام ع في روايات أخرى واردة في هذه المسألة كان العقد باطلا لعدم تصور رضا الله تعالى بما سبق من معصيته أما إذا لم يعص الله و عصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقا فإذا رضى به و أجاز صح. فيكون الحاصل أن معيار الصحة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها مما لم يرضه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه سابقا أو لاحقا و أنه إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضى السيد بها صح و أن ما قاله المخالف من أن معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده و أنه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامة غير صحيح فافهم و اغتنم و من ذلك يعرف أن استشهاد بعض بهذه الروايات على صحة عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة بل و مع سبق النهي أيضا لأن غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى لكن النهي مطلقا لا- يوجب الفساد خصوصا النهي الناشئ عن معصية السيد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا تقدر بصحة العقد في غير محله بل الروايات ناطقة كما عرفت بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى و تبدله بالرضا بما فعله العبد و ليست كراهة الله عز و جل بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق فكأنه قال لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة و الرضا و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز فقد علق الجواز صريحا على الإجازة. و دعوى أن تعليق الصحة على الإجازة من جهة مضمون العقد و هو الترويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعا لا نفس إنشاء العقد حتى لو فرضناه للغير يكون محتاجا إلى إجازة مولى العاقد مدفوعة بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية بأن رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كل ما يتوقف على مراجعة السيد و كان فعله من دون مراجعته أو مع النهي عنه معصية له و المفروض أن نفس العقد من هذا القبيل. ثم إن ما ذكره من عصيان العبد بتصرفه في لسانه و أنه لا يقتضى الفساد يشعر بزعم أن المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى و فيه أولا منع حرمة هذه التصرفات الجزئية للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٤

و نحو ذلك من المشاغل الجزئية. و ثانيا بدهاه أن الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد فلا يظن استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة. و ثالثا أن الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قادحا في صحة العقد غير صحيح لأن مقتضاه أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسدا مع أنه لا يقول به أحد فإن حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان كما في الصلاة و القراءة المضيقه و نحوهما لا يوجب فساد العقد إجماعا. فالتحقيق أن المستند في الفساد هو الآيه المتقدمة و الروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد و مضيه مستقلا و أنه ليس له من الأمر شيء.

فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه - فباعه مولاه صح و لزم

بناء على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمني و لا

يقدر عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب لأن هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط المعتبرة في كل من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاشتراء حيث يكفي تحققه بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولا. و عن القاضي البطلان في المسألة مستدلا عليه باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب والقابل و فيه مع اقتضائه المنع لو أذن له السيد سابقا منع الاتحاد أولا و منع قدحه ثانيا هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاه فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى فعن جماعة منهم المحقق والشهيد الثانيان أنه لا يصح لعدم الإذن من المولى. و ربما قيل بالجواز حينئذ أيضا بناء على ما سبق منه من أن المنع لأجل النهي و هو لا يستلزم الفساد و فيه ما عرفت أن وجه المنع هو أدلة عدم استقلال العبد في شيء لا منعه عن التصرف في لسانه فراجع ما تقدم و الله أعلم.

مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

إشارة

فبعد الفضولي لا يصح أى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من الزوم و هذا مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطا ثم فرع عليه بأن بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد فاعتراض جامع المقاصد عليه بأن التفرع فى غير محله لعله فى غير محله و كيف كان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولى التى هى من أهم المسائل

[اختلاف الفقهاء فى صحة عقد الفضولى و اتفاقهم على بطلان إيقاعه]

فنقول اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى بل مطلق عقده بعد اتفاقهم على بطلان إيقاعه كما فى غاية المراد على أقوال.

[المراد بالفضولى]

و المراد بالفضولى كما ذكره الشهيد هو كامل غير المالك للتصرف و لو كان غاصبا. و فى كلام بعض العامة أنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه و قد يوصف به نفس العقد و لعله تسامح و كيف كان فيشمل العقد الصادر من البكر الرشيدة بدون إذن الولي و من المالك إذا لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال كما يرمى إليه استدلالهم لفساد الفضولى بما دل على المنع من نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليها و حينئذ فيشمل بيع الراهن و السفية و نحوهما و بيع العبد بدون إذن السيد

[هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولى]

و كيف كان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا أو فحوى لأن العاقد لا يصير مالكا للتصرف و مسلطا عليه بمجرد علمه برضا المالك. و يؤيده اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا و فرعوا عليه بيع الفضولى. و يؤيده أيضا استدلالهم على صحة الفضولى بحديث عروة البارقي مع أن الظاهر علمه برضا النبي ص بما يفعله و إن كان الذى يقوى فى النفس لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توفقه على الإجازة اللاحقة بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه أو لم ينكشف أصلا فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى إمضاء ما رضى به و يرتب الآثار عليه لعموم و جوب الوفاء بالعقود. و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مَسْلُومٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ. و ما دل على علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه و رواية عروة البارقي الآتية حيث أقبض المبيع و قبض الدينار لعلمه برضا النبي ص و لو كان فضوليا موقوفا على الإجازة لم يجز التصرف فى المعوض و العوض

بالقبض و الإقباض و تقرير النبي ص له على ما فعل دليل على جوازه هذا مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة إن الشرائط كلها حاصله إلا رضا المالك. و قولهم إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت لأنه أعم من الرضا و نحو ذلك ثم لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقة كما هو أحد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحا أو يباع مع العلم برضا السيد و لو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك و قد يبيع لنفسه و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع.

فهنا مسائل ثلاث

الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

إشارة

- و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي

و المشهور الصحة

إشارة

بل في التذكرة نسبها إلى علمائنا تارة صريحا و أخرى ظاهرا بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك أن لنا فيه قولاً بالبطان. و في غاية المراد حكى الصحة عن العماني و المفيد و المرتضى و الشيخ في النهاية و سلار و الحلبي و القاضي و ابن حمزة و حكى عن الإسكافي و استقر عليها رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين كالأردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخري المتأخرين

[مقتضى العمومات الصحة]

لعموم أدلة البيع و العقود لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه و اشتراط ترتب الأثر بالرضا و توقفه عليه أيضا لا مجال لإنكاره فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن و حيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه و مرجع ذلك كله إلى عموم حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد خرج منه العارى عن الإذن و

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٥

الإجازة معا و لم يعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجازة و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر من أهله وقع في محله. فما ذكره في غاية المراد من أنه من باب المصادرات لم أتحقق وجهه لأن كون العاقد أهلا للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه و كذا كون المبيع قابلا- للبيع فليس محل الكلام إلا- خلو العقد عن مقارنة إذن المالك و هو مدفوع بالأصل و لعل مراد الشهيد أن

الكلام في أهلية العاقد و يكتفى في إثباتها بالعموم المتقدم.

[الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقي و المناقشة فيه]

و قد اشتهر الاستدلال عليه: بقضية عروة البارقي حيث دفع إليه النبي ص ديناراً و قال له اشتر لنا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع إحداهما في الطريق بدينار فأتى النبي ص بالشاة و الدينار فقال له رسول الله ص بارك الله لك في صفقة يمينك فإن بيعه وقع فضولا و إن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي - هذا و لكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة - المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي. توضيح ذلك أن الظاهر علم عروة برضا النبي ص بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن و لا ريب أن الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام لكونه تصرفاً في مال الغير فلا بد إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبي ص و إما من القول بأن البيع الذي يعلم تعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناء على كون الإجازة كاشفة و سيجيء ضعفه في دور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه. و رابع و هو علم عروة برضا النبي ص بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة و إلا فالفضولي ليس مالكا و لا وكيلاً فلا يستحق قبض المال فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً و لكن الظاهر هو أول الوجهين كما لا يخفى خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاء - . و قد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة و وصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صيباً أو حيواناً فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي و غيره مقروناً برضا المالكين ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه كفى في صحة التصرف و ليس هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آله في الإيصال و العبرة برضا المالك المقرون به

[الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس]

إشارة

و استدلال له أيضاً تبعاً للشهيد في الدروس بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر قال: قضى أمير المؤمنين ع في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال ع الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذي اشتراها فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك فلما رآه أبوه قال له أرسل ابني قال لا و الله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه الحديث قال في الدروس و فيها دلالة على صحة الفضولي و أن الإجازة كاشفة

[المناقشة في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس]

و لا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها فضلاً عن أن يسقطها و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة - إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقة بالرد من جهة ظهور المخاصمة في ذلك. و إطلاق حكم الإمام ع بتعيين أخذ الجارية و ابنها من المالك بناء على أنه لو لم يرد البيع و جب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد و مناشدة المشتري للإمام ع و إلحاحه إليه في علاج فكاك ولدته. و قوله حتى ترسل ابني الظاهر في أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة و حمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافية قوله فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الوليدة. و الحاصل أن ظهور الرواية في رد البيع أولاً مما لا ينكره المنصف إلا - أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد

الرواية غير قابل للإنكار فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة و هي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد. و الحاصل أن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولى بالإجازة بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعا فى الحكم الشرعى كان ظهورها فى كون الإجازة الشخصية فى تلك القضية مسبوقه بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار على موردها لوجه علمه الإمام ع مثل كون مالك الوليدة كاذبا فى دعوى عدم الإذن للولد فاحتال ع حيلة يصل بها الحق إلى صاحبه

[توجيه الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس]

و أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير ع فى قوله خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع. و قول الباقر ع فى مقام الحكاية فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه فى أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه لم يقدر فى ذلك ظهور الإجازة الشخصية فى وقوعها بعد الرد فيؤول ما يظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الرد أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك و كأنه قد اشبهه مناط الاستدلال على من لم يستدل بها فى مسألة الفضولى أو يكون الوجه فى الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة فإنها لا تزيد على الإشعار- و لذا لم يذكرها فى الدروس فى مسألة الفضولى بل ذكرها فى موضع آخر لكن الفقيه فى غنى عنه بعد العمومات المتقدمة.

[الاستدلال لصحة بيع الفضولى بفحوى صحة نكاحه]

إشارة

و ربما يستدل أيضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى فى الحر و العبد- الثابتة بالنص و الإجماعات المحكية فإن تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى بذلك مضافا إلى ما علم من شدة الاهتمام فى عقد النكاح لأنه يكون منه الولد كما فى بعض الأخبار. و قد أشار إلى هذه الفحوى فى غاية المراد و استدلل بها فى الرياض بل قال إنه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع و هو حسن

[المناقشة فى الاستدلال المذكور]

إلا- أنها ربما توهم بالنص الوارد فى الرد على العامة- الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه بالصحة فى الثانى لأن المال له عوض و البطلان فى الأول لأن البضع ليس له عوض: حيث قال الإمام ع فى مقام ردهم و اشتباههم فى وجه الفرق سبحانه الله ما أجور هذا الحكم و أفسده فإن

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٦

النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه لأنه الفرج و منه يكون الولد الخبر و حاصله أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح دون غيره فدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى خلافا للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح فمقتضى حكم الإمام ع أن صحة المعاملة المالية الواقعة فى كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسألة الفضولى إلى صحة البيع لأن الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب الأولوية و إلا لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى. فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض بقى الكلام فى وجه جعل الإمام ع الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه

دون إبطاله مستدلاً بأنه يكون منه الولد أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين و لا احتياط في البين و يمكن أن يكون الوجه في ذلك أن إبطال النكاح في مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا فتتزوج المرأة و يحصل الزنى بذات البعل - بخلاف إبقائه فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع و هذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطاً و كيف كان فمقتضى هذه الصحيحة أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولى لم يوجب ذلك التعدى إلى الحكم بصحة بيع الفضولى. نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح لأن النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نص الرواية ثم إن الرواية و إن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى إلا أن المستفاد منها قاعدة كلية هي أن إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح من دون العكس الذى هو مبنى الاستدلال فى مسألة الفضولى -

[ما يؤيد صحة بيع الفضولى]

[ما ورد فى المضاربة]

هذا ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولى بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة - مثل موثقه جميل عن أبى عبد الله ع: فى رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فاشترى غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه. و نحوها غيرها الواردة فى هذا الباب فإنها إن أقيمت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب و عد هذا خارجاً عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك و غيره كان فيها استيناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً فى نقل مال المالك إلى غيره و إن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب. و بمقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

[ما ورد فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم]

و من هذا القبيل الأخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم و أن الربح لليتيم فإنها إن حملت على صورة إجازة الولى كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة و إن عمل بإطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولى لكن يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدم و ربما احتمل دخولها فى المسألة من حيث إن الحكم بالمضى إجازة إلهية لاحقه للمعاملة فتأمل.

[رواية ابن أشيم]

و ربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة: فى العبد المأذون الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها و يحجه عن أبيه فاشترى أباه و أعتقه ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثة الدافع و ادعى كل منهم أنه اشتراه بماله فقال أبو جعفر يرد المملوك رقا لمولاه و أى الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقاله الخبر بناء على أنه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال - فى تملك المبيع بعد مطالبتهم المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البينة عليها كافية فى تملك المبيع.

[صحيحة الحلبي]

و مما تؤيد المطلب أيضا صحیحته الحلبي: عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا- فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه.

[موثقة عبد الله]

و يمكن التأييد له أيضا بموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا- بأس الخبر بناء على أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه. و لا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر لأن وصفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله لا- بملاحظة هذه القضية الشخصية. و يحتمل أن يكون لصاحب الورق ياذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلترم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره و يحتمل أن يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد و يرد ما يكره و ليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضوليا كما لا يخفى فإذا احتل مورد السؤال لهذه الوجوه و حكم الإمام ع بعدم البأس من دون استفعال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده. و حاصله أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجي زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى. و أما المانع الذي يرجي زواله كعصيان السيد بزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه

[مختار المؤلف الصحة]

هذا غاية ما يمكن أن يحتج و يستشهد به للقول بالصحة و بعضها و إن كان مما يمكن الخدشة فيه إلا أن في بعضها الآخر غنى و كفاية

و احتج للبطان بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب

فقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة عن تراضٍ أو التجارة لا عن تراضٍ غير

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٧

مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا و من المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى و فيه أن دلالة على الحصر ممنوعة لانقطاع

الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه. و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه. و في قوله تعالى وَرَبَّيْكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مع احتمال أن يكون عن تراض خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدا لها و إن كانت غلبه وصف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل تجارة و يكون عن تراض و من المعلوم أن السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضى مع أن الخطاب لملاك الأموال و التجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة فتجارتها عن تراض. و قد حكى عن المجمع أن مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم أن معنى التراضى بالتجارة إمضاء البيع بالتصرف أو التخايير بعد العقد و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبرا بعد خبر

و أما السنة

إشارة

فهى أخبار منها النبوى المستفيض: و هو قوله ص لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك- فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه لعدم تملكه فيكون مساوقا للنبوى الآخر: لا بيع إلا فيما يملكك بعد قوله ص لا طلاق إلا فيما يملكك و لا عتق إلا فيما يملكك و لما ورد فى توقيع العسكرى ع إلى الصفار: لا يجوز بيع ما ليس يملكك و ما عن الحميرى أن مولانا عجل الله فرجه كتب فى جواب بعض مسائله: أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا أو بأمره أو رضا منه و ما فى الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد: فى أرض بقم النيل اشتراها رجل و أهل الأرض يقولون هى أرضنا و أهل الأستان يقولون هى أرضنا فقال لا تشتريها إلا برضا أهلها و ما فى الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل: فى رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها قال قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه

[المناقشة فى الاستدلال بالروايات]

و الجواب عن النبوى أولا أن الظاهر من الموصول هى العين الشخصية للإجماع و النص على جواز بيع الكلى و من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين و حيثئذ فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته و إما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكة قال لأنه ص ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشىء فيمضى و يشتريه و يسلمه فإن هذا البيع غير جائز و لا نعلم فيه خلافا للنهى المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعه انتهى. و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآيتين فى بيع الفضولى لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافى أهليته لتعقب الإجازة من المالك. و بعبارة أخرى نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا فى حقه فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك فى وقوعه له و هذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به كما سيجىء. و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز. و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله لا يبيع إلا فى ملك فإن الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه و أن النفى راجع إلى نفى الصحة فى حقه لا- فى حق المالك مع أن العموم لو سلم و جب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. و أما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح و ليس فيهما ما يدل لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. و أما الحصر فى صحيحة ابن مسلم و التوقيع فإنما هو فى مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال فيهما. و توضيحه أن النهى فى مثل المقام و إن كان يقتضى الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه. و من المعلوم أن عقد الفضولى لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه و لذا

يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيرا و لذا عد في الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين أعنى شروط الصحة كون العاقد مالكا أو قائما مقامه و إن أبيت إلا عن ظهور الروايتين في لغوية عقد الفضولي رأسا و جب تخصيصهما بما تقدم من أدلة الصحة. و أما رواية القاسم بن فضيل فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي لأنه باع ما لا يملك و هذا حق لا ينافي صحة الفضولي. و أما توقيع الصفار فالظاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم و يؤيده تصريحه ع بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز. و بالجملة فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز و لا تعرض فيها إلا لنفى وقوعه للعاقد.

الثالث الإجماع على البطلان

ادعاه الشيخ في الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم و ادعاه ابن زهرة أيضا في الغنية و ادعى الحلبي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب و الجواب عدم الظن بالإجماع بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل و أتباعهم إلى الصحة و أتباع المتأخرين عليه عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين.

الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه

إشارة

فإن الرضا اللاحق لا ينعف في رفع القبح الثابت حال التصرف ففي التوقيع المروى في الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

[المناقشة في دليل العقل]

و الجواب أن العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفا فيه. نعم لو فرض كون العقد علة تامة و لو عرفا لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازا و

المكاسب، ج ٢، ص ١٢٨

منعنا حكم معلولة المترتب عليه ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه- مثل الاستضاء و الاصطلاء بنور الغير و ناره مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي مع أن تحريره لا يدل على الفساد مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك و لا- ينكره القائل بالصحة خصوصا إذا كانت الإجازة ناقله. و مما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري بناء على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرم لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

و قد يستدل بالمنع بوجه آخر ضعيفة

أقواها أن القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع و الفضولي غير قادر و أن الفضولي غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ كالمكره كما صرح في المسالك. و يضعف الأول مضافا إلى أن الفضولي قد يكون قادرا على إرضاء المالك بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً بل يكفي تحققه في المالك فحينئذ يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه و قدرة المشتري على تسليمه على ما سيجيء. و يضعف الثاني بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكره لا أزيد منه

بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي و بيع المكره بحق فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

المسألة الثانية أن يسبقه منع من المالك

و المشهور أيضا صحته

و حكى عن فخر الدين أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر بعد تضعيف السند على أنه إن نكح بعد منع مولاه و كراهته فإنه يقع باطلا و الظاهر أنه لا يفرق بين النكاح و غيره. و يظهر من المحقق الثاني حيث حمل فساد بيع الغاصب نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا و هي الغصب و كيف كان فهذا القول لا وجه له ظاهرا عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام و أن العقد إذا وقع منها عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف في الرد فلا ينفع الإجازة اللاحقة بناء على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه أماره عدم الرضا

[مختار المؤلف و دليله

هذا و لكن الأقوى عدم الفرق لعدم انحصار المستند حينئذ في رواية عروة و كفاية العمومات مضافا إلى ترك الاستفصال في صححة محمد بن قيس و جريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين المولى و العبيد مع أن رواية إجازته صريحة في عدم قبح معصية السيد حينئذ مع جريان المؤيدات المتقدمة له من بيع مال اليتيم و المغصوب و مخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريح في منعه عما عداه. و أما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد و لو آنا ما فلم يدل دليل على كونه فسخا لا ينفع بعده الإجازة. و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم و لو سلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في رد البيع و عدم تسليمه له. و مما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا و أن كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا تقدر في حصته إذا لحقه الإجازة.

المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه

إشارة

و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما في مورد صححة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة

[الأقوى الصحة و الدليل عليه

و الأقوى فيه الصحة وفاقا للمشهور للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم و فحوى الصحة في النكاح و أكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صححة ابن قيس المتقدمة

[الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه**إشارة**

و لا- وجه للفرق بينه و بين ما تقدم من الفضولى للمالك إلا- وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص ببيع الغاصب و بعضها مشترك بين جميع صور المسألة

منها إطلاق ما تقدم من النبيين:

لا تبع ما ليس عندك و: لا يبيع إلا فى ملك بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه. و الجواب عنه يعرف مما تقدم من أن مضمونهما عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك بلا تعرض فيهما لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك

و هذا غالبا مفقود فى المغصوب و قد تقدم عن المحقق الكركى أن الغصب قرينه عدم الرضا و فيه أولا أن الكلام فى الأعم من بيع الغاصب. و ثانيا أن الغصب أماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملك الثمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء. و ثالثا قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثر.

و منها أن الفضولى إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة

إذا لا- يعقل دخول أحد العوضين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة فحقيقته ترجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه و هذا ليس يعبا و الجواب عن ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب- أن قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقى حقيقة نظير المجاز الادعائى فى الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث و لا اعتقاد له كانت المعاملة باطله غير واقعه له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئا بطل و لم يقع له و لا لغيره و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه و قد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك المثلث من دون بناء و لا- اعتقاد لتملك المثلث لأن مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

و منها أن الفضولى إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافيا لصحة العقد

لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء النقل الفضولى فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و قد أجب عن هذا المحقق القمى رحمه الله فى بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة فى هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحقوق الإجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبادل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك

و وقوع البيع عنه و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه. و قد صرح في موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدلت بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال فى الإجازة و فيه أن الإجازة على هذا تصوير كما اعترف معاوضةً جديدةً من طرف المجيز و المشتري لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالمذكور و لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره فى مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز فالمشتري إنما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري و هذا خلاف الإجماع و العقل. و أما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم - و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع فهو [بيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدم من المشتري و هذا لا يجرى فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع و تملك المبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الرجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه و هذا ما ذكرناه من أنه خلاف الإجماع و العقل فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى. و توضيحه أن البائع الفضولى إنما قصد تملك المثلث للمشتري بإزاء الثمن و أما كون الثمن مالا له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض فى ملك مالك المعوض تحقيقاً لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث إن البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له و تسلطه عليه عدواناً أو اعتقاداً لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه و هذا معنى قصد بيعه لنفسه و حيث إن المثلث ملك لمالكة واقعا فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ فى مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر فى هذا المقام بين المحذورين المذكورين بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلث بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه المعوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولى مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل تملك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولى للثوب فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه فلا بد من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأ الفضولى الغاصب. و بالجملة فنسبة المتكلم الفضولى تملك المثلث إلى نفسه بقوله ملكت أو تملك كإيقاع المتكلم الأصيل التملك على المخاطب الفضولى بقوله ملكت هذا بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك و بهذا استشكل العلامة رحمه الله عليه فى التذكرة حيث قال لو باع الفضولى مع جهل الآخر فأشكال من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً و ليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً فإذا صح اعتباره نائباً صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً أما الفضولى فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار و قد تظن بعض المعاصرين لهذا الإشكال فى بعض كلماته فالترم تارة ببطان شراء الغاصب لنفسه مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة فى المسألة كما اعترف به أخيراً و أخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلث مأخوذة فيها و فيه أن حقيقة العقد فى العبارة التى ذكرنا فى الإشكال أعنى قول المشتري الغاصب تملك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصيل له بل يتوقف على نقل مستأنف. فالأنسب فى التفصلى أن يقال إن نسبة الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك أو قول غيره له ملكت ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثلث اعتقاداً أو عدواناً و

لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للمثلث التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا - إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم تتحقق

المعاوضة و المبادلة حقيقة فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا و كذا فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث إن الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن إلا أن الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن إلى نفسه فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي و هو التملك المسند إلى مالك الثمن و هو حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك انتقال المثلث إليه هذا مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة للعقد الفضولي - موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي - ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم في ذلك وجهين أحدهما أن قضية بيع مال الغير عن نفسه أو الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع أو الشراء تملكه قبل أن انتقله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتري لك بمالى كذا فهو تملكك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء. و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع أو الشراء و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمنه البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٠

قضية بتملكه المبيع يقع البيع فى ملكه و لا مانع منه. الثانى أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله إليه بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به فلو قال بع هذا لنفسك أو اشتري لك بهذا ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكة إلى المشتري و كذا ملك المثلث فى الصورة الثانية و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكة دون العاقد. أقول و فى كلا الوجهين نظر أما الأول فلأن صحة الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه كما تقدم فى بعض فروع المعاطاة مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق لأن الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع بخلاف الإجازة فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا و المفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر. نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البديل فى ملك المجيز و إن رجعت إلى المبادلة منضمه إلى بناء العاقد على تملك المال فهى و إن أفادت دخول البديل فى ملك العاقد إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك و إمضائه له إذ بعد إمضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البديل إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإيدن لأن الإيدن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته. و أما الثانى فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التى هى المبادلة و لذا صرح العلامة رحمه الله فى غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور و أخرى بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئا بل ادعى بعضهم فى مسألة قبض المبيع عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن اشتري لنفسك به طعاما و قد صرح به الشيخ و المحقق و غيرهما. نعم سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن و أن لم يملكه فإذا اشتري به شيئا ملكه و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري إلا- أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث مطلقا- كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب أو آنا ما قبل أن يشتري به شيئا تصحيحا للشراء و كيف كان فالأولى فى التفصي عن الإشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا

ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر فى صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري الأصيل و هو أن المشتري الأصيل إذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن و

هذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية وإلا لكان ردها موجبا لرجم كل عوض إلى مالكة وحينئذ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا- ثمن و لعل هذا هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة حيث قال بعد إشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري أن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل انتهى أقول هذا الإشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك وبقائه و بعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الرد و الإجازة لأن التسليط المرامي بعدم إجازة البيع إنما يتوجه على القول بالنقل حيث إن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. و أما على القول بالكشف فلا يتوجه إشكال أصلا لأن الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطا له على مال نفسه و الإجازة كاشفة عن كونه تسليطا له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض و لذا لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أورد لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك و سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تنمة لذلك فانتظر ثم اعلم أن الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصبا كان أو غيره إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز و هو الذي لم يفرق المشهور بينه و بين الفضولي البائع للمالك لا لنفسه. و أما الكلام في صحة بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و أجاز سواء باع لنفسه أو للمالك فلا دخل له بما نحن فيه لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك و هناك في وقوعه للعاقدة إذا ملك و من هنا يعلم أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل و نسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله إلا أن يريد ما ذكرناه و هو خلاف ظاهر كلامه.

بقي هنا أمرا

الأول أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو دينا أو في ذمة الغير

و منه جعل العوض ثمنا أو مثمنا في ذمة الغير ثم إن تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي - إما بإضافة الذمة إلى الغير بأن يقول بعث كرا من طعام في ذمة فلان بكذا أو بعث هذا بكذا في ذمة فلان و حكمه أنه لو أجاز فلان يقع العقد له و إن رد بطل رأسا و إما بقصده العقد له فإنه إذا قصده في العقد تعين كونه صاحب الذمة لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر إلا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض فكما أن تعيين العوض في الخارج يعني عن قصد من وقع له العقد كذلك قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمة شخص خاص و حينئذ فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد و إن رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا - لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكة الأصلي و بين من وقع له العقد - فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و ترده بين الفضولي و من وقع له العقد إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة و وقع له إلا - أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد و حلف على نفي العلم حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهرا كما عن المحقق و فخر الإسلام و المحقق الكركي و السيوري و الشهيد

المكاسب، ج ٢، ص ١٣١

الثاني. و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالتواعد و المبسوط و وقوع العقد له واقعا و قد نسب ذلك إلى جماعة في بعض فروع المضاربة حيث عرفت أن قصد البيع للغير - أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلي إلى ذمة ذلك الغير كما أن إضافة الكلي إليه توجب صرف البيع أو الشراء إليه و إن لم يقصده أو لم يصفه إليه ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره و إضافة الكلي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة و كذا بين إضافة البيع إلى نفسه و إضافة الكلي إلى غيره فلو جمع بين المتنافيين بأن قال اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمة فلان ففي الأول يحتمل البطلان لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله و يحتمل إلغاء أحد القيدتين و تصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره و في الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير

بعد إجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً و يحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير لأن تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير و المسألة تحتاج إلى تأمل. ثم إنه قال في التذكرة لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان أو الوقف على الإجازة إلا أن أبا حنيفة قال يقع للمشتري بكل حال و إن كان في الذمة لغيره و أطلق اللفظ. قال علماؤنا يقف على الإجازة فإن أجازته صحح و لزمه أداء الثمن و إن رد نفذ عن المباشر. و به قال الشافعي في القديم و أحمد و إنما يصح الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره و إنما توقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له فإن أجازته لزمه و إن رده لزم لمن اشتراه و لا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا. و قال أبو حنيفة يقع عن المباشر و هو جديد للشافعي انتهى و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا كما يشعر به تعليقه بقوله لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة فيكون ما في ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. و الأوفق بالقواعد في مثل هذا إما البطلان لو عمل بالنية بناء على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً و إما صحته و وقوعه لنفسه لو أُلغيت النية بناء على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً و إن نوى خلافه و إن جعل المال في ذمته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً فمع الإشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعاملة و هذه النيابة تقع فاسدة من أصلها لا أنها تقع للمباشر. نعم إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقاً و نص عليه جماعة من باب التوكيل و كيف كان فوقع المعاملة في الواقع مرددة بين المباشر و المنوى دون التزامه خرط القتاد و يمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهراً لكنه بعيد.

الثاني الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطة

بناء على إفادتها للملك إذ لا فارق بينها و بين العقد فإن التقابض بين الفضولين أو فضولي و أصيل إذا وقع بنية التمليك و التملك فأجازته المالك فلا- مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة فعموم مثل قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ شَامِلٌ و يؤيده رواية عروة البارقي حيث إن الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطة و توهم الإشكال فيه من حيث إن الإقباض الذي يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه أثر في غير محله إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة مع أنه قد يقع الإقباض مقرونًا برضا المالك- بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي مع أن النهي لا يدل على الفساد- مع أنه لو دل لدل على عدم ترتب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض في السببية فلا ينافي كونه جزء سبب و ربما يستدل على ذلك بأن المعاطة منوطه بالتراضي و قصد الإباحة أو التمليك و هما من وظائف المالك و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثاني أن المكروه و الفضولي قاصدان للفظ دون المدلول و ذكر أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك و مشروطة أيضاً بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنة للأمرين و لا أثر لهما إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه. و فيه أن اعتبار الإقباض و القبض في المعاطة عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد في قواعده و المعاطة عندهم عقد فعلي و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي و حينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس في حل مال الغير لا يخلو عن تحكم. و ما ذكره الشهيد الثاني لا يجدي فيما نحن فيه لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله لعدم الدليل و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضاً إلا أن يقال إن مقتضى الدليل ذلك- خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول لكنك قد عرفت أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة. نعم لو قلنا إن المعاملة لا يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصولهما أو وصول أحدهما لم يعقل وقوعها من

الفضولى. نعم الواقع منه إيصال المال و المفروض أنه لا-مدخل له فى المعاملة فإذا رضى المالك بمالكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقه لكن الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة إنما قصدهم إلى العقد الفعلى هذا كله على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولى لأن إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن و الآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثرا فإذا أجاز حدث المكاسب، ج ٢، ص ١٣٢

الإباحة من حين الإجازة اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة فافهم

القول فى الإجازة و الرد

أما الكلام فى الإجازة

إشارة

فيقع تارة فى حكمها و شروطها و أخرى فى المجيز و ثالثة فى المجاز

أما حكمها

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولى بعد اتفاهم على توقفها على الإجازة فى كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الإجازة على قولين

[الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه]

إشارة

[الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه]

فالأكثر على الأول و استدلالهم عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة بأن العقد سبب تام فى الملك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فى الفضولى إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شىء آخر و بأن الإجازة متعلقة بالعقد فهى رضا بمضمونه و ليس إلا نقل العوضين من حينه

[ما استدل به فخر الدين للأكثر]

[ما استدل به فخر الدين للأكثر]

و عن فخر الدين في الإيضاح الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود- لأن العقد حالها عدم انتهى.

[المناقشات التي يذكر على القول بالكشف]

[المناقشات التي يذكر على القول بالكشف]

و يرد على الوجه الأول أنه إن أريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامه للنقل إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب و لا يتبين كونه تاما إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون لها دخل في تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الأثر قبله و منه يظهر فساد تقرير الدليل بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة إلا- رضا المالك فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله. و دعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم السبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقتها فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به مدفوعه بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعي و غيره و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما لأن النقيض الشرعي غير العقلي. فجميع ما ورد مما يوهم ذلك أنه لا بد من التزام أن المتأخر ليس سببا أو شرطا بل السبب و الشرط هو الأمر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه بأن يقال إن الشرط تعقب الإجازة و لحوقها بالعقد و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلة اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه و هذا مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لأن الاستفادة من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس و أنه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك. و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقه للعقد في المستقبل فالعلة التامة العقد الملحق به الإجازة و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كانت نفس الإجازة متأخرة عنه. و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجوز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد و فيه ما لا- يخفى من المخالفة للأدلة و يرد على الوجه الثاني أولا أن الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال بل هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه في زمان و إنما الزمان من ضروريات إنشائه- فإن قول العاقد بعث ليس نقلت من هذا الحين و إن كان النقل المنشأ به واقعا في ذلك الحين فالزمان ظرف للنقل لا قيد له فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان فكذلك إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنه ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضا بذلك كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب لأن الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به. و دعوى أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعه بأن سببته للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه فإذا فرض مقتضاه مركبا من نقل في زمان و رضا بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب و لأجل ما ذكرنا أيضا لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد فإن الفسخ نظير الإجازة و الرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد و هو النقل من حينه فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا في العقد على وجه القيدية لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السر في جميع ذلك ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا فجميع ما يتعلق بالعقد من الإمضاء و الرد و

الفسخ إنما يتعلق بنفس

المضمون دون المقيد بذلك الزمان. و الحاصل أنه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله أو رضيت بانتقال مالى إلى زيد وغير ذلك من الألفاظ التى لا تعرض فيها لإنشاء الفضولى فضلا عن زمانه كيف وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك. و من المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى و بتقرير آخر أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة فهى إما

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٣

شرط أو جزء سبب للملك. و بعبارة أخرى المؤثر هو العقد المرضى به و المقيد من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد و لا يكفى فى التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد. و ثانيا فلانا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط و لا جزء سبب و إنما هى من المالك محدثة للتأثير فى العقد السابق و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة لأن معنى إجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا لكن نقول لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أن المالك لا يصير عاقدا أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها و من المعلوم أن الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و مما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم و أحلَّ اللهُ التَّبَيْعَ فإن الملك ملزوم لحليته التصرف فقبل الإجازة لا يحل التصرف خصوصا إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو ترده فى الفسخ و الإمضاء. و ثالثا سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع- لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى أعنى جعل العقد السابق جائزا ماضيا بتقريب أن يقال إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفى فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفى ترتب الآثار من حين العقد كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب فتأمل إذا المعنى على حقيقته غير معقول لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه فإذا دل الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه غير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة فإذا أجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه. و الحاصل أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار و هذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات و ستأتى الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقى و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته و إلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال فى زمان العقد و لذا عنون العلامة رحمه الله فى القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله و فى زمان الانتقال إشكال فجعل النزاع فى هذه المسألة نزاعا فى زمان الانتقال-

[معانى الكشف]

إشارة

[معانى الكشف]

و قد تحصل مما ذكرنا أن كاشفة الإجازة على وجوه ثلاثة قال بكل منها قائل

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى
و التزام كون الإجازة فيها شرطا متأخرا و لذا اعترض عليهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر.

الثانى الكشف الحقيقى

الثانى الكشف الحقيقى
و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزام بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث الكشف الحكمى

الثالث الكشف الحكمى
و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع إلا بعد الإجازة.

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى
و قد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمى. و أما الكشف الحقيقى مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه بالقواعد فى غاية الإشكال و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد و لم يرجحه المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه تبعا للمحكى عن كاشف الرموز و قواه فى مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام فى النكاح

[ظاهر صحيحه محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم

[ظاهر صحيحه محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم
هذا بحسب القواعد و العمومات. و أما الأخبار فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس الكشف - كما صرح به فى الدروس و كذا الأخبار التى بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور فتحتمل الكشف الحكمى.

[ظاهر صحيحه أبى عبيده هو الكشف الحقيقى

[ظاهر صحيحه أبى عبيده هو الكشف الحقيقى
نعم صحيحه أبى عبيده الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا الأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تدرك و تخلف ظاهره فى قول الكشف إذ لو كان مال و الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم. فإطلاق الحكم بالعزل منضمما إلى عموم: الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المدركة وارثة فى الواقع فكأنه احتياط فى الأموال قد غلبه الشارع على أصله عدم الإجازة كعزل نصيب

الحمل و جعله أكثر مما يحتمل.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل

إشارة

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل
فنقول

أما الثمرة على الكشف الحقيقي

أما الثمرة على الكشف الحقيقي
بين كون نفس الإجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بإنشاء
الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي
مع كون نفس الإجازة شرطا فإنه يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكة فأجاز فإن الوطاء على الكشف الحقيقي
حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي
و الحكمي لأن مقتضى جعل الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطاء في الملك و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي لعدم
تحقق حدوث الولد في الملك و إن حكم بملكه للمشتري بعد ذلك و لو نقل المالك أم الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل
النقل على الكشف الحقيقي لانكشاف وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد و بقي صحيحا على الكشف الحكمي
و على المجيز

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٤

قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه و بين مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل كما في
الفسخ بالخيار مع انتقال المتعلقة بنقل لازم. و ضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد-
فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع
إلى البدل و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعق فات محلها مع احتمال الرجوع إلى البدل و سيجيء

ثم إنهم ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع

منها النماء

منها النماء

فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين و على النقل لمن انتقلت عنه و للشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها
كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف

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

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل - و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه فلو باع جارية من فضولى جاز له وطؤها و إن استولدها صارت أم ولد لأنها ملكه و كذا لو زوجت نفسها من فضولى جاز لها الترويج من الغير فلو حصلت الإجازة في المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا. و الحاصل أن الفسخ القولى و إن قلنا إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا أن له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة فيفسخ العقد بنفسه بذلك و ربما احتتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا و لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصيل و إن لم يجب في الطرف الآخر و هو الذى يظهر من المحقق الثانى فى مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف فى العين لإمكان الإجازة و لا سيما على القول بالكشف انتهى. و فيه أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل فى العقد شرطا أو شطرا فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين لأن المأمور به بالوفاء هو العقد المقيد الذى لا يوجد إلا بعد القيد و هذا كله على النقل و أما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثانى و ظاهر غيرهم و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدح فى السلطنة الثابتة له و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه قال نعم لو علم بإجازة المالك لم يجر له التصرف انتهى. أقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك و من هنا يظهر أنه لا فائدة فى أصالة عدم الإجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعبه بالإجازة لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا- يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين. و أما على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقق فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الأصيل كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى. و الحاصل أنه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شىء شرطا أو شطرا حرمة نقضه على الأصيل مطلقا فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز و من هنا تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمة التصرف فى ماله مع حرمة التصرف فى عوضه تنافى مقتضى العقد أعنى المبادلة. توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطى عنه و هذا لا يدل إلا على حرمة التصرف فى ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل و أما دخول البدل فى ملكه فليس مما التزمه على نفسه

بل مما جعله لنفسه و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه و أما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلا فى مفهوم المبادلة فلو لم يتصرف فى مال صاحبه لم يكن ذلك نقضا للمبادلة فالمرجع فى هذا التصرف فعلا و تركا إلى ما يقتضيه الأصل و هى أصالة عدم الانتقال. و دعوى أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل فى ملكه فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فى المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حثا فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعد نقضا لما التزمه إذ لم يلتزمه فى الحقيقة إلا معلقا مدفوعا بعد تسليم جواز التصرف فى مسألة النذر المشهورة بالإشكال بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٥

معلق على الإجازة و إنما التزم بالمبادلة متوقعا للإجازة فيجب عليه الوفاء به و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة أو ينتقض إزماءه برد المالك و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الأصل على نفسه دون غيرها. قال فى القواعد فى باب النكاح و لو تولى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهرة فإن كان زوجا حرمت عليه الخامسة و الأخت و الأم و البنت إلا- إذا فسخت على إشكال فى الأم و فى الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا يقع المصاهرة و إن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ و الطلاق هنا معتبر انتهى. و عن كشف اللثام نفى الإشكال و قد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصل و فرعوا عليه تحريم المصاهرة و أما مثل النظر إلى المزوجة فضولا و إلى أمها مثلا و غيره مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الأصول لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة بل المنفية بالأصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعنى علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقص من الطرفين

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

ثم إن بعض متأخرى المتأخرين ذكر ثمرات آخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها و بما يمكن أن يقال عليها منها ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطرى أو غيره مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح حينئذ على الكشف دون النقل و كذا لو انسلخت قابلية المنقول- بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك و فى مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فيما قارن العقد فقد الشرط ثم حصل و بالعكس و ربما يعترض على الأول بإمكان دعوى ظهور الأدلة- فى اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا إلى حين الإجازة. و فيه أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية و لا- استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها كما لو وقعت بيع متعددة على مال فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا و كما يشعر به بعض أخبار المسألة المتقدمة حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة مضافا إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذى يصلح لما ذكر فى الثمرة الثانية أعنى خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين فى فوات أحد ركنى العقد مضافا إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبى ص عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه نعم ما ذكره أخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة لبطلان العقد ظاهرا على القولين و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملة فباب المناقشة و إن كان واسعا إلا أن الأرجح فى النظر ما ذكرناه و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات و حق الشفعة

و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الأيمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري و تظهر الثمرة أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن و سيأتى إن شاء الله.

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضعا أو انصرافا بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة و جوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان.

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية كقوله أمضيت و أجزت و أنفذت و رضيت و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية و ليس ببعيد إذا اتكل عليها عرفا و الظاهر أن الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن و منه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجىء و كتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا كما صرح به العلامة رحمه الله و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين و في النسبة نظر و استدل عليه بعضهم بأنها كالبيع في استقرار الملك و هو يشبه المصادرة و يمكن أن يوجه بأن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ و من المعلوم أن النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة. و فيه نظر بل لو لا شبهه الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النصوص فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا. و حكى عن آخرين أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها. و ذكر بعض أنه يكفى في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها. و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع دفعا للحرج عليها و علينا ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبدا. و قد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالإجازة. و قد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر أنها إذا أقامت معه بعد ما أفادت فذلك رضا منها و عرفت أيضا استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك فإذا حصل عمل السبب التام عمله. و بالجملة فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد و حينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٦

ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه أقوى حجة في المقام مضافا إلى ما ورد في عدة أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه و ما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه طلق يدل على الرضا بالنكاح فيصير إجازة و على أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا. و ما دل على أن التصرف من ذى الخيار رضا منه و

غير ذلك. بقى فى المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ و كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه فينبغى أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنا للعقد أو سابقا فإذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى فى اللزوم لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى و الظاهر أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك فمقتضى ذلك أن لا يصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذنا مخرجا للبيع عن الفضولى. و يؤيد ذلك أنه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك لأن الكراهة الحاصلة حينه و بعده و لو آنا ما تكفى فى الفسخ بل يلزم عدم وقوع بيع المكروه أصلا إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا و إن كان مجرد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد إذ مع الرد يفسخ العقد فلا يبقى ما تلحقه الإجازة و الدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفى العقد و إلا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فى حق العاقدين أو من قام مقامهما. و قد تقرر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذى هو فى معنى المعاهدة هذا مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد فى قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الإجازة فتأمل. نعم الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة- ظاهرة فى صحة الإجازة بعد الرد اللهم إلا أن يقال إن الرد الفعلى كأخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ. و دعوى أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ فى العقود اللازمة و قد صرحوا بحصوله فيها بالفعل يدفعها أن الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع. و بالجمله فالظاهر هنا و فى جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقب الفسخ فإن سلم ظهور الرواية فى خلافه فلتطرح أو تأول.

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله فموضوعها المالك فقولنا له أن يجيز مثل قولنا له أن يبيع و الكل راجع إلى أن له أن يتصرف فلو مات المالك لم يورث الإجازة و إنما يورث المال الذى عقد عليه الفضولى فله الإجازة بناء على ما سيجىء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميتا و الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال يظهر بالتأمل.

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع و لو أجازهما صريحا أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري. و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع فى يد المشتري برضا البائع فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع لكن ما ذكرنا إنما يصح فى قبض الثمن المعين و أما قبض الكلى و تشخيصه فوقوعه من الفضولى على وجه تصححه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولى لمثل القبض و الإقباض و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة و عن المختلف أنه حكى عن الشيخ أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض و على أى حال فلو كانت إجازة العقد دون القبض لغوا كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق كانت إجازة العقد إجازة لقبض صونا للإجازة عن اللغوئية و لو قال أجزت العقد دون القبض ففى بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان.

السادس الإجازة ليست على الفور

السادس الإجازة ليست على الفور

للعومومات و لصحيحة محمد بن قيس و أكثر المؤيدات المذكورة بعدها و لو لم يجز المالك و لم يرد حتى لزم تضرر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف- فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين- .

السابع هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا

السابع هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا
وجهان الأقوى التفصيل فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار و لو أوقع العقد على شرط فأجاز المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط و إن كان قابلا للتبعض من حيث الجزء و لذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط و لو انعكس الأمر بأن عقد الفصولي مجردا عن الشرط و أجاز المالك مشروطا ففي صحة الإجازة مع الشرط إذا رضى به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضى به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد فلا- يجدى وقوعه في حيز القبول إلا- إذا تقدم على الإيجاب ليرد الإيجاب عليه أيضا أو بطلانها لأنه إذا لغا الشرط لغا المشروط لكون المجموع التزاما واحدا أقواها الأخير.

و أما القول في المجيز

إشارة

و أما القول في المجيز
فاستقصاؤه يتم ببيان أمور

الأول يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشده

و لو أجاز المريض بنى نفوذها على منجزات المريض- و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل.

الثاني هل يشترط في صحة عقد الفصولي وجود مجيز حين العقد

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا تنفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أم لا يشترط قولان أولهما للعلامة في ظاهر القواعد و استدلل له بأن صحة العقد و الحال هذه ممتعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائما و بلزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين- لإمكان عدم

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٧

الإجازة و لعدم تحقق المقتضى و في الثمن لإمكان تحقق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه. و يضعف الأول مضافا إلى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه عادة بمنع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضى امتناعه دائما سواء قلنا بالنقل أم بالكشف و أما الضرر فيتدارك بما تدارك به صورة النقص المذكورة هذا كله مضافا إلى الأخبار الواردة في تزويج

الصغار فضولا الشاملة لصوره ولى النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم و صورة عدم وجود الولي بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح و انحصار الولي فى الأب و الجد و الوصى على خلاف فيه و كيف كان فالأقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكى عن ابن المتوج البحرانى و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل لم يرجحه غير العلامة ره ثم اعلم أن العلامة فى القواعد مثل لعدم وجوب المجيز بيع مال اليتيم.

و حكى عن بعض العامة و هو البيضاوى على ما قيل الإيراد عليه لا يتم على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام ع فى كل عصر. و عن المصنف قدس سره أنه أجاب بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه و انتصر للمورد بأن نائب الإمام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود بل لو فرض عدم المجتهد فالعدول موجودون بل للفساق الولاية على الطفل فى مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار فى غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضا فإن أريد وجود ذات المجيز فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكّن من الإمام ع و إن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة فيمكن فرض عدمه فى المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد فالأولى ما فعله فخر الدين و المحقق الثانى من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعله الإجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع فى الأموال.

الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد

إشارة

سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أم للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فك الرهن. فالكلام يقع فى مسائل

الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر- و الأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به فى التذكرة

الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد

إشارة

سواء أ كان هو البائع أم غيره لكن عنوان المسألة فى كلمات القوم هو الأول و هو ما لو باع شيئا ثم ملكه و هذه تتصور على صور لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك و الملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالإرث ثم البائع الذى يشتري الملك إما أن يجيز العقد الأول و إما أن لا يجيزه فيقع الكلام فى وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له

و المهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز

إشارة

و ما لو باع و اشترى و لم يجز إذا يعلم حكم غيرهما منهما. أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها- فظاهر المحقق فى باب الزكاة من

المعتبر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه أنه صح البيع و الرهن فيما عدا الزكاة فإن اغترم حصه الفقراء قال الشيخ صح البيع و الرهن و فيه إشكال لأن العين مملوكة و إذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة كما لو باع مال غيره ثم اشتراه انتهى. بل يظهر مما حكاه عن الشيخ عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن فإن الراهن إذا باع فكك الرهن قبل مراجعته المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفة و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في الدروس و هو ظاهر المحكى عن الصيمرى و المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد هو البطالان و مال إليه بعض المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه

[الأقوى الصحة]

و الأقوى هو الأول للأصل و العمومات السليمة عما يرد عليه

[ما أورده المحقق التستري على الصحة]

إشارة

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر فى الإيضاح و جامع المقاصد

[الإيراد الأول و جوابه

الأول أنه قد باع مال الغير لنفسه و قد مر الإشكال فيه و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك و فيه أنه قد سبق أن الأقوى صحته و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

[الإيراد الثانى و جوابه

أنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم فقد اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز لأنه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم إجازته و عدم وقوع البيع عنه و فيه أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد أم لا لأن الداعى على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم و هذا المعنى لا يقتضى أزيد مما ذكرنا و أما القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها فى المالك حين العقد و لا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحة البيع المذكور لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

[الإيراد الثالث و جوابه

الثالث أن الإجازة حيث صحت كاشفة على الأصح مطلقاً لعموم الدليل الدال عليه و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه و فيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذى أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد فى المحل القابل للعقد عليه و لا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة فكما أن مالكة الأول إذا رضى يقع البيع له فكذلك مالكة الثانى إذا رضى يقع البيع له و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد و حينئذ فإذا ثبت صحته

بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٨

عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته إذ لا- يمكن الكشف فيه على وجه آخر فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا- شرعى حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة فإن كان لا- بد من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلا أو شرعا أن يكون عن خروج المال ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان وأنه لا مانع عقلا ولا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد إذ التخصيص إنما يقدح مع القابلية كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق في دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

[الإيراد الرابع]

إشارة

الرابع أن العقد الأول إنما صح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولى و هى متوقفة على صحة العقد الثانى المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصيل فتكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك و ملكا للمشتري معا فى زمان واحد و هو محال لتضادهما فوجود الثانى يقتضى عدم الأول و هو موجب لعدم الثانى أيضا فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد و هو محال. فإن قلت مثل هذا لا يزم فى كل عقد فضولى - لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء مالكة المالك و مستلزمة لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا فى آن واحد فيلزم إما بطلان عقد الفضولى مطلقا أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه. قلنا يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها فى الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى.

[الجواب عن الإيراد الرابع]

أقول قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد و حينئذ فتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثانى مسلم و توقف صحة العقد الثانى على بقاء الملك على ملك مالكة الأصيل إلى زمان العقد مسلم أيضا فقولُه صحة الأول تستلزم كون المال ملكا للمالك و المشتري فى زمان واحد ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصيل. نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد و لكن هذا أمر تقدم دعواه فى الوجه الثالث و قد تقدم منعه فلا وجه لإعادته بتقرير آخر كما لا يخفى. نعم يبقى فى المقام الإشكال الوارد فى مطلق الفضولى على القول بالكشف و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشتري معا و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيرا غير الإشكال الذى استنتجه من المقدمات المذكورة و هو لزوم كون الملك للمالك الأصيل و للمشتري.

نعم يلزم من ضم هذا الإشكال العام- إلى ما يلزم فى المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثانى لوجوب التزام مالكية المالك الأصيل حتى يصح العقد الثانى و مالكية المشتري له لأن الإجازة تكشف عن ذلك و مالكية العاقد له لأن ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه و إلا لم تنفع إجازته فى ملكه من حين العقد لأن إجازة غير

المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره. ثم إن ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن ولا يغني لأن الإجازة إذا وقعت فإن كشفت عن مالك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها لأن الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي و المالك الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأن المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية. ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني من كفاية الملك الصوري في الأول دون الثاني تحكم صرف خصوصا مع تعليله بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق فليت شعري أن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعا مع أن الإجازة رفع لليد من الملك أيضا بالبديهة. و التحقيق أن الإشكال إنما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقا في كاشفة الإجازة على الوجه المشهور من كونها شرطا متأخرا يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

[الإيراد الخامس و جوابه

الخامس أن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول- و عن كون المال ملك المشتري الأول فقد وقع العقد الثاني على ماله فلا بد من إجازته كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصح و يلزم فعلى هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر و توقف صحة كل من العقدين و الإجازة- على إجازة المشتري غير الفضولي و هو من الأعاجيب بل من المستحيل لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصل شيئا من الثمن و المثل و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان و دون تمامه إن زاد الأول و مع زيادة إن نقص لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن و هو ظاهر. و الجواب عن ذلك ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد و هو ممنوع. و الحاصل أن منشأ الوجوه [الثلاثة] الأخيرة شيء واحد و المحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفه قد نبه عليه في الإيضاح و جامع المقاصد

[الإيراد السادس و جوابه

السادس أن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك و فسخه- فعل ما هو من لوازمهما فلما باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن و هو لا يجامع صحة العقد الأول فإنها تقتضى تملك المالك للثمن الأول و حيث وقع الثاني يكون فسخا له و إن لم يعلم بوقوعه فلا تجدي الإجازة المتأخرة. و بالجملة حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها فكما أن التصرف المنافي مبطل لها كذلك عقد الفضولي. و الجواب أن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده و أما الفعل المنافي لمضيه كتزويج المعقودة فضولا نفسها من آخر و بيع المالك ماله المبيع فضولا

المكاسب، ج ٢، ص ١٣٩

من آخر فليس فسخا له خصوصا مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي غاية ما في الباب أن الفعل المنافي لمضى العقد مفوت لمحل الإجازة فإذا فرض وقوعه صحيحا فمحل الإجازة و يخرج العقد عن قابلية الإجازة إما مطلقا كما في مثال التزويج أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول فللمالك الثاني أن يجيز. نعم لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعا و لعموم تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها. فالحاصل أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسخا إنه إبطال لأثر العقد في الجملة فهو مسلم و لا يمنع ذلك من بقاء العقد مترلزلا بالنسبة إلى المالك الثاني فيكون له إجازة و إن أريد أنه إبطال للعقد رأسا فهو ممنوع إذ لا دليل على كونه كذلك و تسمية مثل ذلك الفعل ردا في بعض الأحيان من حيث إنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث تكون الإجازة منه بعده لغوا. نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول لكن الالتزام بذلك لا يقدح في

المطلب إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حالة من قابلية لحوق الإجازة. و أما الالتزام فى مثل الهبة و البيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلأن صحة التصرف المنافى تتوقف على فسخ العقد و إلا- وقع فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه فإن تصرف المالك فى ماله المبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا- يتوقف على فسخه غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة و من ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيرا و بالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل أولى فإن قياس العقد المترزل من حيث الحدوث على المترزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الأولوية و سيجىء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقق به الرد.

[الإيراد السابع

إشارة

السابع الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى ص عن بيع ما ليس عندك- فإن النهى فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولى و إما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا- على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا و لو ملكه فأجاز بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يقول لى اشترى لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. و رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيًا و يحرم إثباتًا كما فهمه فى الوافى أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء- و يحرم إذا وقع قبله أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة. و صحيحة ابن مسلم قال: سألت عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه. و صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد الله ع فى رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه قال لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه. و صحيحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله ع يجيئنى الرجل فيطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شىء فيقول لى عليه و أقوله فى الربح و الأجل حتى يجتمع على شىء ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه المتاع فقال أ رأيت إن وجد هو مبيعا أحب إليه مما عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه عنه [و يدعك أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس. و غيرها من الروايات و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد فى بعضها و من حيث التعليل فى بعضها الآخر فى عدم صحة البيع قبل الاشتراء و أنه يشترط فى البيع الثانى تملك البائع له و استقلاله فيه و لا- يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال.

[الجواب عن الإيراد السابع

و الجواب عن العمومات أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف فى الثمن و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع و منه يظهر الجواب عن الأخبار- فإنها لا- تدل خصوصا بملاحظة قوله ع: و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة و هى المسألة الآتية أعنى لزوم

البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة و سيأتي أن الأقوى فيها البطلان. و ما قيل من أن تسليم البائع المبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات و هو إجازة فعلية مدفوع بأن التسليم إنما وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعد إجازة و لا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي لأن المعتبر في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنة و استقلال لأن ما يدل على اعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً لغيره يدل على عدم كفاية ذلك. نعم يمكن أن يقال إن مقتضى تعليل نفى البأس - في رواية خالد المتقدمة بأن المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل و هذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدم من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو رده لكن الظاهر بقريته النهى عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم إرادة اللزوم من الطرفين.

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٠

و الحاصل أن دلالة الروايات عموماً و خصوصاً - على النهى عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لإنكاره و دلالة النهى على الفساد أيضاً مما لم يقع فيه المناقشة في هذه المسألة إلا أنا نقول إن المراد بفساد البيع هو عدم ترتب ما يقصد منه عرفاً من الآثار في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة كان يترتب عليه بعد البيع النقل و الانتقال و جواز تصرف البائع في الثمن و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكه و تسليمه و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه و هو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكه حين العقد أو ممن يملكه بعد العقد و لا يجب على القول بدلالة النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغوا غير مؤثر أصلاً كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد فإن حاصله دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أن مقصوده من الفعل المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا - يترتب عليه فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين لا - أنه لغو من جميع الجهات فافهم اللهم إلا أن يقال إن عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض في الهبة و نحوها و الإجازة في الفضولي لا يقتضى النهى عنها بقول مطلق إذ معنى صحة المعاملة شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا - يوجب النهى عنه إلا - مقيداً بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا - يوجب الحكم عليه بالفساد. فالإنصاف أن ظاهر النهى في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة و أما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز فلا بد من النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع فلا - تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. نعم قد يחדش فيها أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة - ورودها في بيع الكلي و أنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري الأول و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر فيقوى في النفس أنها و ما ورد في سياقها في بيع الشخصى أيضاً كروايتي يحيى و خالد المتقدمين أريد بها الكراهة أو وردت في مقام التقيية لأن المنع عن بيع الكلي حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة كما صرح به في بعض الأخبار مستندين في ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك لكن الاعتماد على هذا التوهين و رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصى و عموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي خلاف الإنصاف إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار و هو بيع الكلي قبل التملك على التقيية و هو لا - يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً فتدبر فالأقوى العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور. و مما يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق رواية الحسن بن زياد الطائى الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه قال: قلت لأبي عبد الله ع إنى كنت رجلاً - مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح قال فقال علموا أنك

تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا الى شيئا قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك الخبر فإنها ظاهرة بل صريحه في أن علته البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته فلو كانت صيرورته حرا مالكا لنفسه مسوغه للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا للزوم العقد حيثئذ على كل تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة]

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب للإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا و هذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافيا للخلاف في فسادة قال و لا يجوز أن يبيع عينا لا- يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها و به قال الشافعي و أحمد و لا نعلم فيه خلافا لقوله ص: لا تبع ما ليس عندك و لاشتمالها على الغرر فإن صاحبها قد لا يبيعها و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها أما لو اشترى موصوفا في الذمة سواء كان حالا أم مؤجلا فإنه جائز إجماعا انتهى. و حكى عن المختلف الإجماع على المنع أيضا و استدلاله بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح في وقوع الاثراء غير مترقب للإجازة مجيز بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل في مورد الأخبار و لا في معقد الاتفاق و لو تبايعا على أن يكون للزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهي عنه في الأخبار المذكورة حيث قال و كذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجازته و كذا لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده و قد نهى عنه انتهى. لكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى و هي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل و الانتقال و عدم الوقوف على شيء.

و ما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك حيث علل المنع بالضرر و عدم القدرة على التسليم و أصرح منه كلامه المحكى عن المختلف في فصل النقد و النسيئة و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع- فأجازته فالظاهر أيضا الصحة لخروجه عن مورد الأخبار. نعم قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها لأن العقد السابق كان إنشاء للبيع عن المالك الأصلي و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الإشكال في عكس المسألة و هي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه فتأمل. و لو باع لثالث معتقدا لملكه أو بانيا عليه عدوانا فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة

المكاسب، ج ٢، ص ١٤١

بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك و إن ملكه الثالث و أجازته أو ملكه البائع فأجازته فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة

[لو باع لنفسه ثم تملكه و لم يجز]

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى و هي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا- مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم و عدم صيرورتها حلالا من دون طيب النفس فإن المفروض أن البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما إلا- بكون مال غيره له اللهم إلا- أن يقال إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كل عاقد و شرط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنبيا لا حكم لوفائه و نقضه و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين في الإيضاح بناء على صحة الفضولي صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة قيل و يلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية في المعبر لكن يضعفه أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل

الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا- مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل - مضافا إلى معارضة العموم المذكور- بعموم سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس .
و فحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه و إن عتقه لا يجدى في لزوم النكاح لو لا سكوت المولى الذى هو بمنزلة الإجازة ثم لو سلم عدم التوقف على الإجازة فإنما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه أما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكال و لو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله بموت الموكل فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها.
نعم يقع للوارث مع إجازته

المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف

إشارة

و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه إما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا و إما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا و على كل منهما فإما أن يبيع عن المالك و إما أن يبيع لنفسه فالصور أربعة

الأولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع

فلا- ينبغى الإشكال فى اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولى- لكن الظاهر من المحكى عن القاضى أنه إذا أذن السيد لعبده فى التجارة فباع و اشترى و هو لا يعلم بإذن سيده و لا علم به أحد لم يكن مأذونا فى التجارة و لا يجوز شىء مما فعله فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما أن يبيعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان يبيعه و شراؤه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز انتهى و عن المختلف الإيراد عليه بأنه لو أذن الولي و لا- يعلم العبد ثم باع العبد صح لأنه صادف الإذن و لا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المتعاملين انتهى و هو حسن.

الثانية أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا

فالظاهر أيضا صحة العقد لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينعف و لا يقدر و فى توقفه على إجازته للمولى عليه وجه لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فتأمل.

الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا

و قد مثل له الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا و المشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة فى القواعد و الإرشاد فى باب الهبة الإجماع و لم نعتز على مخالف صريح إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر فى قواعده أنه لو قيل بالبطلان أمكن و قد سبقه فى احتمال ذلك العلامة و ولده فى النهاية و الإيضاح لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه و لأنه و إن كان منجزا فى الصورة إلا أنه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتهك و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره انتهى. أقول أما قصد نقل الملك عن الأب فلا- يقدر فى وقوعه لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنه مالك باعتقاده ففى الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ فى اعتقاده أن المالك أبوه و قد تقدم توضيح ذلك فى عكس المسألة أى ما لو باع ملك غيره باعتقاده أنه ملكه. نعم من أبطل عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنته طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله

عن ملكه و لذا نقول نحن كما سيجيء باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد. و أما ما ذكره من أنه فى معنى التعليق فيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى منع كونه فى معنى التعليق لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال على المال لا- على تعليق للنقل بكونه منتقلا- إليه بالإرث عن مورثه لأن ذلك لا- يجمع و ظن الحياة اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقى إلى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه فالقصد صورى على ما تقدم من المسالك من أن الفضولى و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله لكن فيه حيثنذ أن هذا القصد الصورى كاف و لذا قلنا بصحة عقد الفضولى و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا- بعلمه بكون المبيع لغيره. و كيف كان فلا ينبغى الإشكال فى صحة العقد إلا أن ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه و إن لم يشعر به فهو أولى من الإذن فى ذلك فضلا عن إجازته و إلا توجه عدم وقوع العقد له لكن الأقوى وفاقا للمحقق و الشهيد الثانىين ووقفه على الإجازة لا لما ذكره فى جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله إلا أن يقال

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٢

إن قصده إلى أصل البيع كاف. و توضيحه أن انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه و إنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها فى التوقف على الأمور المتأخرة و عدمه مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة فى اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا- بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض. و بالجملة فأكثر أدلة اشتراط الإجازة فى الفضولى جارية هنا. و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة و إلا فسد العقد فيه أنه يكفى فى تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين و قصد كونه مال نفسه أو مال غيره مع خطائه فى قصده أو صوابه فى الواقع لا يقدر و لا ينفذ و لذا بنينا على صحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره. و أما أدلة اعتبار التراضى و طيب النفس فهى دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك فلو أذن فى التصرف فى مال يعتقد أنه لغيره و المأذون يعلم أنه لم يجر له التصرف بذلك الإذن و لو فرضنا أنه أعتق عبدا عن غيره فبان أنه لم ينعق و كذا لو طلق امرأة و كالة عن غيره فبان زوجته لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما فلا تنفع الإجازة و لو غره الغاصب فقال هذا عبدى أعتقه عنك فأعتقه عن نفسه فبان كونه له بالأقوى أيضا عدم النفوذ وفاقا للمحكى عن التحرير و حواشى الشهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا و وقفه على الإجازة لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطله بخلاف البيع فلا- تناقض بين حكمه ببطان العتق و صحة البيع مع الإجازة كما يتوهم. نعم ينبغى إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة فإن القصد إلى إنشاء يتعلق بمعين هو مال المنشئ فى الواقع من غير علمه به إن كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلقة بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق و إن اعتبر فى طيب النفس المتعلقة بإخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالا له و لم يكف مجرد مصادفه الواقع و جب الحكم بعدم لزوم البيع فالحق أن القصد إلى الإنشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له لكن لا- يكفى ذلك فى تحقق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء ثم إن كان ذلك الإنشاء مما يقبل اللزوم بلحقوق الرضا كفت الإجازة كما فى العقود و إلا وقع الإنشاء باطلا كما فى الإيقاعات ثم إنه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على الإجازة- أن هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ فعقدته مترزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من

عاصرناه معللا بقاعدة نفى الضرر إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال و قد تقدم توفقه على طيب النفس. و ما ذكره من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع إلى العوض و المعوض و إنما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله و من المعلوم أن هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولي على الإجازة إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر. ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي - بل يجيء على القول بالبطلان إلا أن يستند في البطلان بما تقدم - من قبح التصرف في مال الغير فيتجه عنده حينئذ البطلان [ثم يغرر المثلث إن كان جاهلا].

الرابعة أن يبيع لنفسه باعتقاده أنه لغيره فأنكشف أنه له

و الأقوى هنا أيضا الصحة و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الإجازة بمثل ما مر في الثالثة و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالث و لذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

و أما القول في المجاز

إشارة

فاستقصاؤه يكون ببيان أمور

الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعبرة في تأثيره عدا رضا المالك

فلا- يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء و لا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف للزومه عليه حينئذ بل مطلقا لتوقف تأثيره الثابت و لو على القول بالنقل عليها و ذلك لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه و على أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده و لهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا لأن الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط و لو سلم كونها جزء فهو جزء للمؤثر لا للعقد فيكون جميع ما دل من النص و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهره في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد. نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة و لعل من هذا القبيل القدرة على التسليم و إسلام مشتري المصحف و العبد المسلم ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على القول بالنقل. نعم على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط و أما شروط العوضين فالظاهر اعتبارها بناء على النقل و أما بناء على الكشف فوجهان و اعتبارها عليه أيضا غير بعيد.

الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل

من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعا أو صلحا فضلا عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو بيعا لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة و جهان من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدا لا يجوز معه التوكيل و من أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة فتشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل و من هنا يظهر قوة احتمال

اعتبار العلم بوقوع العقد و لا- يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه لأن الإجازة و إن لم تكن من العقود حتى تشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها إلا أنها في معناها و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق- مع أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد فتأمل.

الثالث [حكم العقود المترتبة]

إشارة

المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير و إما العقد الواقع على عوضه و على كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو على عوضه أو آخره أو عقداً بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف و مجمع الكل فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس ثم باعه المشتري بكتاب ثم باعه الثالث بدينار و باع البائع الفرس بدرهم و باع الثالث الدينار بجارية و باع بائع الفرس الدرهم برغيف ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل أما إجازة العقد الواقع على مال المالك أعنى العبد بالكتاب فهي ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده أعنى العبد بالدينار بناء على الكشف و أما بناء على النقل فيبني على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه و هي فسخ بالنسبة إلى ما قبله مما ورد على مورده أعنى بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز. أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة و هو المشتري بالكتاب فقابليته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعنى مال المجيز. و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز- فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم فيتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعنى بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. و أما إجازة العقد الواقع على العوض- أعنى بيع الدرهم برغيف فهي ملزمة للعقد السابقة عليه سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أم على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم و للعقد اللاحقة له إذا وقعت على العوض و هو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البديل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً. و ملخص ما ذكرنا أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز فإن وقعت من أشخاص متعددة كانت إجازة منها فسحاً لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و لعل هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح و الدروس في حكم ترتب العقود من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صح و ما بعده و في الثمن ينعكس فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعددة. و أما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصي مراراً لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا أما الواقعة على هذا البديل المجاز إلى آخره بل مرادها ترامي الأثمان في العقود المترتبة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان و قد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا في المقسم من أن العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصي الأول له بل العوض و لو بواسطة.

[الإشكال في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب]

ثم إن هنا إشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه فقال الأول فيما حكى عنه إن وجه الإشكال أن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و لو بقي ففيه الوجهان فلا تنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه انتهى. و قال في محكى الحواشي إن المشتري مع علمه بالغصب- يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن فلا يدخل في ملك رب العين فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلى البائع فتحقق ملكيته للمبيع فلا

يتصور نفوذ الإجازة فيها لصيرورته ملكا للبائع و إن أمكن إجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا- يكون ثمنا فلا- تؤثر الإجازة في جعله ثمنا فصار الإشكال في صحة البيع و في التبع ثم قال إنه يلزم من القول بطلان التبع بطلان إجازة البيع في المبيع لاستحاله كون المبيع بلا ثمن فإذا قيل إن الإشكال في صحة العقد كان صحيحا أيضا انتهى. و اقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيرا في وجه سراية هذا الإشكال إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب و المحكى عن الإيضاح ابتداء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة فيكون منشأ الإشكال في الجواز و العدم الإشكال في الكشف و النقل. قال في محكى الإيضاح إذا كان المشتري جاهلا للمالك تتبع العقود رعاية مصلحته و الربح في سلسلتى الثمن و المثلن و أما إذا كان عالما بالغصب فعلى قول الأصحاب من أن المشتري إذا رجع عليه بالسعة لا- يرجع على الغاصب بالثلن مع وجود عينه فيكون قد ملك الغاصب مجانا لأنه بالتسليم إلى الغاصب- ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثلن على سبب ملك المالك له أى الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثلن و ربحه له و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب و على القول بأن إجازة المالك كاشفة فإذا أجاز العقد كان له و يحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثلن فإن له إجازة البيع و أخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله و أشقها عليه و المالك مأخوذ بالأحوال ثم قال و الأصح عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به انتهى كلامه رحمه الله.

[عدم ورود الإشكال على تقدير الكشف]

و ظاهر كلامه أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتجه إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد بأن تسليط

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٤

المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ملك الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل بمقتضاه و إذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطا من المشتري على ماله فليس له أن يسترده بناء على ما نقل من الأصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن لأن إجازة المالك المبيع له موقوفة على تملكه للثلن لأنه قبلها أجنبي عنه و المفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل و كذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. و ما ذكره في الإيضاح من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق و أنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال فلم يعلم له وجه بناء على النقل لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز و التسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب فكيف يكون حق المجيز أسبق. نعم يمكن أن يقال إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع لا لأن نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرد و الإجازة و حيث إن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد و جب الاقتصار فيه على المتيقن و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة فافهم.

مسألة في أحكام الرد

[ما يتحقق به الرد]

لا- يتحقق الرد قولاً إلا بقوله فسخت ورددت و شبه ذلك مما هو صريح فى الرد لأصاله بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما كالعق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك و الوجه فى ذلك أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه.

[هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك]

و أما التصرف غير المخرج عن الملك- كاستيلاء الجارية و إجارة الدابة و تزويج الأمة فهو و إن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه إلا- أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. و الحاصل أن وقوع هذه الأمور صحيحة مناقضة لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا- بد من امتناع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه أو إيقاعه على غير وجهه و حيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول. و بالجملة كل ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثرة من حين العقد فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس كان عليه أجره المثل إذا أجاز فتأمل و منه يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونه لأن التنافى بينهما واقعى و دعوى أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد فى الإجازة و لذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثم ملكه مدفوعةً بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه. نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقى الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر و بالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هى و تصح الإجازة.

[بقى الكلام فى التصرفات غير المنافية لملك المشتري]

إشارة

من حين العقد- كتعريض المبيع و البيع الفاسد و هذا أيضاً على قسمين لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله و إما أن تقع فى حال عدم الالتفات

[ما يقع فى حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى]

أما الأول فهو رد فعلى للعقد و الدليل على إلحاقه بالرد القولى مضافاً إلى صدق الرد عليه فيعمه ما دل على أن للمالك الرد مثل ما وقع فى نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه. و ما ورد فيمن زوجته أمه و هو غائب من قوله: إن شاء قبل و إن شاء ترك إلا أن يقال إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترك فلا تعرض فيه لكيفيته إن المانع من صحة الإجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفى العقد مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق- فإن الوجه فى حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع و إلا فتوقفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك و كيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً صلح لرفع أثر العقد المترزلاً من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

[ما يقع فى حال عدم التفات المالك]

و أما الثانى و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالاته على إنشاء الرد و المفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد و الالتفات إلى وقوع المردود نظير إنكار الطلاق الذى جعلوه رجوعا و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. نعم لو ثبت كفاية ذلك فى العقود الجائزة كفى هنا بطريق أولى كما عرفت لكن لم يثبت ذلك هناك فالمسألة محل إشكال بل الإشكال فى كفاية سابقه أيضا فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالإجازة و لذا استشكل فى القواعد فى بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلا بفساده و قرره فى الإيضاح و جامع المقاصد على الإشكال.

[حاصل الكلام فيما يتحقق به الرد]

و الحاصل أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولى و فى حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا- يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. و أما الرد الفعلى و هو الفعل المنشأ به لمفهوم الرد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به و أما مجرد إيقاع ما ينافى مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل و فى حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية- و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى أوضح. و أما الفسخ فى العقود الجائزة بالذات أو بالخيار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلى. و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطئ و العتق فالظاهر أن الفسخ بهما من باب تحقق المكاسب، ج ٢، ص ١٤٥

القصد قبلهما لا لمنافتهما لبقاء العقد لأن مقتضى المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه و تمام الكلام فى محله ثم إن الرد إنما يثمر فى عدم صحة الإجازة بعده. و أما انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولى فلا يتوقف على الرد بل يكفى فيه عدم الإجازة و الظاهر أن الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على إرادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم و لذا ذكروا أن الرجوع فى الهبة لا يتحقق به.

مسألة لو لم يجز المالك

إشارة

فإن كان المبيع فى يده فهو- و إلا فله انتزاعه ممن وجده فى يده مع بقائه و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها على الخلاف المتقدم فى البيع الفاسد و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع فى يده و لو كان قبل ذلك فى ضمان آخر و فرضت زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه كما صرح به جماعة فى الأيدى المتعاقبة هذا كله حكم المالك مع المشتري

و أما حكم المشتري مع الفضولى

إشارة

فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن و أخرى فيما يغرمه للمالك زائدا على الثمن فهنا مسألتان

الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا

إشارة

سواء كان باقيا أم تالفا ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا- لأن اعترافه مبنى على ظاهر يده. نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم إسناده إلى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئته لم يرجع بشيء و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيرها ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالة على الواقع وجهان

[لو كان عالما بكونه فضوليا و كان الثمن باقيا]

و إن كان عالما بالفضوليه فإن كان الثمن باقيا استرده وفقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله و لأن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فإن تملك البائع للثمن قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة فتأمل. و هل يجوز للبائع التصرف فيه وجهان بل قولان أقواهما العدم لأنه أكل مال بالباطل هذا كله إذا كان باقيا

[حكم ما لو كان الثمن تالفا]

و أما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم رحمهم الله الاتفاق عليه و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلى و العلامة و غيرهما و يظهر من آخرين أيضا أنه سلطه على ماله بلا عوض. و توضيح ذلك أن الضمان إما لعموم على اليد ما أخذت و إما لقاعدة الإقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ و غيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه و الأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما في الوديعة أو الانتفاع به كما في العارية أو لاستيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق أولى و دعوى أنه إنما سلطه في مقابل العوض لا مجانا حتى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدم عدم الضمان فيها مندفعة بأنه إنما سلطه في مقابل ملك غيره فلم يضمنه في الحقيقة شيئا من كيسه فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجازة بلا أجره التي قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان و هو الإقدام على الضمان هنا لأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن إلا بما علم المشتري أنه ليس ملكا له. فإن قلت تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير- لبنائه لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سلطه على وجه يضمنه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن و تعاقد معرضين عن ذلك كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة بل بنى المشتري على كون المثمن ملكا للبائع فالتسليط ليس مجانا و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى إلا أن كون المثمن مالا له ادعائى فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكا للغير فإن المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقا مع أنه إنما ضمنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذى هو مال الغير فكما أن التضمين هنا حقيقى و كون المثمن مالا له اعتقادى لا يقدر حينئذ تخلفه في التضمين فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثمن عدوانا لا يقدر في التضمين الحقيقى بماله. قلت الضمان كون الشيء في عهده الضامن و خسارته عليه و إذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك. و ما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثمن ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال الغير فهو إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء مع عدم

كون البائع أهلاً لذلك في الواقع و إلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين و الضمان و التضمن الحقيقي بالنسبة إليهما و لذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الإجازة. و الحاصل أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن و أما رجوع المشتري مع اعتقاد المتابعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنه إنما ضمنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه دون ضمان و إن كان ما ضمنه به غير ملك له و لا يتحقق به التضمن لأنه إنما طابت نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له و صيرورته مباحاً له بتسليطه عليه و هذا مفقود فيما نحن فيه لأن طيب النفس بالتصرف - و الإلتلاف من دون ضمان له بماله حاصل. و مما ذكرنا يظهر أيضاً فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث إنه ضمن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به فكأنه لم يضمنه بشيء وجه الفساد أن التضمن الحقيقي حاصل هنا لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان و التضمن في نظر الشارع لأن المفروض فساده فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعده إثبات اليد على مال من دون

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٦

تسليط مجاني أو استيمان عن مالكة موجبا لضمانه على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه كما أوضحناه بما لا مزيد عليه.

و حاصله أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إلتافه في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحر قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال - كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد هذا و لكن إطلاق قولهم أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه نظراً إلى أن البيع الصحيح يقتضى الضمان بفساده كذلك إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقاً من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه و في مثل المبيع بلا ثمن و الإجازة بلا - أجرة إذا فرض صحيحاً لا يكون فيها ضمان فكذلك مع الحكم بالفساد لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية فإن معناه أن كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه فيختص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحاً و أخرى فاسداً. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح بل يراد مطلق المعاملة المالية التي لا يوجد لها فردان صحيح و فاسد فيقال إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجازة بلا أجرة تملك بلا عوض من مال الآخر و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هي الهبة غير المعوضة لا ضمان فيها ففسادها كذلك فتأمل و بالجملة فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض و لذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في بعثك بلا ثمن مع اتفاقهم عليه و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم ذكر الشهيد رحمه الله و غيره عدم الضمان في الإجازة بلا أجرة و يؤيد ما ذكرنا ما دل من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً و إن أمكن الذب عنه بأن المراد التشبيه في التحريم فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطه في إيصاله إلى المالك فتلف في يده - إذ لم يسلمه عليه و لا إذن له في التصرف فيه فضلاً عن إلتافه و لعل كلماتهم و معاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناء على العقد الواقع بينهما فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد و التسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان و

يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع فيه مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها و لو كان الثمن كليا فدفع إليه المشتري بعض أفراده فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجانا.

المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن

إشارة

فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة و إما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار و وطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة و إما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع كالنفقة و ما صرفه في العمارة و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرا و نحو ذلك أو نقص من الصفات و الأجزاء

[لو كان عالما بالفضولية]

ثم المشتري إن كان عالما فلا رجوع له في شيء من هذه الموارد لعدم الدليل عليه

[لو كان جاهلا بالفضولية]

إشارة

و إن كان جاهلا فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض. و عن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد دعوى الإجماع على الرجوع ما لم يحصل في مقابله نفع و في السرائر أنه يرجع قولاً واحداً و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفى الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور فإن البائع مغرر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع من شهادته و القاعدة نفى الضرر مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها: عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت فإن حرية ولد المشتري إما أن يعد نفعاً عائداً إليه أو لا و على التقديرين يثبت المطلوب مع أن في توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعلية الحكم فيطرد في سائر ما أخذ منه

[توجيه بعض الروايات الساكنة عن رجوع المشتري إلى البائع

و أما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع - في بعض الأخبار فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك كرواية زرارة: في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم أتاه من يزعم أنها له و أقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه من قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها و رواية زريق قال: كنت عند أبي عبد الله ع يوماً إذ دخل عليه رجلان فقال أحدهما إنه كان على مال لرجل من بني عمار و له بذلك حق و شهود فأخذ المال و لم أسترجع عنه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتاباً و لا أخذت منه براءة بذلك و ذلك لأنني وثقت به و قلت له مزق الذكر بالحق الذي عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقه و عقيب هذا طالبني بالمال وراثته و حاكموني و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال و كان

المال كثيرا فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى الكوفة معيشة لى و قبض القوم المال و هذا رجل

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٧

من إخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثم إن ورثه الميت أقرأ أن أباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يرد على معيشتى و يعطونه الثمن فى أنجم معلومة فقال إنى أحب أن تسأل أبا عبد الله ع عن هذا فقال الرجل يعنى المشتري كيف أصنع جعلت فداك قال تصنع أن ترجع بمالكك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها قال فإذا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير هذا قال نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما فى المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعت أنت فإن للزارع إما قيمة الزرع و إما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له و رد عليك القيمة و كان الزرع له قلت جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا قال له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و يأخذه قلت أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء فقال يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و رد البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض كلما خرج عنه فى إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة فى مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه. و فيه مع أنا نمنع ورودها- إلا- فى مقام حكم المشتري مع المالك أن السكوت فى مقام البيان لا يعارض الدليل مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع مع أن البائع فى قضية زريق هو القاضى فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم لأن الحاكم من قبل الشارع ليس غارما من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها و إن كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف- و تصرفه فى أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

[ما يغترمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة]

و أما الثانى و هو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء ففى الرجوع بها خلاف أقواهما الرجوع و فاقا للمحكى عن المبسوط و المحقق و العلامة فى التجارة و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم. و عن التنقيح بأن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا فى من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله و تؤيده قاعدة نفي الضرر- فإن تغريم من أقدم على إتلاف شىء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه إلى من غره فى ذلك ضرر عظيم و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر و كيف كان فصدق الضرر و إضرار الغار به مما لا يخفى خصوصا فى بعض الموارد فما فى الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود فى المقام لوصول العوض إلى المشتري لا يخلو عن شىء مضافا إلى ما قيل عليه من منع مدخلى الضرر فى قاعدة الغرور بل هى مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة و الإجماع بصورة الضرر و أما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا إليه كما فى المكره و كما فى الريح العاصف الموجب للإحراق و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقتها و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلا كما نسب إلى ظاهر الأصحاب فى المكره لكون المباشر بمتزلة الآلة و أما فى غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود فلا بد من الرجوع بالأخرة إلى قاعدة الضرر أو الإجماع المدعى فى الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى أو بالأخبار الواردة فى الموارد المتفرقة أو كون الغار سببا فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور فى ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أما الأخير فواضح و أما الأول فقد عرفته و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا فى خصوص المسألة إلا أن تحققهما فى نظائر المسألة كاف فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهرا و رجوع المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا. و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما فى كلام بعض حيث عدل فى رد

مستند المشهور عما في الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى فإن الإنصاف أن مفهوم الغرر و الموجب للرجوع في باب الإلتلاف و إن كان غير منقح إلا أن المتيقن منه ما كان إلتلاف المغرور لمال الغير و إثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير بل قصده إلى إلتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإلتلاف فيكون غير قاصد لإلتلاف مال الغير فيشبهه المكروه في عدم القصد هذا كله مضافا إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة بناء على أن حرية الولد منفعه راجعه إلى المشتري و هو الذي ذكره المحقق احتمالا في الشرائع في باب الغصب بناء على تفسير المسالك و فيه تأمل.

[ما يغترمه في مقابل العين]

ثم إن ما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغترمه في مقابل العين - من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد كما لو باع ما ساوى عشرين بعشرة فتلف فأخذ منه المالك عشرين فإنه لا يرجع بعشرة الثمن و إلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع و أما العشرة الزائدة فإنما جاءت غرامتها من كذب البائع في دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع. و مما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين و كون تلفها منه كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه و مع الإقدام لا غرور و لذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن. توضيح الاندفاع - أن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له سببا لضمان المبيع بقيمته الواقعية فالمانع من تحقق الغرور و هو الإقدام لم يكن إلا في مقابل الثمن و الضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تحرير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٨

فغرامة العشرة الزائدة و إن كانت مسببة عن الإقدام إلا أنها ليست مقدما عليها هذا كله مع أن التحقيق على ما تقدم سابقا - أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان و أن ليس الإقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان و إن استدلل به الشيخ و أكثر من تأخر عنه و قد ذكرنا في محله توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد فراجع و كيف كان فجريان قاعدة الغرر فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابله نفع هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى

[ما يغترمه بإزاء الأجزاء التالفة]

هذا كله فيما يغترمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة. و أما ما يغترمه المشتري بإزاء أجزائه التالفة فالظاهر أن حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه و يجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغترمه.

[ما يغترمه بإزاء الأوصاف التالفة]

و أما ما يغترمه بإزاء أوصافه فإن كانت مما لا يسقط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك.

[حكم ما يغترمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسداً من غير جهة الفضولية]

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً - من غير جهة كون البائع غير مالك - أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع لأن الغرامة لم تجيء من تغير البائع في دعوى الملكية وإنما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق والمالك على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديرى صدق البائع وكذبه ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أن كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه - لأن المفروض قرار الضمان على البائع. و أما ما لا يرجع المشتري به على البائع كمتساوى الثمن من القيمة فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك والوجه في ذلك حصول التلف في يده.

[حكم المالك بالنسبة إلى الأباى المتعاقبة]

فإن قلت إن كلا من البائع والمشتري - يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان وحصول التلف في يد المشتري لا - وجه له ولا - دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم لو أتلف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق. قلت توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف - و صيرورته في عهده كل منهما مع أن الشيء الواحد لا يعقل استقراره إلا في ذمة واحدة وأن الموصول في قوله على اليد ما أخذت شيء واحد كيف يكون على كل واحدة من الأباى المتعددة فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها و دركها بعد التلف عليه فإذا فرضت أيد متعددة تكون العين الواحدة في عهده كل من الأباى لكن ثبوت الشيء الواحد في العهده المتعددة معناه لزوم خروج كل منها عن العهده عند تلفها و حيث إن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبه كل منهم الخروج عن العهده عند تلفه فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البدل بمعنى أنه إذا استوفى من أحدهم سقط من الباى لخروج الباى عن كونه تداركاً لأن المتدارك لا يتدارك. و الوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباى أن مطالبته ما دام لم يحصل إليه المبدل ولا بد له فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقى شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. و يتحقق مما ذكرنا أن المالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية إذ يستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التالف و أصلاً إلى المالك و يمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث إنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى و ضمان عهده العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا كما في الإيضاح و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة و قواه في الإيضاح و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة. و قد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة في درسه أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال قال و نظيره في العبادات الواجب الكفائي و في الأموال الغاصب من الغاصب هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأباى.

[حكم الأباى المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض]

و أما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب في أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق - ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان كما لا - ريب في أن السابق إذا رجع عليه و كان غاراً لللاحق لم يرجع إليه إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له فنقول إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللاحق فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل و إلا خرج بدله عن كونه بدلاً فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد فإن أداه إلى المالك سقط تدارك

الأول له ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك لأنه من باب الغرامة والتدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء. والحاصل أن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد فتشتغل ذمته إما بتدارك العين وإما بتدارك ما تداركها وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة إشخاص على البديل لشيء واحد لشخص واحد وربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجع عليه إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبديل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٩

بأداء ما اشتغلت ذمته به فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية قال وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعى لا ذمى إذ لا دليل على شغل ذم متعده بمال واحد فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو انتهى وأنت خير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأن خطابه ذمى وخطاب غيره شرعى مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة إليهما على السواء. والمفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمى مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوى الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله وتقديمه على الوصايا والضرر فيه مع الغرماء ومصالحه المالك عنه مع آخر إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة مع أن تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البديل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهرى بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف في يده بمجرد أداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في الأيدي العادية إلا بمن تلف في يده مع أن الظاهر خلافه فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده. نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلفت في يده

[لو كانت العين باقية في الأباى المتعاقبة]

هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري وقد عرفت الحكم أيضا في صورة بقاء العين وأنه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة- وللمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة ولا ترتفع سلطنة المالك على مطالبه الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني لأن عهدها على الأول فيجب عليه تحصيلها وإن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك وطلب من الأول عوضا عن الاسترداد فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائدة عليها مما يعد إجحافا على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين وأما إذا تغيرت فتجىء فيه صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها وإن كان كثير مما ذكرنا أيضا مما لا يناسب ذكره إلا في باب الغصب إلا أن الاهتمام بها دعانى إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل إنه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه

فعلى القول بطلان الفضولى فالظاهر أن حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله- والحكم فيه الصحة لظهور الإجماع بل دعواه عن غير واحد مضافا إلى صححة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولى من قوله ع: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء

من البائع على ما يملك و لما ذكرنا قال بها من قال بطلان الفضولي كالشيخ و ابن زهرة و الحلى و غيرهم. نعم لو لا النص و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجىء فى بيع ما يملك و ما لا يملك و أما على القول بصحة الفضولى فلا ينبغى الريب فى الصحة مع الإجازة بل و كذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري - مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة و سيجىء فى أقسام الخيار بل عن الشيخ فى الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه و يؤيده صحیحة الصفار و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن و كلام الغنية على العالم ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيدة فى بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعى كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضمیمه و سيجىء الكلام فى محله ثم إن البيع المذكور صحيح - بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن و موقوف فى غيره بحصته و طريق معرفة حصه كل منهما من الثمن فى غير المثلى أن يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتبه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلاثة دنانير و قيل إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به فى الإرشاد حيث قال و يسقط المسمى على القيمتين و لعله أيضا مرجع ما فى الشرائع و القواعد و اللعة من أنهما يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما و لهذا فسر بهذه العبارة المحقق الثانى عبارة الإرشاد حيث قال طريق تقسيط المسمى على القيمتين إلى آخره. لكن الإنصاف أن هذه العبارة الموجودة فى هذه الكتب لا تنطبق بظاهاها على عبارة الإرشاد التى اخترناها فى طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمها معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم ثم يقوم أحدهما ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا إلا أمران تقويم كل منهما و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم أحدهما بنفسه ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع و من هنا أنكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصراعى باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة فإنه إذا رجح المشتري بجزء من الثمن نسبتبه إليه كنسبة الاثني عشر إلى العشرة استحق من البائع واحداً من الخمسة فيبقى للبائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد مع أنه لم يستحق من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعنى درهمين و نصفاً. و الحاصل أن البيع إنما يبطل فى ملك الغير بحصه من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة و يصح فى نصيب المالك بحصه كأن يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر هذا و لكن الظاهر أن كلام الجماعة إما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع أو مرادهم من تقويمها تقويم كل منهما منفرداً و يراد من تقويم أحدهما ثانياً ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين و لإفساد الضابط المذكور فى كلامهم

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٠

لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع فى الزيادة التى لا يمكن القول فيها و إن كان ضعيفاً بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع بل تنتقض بصورة مدخلية الاجتماع فى نقصان القيمة بحيث تكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد فإن هذه فرض ممكن كما صرح به فى رهن جامع المقاصد و غيره فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثلن كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة و قيمة كل واحد منهما منفردة عشرة ثمانية فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين - نسبة الشئ إلى مماثله فيرجع بكل الثمانية و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق فى جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفرداً و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين فإن قلت إن المشتري إنما بذل الثمن فى مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما فالبايع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً فله من الثمن جزء نسبتبه إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة و هو درهم واحد فالزيادة ظلم على المشتري و إن كان ما أوهمته عبارة الشرائع و شبهها من أخذ البائع أربعة و المشتري واحداً أشد ظلماً كما نبه عليه فى بعض حواشى الروضة فاللزام أن يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفرداً أو على هيئته الاجتماعية و يعطى البائع من

الثلث بنسبة قيمة ملكه منفردا و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا و قيمة هيئته الاجتماعية. قلت فوات وصف الانضمام- كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضمونا في باب المعاوضات و إن كان مضمونا في باب العدوان غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين في الوجود كعبد و جارية أو متحدين كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره فإنه لا يوزع الثلث على قيمة المجموع أثلاثا لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه أقل رغبة منه بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثلث بتلك النسبة هذا كله في القيمي أما المبيع المثلي - فإن كانت الحصه مشاعه قسط الثلث على نفس المبيع فيقابل كل من حصتي البائع و الأجنبي بما يخصه و إن كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما في القيمي من ملاحظه قيمتي الحصتين و تقسيط الثلث على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به و إلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ فيه احتمالان حملة على نصفه المملوك له و حملة على النصف المشاع بينه و بين الأجنبي و منشأ الاحتمالين إما تعارض ظاهره النصف أعنى الحصه المشاعه في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص و إن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام و لذا يحمل الإقرار على الإشاعه كما سيجيء أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه لأن بيع مال الغير لا بد فيه إما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و إما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا. و مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه إلى عبده ففاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيفسر بهما إجمال لفظ المبيع ثم إنه لو كان البائع وكيلا- في بيع النصف أو وليا عن مالكة فهل هو كالأجنبي و جهان مبنيان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصالة الأقوى هو الأول لأن ظهور التمليك في الأصالة من باب الإطلاق و ظهور النصف في المشاع و إن كان كذلك أيضا إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق. و ما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ و إن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيد إلا أنه مختص بالفضولي لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الولي فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع تحكيما لظاهر النصف إلا أن يمنع ظهور النصف إلا في النصف المشاع في المجموع و أما ملاحظه حقي المالين و إرادة الإشاعه في الكل من حيث إنه مجموعهما فغير معلومه- بل معلومه العدم بالفرض. و من المعلوم أن النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختص فقد ملك كليا يملك مصداقه فهو كما لو باع كليا سلفا مع كونه مأذونا في بيع ذلك عن غيره أيضا لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه أو عن غيره فإن الظاهر وقوعه لنفسه لأنه عقد على ما يملكه فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له و لعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم أنه لو أصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي و قيمة نصف الموهوب و إن ذكروا ذلك احتمالا و ليس إلا من جهة صدق النصف على الباقي فيدخل في قوله تعالى فَنَصْفُ مَا قَرْضْتُمْ و إن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا- للربع التالف من الزوج و مساويا له من جميع الجهات بل لا- تغاير بينهما إلا بالاعتبار فلا وجه لاعتبار القيمة نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه و إنما عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام و نظيره في ظهور المنافاه لما هنا ما ذكروه في باب الصلح- من أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركه كالإرث

فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعا في نصيبها فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلا نفذ في الربع فإن مقتضى ما ذكره هنا اختصاص المصالحه بنصف المقر له لأنه إن وقع الصلح على نصفه الذي أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته فلا وجه لاشتراكه بينه وبين المكاسب، ج ٢، ص ١٥١

شريكه ولذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له وفصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد فاختار مذهب المشهور في الثالث لأن الإقرار منزل على الإشاعة وحكمه بالاختصاص في الأولين لاختصاص النصف وضعا في الأول وانصرافا في الثاني إلى النصف المختص واعترضه في مجمع الفائدة بأن هذا ليس تفصيلا بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحه على ذلك النصف المقر به وتمام الكلام في محله وعلى كل حال فلا إشكال في أن لفظ النصف المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضى صرفه إلى نصفه يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه ولهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين بأن ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع في النصيبين - فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبه إلى المقر والمقر له على حد سواء فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع على الاستحقاق. ودعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما فيكون في يد المقر سدس وفي يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك وقال إن له في يد كل منهما سدسا وإقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده وهو السدس المقر به وقد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بأن ما في يد الغير ليس عين ماله فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره بل هو مقدار حصته المشاعة كحصه المقر وحصه المقر له بزعم المقر إلا أنه لما يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر والمقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده إلا على احتمال ضعيف وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه لكنه احتمال مضعف في محله وإن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للحرج أو السيرة. نعم يمكن أن يقال في هذا المقام بأن التلف في المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر والشارع إنما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له فلا يحسب منه على المقر شيء وليس هذا كأخذ الغاصب جزء معين من المال عدوانا بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين. والحاصل أن أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر له ولعله لذا ذكر الأكثر بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده وهو الثالث ولا يدفع إليه نصف ما في يده نظرا إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث وكل ما حصل كان لهما وكل ما نوى كذلك هذا ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة أن الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي أقر به. ومن المعلوم أن مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر هو كون ما في يده على حسب إقراره بالمناصفه وأما المنكر فإن كان عالما فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا ما قابل حصته عما في يدهما والزائد حق لهما عليه. وأما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكره وحكاة الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد بل ظاهره جعل فتواه كروايته إلا أنه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوى في المسالك الحمل على الإشاعة وتبعه سبطه والسيد [صاحب الرياض في شرحي النافع. والظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل والكليني بل وغيرهما. فروى الصدوق مرسلا والشيخ مسندا عن وهب بن وهب أبي البختری عن جعفر ابن محمد عن أبيه ع قال: قضى

على ع في رجل مات و ترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله و إن أقر اثنان من الورثة و كانا عدلين أجز ذلك على الورثة و إن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا و كذلك إن أقر بعض الورثة بأخ أو أخت إنما يلزمه في حصته و بالإسناد قال علي ع: من أقر لأخيه فهو شريك في المال و لا يثبت نسبه فإن أقر اثنان فكذلك إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم. و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد و تمام الكلام في محله من كتاب الإقرار و الميراث إن شاء الله.

مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

كالخمر و الخنزير صفقة بثمان واحد صح في المملوك عندنا كما في جامع المقاصد و إجماعا كما عن الغنية و يدل عليه إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة و دعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعاً بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من أن التراضي و التعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً فالحكم بالإمضاء في البعض مع كونه مقصوداً إلا- في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه و قد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط و ذكر أن في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا و تمام الكلام في باب الشروط- و يكفي هنا الفرق بالنص و الإجماع. نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكر في المسالك وفاقاً للمحكي في التذكرة عن الشافعي من جهة إفضائه إلى الجهل بثمان المبيع قال في التذكرة بعد ذلك و ليس عندي بعيداً من الصواب الحكم بالبطالان فيما إذا علم المشتري حرية الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه انتهى. و يمكن دفعه بأن اللانتم هو العلم بثمان المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطالان لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه المكاسب، ج ٢، ص ١٥٢

حيث قال إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و حكمه و إلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلاً قصد انتهى لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور حيث حكموا بالتقسيت- و إن كان مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع لأنه سلطه عليه مجاناً فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك إما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي و إما لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح من جامع المقاصد و المسالك إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد ثم إن طريق تقسيت الثمن على المملوك و غيره- يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير من أن العبرة بتقويم كل منهما منفرداً و نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك. و قد ذكروا أن الحر يفرض عبداً بصفاته و يقوم و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتها عند من يراهما مالا و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنه شاء و الخمر بعنوان أنها خل فبان الخلاف- بل جزم بعض هنا بوجود تقويمها قيمة الخل و الشاء كالحر.

مسألة يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل - بالبيع والشراء

إشارة

و يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة و فحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح

[عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب والجد]

و المشهور عدم اعتبار العدالة للأصل و الإطلاقات و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج خلافا للمحكى عن الوسيلة و الإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلا في الأخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله و يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل إقراراته و إخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه انتهى. و لعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم التي أشار إليها في جامع المقاصد و في دلالة الآية نظر و أضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة إذ المحذور يندفع كما في جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله انتهى

و هل يشترط في تصرفه المصلحة - أو يكفى عدم المفسدة أم لا

يعتبر شيء وجوه - يشهد للأخير إطلاق ما دل على أن مال الوالد للوالد كما في رواية سعد بن يسار و أنه و ماله لأبيه كما في النبوى المشهور و صحيحه ابن مسلم: إن الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء و ما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضاع: من أن علة تحليل مال الولد لوالده أن الولد موهوب للوالد في قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً و يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ و يؤيده أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب - كما يشهد له قوله ع في رواية الحسين بن أبى العلاء قال: قلت لأبى عبد الله ع ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف إذا اضطر إليه قال فقلت له فقول رسول الله ص للرجل الذى أتاه فقدم أباه فقال له أنت و مالك لأبيك فقال إنما جاء بأبيه إلى النبى ص فقال يا رسول الله هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى عن أمى فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه و على نفسه فقال النبى ص أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله ص يحبس الأب للابن و نحوها صحيحه أبى حمزة الثمالى: عن أبى جعفر قال قال رسول الله ص لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه أن الله لا يحب الفساد. فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة و أنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل هذا كله مضافا إلى عموم قوله تعالى و لا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِنْ إِطْلَاقُهُ يَشْمَلُ الْجَدَّ و يتم في الأب بعدم الفصل و مضافا إلى ظهور الإجماع على عدم اعتبار المفسدة بل في مفتاح الكرامة استظهر الإجماع تبعا لشيخه في شرح القواعد على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة و ليس ببعيد فقد صرح به في محكى المبسوط حيث قال و من يلى أمر الصغير و المجنون خمسة الأب و الجد للأب و وصى الأب و الجد و الحاكم و من يأمره ثم قال و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلا - لأنه خلاف ما نصب له انتهى و قال الحلى في السرائر لا يجوز للولى التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه و هذا هو الذى يقتضيه أصول المذهب انتهى. و قد صرح بذلك أيضا المحقق و

العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم بل في شرح الروضة للفاضل الهندي أن المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء و استظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة في باب الحجر نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين. و قد حكي عن الشهيد في حواشي القواعد أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الإلتاف بالاقتراض لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إلتافه قال و توقف زاعما أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب هذا و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة- وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد و ماله. و أما الآية الشريفة فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بما دل على ولاية الجد و سلطته الظاهرة في أن له أن يتصرف في مال الطفل بما ليس فيه مفسدة له فإن ما دل على ولاية الجد في النكاح معللا بأن البنت و أباهما للجد. و قوله ص: أنت و مالك لأبيك خصوصا مع استشهاد الإمام ع به في مضي نكاح الجد بدون إذن الأب ردا على من أنكرك ذلك و حكم ببطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الأمراء و غير ذلك يدل على ذلك مع أنه لو سلمنا عدم التخصيص و جب الاقتصار عليه في حكم الجد دون الأب و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة فقد حكي عن بعض متأخري المتأخرين

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٣

القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر

[مشاركة الجد و إن علا للأب في الحكم]

ثم لا خلاف ظاهرا كما ادعى في أن الجد و إن علا يشارك الأب في الحكم و يدل عليه ما دل على أن الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لأبيه و ما دل على أن الولد و والده لجده

و لو فقد الأب و بقي الجد فهل أبوه أو جده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية

قولان من ظاهر أن الولد و والده لجده و هو المحكى عن ظاهر جماعة و من أن مقتضى قوله تعالى و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض كون القريب أولى بقربه من البعيد فينفى ولاية البعيد و خرج منه الجد مع الأب و بقي الباقي و ليس المراد من لفظ الأولى التفضيل مع الاشتراك في المبدأ بل هو نظير قولك هو أحق بالأجر من فلان و نحوه و هذا محكى عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و للمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم

إشارة

و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى و قد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالا لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة فنقول مستعينا بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة

أحدها الإفتاء فيما يحتاج إليها العامى فى علمه

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم فرعى عليها و لا إشكال و لا خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقهاء إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامى و تفصيل الكلام فى هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثانى الحكومه

فله الحكم بما يراه حقا فى المرافعات و غيرها فى الجملة و هذا المنصب أيضا ثابت له بلا خلاف فتوى و نسا و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس

إشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا فنقول

الولاية تصور على وجهين

الأول استقلال الولى بالتصرف

مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا بإذنه أو غير منوط به و مرجع هذا إلى كون نظره سببا فى جواز تصرفه.

الثانى عدم استقلال غيره بالتصرف

و كون تصرف الغير منوطا بإذنه و إن لم يكن هو مستقلا بالتصرف و مرجع هذا إلى كون نظره شرطا فى جواز تصرف غيره و بين موارد الوجهين عموم من وجه ثم إذنه المعتبر فى تصرف الغير إما أن يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم و إما أن يكون على وجه التفويض و التولية كمتولى الأوقاف من قبل الحاكم و إما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره لفظا فى الصلاة على ميت لا ولى له

[ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي و الأئمة ع

إشارة

إذا عرفت هذا فنقول مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد - بشيء من الأمور المذكورة خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة

[الاستدلال بالكتاب

قال الله تعالى النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَ مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ - فَلْيَخْذِرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَ أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ إِنَّمَا وَ تِيكُمْ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ الْآيَةُ إِلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ.

[الاستدلال بالروايات]

وقال النبي ص كما في رواية أيوب بن عطية: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و قال في يوم غدیر خم: أ لست أولى بكم من أنفسكم قالوا بلى قال من كنت مولاة فهذا على مولاة.
و الأخبار في افتراض طاعتهم و كون معصيتهم كمعصية الله كثيرة يكفي في ذلك منها مقبوله عمر بن حنظلة و مشهوره أبي خديجة و التوقيع الآتي حيث علل فيه حكومة الفقيه و تسلطه على الناس بأني قد جعلته كذلك و أنه حجتى عليكم.

[الاستدلال بالإجماع و العقل]

و أما الإجماع فغير خفى و أما العقل القطعى فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم أولياء النعم و غير المستقل حكمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى لأن الحق هنا أعظم بمراتب فتأمل. و المقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية و أنه لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطنته على الأموال و الأنفس. و بالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التبع و التأمل أن للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى و أن تصرفهم نافذ على الرعية ماض مطلقا هذا كله في ولايتهم بالمعنى الأول.

و أما بالمعنى الثانى أعنى اشتراط تصرف الغير بإذنه

فهو و إن كان مخالفا للأصل إلا أنه قد وردت أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع غير المأخوذة على شخص معين من الرعية كالحدود و التعزيرات و التصرف في أموال القاصرين و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك يكفي في ذلك ما دل على أنهم أولو الأمر و الولاية فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص و كذا ما دل على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث معللا بأنهم حجتى عليكم و أنا حجة الله فإنه دل على أن الإمام هو المرجع الأصلي. و ما عن العلل بسنده عن الفضل بن الشاذان: عن مولانا أبي الحسن الرضاع في علل حاجة الناس إلى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل و منها أنا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملة من الملل عاشوا و بقوا إلا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه من أمر الدين و الدنيا فلم يجز في حكمه الحكيم أن يترك الخلق بلا رئيس و هو يعلم أنه لا بد لهم منه و لا قوام لهم إلا به هذا مضافا إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات و أنها لإمام المسلمين و فى الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد و غير ذلك مما يعثر عليه المتبع و كيف كان فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامة بدون إذنه و رضاهم لكن لا عموم يقتضى أصالة توقف كل تصرف على الإذن. نعم الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولى الأمر و ولاته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة و المرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع و إلا- فإلى الأصول العملية لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجة و إنما تنفع ذلك مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض و بالجملة فلا يهمننا التعرض لذلك

إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٤
بأحد الوجهين المتقدمين فنقول

أما الولاية على الوجه الأول أعنى استقلاله في التصرف

فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار واردة في شأن العلماء مثل: إن العلماء ورثة الأنبياء و ذلك أن الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر و أن: العلماء أمناء الرسل. و قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه و قوله ص: علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل و فى المرسله المرويه فى الفقه الرضوى: أن منزله الفقيه فى هذا الوقت كمنزله الأنبياء فى بنى إسرائيل و قوله ع فى نهج البلاغه: أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاءوا به إنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ و قوله ص ثلاثا: اللهم ارحم خلفائى قيل و من خلفائك يا رسول الله قال الذين يأتون بعدى و يروون حديثى و سنتى و قوله ع فى مقبوله [عمر] بن حنظله: قد جعلته عليكم حاكما و فى مشهوره أبى خديجه: جعلته عليكم قاضيا و قوله عجل الله فرجه: هم حجتى عليكم و أنا حجة الله. إلى غير ذلك مما يظفر به المتبع لكن الإنصاف بعد ملاحظه سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيه لا كونهم كالنبي و الأئمة ص فى كونهم أولى بالناس فى أموالهم فلو طلب الفقيه الزكاه و الخمس من المكلف فلا- دليل على وجوب الدفع إليه شرعا. نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحه أدائهما- بدفعهما إلى الفقيه مطلقا أو بعد المطالبه لو أفتى بذلك الفقيه وجب اتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداء أو بعد الاختيار فيخرج عن محل الكلام هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار وجب حملها على إرادة العام من الجهه المعهودة المتعارفه من وظيفته من حيث كونه رسولا مبلغا و إلا لزم تخصيص أكثر أفراد العام لعدم سلطنه الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلا فى موارد قليله بالنسبه إلى موارد عدم سلطنته. و بالجملة فأقامه الدليل على وجوب إطاعه الفقيه كالإمام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى أعنى توقف تصرف الغير على إذنه

فيما كان متوقفا على إذن الإمام ع و حيث إن موارد التوقف على إذن الإمام غير مضبوطة فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها فنقول كل معروف علم من الشارع إرادته وجوده فى الخارج إن علم كونه وظيفه شخص خاص كنظر الأب فى مال ولده الصغير أو صنف خاص كالإفتاء و القضاء أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلا إشكال فى شيء من ذلك و إن لم يعلم ذلك و احتمال كونه مشروطا فى جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه ثم إن علم الفقيه من الأدله جواز توليته لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابه إن كان مما يرى الاستنابه فيه و إلا عطله فإن كونه معروفا لا ينافى إناطته بنظر الإمام ع و الحرمان عنه عند فقد كسائر البركات التى حرمانا منها بفقده عجل الله تعالى فرجه. و مرجع هذا إلى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده من موجد خاص. أما وجوب الرجوع إلى الفقيه فى الأمور المذكوره فيدل عليه مضافا إلى ما يستفاد من جعله حاكما كما فى مقبوله ابن حنظله الظاهره فى كونه كسائر الحكام المنصوبه فى زمان النبي ص و الصحابه فى إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكوره إليه و الانتهاء فيها إلى نظره بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع فى الأمور العامه المطلوبه للسلطان إليه و إلى ما تقدم من قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه التوقيع المروى فى إكمال الدين و كتاب الغيبه و احتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التى ذكر: إنى سألت العمرى رضى الله عنه أن يوصل لى إلى صاحب عجل الله فرجه كتابا فيه تلك المسائل التى قد أشكلت على فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية و السلام فى أجوبتها

و فيها و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله فإن المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الأمور التي لا بد من الرجوع فيها عرفا أو عقلا- أو شرعا إلى الرئيس مثل النظر في أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه منها أن الظاهر و كقول نفس الحادثة إليه لياشتر أمرها مباشرة أو استنباه لا الرجوع في حكمها إليه. و منها التعليل بكونهم حجتي عليكم و أنا حجة الله فإنه إنما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر فكان هذا منصب ولاء الإمام من قبل نفسه لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام و إلا كان المناسب أن يقول إنهم حجج الله عليكم كما وصفهم في مقام آخر بأنهم أمناء الله على الحلال و الحرام. و منها أن وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف مما لم يكن يخفى على مثل إسحاق ابن يعقوب حتى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى رأى أحد و نظره فإنه يحتمل أن يكون الإمام ع قد وكله في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزمان. و الحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتباه حكمه و لا بالمنازعات ثم إن النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد مثل قوله ع: كل معروف صدقة و قوله ع: عون الضعيف من أفضل الصدقة و أمثال ذلك و إن كانت عموما من وجه إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام ع أو نائبه في الأمور العامة التي يفهم عرفا دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر في قوله أولى الأمر و على تسليم التنزل عن ذلك فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر هذا لكن المسألة لا تخلو عن إشكال و إن كان الحكم به مشهورا و على أى تقدير. فقد ظهر مما ذكرنا أن ما دلت عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التي تكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغا عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية و أما ما يشك في مشروعيته كالحدود

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٥

لغير الإمام و تزويج الصغيرة لغير الأب و الجد و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه و غير ذلك فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقيه- بل لا بد للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر. نعم الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام ع بالأدلة المتقدمة المختصة به مثل آية أولى المؤمنين من أنفسهم. و قد تقدم أن إثبات عموم نيابته للفقيه عنه ع في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط الفتاد.

و بالجملة فهانها مقامان أحدهما وجوب إكمال المعروف المأذون فيه إليه لتقع خصوصياته عن نظره و رأيه كتجهيز الميت الذى لا ولى له فإنه يجب أن تقع خصوصياته من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شئ من تركته للكفن و تعيين المدفن عن رأى الفقيه الثانى مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثانى و إن كان الإفتاء في المقام الثانى بالمشروعية و عدمها أيضا من وظيفته إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية. نعم لو ثبت أدلة النيابة عموما تم ما ذكر ثم إنه قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب رواية أن السلطان ولى من لا ولى له و هذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا تحتاج إلى أدلة عموم النيابة. و قد عرفت ما يصلح أن يكون دليلا عليه و أنه لا يخلو عن وهن في دلالته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام و يظهر ذلك من المحقق الثانى أيضا في رسالته الموسومة بقاطع اللجاج في مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام ع إذا ظهر للشك في عموم النيابة و هو في محله. ثم إن قوله ع من لا ولى له في المرسل المذكورة ليس مطلق من لا ولى له بل المراد عدم الملكة يعنى أنه ولى من من شأنه أن يكون له ولى بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه فيشمل الصغير الذى مات أبوه و المجنون بعد البلوغ و الغائب و الممتنع و المريض و المغمى عليه و الميت الذى لا ولى له و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة و الموقوف عليهم في الأوقاف العامة و نحو ذلك لكن يستفاد منه ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور و

هو الإذن في فعل كل مصلحة لهم فتثبت به مشروعياً ما لم تثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين. نعم ليس له فعل شيء لا تعود مصلحته إليهم وإن كان ظاهر الولي يوهم ذلك إذ بعد ما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولي له من من شأنه أن يكون له ولي يراد به كونه ممن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه لا- بمعنى أنه ينبغي أن يكون عليه ولي له عليه ولاية الأخبار بحيث يكون تصرفه ماضياً عليه. والحاصل أن الولي المنفى هو الولي للشخص لا عليه فيكون المراد بالولي المثبت ذلك أيضاً فمحصله أن الله جعل الولي الذي يحتاج إليه الشخص و ينبغي أن يكون له هو السلطان فافهم.

مسألة في ولاية عدول المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين]

اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه وهو ما كان تصرفاً مطلوباً للشارع إذا كان الفقيه متعذر الوصول فالظاهر جواز توليته لا- حاد المؤمنين لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط له بفرض التعدد و كونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوباً للوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة. نعم لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام صح الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية كبعض مراتب النهي عن المنكر حيث إن إطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح. قال الشهيد رحمه الله في قواعده يجوز للأحاد مع تعذر الحكام تولية آحاد التصرفات الحكيمية على الأصح كدفع ضرورة اليتيم لعموم و تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى و قوله ص: و الله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه و قوله ص: كل معروف صدقة و هل يجوز أخذ الزكوات و الأخماس من الممتنع و تفريقها في أربابها و كذا بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى فيه وجهان وجه الجواز ما ذكرنا و لأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح تلك الأموال و هي مطلوبة لله تعالى. و قال بعض المتأخرين عن العلامة لا- شك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها و يصرفونها إلى غير مستحقها فإن توقع إمام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه و إن يس من ذلك كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه لما في إبقائه من التغرير و حرمان مستحقه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه و لو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم و مع اليأس يتصدق بها عنهم و يضمن و عند العامة تصرف في المصارف العامة انتهى. و الظاهر أن قوله فإن توقع إلى آخره من كلام الشهيد رحمه الله و لقد أجاد فيما أفاد إلا أنه لم يبين وجه عدم الجواز و لعل وجهه أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما في قطع دعاوى و إقامة الحدود كما في التجارة بمال الصغير الذي له أب و جد فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص. نعم لو فرض المعروف على وجه مستقل العقل بحسنه مطلقاً كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل أحد إلا أنه خرج ما لو تمكن من الحاكم حيث دلت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه و هذا كتجهيز الميت و إلا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه و لهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحة و لا يفهم من أدلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه لأن المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلة المعروف. و بالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نص عقلي أو عموم شرعي أو خصوص في مورد جزئي فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم

كما هو ظاهر أكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين و هو مقتضى الأصل و يمكن أن يستدل عليه ببعض الأخبار أيضا

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٦

ففى صحيحة محمد بن إسماعيل رجل مات من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصر عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صبر إليه وصيته و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج قال فذكرت ذلك لأبى جعفر فقلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا لبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك قال إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس بالخبر بناء على أن المراد من المماثلة أما المماثلة فى التشيع أو فى الوثاقه و ملاحظه مصلحة اليتيم و إن لم يكن شيعيا أو فى الفقاهه بأن يكون من نواب الإمام عموما فى القضاء بين المسلمين أو فى العدالة و احتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعذره و هذا بخلاف الاحتمالات الأخر فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن المخالف و إن تعذر غيرهم فتعين أحدهما الدائر بينها فيجب الأخذ فى مخالفه الأصل بالأخص منها و هو العدل

[ظاهر بعض الروايات كفاية الأمانة]

لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظه مصلحة اليتيم فيكون مفسرا لاحتمال الثانى فى وجه المماثلة المذكورة فى الصحيحة. ففى صحيحة على بن رثاب: رجل بينى و بينه قرابة مات و ترك أولادا صغارا و ترك مماليك غلما و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد و ما ترى فى بيعهم قال فقال إن كان لهم ولى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم قلت فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد فقال لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم الخبر و موثقه زرعه عن سماعة: فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقر كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك قال إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس بناء على أن المراد من يوثق به و يطمأن بفعله عرفا و إن لم يكن فيه ملكه العدالة لكن فى صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة قال: سألت الرضا ع و عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة أ يطيب الشراء منه أم لا فقال ع إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك.

[رأى المؤلف فى المسألة]

هذا و الذى ينبغى أن يقال أنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه فما ورد فيه نص خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل. و أما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق أو تكليفه بالنسبة إلى نفسه و أنه هل يكون مأذونا من الشرع فى مباشرة أم لا و قد يكون بالنسبة إلى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة كالشراء منه مثلا- أما الأول فالظاهر جوازه و أن العدالة ليست معتبرة فى منصب المباشرة لعموم أدله فعل ذلك المعروف و لو مثل قوله ع: عونك الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة قد عرفت أنها محمولة على صحيحة على بن رثاب المتقدمة بل موثقه زرعه و غير ذلك مما سيأتى و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولى له فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك فى صحته و لو شك فى حدوث الفعل منه و أخبر به ففى قبوله إشكال. و أما الثانى فالظاهر اشتراط العدالة فيه فلا يجوز الشراء منه و إن ادعى كون البيع مصلحة بل يجب أخذ المال من يده و يدل عليه بعد صحيحة إسماعيل بن سعد

المتقدمة بل و موثقة زرعها بناء على إرادة العدالة من الوثيقة أن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنه بمجرد تصرف الفاسق فإن وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما فى مثال الصلاة المتقدم لأن الواجب هناك هى صلاة صحيحة و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق و إذا شك فى صحتها أحرزت بأصالة الصحة. و أما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح و إنما حمل على موضوع هو إصلاح المال و مراعاة الحال و الشك فى أصل تحقق ذلك فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها. و إن شئت قلت إن شراء مال اليتيم لا بد أن يكون ذا مصلحة له و لا يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع كما لو شك المشتري فى بلوغ البائع فتأمل. نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق لأن مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثل و أصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر

[هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه و لو نقله بعقد جائز فوجد الآخر المصلحة فى استرداده جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو يجعلهما مع جعله لليتيم أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقدة و أما لو أراد بيعه من شخص و عرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و إن كان فى يد الأول. و بالجملة فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب و الجد - من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر [مزاحمة فقيه لفقهاء آخر]

و أما حكام الشرع فهل هم كذلك فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لا ولى له أو من يلى أمواله أو وضع اليد على مال يتيم فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا [رأى المؤلف فى المسألة]

الذى ينبغى أن يقال إنه إن استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم لأن المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هم العوام فالنهي عن المزاحمة يختص بهم و أما الحكام فكل منهم حجة من الإمام فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر المكاسب، ج ٢، ص ١٥٧

الحدث إلى الآخر فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه فحال كل منهم حال كل من الأب و الجد فى أن النافذ هو تصرف السابق و لا عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك و بنائه على ما يغير تصرف الآخر كما يجوز لأحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم و أما لو استندنا فى ذلك على عمومات النيابة و أن فعل الفقيه كفعل الإمام و نظره كنظر الذى لا يجوز التعدى عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على النفس و الأموال حتى يقال إنه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثه إليه المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجة منه ع على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرف و لأن دخوله فيه كدخول الإمام ع فدخول الثانى فيه و بناؤه على تصرف آخر مزاحم له فهو كمزاحمة الإمام ع فأدلة النيابة عن الإمام ع لا تشمل مما كان فيه مزاحمة الإمام ع. فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام و بين الأب و الجد لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة و بين كون كل واحد منهم نائباً و ربما يتوهم كونهم كالوكلاء المتعديدين فى أن بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول و يندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً فى تصرف مغاير و

إن بنى عليه الأول و دخل فيه أما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم في الأمر كدخوله و فرضنا أيضا عدم دلالة دليل و كالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل و التعدى عما بنى هو عليه مباشرة أو استنابة كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة. و الوهم إنما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعددين المتعلقة بنفس ذى المقدمة فتأمل هذا كله مضافا إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام مثل هذه الأزمان التى شاع فيها القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومة و كيف كان فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله فى كل إلزام قولى أو فعلى يجب الرجوع فيه إلى الحاكم فإذا قبض مال اليتيم من شخص أو عين شخصا لقبضه أو جعله ناظرا عليه فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره لأن نظره كنظر الإمام. ٩٦ و أما جواز تصدى مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلأن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم

[هل يشترط فى ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم

ثم إنه هل يشترط فى ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا. ذكر الشهيد فى قواعد أن فيه وجهين و لكن ظاهر كثير من كلماتهم أنه لا- يصح إلا- مع المصلحة بل فى مفتاح الكرامة أنه إجماعى و أن الظاهر من التذكرة فى باب الحجر كونه اتفاقا بين المسلمين و عن شيخه فى شرح القواعد أنه ظاهر الأصحاب و قد عرفت تصريح الشيخ و الحلوى بذلك حتى فى الأب و الجد. و يدل عليه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد عموم قوله تعالى و لا- تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و حيث إن توضيح معنى الآية على ما ينبغى لم أجده فى كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام فنقول إن القرب فى الآية يحتمل معانى أربعة الأول مطلق التقلب و التحريك حتى من مكان إلى آخر فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد. الثانى وضع اليد عليه بعد أن كان بعيدا عنه و مجتبا فالمعنى تجنبوا عنه و لا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن فلا يشمل حكم ما بعد الوضع. الثالث ما يعد تصرفا عرفيا كالاقراض و البيع و الإجارة و ما أشبه ذلك فلا يدل على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه إلا بتتقيح المناط. الرابع مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك و المعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غيره فيدل على حرمة الإبقاء فى الفرض المذكور لأن إبقائه قرب له بما ليس أحسن. و أما لفظ الأحسن فى الآية فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد به الحسن و على الأول فيحتمل التصرف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه و من غيره من التصرفات و على الثانى فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من أن أحد معانى الحسن ما لا حرج فى فعله ثم إن الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات الأحسن هو الاحتمال الثانى أعنى التفضيل المطلق و حينئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا أنه لا- يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها دينارا فأراد الولي جعلها دينارا فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه و إن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا أما لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز و كذا لو جعلنا القرب من المعنى الرابع لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقدا فكما أنه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم أو دينارا لأن القدر المشترك أحسن من غيره و أحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما على الآخر فيخير فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها دينارا قريبا و القدر المشترك أحسن من غيره فأحد الفردين لا- مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما. و الحاصل أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين فى الابتداء لكون القدر المشترك بينهما حسنا و عدم مزية لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول عن أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة إلى مال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف لكن الإنصاف أن المعنى الرابع للقرب مرجوح فى نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث و إن كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع و

مقصوده من مثل هذا الكلام أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره

[ظاهر بعض الروايات كفاية عدم المفسدة]

. نعم ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع. ففي حسنة الكاهلي قال: لأبي عبد الله ع إنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم المكاسب، ج ٢، ص ١٥٨

و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى في ذلك قال إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس و إن كان فيه ضرر فلا [الحديث بناء على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا- يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين من أن الصدر دال على إناطة الجواز بالنفع و الذيل دال على إناطة الحرمة بالضرر فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر و هذا منه مبنى على أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال اليتيم إليه بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله كأن يشرب ماء فيعطى فلسا بإزائه و هكذا و أنت خير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي. و في رواية ابن المغيرة: قلت لأبي عبد الله ع إن لى ابنه أخ يتيمة فربما أهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول يا رب هذا بهذا فقال لا بأس فإن ترك الاستفصال عن مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدي إليها و إعطاء العوض بعد ذلك أصح إذ الظاهر من الطعام المهدي إليها هو المطبوخ و شبهه

و هل يجب مراعاة الأصلح أم لا

وجهان.

قال الشهيد رحمه الله في القواعد هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه أو يكفي نفى المفسدة يحتمل الأول لأنه منصوب لها و لأصالة بقاء الملك على حاله و لأن النقل و الانتقال لا بد لهما من غاية و العدميات لا تكاد تقع غاية و على هذا هل يتحرى الأصلح أم يكفي بمطلق المصلحة فيه وجهان. نعم لمثل ما قلناه لا لأن ذلك لا يتناهى - و على كل تقدير لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الأصلح و يترتب على ذلك أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة و تزويج المجنون حيث لا مفسدة و غير ذلك انتهى. و الظاهر أن فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأسا غير لازم لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده و كان الاتجار به أصلح منه لا يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معانى القرب في الآية بأن يراد لا تختاروا في مال اليتيم أمرا من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره و قد عرفت الإشكال في استفادة هذا المعنى بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهى عن جميعها لا ما كان أحسن من غيره و من التروك فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من التروك. نعم ثبت بدليل خارج حرمة التروك إذا كان فيه مفسدة و أما إذا كان في التروك مفسدة و دار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه - بل ربما يعد العدول في بعض المقامات إفسادا كما إذا اشترى في موضع بعشرة و في موضع آخر قريب منه بعشرين فإنه يعد بيعه في الأول إفسادا للمال و لو ارتكبه عاقل عد سفيها ليست فيه ملكه إصلاح المال و هذا هو الذى أرادته الشهيد بقوله و لو ظهر في الحال. نعم قد لا- يعد العدول من السفاهة كما لو كان بيعه مصلحة أو كان بيعه في بلد آخر مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة فإنه قد لا يعد ذلك سفاهة لكن ظاهر الآية وجوبه.

مسألة يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو ثمنا أن يكون مسلما

فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا كما في التذكرة بل عن الغنية عليه الإجماع خلافا للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا و سيأتي عبارة الإسكافي في المصحف.

[الاستدلال على عدم الصحة]

و استدلال للمشهور تارة بأن الكافر يمنع من استدامته لأنه لو ملكه قهرا يارث أو أسلم في ملكه بيع عليه فيمنع من ابتدائه كالنكاح و أخرى بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن فينتفى بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. و بالنبوي المرسل في كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به في موارد متعددة حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم بل عدم جواز مساواته و هو قوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلو عليه. و من المعلوم أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به لكن الإنصاف أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضدة بالشهرة و اشتهاار التمسك بالآية حتى أسند في كثر العرفان إلى الفقهاء و في غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكره من الأدلة خاليا عن الإشكال في الدلالة. أما حكاية قياس الابتداء على الاستدامة فغاية توجيهه أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثا و بقاء من غير مدخلية لخصوص البقاء كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال لكن يرد عليه أن هذا إنما يقتضى عدم كون الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء. و من المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم إمضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد. و الحاصل أن دلالة النهي عن الإدخال في الملك تابعة لدلالة النهي عن الإبقاء في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه و عدمه و المفروض انتفاء الدلالة في المتبوع. و مما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص الوارد في عبد كافر أسلم فقال أمير المؤمنين ع: اذهبوا فيبعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقروه عنده بناء على أن تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان و الاحتراز يدل على المنع من بيعه من الكافر فيفسد. توضيح الاندفاع أن التخصيص بالمسلمين إنما هو من جهة أن الداعي على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر و النهي عن إبقائه عنده و هي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحة به بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به فافهم. و أما الآية فباب الخدشة فيها واسع تارة من جهة دلالتها في نفسها و لو بقرينة سياقها الآبي عن التخصيص فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص أو بقرينة ما قبلها الدالة على إرادة نفي الجعل في الآخرة. و أخرى من حيث تفسيرها في بعض الأخبار بنفي الحجة للكفار على المؤمنين و هو ما روى في العيون عن أبي الحسن ع ردا على من زعم أن المراد بها

المكاسب، ج ٢، ص ١٥٩

نفي تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العادية تسلط الكفار على المؤمنين حتى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكة أن الحسين بن علي ع لم يقتل بل شبه لهم و رفع كعيسى على نبينا و آله و عليهم السلام و تعميم الحجة على معنى يشمل الملكية و تعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف. و ثالثه من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دل على صحة البيع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجارة و تسلط الناس على أموالهم و حكومة الآية عليها غير معلومة و إباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به في طرف الاستدامة و في كثير من الفروع في الابتداء يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكية بأن يراد من السبيل السلطنة فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقق السلطنة بل يكون محجورا عليه مجورا على بيعه و هذا و إن اقتضى التقييد في إطلاق ما دل على استقلال الناس في أموالهم و عدم حجرهم بها لكنه مع ملاحظة وقوع مثله كثيرا في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أن الجعل شيء لم يكن و لن يكون و إن نفي الجعل ناش عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال هذا مضافا إلى أن استصحاب الصحة في بعض المقامات - يقتضى الصحة كما إذا كان

الكفر مسبقا بالإسلام بناء على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبقا بالكفر فيثبت في غيره بعدم الفصل ولا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد لأن استصحاب الصحة مقدم عليها فتأمل

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

ثم إن الظاهر أنه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصية. وأما تمليك المنافع ففي الجواز مطلقا كما يظهر من التذكرة و مقرب النهاية بل ظاهر المحكى عن الخلاف أو مع وقوع الإجارة على الذمة كما عن الحواشى و جامع المقاصد و المسالك أو مع كون المسلم الأجير حرا كما عن ظاهر الدروس أو المنع مطلقا كما هو ظاهر القواعد و محكى الإيضاح أقوال أظهرها الثانى فإنه كالدين ليس ذلك سيلا فيجوز. و لا فرق بين الحر و العبد كما هو ظاهر إطلاق كثير كالتذكرة و حواشى الشهيد و جامع المقاصد بل ظاهر المحكى عن الخلاف نفى الخلاف فيه حيث قال فيه إذا استأجر كافر مسلما بعمل فى الذمة صح بلا خلاف و إذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة ليعمل عملا صح أيضا عندنا انتهى. و ادعى فى الإيضاح أنه لم ينقل من الأمة فرق بين الدين و بين الثابت فى الذمة بالاستيجار خلافا للقواعد و ظاهر الإيضاح فالمنع مطلقا لكونه سيلا و ظاهر الدروس التفصيل بين العبد و الحر فيجوز فى الثانى دون الأول حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم للكافر مطلقا قال و جوزها الفاضل و الظاهر أنه أراد إجارة الحر المسلم انتهى. و فيه نظر لأن ظاهر الفاضل فى التذكرة جواز إجارة العبد المسلم مطلقا و لو كانت على العين. نعم يمكن توجيه الفرق بأن يد المستأجر على الملك - الذى ملك منفعته بخلاف الحر فإنه لا تثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته خصوصا لو قلنا بأن إجارة الحر تمليك الانتفاع لا المنفعة فتأمل

و أما الارتهان عند الكافر

ففى جوازه مطلقا كما عن ظاهر نهاية الأحكام أو المنع كما فى القواعد و الإيضاح أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعناه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح فى كتاب الرهن و الدروس و جامع المقاصد و المسالك أو التردد كما فى التذكرة و جوه أقواها الثالث لأن استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه

و أما إعارته من كافر

فلا يبعد المنع وفاقا لعارية القواعد و جامع المقاصد و المسالك بل عن حواشى الشهيد رحمه الله أن الإعارة و الإيداع أقوى منعا من الارتهان و هو حسن فى العارية لأنها تسليط على الانتفاع فيكون سيلا و علوا و محل نظر فى الودعية لأن التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الودعية مع زيادة فى الرهن التى قيل من أجلها بالمنع و هى التسلط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه و تسلطه على إلزام المالك ببيعه. و قد صرح فى التذكرة بالجواز فى كليهما. و مما ذكرنا يظهر عدم صحة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته

[المقصود من الكافر]

ثم إن الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتد غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآية و لذا استدلت الحنفية بالآية على ما حكى عنهم بحصول البيونة بارتداد الزوج و هل يلحق بذلك أطفال الكفار فيه إشكال و يعم المسلم المخالف لأنه مسلم فيعلو و لا يعلى عليه و المؤمن فى زمان نزول آية نفى السبيل لم يرد به إلا المقر بالشهادتين و نفيه عن الأعراب الذين قالوا آمنا بقوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ إِنَّمَا كَانَ لِعَدَمِ اعْتِقَادِهِمْ بِمَا أَقْرَأُوا بِهِ فَالمراد بالإسلام

هنا أن يسلم نفسه لله ورسوله في الظاهر لا الباطن بل قوله تعالى وَكَمَا يَدْخُلُ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دل على أن ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً في خارج القلب. والحاصل أن الإسلام والإيمان في زمان الآية كانا بمعنى واحد وأما ما دل على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية فهو لا يقاوم بظاهرة لما دل على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم من التناكح والتوارث وحقن الدماء وعصمة الأموال وأن الإسلام ما عليه جمهور الناس. ففي رواية حمزان بن أعين قال: سمعت أبا جعفر يقول الإيمان ما استقر في القلب وأفضى به إلى الله عز وجل وصدق العمل بالطاعة لله والتسليم لأمره والإسلام ما ظهر من قول أو فعل وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلها وبه حقنت الدماء وعليه جرت الموارث وجاز النكاح واجتمعوا على الصلاة والزكاة والصوم والحج فخرجوا بذلك من الكفر وأضيفوا إلى الإيمان إلى أن قال فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من الفضائل والأحكام والحدود وغير ذلك قال لا بل هما يجريان في ذلك مجرى واحد ولكن للمؤمن فضل على المسلم في إعمالهما وما يتقربان به إلى الله عز وجل.

إبيع العبد المؤمن من المخالف

ومن جميع ما ذكرنا ظهر أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان جارية إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف لأخبار دلت على ذلك فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة لكن الأقوى عدم التحريم

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع

منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للاعتاق

بأن يكون ممن ينعق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب أو ظاهرا كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه أو بأن يقول الكافر للمسلم أعق عبدك عنى بكذا فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة وتبعه جامع المقاصد والمسالك والوجه في الأول واضح وفاقا للمحكي عن الفقيه والنهائية والسرائر مدعيا عليه الإجماع والمتأخرين كافة فإن مجرد الملكية غير المستقرة لا يعد سبيلا بل لم تعتبر الملكية إلا مقدمة للاعتاق خلافا للمحكي عن المبسوط

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٠

والمقاضى فمعناه لأن الكافر لا يملك حتى ينعق لأن التملك بمجرد سبيل والسيادة علو إلا أن الإنصاف أن السلطنة غير متحققة في الخارج ومجرد الإقدام على شرائه لينعق منه من الكافر على المسلم لكنها غير منفية. وأما الثاني فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقدير الصدق والكذب لثبوت الخلل أما في المبيع لكونه حرا أو في المشتري لكونه كافرا فلا تتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعاقه إلا أن تمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي فتأمل. وأما الثالث فالمحكي عن المبسوط والخلاف التصريح بالمنع لما ذكر في الأول.

ومنها ما لو اشترط البائع عتقه

فإن الجواز هنا محكى عن الدروس والروضة وفيه نظر فإن ملكيته قبل الاعتاق سبيل وعلو بل التحقيق أنه لا فرق بين هذا وبين إجباره على بيعه في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك. والحاصل أن السبيل فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشي الشهيد مجرد الملك و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحريه وبالملك المستقر ولو بالقابلية كشرط العتق و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق والمستقر فعلا و يترتب عليه استثناء الجميع وخير الأمور أوسطها

[حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]

ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر المسلم اختيارا. أما التملك القهري فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر- أجبر على البيع فمات قبله- فإنه لا- يعتقد عليه و لا على الكافر الميت لأصالة بقاء رقيته بعد تعارض دليل نفى السبيل و عموم أدلة الإرث لكن لا- يثبت بها أصل تملك الكافر فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام ع بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة ضرورة أنه إذا نفى إرث الكافر بآية نفى السبيل كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام ع و بهذا التقرير يندفع ما يقال إن إرث الإمام مناف لعموم أدلة ترتيب طبقات الإرث. توضيح الاندفاع أنه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدم إرث الكافر فيتحقق نفى الوارث الذي هو مورد إرث الإمام ع فإن الممنوع من الإرث لغير الوارث. فالعمدة في المسألة ظهور الاتفاق المدعى صريحا في جامع المقاصد ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري أو لا يلحق أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره وجوه خيرا أو أسطها ثم أخيرا

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنه لا إشكال و لا خلاف في أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر بل يجب بيعه عليه: لقوله ع في عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا- تقروه عنده. و منه يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا- لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال غاية الأمر أنه دل النص و الفتوى على تملكه له و لذا ذكر فيها أنه يباع عليه بل صرح فخر الدين رحمه الله في الإيضاح بزوال ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء الثمن منه و هو مخالف لظاهر النص و الفتوى كما عرفت و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه- فالظاهر أنه لا- خيار له و لا- عليه- وفاقا للمحكي في الحواشي في خيار المجلس و الشرط لأنه إحداث ملك فينتفى لعموم نفى السبيل لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع و يمكن أن يتنى على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد. فإن قلنا بالأول ثبت الخيار و لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة فإن الشارع لم يمضها لكن هذا المبني ليس بشيء لوجوب الاقتصار في تخصيص نفى السبيل على المتيقن نعم يحكم بالأرث لو كان العبد أو ثمنه معيبا و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة أدلة نفى الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فإن هذا الضرر إنما حصل من كفره الموجب لعدم قابلية تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. و يظهر مما ذكرنا حكم الرجوع في العقد الجائر كالهبة و خالف في ذلك كله جامع المقاصد فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعا للدروس قال لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى لأن نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان المبيع معاطاة فهي على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها. نعم لا يبعد أن يقال للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع و لم يلزم منه تخسير للمال انتهى. و فيما ذكره نظر لأن نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ. و استلزام البيع للخيارات ليس عقليا بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد الذي خص بنفى السبيل فهذا أولى بالتخصيص به مع أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع فتأمل. و أما ما ذكره أخيرا بقوله لا- يبعد ففيه أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ و الرجوع. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره في القواعد من قوله رحمه الله و لو باعه لمسلم بثوب ثم وجد في الثمن عيبا جاز رد الثمن و هل يسترد العبد أو القيمة فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكا للمسلم اختيارا و من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالإرث انتهى محل تأمل إلا أن يقال إن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و نفى السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة فيكون نفى السبيل مانعا شرعيا من استرداد المثل كمنقل المبيع في زمن الخيار و

كالتلف الذى هو مانع عقلى و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله و لذا حكموا بسقوط الخيار فى من يعتق على المشتري فتأمل.

مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر

ذكره الشيخ و المحقق فى الجهاد و العلامة فى كتبه و جمهور من تأخر عنه. و عن الإسكافى أنه قال و لا- اختار أن يرهن الكافر مصحفاً أو ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيراً من الأطفال انتهى. و استدلو عليه بوجوب احترام المصحف و فحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر و ما ذكره حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. و فى إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به فى المبسوط أو الكراهة كما هو صريح الشرائع و نسبة الصيمرى إلى المشهور قولان تردد بينهما العلامة فى التذكرة و لا يبعد أن تكون الأحاديث المنسوبة إلى النبى ص من طرق الآحاد حكمها حكم ما علم صدوره منه ص و إن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبى المعلوم

المكاسب، ج ٢، ص ١٦١

كان فحكم أحاديث الأئمة ص حكم أحاديث النبى ص

القول فى شرائط العوضين

يشترط فى كل منهما كونه متمولاً

إشارة

لأن البيع لغة مبادلة مال بمال

و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة فى الشرع

لأذن الأول ليس بمال عرفاً كالخنافس و الديدان فإنه يصح عرفاً سلب المصرف لها و نفى الفائدة عنها و الثانى ليس بمال شرعاً كالخمر و الخنزير ثم قسموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى خسة الشيء كالحشرات و إلى ما يستند إلى قلته كحبة حنطة و ذكروا أنه ليس مالا و إن كان يصدق عليه الملك و لذا يحرم غصبه إجماعاً. و عن التذكرة أنه لو تلف لم يضمن أصلاً و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل. و الأولى أن يقال إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً فلا إشكال و لا خلاف فى عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا يبيع إلا فى ملك و ما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال فى مقابله أكلاً بالباطل عرفاً فالظاهر فساد المعاملة و ما لم يتحقق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو و إلا فلا يخفى و جوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع و التجارة. و خصوص قوله ع فى المروى عن تحف العقول: و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه إلى آخر الرواية و قد تقدمت فى أول الكتاب

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية فى العوضين عن بيع ما يشترك فيه الناس

كالماء و الكلاء و السماك و الوحوش قبل اصطياها بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل

و احترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوة

و وجه الا-حتراز عنها أنها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل و لذا لا- تورث بل و لا- من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا و لا- كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنين و لا- من قبيل تملك الفقراء الزكاة و السادة الخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم منافعه بالقبض لأن مصرفه منحصر في مصالح المسلمين فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليها الدليل و معناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الإجماع و دل عليه النص كمرسله حماد الطويلة و غيرها.

[أقسام الأرضين و أحكامها]

إشارة

و حيث جرى في الكلام ذكر بعض أقسام الأرضين فلا- بأس بالإشارة إجمالا إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها فنقول و من الله الاستعانة الأرض إما موات و إما عامرة- و كل منهما إما أن يكون كذلك أصلياً أو عرض لها ذلك فالأقسام أربعة لا خامس لها

الأول ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبوقة بالعمارة

و لا- إشكال و لا- خلاف منافي كونها للإمام ع و الإجماع عليه محكى عن الخلاف و الغنية و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر جماعة أخرى و النصوص بذلك مستفيضة بل قيل إنها متواترة و هي من الأنفال. نعم أبيح التصرف فيها بالإحياء بلا عوض و عليه يحمل ما في النبويين: مواتان الأرض لله و لرسوله ص ثم هي لكم منى أيها المسلمون و نحوه الآخر: عادى الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم منى. و ربما يكون في بعض الأخبار و جوب أداء خراجها إلى الإمام ع كما في صحيحة الكابلي قال: وجدنا في كتاب علي ع إنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثْنَا اللَّهُ الْأَرْضَ وَ نَحْنُ الْمُتَّقُونَ وَ الْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا فَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَعْمُرْهَا وَ لِيُؤَدِّ خَرَجَهَا إِلَى الْإِمَامِ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي وَ لَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا الْخَبْرُ وَ مَصْحُحُهُ عُمَرُ بْنُ زَيْدٍ: أَنَّهُ سَأَلَ رَجُلًا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ أَرْضًا مَوَاتًا تَرَكَهَا أَهْلُهَا فَعَمَّرَهَا وَ أَجْرَى أَنْهَارَهَا وَ بَنَى فِيهَا بِيوتًا وَ غَرَسَ فِيهَا نَخْلًا وَ شَجَرَ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع كَانَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع يَقُولُ مِنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَهِيَ لَهُ وَ عَلَيْهِ طَسَقُهَا يُؤَدِّيهِ إِلَى الْإِمَامِ ع فِي حَالِ الْهَدَنَةِ فَإِذَا ظَهَرَ الْقَائِمُ عَجَّلَ اللَّهُ تَعَالَى فَرَجَهُ فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و جوب إيصال الطسق إذا طلب الإمام ع لكن الأئمة ع بعد أمير المؤمنين ص حللوا لشيعتهم و أسقطوا ذلك عنهم كما يدل عليه قوله ع: ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله ع في رواية مسمع بن عبد الملك: كل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيهم طسق ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم و أما ما كان أيدي سواهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغره الخبر. نعم ذكر في التذكرة أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم جوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبة بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحيها و ستأتى حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالإحياء.

الثاني ما كانت عامرة بالأصالة

أي لا- من معمر و الظاهر أنه أيضا للإمام ع و كونها من الأنفال و هو ظاهر إطلاق قولهم و كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو

للإمام ع و عن التذكرة الإجماع عليه و في غيرها نفى الخلاف عنه لموثقه أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحكية عن تفسير على ابن إبراهيم عن الصادق ع حيث عد من الأنفال كل أرض لا رب لها و نحوها المحكى عن تفسير العياشى عن أبى بصير عن أبى جعفر ع. و لا- يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار حيث جعل فيها من الأنفال كل أرض ميتة لا رب لها بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لأن الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتا و هل تملك هذه بالحيازة وجهان من كونها مال الإمام و من عدم منافاته للتملك بالحيازة كما تملك الموات بالإحياء مع كونها مال الإمام فدخل فى عموم النبوى: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به.

الثالث ما عرضت له الحياة بعد الموت

و هو ملك للمحيى فيصير ملكا له بالشروط المذكورة فى باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المذهب و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح و عليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة لكن يبالى من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبة فلا بد من الملاحظة.

الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة

فإن كانت العمارة أصلية فهى مال الإمام ع و إن كانت العمارة من معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها المكاسب، ج ٢، ص ١٦٢

عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف معروف فى كتاب إحياء الموات منشأه اختلاف الأخبار. ثم القسم الثالث إما أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفار فإن كانت من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطوء الخراب على أحد القولين و إن كانت من الكفار فكذلك إن كانت فى دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام و إن اعتبرنا الإسلام كانت باقية على ملك الإمام ع و إن كانت فى دار الكفر فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر أموالهم. ثم ما ملكه الكفار من الأرض إما أن يسلم عليه طوعا- فيبقى على ملكه كسائر أملاكه و إما أن لا يسلم عليه طوعا فإن بقيت يده عليه كافرا فهى أيضا كسائر أملاكه تحت يده و إن ارتفعت يده عنها فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها تخليتها للمسلمين أو بموت أهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام ع و يكون من الأنفال التى لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و إن رفعت يده عنها قهرا و عنوة فهى كسائر ما لا- ينقل من الغنيمه كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافة إجماعا على ما حكاه غير واحد كالخلاف و التذكرة و غيرهما و النصوص به مستفيضة: ففى رواية أبى بردة المسئول فيها عن بيع أرض الخراج قال ع و من يبيع ذلك و هى أرض المسلمين قال قلت يبيعها الذى هى فى يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما ذا ثم قال لا بأس اشترى حقه منها- و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه. و فى مرسله حماد الطويله: ليس لمن قاتل شىء من الأرضيين و لا ما غلبوا عليه إلا ما احتوى عليه العسكر إلى أن قال و الأرض التى أخذت بخيل و ركاب فهى موقوفه متروكة فى يدي من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضرهم فإذا أخرج منها ما أخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقى سيحا و نصف العشر مما سقى بالدوالى و النواضح إلى أن قال فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها فيدفع إليهم أنصباؤهم و هم على قدر ما صالحهم عليه و يؤخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانهم على دين الله و فى مصلحه ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين فى وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحه العامة ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير الخبر. و فى صحيحة الحلبي قال: سئل أبو عبد الله

ع عن السواد ما منزلته قال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا نشتره من الدهاقين قال لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها قلت فإن أخذها منه قال يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل و رواية ابن شريح قال:

سألت أبا عبد الله ع عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك و رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي فيها: و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أراضي الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها أله أن يأخذ منهم أجور البيوت إذا أدوا جزية رء و سهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال و في خبر أبي الربيع قال: لا تشتت من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هي فيء للمسلمين إلى غير ذلك و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في ملك المشتري. نعم يكون للمشتري على وجه كان للبائع أعنى مجرد الأولوية و عدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف و إحداث تلك الآثار بإذن الإمام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي بناء على عموم ولايته لأمر المسلمين و نيابته عن الإمام ع و لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها قال لا يجوز التصرف فيها ببيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضة و لا يصح أن تبنى فيها دور أو منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك و متى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً و هو على حكم الأصل و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام ع حال حضوره و يحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك و قال في الدروس لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام سواء كان بالبيع أم بالوقف أم بغيرهما. نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك و أطلق في المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ و قال ابن إدريس إنما يبيع و نوقف تحجيرنا و بناءنا و تصرفنا لا نفس الأرض انتهى. و قد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبة و الحضور فيجوز التصرف في الأول و لو بالبيع و الوقف لا- في الثانى إلا بإذن الإمام و كذا إلى جامع المقاصد و فى النسبة نظر بل الظاهر موافقتهم لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبة بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعا للآثار و المعنى أنها مملوكة ما دامت الآثار موجودة. قال فى المسالك فى شرح قول المحقق و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها إلى آخرها إن المراد أنه لا يصح ذلك فى رقبه الأرض مستقلة أما لو فعل ذلك بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز على الأقوى قال فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت فى المبيع على سبيل التبعية و كذا الوقف و غيره و يستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقيا فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين و عليه العمل انتهى. نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ فى التهذيب جواز البيع و الشراء فى نفس الرقبه حيث قال إن قال قائل إن ما ذكرتموه إنما دل على إباحة التصرف فى هذه الأرضين و لا يدل صحة تملكها بالشراء و البيع و مع عدم صحته لا يصح ما يتفرع عليهما. قلنا إنا قد قسمنا الأرضين ثلاثة أقسام أرض أسلم عليها أهلها فهى ملك لهم يتصرفون فيها و أرض تؤخذ عنوة أو يصلح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها و بيعها لأن لنا فى ذلك قسما لأنها أراضي المسلمين و هذا القسم أيضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الأنفال و ما يجرى مجراها فلا يصح تملكها بالشراء و إنما أبيع لنا التصرف فيها حسب ثم استدلت على أراضي الخراج برواية أبى برده السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه

المكاسب، ج ٢، ص ١٤٣

الأرض و دليله قرينة على توجيه كلامه و كيف كان فما ذكره من حصول الملك تبعا للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا فالذى ينبغى أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص فنقول أما فى زمان الحضور و التمكن من الاستئذان فلا- ينبغى الإشكال فى توقف التصرف على إذن الإمام لأنه ولى المسلمين فله نقلها عينا و منفعة. و من الظاهر أن كلام الشيخ المطلق فى المنع عن التصرف محمول

على صورة عدم إذن الإمام مع حضوره. و أما في زمان الغيبة ففي عدم جواز التصرف إلا- فيما أعطاه السلطان الذي حل قبول الخراج و المقاسمة منه أو جوازه مطلقا نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة لا خصوص الموات التي هي مال الإمام ع و ربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الأرض فيجوز التصرف في عينها مجانا أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام أو التفصيل بين من يستحق أجره هذه الأرض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله للمخاطب في بعض أخبار حل الخراج و أن لك نصيبا في بيت المال و بين غيره الذي يجب عليه حق الأرض و لذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج و سرقة عن السلطان الجائر و الامتناع عنه. و استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام ع أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيأة حال الفتح و بين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول لعموم أدلة الإحياء و خصوص رواية سليمان بن خالد و نحوها و جوه أوقفها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس. و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة كأوراق الأشجار و أثمارها و أخشاب الأبنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض و الجص و الحجارة و نحو ذلك فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح- من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين و لذا صرح جماعة كالعلامة و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآليات من تراب الأرض. نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين لأنها مما ينقل و حينئذ مقتضى القاعدة عدم صحته أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع إمكان أن يقال لا مدخل لسلطان الجور لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لا أجزاءها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأواني و ما يعمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

إشارة

و اعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا- . و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا- فيما استثنى و لا- الرهن إلا- بإذن المرتهن أو إجازته و لا أم الولد إلا في المواضع المستثناة. و المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان في ذلك لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذي الحق لمرجهه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا يحصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس في نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق. فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منها للمالك عن التصرف في ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا- تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعيا بل الأمر في الفرعية و الأصالة بالعكس ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط- لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة ثم عنونوا حق الجاني و اختلفوا في حكم بيعه و الظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة و قد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين فذكر بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر النذر المتعلقة بالعين قبل البيع و الخيار المتعلقة به و الارتداد و الحلف على عدم بيعها و تعيين الهدى للذبح و اشتراط عتق العبد في عقد لازم و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء و التدبير

المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله بناء على منع الوارث من التصرف فيه قبله و تعلق حق الشفعة بالمال فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها و تغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمه حبل فوطئها فأنت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريك في أمه حال الوطء فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه إلا- بتقويمه و أخذ قيمته و تعارض السبب المملك و المزيل للملك كما لو قهر حربى أباه و الغنيمه قبل القسمة بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملك بلا مالك و غير ذلك مما سيقف عليه المتتبع لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف ثم أم الولد ثم الرهن ثم الجنايه إن شاء الله.

مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا في الجملة و محكيا

إشارة

و لعموم قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و رواية أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن ع قلت جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفى درهم فلما وفيت المال خبرت أن الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في مالك و ادفعتها إلى من أوقفت عليه قلت لا- أعرف لها ربا قال تصدق بغلتها. و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين ع و غيره من الأئمة ص مثل ما عن ربيع بن عبد الله

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٤

عن أبي عبد الله ع في صورة وقف أمير المؤمنين ع: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حى سوى تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات و الأرض و أسكن هذه صدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين. فإن الظاهر من الوصف كونه صفة نوع الصدقة لا لشخصها و يبعد كونه شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص مع أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه شرطا عليهم مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا إلا أن يقال إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم- في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجا مع احتمال علم الإمام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في النوع فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع في الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف في النوع كما لا يخفى. فظهر أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلا في أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر و إن كان الإنصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافا للنوع.

و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات فإن الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلها و سيجيء التفصيل

إهل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه

ثم إن جواز البيع لا- ينافى بقاء الوقف إلى أن يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه- فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه فإن مدلول صيغة الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة عليه إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الإنشاء كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتهب المقتضى لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطته عنه فتأمل إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه. ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغه لبيعه و قد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الإجماع بل الضرورة بأن البيع و أضرابه ينافى حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء و فيه أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محصل له فضلا عن أن يحتاج إلى نظر فضلا عن إمعانه و إن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من المبيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف إن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه بل هو فى غير المساجد و شبهها قسم من التمليك و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت إلا أن المالك له بطون متلاحقة فإذا جاز بيعه مع الإبدال- كان البائع وليا عن جميع الملاك فى إبدال مالهم بمال آخر و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم فإذا لم يبيعه لم يبطل و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله و لذا صرح فى جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حدا يجوز بيعه معللا باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه فى دين المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع فاعلم

أن لأصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة أقوالا

أحدها عدم الخروج عنه أصلا

و هو الظاهر من كلام الحلى حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره و الذى يقتضيه مذهبا أنه بعد وقفه و قبضه لا يجوز الرجوع فيه و لا- تغيره عن وجوهه و سبله و لا يبيعه سواء كان يبيعه أعود عليهم أم لا و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعا أم لا قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوزين و ابن إدريس سد الباب و هو نادر مع قوته و قد ادعى فى السرائر عدم الخلاف فى المؤبد قال إن الخلاف الذى حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم و أما إذا كان الوقف على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا انتهى. و فيه نظر يظهر مما سياتى من ظهور أقوال كثير من المجوزين فى المؤبد و حكى المنع مطلقا عن الإسكافى و فخر الإسلام أيضا إلا فى الآلات الموقوفة و أجزائها التى انحصر طريق الانتفاع بها فى البيع. قال الإسكافى فى ما حكى عنه فى المختلف إن الموقوف رقيقا أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبله من منفعتة فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمانه إن أمكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعتة أو رد ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان فى ذلك صلاح انتهى. و قال فخر الدين فى الإيضاح فى شرح قول والده قدس سرهما و لو خلق حصير

المسجد و خرج عن الانتفاع

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٥

به أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق فالأقرب جواز بيعه قال بعد احتمال المنع بعموم النص في المنع والأصح عندي جواز بيعه و صرف ثمنه في المماثل إن أمكن و إلا ففي غيره انتهى. و نسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بد أن يبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف و سيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي أيضا فلاحظ.

الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد

و هو المحكى عن القاضى حيث قال في محكى المهذب إذا كان الشىء وقفا على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فإن كان وقفا على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه و حصل الخوف من هلاكه أو فساده أو كانت بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساده فإنه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم فإن لم يحصل شىء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه و لا- يجوز هبة الواقف و لا الصدقة به أيضا. و حكى عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي لكن العبارة المحكية عن كافية لا تساعده بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق فراجع. و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق. و المحكى عن الفقيه أنه قال بعد رواية على بن مهزيار الآتية إن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها لم يجز بيعه أبدا ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى كما لا يخفى ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقولون برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه فللقول بجواز بيعه وجه أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته فلا- وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم و قد حكى القول بهذين عن القاضى إلا- أن يوجه بأنه لا- يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حسبا بل هو وقف حقيقى و تملك للموقوف عليهم مدة وجودهم و حينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون في الوقف المؤبد لكن هذا الوجه لا- يدفع الإشكال عن الحلبي المحكى عنه القول المتقدم حيث إنه يقول [إن المحكى عنه بقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف] و جواز بيع الوقف حينئذ مع عدم مزاحمة حق الموقوف عليه مما لا إشكال فيه .

الثالث الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد في الجملة

إشارة

و أما المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر عن بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف كالشيخ و سلار قدس سرهما و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبى المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد و كيف كان

فالمناسب أولا نقل عبائر هؤلاء

[كلام الشيخ المفيد]

فبقول قال المفيد فى المقنعة الوقوف فى الأصل صدقات لا- يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم أو يكون تغيير الشرط فى الموقوف أعود عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه لم يجر له الرجوع فى شىء منه و لا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه و سبله. و فى اشتراط الواقف فى الوقف أنه متى احتاج إليه فى حياته لفقير كان له بيعه و صرف ثمنه فى مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع و لا هبة و لا أن يغيروا شيئاً من شروطه إلا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعا فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمره و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات انتهى كلامه. و قد استفاد من هذا الكلام فى غاية المراد جواز بيع الوقف فى خمسة مواضع و ضم صورة جواز الرجوع و جواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الواقف عليهم و وفاة الواقف فلاحظ و تأمل. ثم إن العلامة ذكر فى التحرير أن قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع فى الوقف إلا أن يحدث إلى قوله أنفع لهم من تركه على حاله متأول و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى]

و قال فى الانتصار على ما حكى عنه و مما انفردت الإمامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمره و أن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج باتفاق الإمامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبقاً ملحقاً بالإجماع و أنه إنما عول فى ذلك على ظنون له و حسان و أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها انتهى ثم قال و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعا أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لأنه إنما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه و لو لم تبق منفعة فيه إلا من الوجه الذى ذكرناه انتهى.

[كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط]

و قال فى المبسوط و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة و لا يقدر على القيام فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى ثم احتج على ذلك بالأخبار.

[كلام سلالر قدسى سره]

و قال سلالر فيما حكى عنه و لا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها أو تغير الحال فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغير شىء من أحواله و إن تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على أى وجه كان أو لحقت الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم انتهى.

[كلام ابن زهرة قدسى سره]

و قال فى الغنية على ما حكى عنه و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدى نفعا و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه بدليل إجماع الطائفة و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم تبق له منفعة إلا على الوجه الذى ذكرناه

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٦
جاز انتهى.

[كلام ابن حمزة قدس سره

وقال في الوسيلة ولا يجوز بيعه يعني الوقف إلا بأحد شرطين الخوف من خرابه أو حاجه بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به انتهى.

[كلام الراوندى قدس سره

وقال الراوندى في فقه القرآن على ما حكى عنه وإنما يملك بيعه على وجه عندنا وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كانت بأربابه حاجه شديدة

[كلمات ابن سعيد فى الجامع والنزهة]

وقال فى الجامع على ما حكى عنه فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجه شديدة أو خيف وقوع فتنه لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه انتهى وعن النزهة لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه أو تؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم أو يكون فيهم حاجه عظيمة شديدة و يكون بيع الوقف أصلح لهم انتهى

[كلام المحقق قدس سره

وقال فى الشرائع ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود وقال فى كتاب الوقف و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه بل كان البيع أنفع لهم قيل يجوز بيعه و الوجه المنع انتهى. و مثل عبارة الشرائع فى كتاب البيع و الوقف عبارة القواعد فى الكتابين.

[كلام العلامة فى التحرير و الإرشاد و التذكرة]

وقال فى التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا ثم ذكر كلام ابن إدريس و فتواه على المنع مطلقاً و تنزله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع و نفيه الخلاف على المنع فى المؤبد ثم قال و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعها بالكلية كدار انهدمت و عادت مواتاً و لم يتمكن من عمارتها و يشتري بثمنه ما يكون وقفاً كان وجهاً انتهى و قال فى بيع التحرير و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً و لو أدى بقاءه إلى خرابه جاز و كذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين أربابه مع بقاءه على الوقف انتهى و عن بيع الإرشاد لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأى و عنه فى باب الوقف لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب و قال فى التذكرة فى كتاب الوقف على ما حكى عنه و الوجه أن يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد انتهى.

[كلمات الشهيد قدس سره فى غاية المراد و الدروس و اللعمه]

وقال فى كتاب البيع لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأيد نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه انتهى و قال فى غاية المراد يجوز بيعه فى موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجة و قال فى الدروس لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدى إلى فساده و قال فى

اللمعة لو أدى بقاءه إلى خرابه لخلف أربابه فالمشهور الجواز انتهى

[كلام الصيمري قدس سره

وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه إن لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين أربابه خلف وفتنه و خشي خرابه و لا يمكن سد الفتنة بدون بيعه و هو قول الشيخين و اختاره نجم الدين و العلامة انتهى

[كلام الفاضل المقداد قدس سره

وقال في التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الوقف إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً جاز بيعه. و عن تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد تستباح فيه الأنفس.

[كلام الفاضل القطيفي قدس سره

و عن إيضاح النافع أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلا بالبيع قال فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز و لا اعتبار بخشيء الخراب و عدمه انتهى و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع.

[كلام المحقق الثاني قدس سره

وقال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع أحدها إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذعه إذا انكسر. ثانيها إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحة على بن مهزيار و يشتري بثمنه في الموضعين ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و يتولى ذلك الناظر الخاص إن كان و إلا- فالحاكم. ثالثها إذا لحقت بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها لرواية جعفر بن حنان عن الصادق ع انتهى كلامه رفع مقامه

[كلام الشهيد الثاني قدس سره

وقال في الروضة و الأقوى في المسألة ما دلت عليه صحيحة على بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد ع من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد و علله بأن جاء فيه تلف الأموال و النفوس و ظاهره أن خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك قال و لا يجوز بيعه في غير ما ذكرنا و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته أو كان أعود أو غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه انتهى. و نحوه ما عن الكفاية

هذه جملة من كلماتهم المرئية أو المحكية و الظاهر أن المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا التأدية على وجه القطع فيكون عنوان التأدية في بعض تلك العبارات متحداً مع عنوان خوفها و خشيتها في بعضها الآخر و لذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و أخرى بذاك كما اتفق للفاضلين و الشهيد و نسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع و آخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد أو إلى المشهور كاللمعة فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأدية بقاءه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين لكن المتيقن من فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف أربابه اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالتص كونه الاختلاف من باب المقدمة و أن الغاية المجوزة هي مظنة الخراب

إذا عرفت ما ذكرنا

فيقع الكلام نارة في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع

أما الأول [أى الوقف المؤبد]

إشارة

فالذى ينبغى أن يقال فيه

إن الوقف على قسمين

أحدهما ما يكون ملكا للموقوف عليهم

فيملكون منفعتهم فلهم استجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثانى ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير

كما فى المساجد و المدارس و الربط بناء على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل

[محل الكلام فى القسم الأول

و الظاهر أن محل الكلام فى بيع

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٧

الوقف إنما هو القسم الأول و أما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك. و بالجمله فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا و حينئذ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه فى إحداث مسجد آخر أو تعميره و الظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد.

[كلام كاشف الغطاء فى الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها فى الجهة المقصودة]

إشارة

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الأرض الوقف العام مطلقا لعدم التمامية بل لعدم أصيل الملكية لرجوعها إلى الله و دخولها فى مشاعره أمكن الانتفاع بها فى الوجه الذى وضعت له أولا و مع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة تؤجر للزراعة و نحوها مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجدا مثلا و إحكام السجلات لئلا تغلب اليد فتفضى بالملك دون الوقف المؤبد و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب و الأحوج و الأفضل احتياطا و مع التعارض فالمدار على الراجح [فالبواقي على الترجيح و إن تعذر صرفت إلى غير المماثل كذلك فإن تعذر صرفت فى مصالح المسلمين] هذا حيث لا تكون الأرض من المفتوحة عنوة و أما ما كانت منها فقد سبق أنها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين و أما غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى أعدت له كانت على حالها و إلا- جعلت فى المماثل و إلا ففى غيره و إلا ففى المصالح على ما نحو ما مر و إن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه أشبهت فى أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة و العود ملكا

للمسلمين تصرف في مصالحهم و العود إلى المالك الأول و مع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك و يحتمل بقاؤها على الوقف و تباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و يصرف مرتبا على النحو السابق و لعل هذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم انتهى

[المناقشة فيما أفاده كاشف الغطاء]

و فيه أن إجارة الأرض و بيع الآلات - حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحة عنوة لكنه غير ثابت و المتيقن خروجها عن ملك مالكةا أما دخولها في ملك المسلمين فمنفى بالأصل. نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الإباحة و لا يتعلق عليهم أجرة

[ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته]

ثم إنه ربما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته مثل رواية مروان بن عبد الملك قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئا فاقترضه ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده هل يصلح له أن يبيع ما أراد قال يبيع ما أراد و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركنه قلت أ يكفن به الميت قال لا.

[الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد و بين نفس المسجد]

قيل و في رواية أخرى: يجوز استعماله و بيع بقيته و كذلك ما ذكره في بيع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع اللهم إلا- أن يقال إن ثوب الكعبة و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد بل هما مبدولان للبيت و المسجد فيكون كسائر أموالهما و معلوم أن وقفية أموال المساجد و الكعبة من قبيل القسم الأول و ليست من قبيل نفس المسجد فهي ملك للمسلمين فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع بل كان جديدا غير مستعمل و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد و الثوب الذي يلبس به البيت فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف

[الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد]

ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد أن الحصر يتصور فيه كونه وقفا على المسلمين و لكن يضعه في المسجد لأنه أحد وجوه انتفاعهم كالماء المسيل الموضوع في المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر بل يمكن الانتفاع به في غيره و لو مع حاجته لكن يبقى الكلام في مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا في المسجد أو وضع حب ماء فيه و إن كان الظاهر في الأول الاختصاص و أوضح من ذلك الترب الموضوعه فيه و في الثاني العموم فيجوز التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاة في المسجد. و الحاصل أن الحصر و شبهها الموضوعه في المساجد و شبهها تتصور فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرناه.

[الجذع المنكسر من جذوع المسجد]

نعم ما ذكرناه لا- يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان مع أن المحكى عن العلامة و ولده و

الشهيدين و المحقق الثاني جواز بيعه و إن اختلفوا فى تقييد الحكم و إطلاقه كما سيجىء إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد فإن وقفها و جعلها مسجدا فك ملك بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار فإنها تصير ملكا للمسلمين فتأمل.

[حكم أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا]

و كيف كان فالحكم فى أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع التصرف فى منافعتها كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه- و أما أجزاءه كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فى صرف عينها يجب صرف عينها فيه لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و إجرائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائها جزء للمسجد لكن لا- يجب صرف المال من المكلف لمؤنتها بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال و إن لم تكن مصلحة فى رده جزء للمسجد فبناء على ما تقدم من أن الوقف فى المسجد و أضرابه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك. و حينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه فى مصالح ذلك كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضة و إلا صرف فى مسجد آخر كما فى الدروس و إلا- صرف فى سائر مصالح المسلمين قيل بل لكل أحد حيازته و تملكه و فيه نظر. و قد ألحقت بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة و الكتب الموقوفة على المشتغلين و العبد المحبوس فى خدمة الكعبة و نحوها و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواري الموضوعه لصلاة المصلين و غير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو المسلمين و نحوهم من غير المحصورين لا- لتحصيل المنافع بالإجارة و نحوها و صرفها فى مصارفها كما فى الحمامات و الدكاكين و نحوها لأن جميع ذلك صارت بالوقف كالمباحات بالأصل اللزوم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامة و الأسواق و هذا كله حسن على تقدير كون

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٨

الوقف فيها فك ملك لا تملكها

[إتلاف الموقوفات العامة]

و لو أتلّف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف. ففي الضمان و جهان- من عموم على اليد فيجب صرف قيمته فى بدله و من أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهما ظالم كما لو جعلت المدرسة بيت المسكن أو محرزا. و أن الظاهر من التأديبة فى حديث اليد الإيصال إلى المالك فيختص بأملك الناس و الأول أحوط و قواه بعض. إذا عرفت جميع ما ذكرناه فاعلم

أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور

الأولى أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه

كالحيوان المذبوح و الجذع البالى و الحصير الخلق و الأقوى جواز بيعه و فاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم لعدم جريان أدلة المنع- أما الإجماع فواضح. و أما قوله ع: لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. و أما قوله ع: الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها فلا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و إن ذكر فى متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه و تركه و قد تقدم ذلك و يضعف قول من قال بطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه و لو سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا. و الحاصل أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف فى وقفه فهو

ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون و هو الحاكم أو المتولى. و الحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل. و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه و به يندفع استصحاب المنع مضافا إلى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و هو انتفاع جميع البطون بعينه و قد ارتفع قطعاً فلا يبقى ما كان فى ضمنه. و أما الثانى فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا فرق بين إتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب. نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه فتأمل. و كيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى إتلافه. و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالإسكافى و العلامة و ولده و الشهيدى و المحقق الثانى. و حكى عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل و للمعدومين بالقوة كان الثمن كذلك فإن الملكية اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعبر عند تحقق أسبابها فكما أن الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتملك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تملك الواقف و عدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو فى الملك الفعلى لا الشأنى. و دعوى أن الملك الشأنى ليس شيئا محققا موجودا يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه للملك الموجود فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل فى ملك المعدوم على نهج دخول المعوض جاز أن تخرج بعوض لا يدخل فى ملك الموجود و إليه أشار الشهيد قدس سره فى الفرع الآتى حيث قال إنه يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حدة خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة. و اختاره المحقق فى الشرائع فى دية العبد الموقوف المقتول و لعل وجهه أن الوقف ملك للبطون الموجود غاية الأمر تعلق حق البطون اللاحقة به فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلا و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن و لا دليل عليه و مجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم إذ لا عموم لفظى يقتضى البدلية و التنزيل بل هو بدل فى الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه أن النقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطون الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا و إن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا يزول إلا بالنقل فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم على نحو المثل. و مما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون فى الثمن أولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول حيث إنها بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقت فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة إليه بخلاف الثمن فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض و من هنا اتضح أيضا أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث إنها ملك لمالكها الأول فجاز أن يرتفع لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول بخلاف اختصاص الثابت للبطون المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنها ملك للبطون الموجود بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بإنشائه مقارنة له بحسب الجعل متأخرا عنه فى الوجود. و قد تبين مما ذكرنا أن الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم فإن كان مما يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون على نحو المبدل و كانت مصلحة البطون فى بقائه أبقى و إلا أبدل مكانه ما هو أصلح و من هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف فى البدل بل نفس البدلية تقتضى كونه كالمبدل و لذا علله الشهيد رحمه الله فى غاية المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حدة ثم إن هذه العين حيث صارت ملكا للبطون فلهم أو لوليهم أن ينظر فيها و يتصرف فيها بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه إلا لعذر لأن ذلك كان حكما من أحكام الوقف الابتدائى و بدل الوقف إنما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائى. و مما ذكرنا أيضا يظهر

عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والتنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين

المكاسب، ج ٢، ص ١٦٩

فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة ولده والشهيد وجماعة فأوجبوا المماثلة مع الإمكان لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة وقد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معيناً من دون تعلق غرض بالعين وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا ليتنفعوا بثمرته فبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستانا في موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة وبين أن يشتري ملكاً آخر يصل إليهم أجره منفعة فإن الأول وإن كان مماثلاً إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف أنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف لتجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فالحاصل أن الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم هذا. قال العلامة في محكي التذكرة كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى وإلا جاز شراء كل ما يصح وقفه وإلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء لأن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع عليه العقد ومراعاة الخصوصية الكلية تفضي إلى فوات الغرض بأجمعه ولأن قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه مع أنهم يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول وتعذر وجودهم حال الوقف وقال بعض علمائنا والشافعية إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأى انتهى. ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول في كلامه رحمه الله ثم إن المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان لأنه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعلولة من قبل الواقف إلى التصرف في نفس العين والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقاؤها لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببذلها ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون وحينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدة ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار. نعم لو رضى الموجود بالتجار به وكانت المصلحة في التجارة جازت مع المصلحة إلى أن يوجد البدل والربح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون لأنه جزء من المبيع وليس كالنماء الحقيقي. ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه فيباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمیر وقف آخر عليهم ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطن اللاحقة فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطن اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم وهنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الصورة الثانية أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه كدار تهدمت فصار عرصه تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئا معتدا به فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كانت منفعته كمنفعة العرصه فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز وإن كان يعطى بثمانه ما تكون منفعته أكثر من منفعة العرصه بل ساوت منفعة الدار ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع وهو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوخ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً. وقد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف و لم يجز بيعها اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين فإن الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صار عرصه تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئى كجمع الزبائل فيها ونحوه يصدق عليه أنه لا يجدى نفعاً وكذا القرية الموقوفة فإن خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها ولا يكون بسلب منافع أراضيها رأساً و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصه الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً ويشمله الإجماع المدعى فى الانتصار والغنية لكن الخروج بذلك عن عموم أدله وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله لا يجوز شراء الوقف مشكلاً. ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه آخر كالتسقيف وجعلها جسراً ونحو ذلك بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى رحمهما الله لفظياً حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به فى منفعة أخرى الإنفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً. كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً. نعم لو كان قليلاً فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز لانصراف

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٠

قوله لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحالة وكذا حبس العين وتسهيل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتد بها موجودة وإلا فمجرد حبس العين وإمسأكه ولو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الأولى ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب لجريان ما ذكرناه فيه ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف وعرفت وجه النظر فيه ثم وجه بطلان الوقف فى الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المرعى فى الابتداء والاستدامة وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. وفيه ما عرفت سابقاً من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له فى الوقف المؤبد مع أنه لا دليل عليه مضافاً إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة فإن الشرط فى العقود الناقلة يكفى وجوده حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالىة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً مثلاً. ملاحظاً فى عنوان وقفه البستانية فخرت حتى خرجت عن قابلية ذلك فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهى باقية و خراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه أن العرصه كانت جزء من الوقف من حيث كونه بستاناً لا مطلقاً فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى قد فرض خرابه ولو فرض إرادته وقفها ليكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف وربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصية من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم لو لم تكن الدارية والبستانية ونحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف وإن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله لم يبطل الوقف بتغير أحواله ثم ذكر أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين. أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه إن أريد العنوان ما جعل مفعولاً فى قوله وقفت هذا البستان فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته فإن التملك

المعلق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجي وإن لم يكن فى ضمن عنوان البستان و ليس التمليك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات و إن أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زيادة على عنوانه. و أما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات آخر ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا.

الصورة الثالثة أن يخرب بحيث تقل منفعة لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم

و الأقوى هنا المنع و هو الظاهر من الأكثر فى مسألة النخلة المنقلعة حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه لأن الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل و لا يرجى عوده و منعه الحلى قائلا و لا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا إلى وجوب بقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع و زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها لإمكان التسقيف بها و نحوه. و حكى موافقته عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى و أكثر المتأخرين. و حكى فى الإيضاح عن والده قدس سرهما أن النزاع بين الشيخ و الحلى لفظى و استحسنة لأن فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها و الحلى فرض وجود منفعة لها و منع لذلك بيعها و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ و لا يخلو عن تأمل. و كيف كان فالأقوى هنا المنع و أولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود و سيجىء تفصيله.

الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف

و الظاهر أن المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدة وجود الموقوف عليه و قد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد و قد تقدمت عبارته فراجع. و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه و الأقوى المنع مطلقا وفاقا للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك و على تقديره فقد تقدم عن التحرير أن كلام المفيد متأول و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف. و قوله ع: لا يجوز شراء الوقف و غير ذلك و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن على بن رثاب عن جعفر بن حنان قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة ثلاثمائة درهم فى كل سنة و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه فقال جائز للذى أوصى له بذلك قلت أ رأيت إن لم يخرج من غلة تلك الأرض التى أوقفها إلا خمسمائة درهم فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من تلك الغلة ثلاثمائة درهم و يقسم الباقي على قرابته من أبيه

المكاسب، ج ٢، ص ١٧١

و أمه قلت نعم قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك قلت أ رأيت إن مات الذى أوصى له قال إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد إلى ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة قلت فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا إليها و لم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا. و الخبر المروى عن الاحتجاج: إن الحميرى كتب إلى صاحب الزمان جعلنى الله فداه أنه روى عن الصادق ع خبر مأثور إذا كان الوقف على

قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا- يجوز إلا- أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذي لا يجوز بيعه فأجاب ع إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و مفترقين إن شاء الله دلت على جواز البيع إما في خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إما مطلقا بناء على عموم الجواب لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما في بيع كل واحد بقرينه رواية الاحتجاج. و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصه ضيعه الإمام ع من الوقف. و الجواب عن رواية جعفر فإنها إنما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا- لمجرد كون البيع أنفع فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدم عن ظاهر النزاهة و سيجيء الكلام في هذا القول بل يمكن أن يقال إن المراد بكون البيع خيرا لهم مطلق النفع الذي يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته فليس مراد الإمام ع بيان اعتبار ذلك تعبدا بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل يعنى إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز كما يقال إذا أردت البيع و رأيت أنه أصلح من تركه فبيع و هذا مما لا- يقول به أحد و يحتمل أيضا أن يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل. و عن المختلف و جماعة الجواب عنها بعدم ظهورها في المؤبد لاقتصارها على ذكر الأعباب و فيه نظر لأن الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد إنه وقف على الأولاد مثلا و حينئذ فعلى الإمام ع أن يستفصل إذا كان بين المؤبد و غيره فرق في الحكم فافهم و كيف كان ففي الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعية إشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة. و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى ثم لو قلنا في هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطن كون بدلها كذلك كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجوز البيع في هذه الصورة و التصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حق اللاحقين أنا ما قبل البيع نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب لثلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة

و قد تقدم عن جماعة تجوز البيع في هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه و تدل عليه رواية جعفر المتقدمة و يرده أن ظاهر الرواية أنه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض لمثونه سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى. و المأخوذ من عبارة من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة و بينها و بين مطلق الفقير عموم من وجه إذ قد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسع عليه و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مثونه سنته فالرواية بظاهرها غير معمول بها مع أنه قد يقال إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكل و كون البيع أنفع و لو لم يكن حاجة و كيف كان فلا- يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الإجماع المعترضدان بفتوى جماعة و في الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع و عن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنهما بمصير جمهور المتأخرين و جماعة من القدماء إلى الخلاف بل معارضتهما بالإجماع المدعى في السرائر إشكال.

الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة

للبن الموجود أو جميع البطن أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلفت كلمات العلامة و من تأخر عنه في ذلك فقال في الإرشاد لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه فالوجه الجواز انتهى و في القواعد و لو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلة

نفعه ففي صحة الشرط إشكال و مع البطلان ففي إبطال الوقف نظر انتهى و ذكر في الإيضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى و في وجه المنع أن الوقف للتأيد و البيع ينافيه قال و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال انتهى قال الشهيد في الدروس و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز انتهى و يظهر منه أن للشرط تأثيراً و أنه يحتمل المنع من دون الشرط و التجويز معه. و عن المحقق الكركي أنه قال التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد و ليس بمناف للتأيد المعبر في الوقف لأنه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع و إلا فلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حبسها لأن اشتراط شراء شيء

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٢

بشمنه يكون وقفاً منافاً لذلك لاقتضائه الخروج عن الملك فلا يكون وقفاً و لا حبساً انتهى. أقول و يمكن أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقف على حسب ما يوقفها أهلها و المؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف فلعله مناف لإطلاقه و لذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته فإن التحقيق كما عرفت سابقاً أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً ثم إنه لو سلم المنافاً فإنما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه و أما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه و بين مفهوم الوقف فمعنى كونه حبساً كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالأشراط في متن العقد فتأمل. ثم إنه روى صحيحاً في الكافي: ما ذكره أمير المؤمنين ع في كيفية وقف ماله في عين ينبع و فيه فإن أراد الحسن أن يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه و إن شاء جعله شروى الملك و إن ولد على و أموالهم إلى الحسن بن علي و إن كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء و لا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله و يجعل ثلثاً في بني هاشم و بني المطلب و يجعل ثلثاً في آل أبي طالب و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله ثم قال و إن حدث بحسن بن علي حدث و حسين حى فإن الآخر منهما ينظر في بني علي إلى أن قال فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم و إنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك المال على أصوله و ينفق الثمرة حيث أمره به من سبيل الله و جوهه و ذوى الرحم من بني هاشم و بني عبد المطلب و القريب و البعيد لا يباع شيء منه و لا يوهب و لا يورث الرواية و ظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطن و صرف ثمنه فيما ينتفعون به و السند صحيح و التأويل مشكل و العمل أشكل.

الصورة السابعة أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً

و هو المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبارات المتقدمة و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه و قد يكون لا- له و الخراب المعلوم أو المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به و قد يكون على وجه نقص المنفعة و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقاً من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه و قد عرفت ضعفه. و قد عرفت من عبارات جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب و لو لغير الاختلاف و من أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس

و إن لم يعلم أو يظن بذلك فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصاً من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم

من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة

أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس

و الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب - على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً

سواء كان لأجل الاختلاف أم غيره و المنع فى غيره من جميع الصور أما الجواز فى الأول فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثانى أولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً. و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي. و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه - و مع فوته ففى تقديم البيع إشكال و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به و بين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره ففى ترجيح حق البطن الذى تفوته المنفعة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلقة بشخص الوقف وجهان لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعة مقدما على الموقوف عليه. و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح من أن بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعة و إتلاف للمال و هو منهى عنه شرعاً فيكون البيع جائزاً و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع. و فيه أن المحرم هو إضاعة المال المسلط عليه لا ترك المال الذى لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه و إلا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع. و الحاصل أن ضعف هذا الدليل بظاهرة واضح و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير و يتلوه فى الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذرت فيجوز إخراجها عن حده تحصيلاً للغرض منه و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض كما أنه لو تعطل الهدى ذبح فى الحال و إن اختص بموضع فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المعتذر. و فيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذى دلت عليه صيغة الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً و جعل ذلك مؤيداً.

[الدليل على المنع فى غير ما ذكرنا]

إشارة

و أما المنع فى غير هذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها فلعوم قوله ع لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك فإن ترك الاستفصال فيه بين علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على

بعض الوجوه المجوزة و بين عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحة يدل على أن الوقف ما دامت له غلة لا يجوز بيعه و كذا قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و ما دل على أنه يترك حتى يرثها وارث السماوات و الأرض

[التمسك بالاستصحاب على المنع

هذا كله مضافا إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور و عدم الدليل الوارد عليه

[الاستدلال بمكاتبه ابن مهزيار على الجواز في غير ما ذكرنا]

عدا المكاتبه المشهوره التي انحصرت تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها و هي مكاتبه ابن مهزيار قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني ع أن فلانا ابتاع ضيعه فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها به أو يدعها موقوفه. فكتب إلى أعلم فلانا أني أمره أن يبيع حصتي من الضيعه و إيصال ثمن ذلك إلى و أن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له قال و كتبت إليه أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاهم ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما [كان وقف له من ذلك أمرته. فكتب بخطه إلى أعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبيع فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس

[الاستدلال بالمكاتبه على الجواز فيما لو كان الخراب على وجه نقص المنفعة]

حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة بناء على أن قوله فإنه إلى آخره تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف و أن المراد بالمال هو الوقف فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف لا أن المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه و فيه أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علما أو ظنا لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظه ربما كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالها و لا أظن أن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدى بقاءه إلى خرابه و بين قولهم يخشى أو يخاف خرابه. و الخوف عند المشهور كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم يجب الإفطار و التيمم مع خوف الضرر و يحرم السفر مع خوف الهلاك و لا- يتحقق إلا- بعد قيام أماره الخوف هذا مع أن مناط الجواز على ذكر تلف الوقف رأسا و هو القسم الأول من الصورة السابعة التي جوزنا فيها البيع فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف مع أنه لا وجه بناء على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

و أما تقريب الاستدلال بالمكاتبه على جواز البيع في الصورة الثامنة

و هي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو أن الحكم بالجواز معلق على الاختلاف إلا أن قوله ع فإنه ربما إلى آخره مقيد بالاختلاف الخاص و هو الذي لا يؤمن معه من التلف لأن العلة تقيد المعلول كما في قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض. و فيه أن اللازم على هذا تعميم الجواز في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و إن لم يكن لها دخل في الوقف اللهم إلا أن يدعى سوق العلة مساق التقريب لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن ممنوع و هو الذي فهمه الشهيد الثاني

رحمه الله في الروضة كما تقدم كلامه لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد مع ما فيها من ضعف الدلالة كما سيجيء إليه الإشارة.

[الاستدلال بالمكاتبه على الصورة التاسعة و رده.]

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة و رده.

و أما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة

فهو أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس و لا- يكفي بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط. و فيه أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة مع أن ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمه هو اعتبار الفتنة التي تستباح بها الأنفس.

[استناد الفتاوى بجواز بيع الوقف إلى ما فهم من المكاتبه المذكوره]

و الحاصل أن جميع الفتاوى المتقدمه في جواز بيع الوقف الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاص أو اعتبار الاختلاف مطلقاً أو اختلاف خاص مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكوره

و الأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز

بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس لا مطلق الاختلاف لأن الذيل مقيد و لا خصوص المؤدى علماً أو ظناً لأن موارد استعمال لفظه ربما أعم من ذلك و لا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص و إن كان فيه إشارة إلى التعليل.

[الإيراد على المكاتبه بإعراض المشهور عنها]

و على ما ذكرنا فالمكاتبه غير معنى بها عند المشهور لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير اللازم للفتنة الموجبه لاستباحه الأموال و الأنفس فتكون النسبه بين فتوى المشهور و مضمون الروايه عموماً من وجه لكن الإنصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الروايه و قصور مقاومتها للعمومات المانع بالشهرة لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز من قوله ع إن كان قد علم الاختلاف المنضم إلى قوله فإنه ربما جاء في الاختلاف.

[الإيراد على المكاتبه بعدم ظهورها في الوقف المؤبد أو ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم]

و أما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام فهي على تقدير قصورها منجبره بالشهرة فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها في المؤبد لعدم ذكر البطن اللاحق و ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف كما عن الإيضاح و أوضحه الفاضل المحدث المجلسي و جزم به المحدث البحراني و مال إليه في الرياض. قال الأول في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوف

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٤

عليهم و لم يدفعها إليهم و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر فهل يدعها موقوفه و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها أيهما أفضل انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك فلا- يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع إذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد. و الحاصل أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد لا- تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى و هي أن مقتضى القاعدة كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون و ظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين فلا بد إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكلف سقوط حتى سائر البطون عن الوقف آنا ما قبل البيع لتقع المعاوضة في مالهم و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعنى الحبس الذي لا إشكال في بقاءه على ملك الواقف أو على الوقف غير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغة الوقف و إن تحقق التوطن عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار. و يؤيده تصدى الواقف بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظرا أو يقال إنه أجنبي استأذن الإمام ع في بيعه عليهم حسبة بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام ع من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها مع أن المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف و بدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام هو هذا النحو أيضا إلا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام و يقال إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكلف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع أو بمنع تقرير الإمام ع للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

[القدر المتيقن من المكاتبه]

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع و قد عرفت الأظهر منها لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقن من الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع أن المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا. و المناط هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف

[المراد من التلف في المكاتبه]

و ليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم إذ لا- يتناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية فإن تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها

[هل الثمن للبطن الموجود أو يشتري به ما يكون وقفا]

ثم إن الظاهر من بعض العبارات المتقدمة بل المحكى عن الأكثر أن الثمن في هذا البيع للبطن الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب

الإمكان و هذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبديل لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمان ما يباع للحاجة الشديدة تمسكا برواية جعفر فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

و أما الوقف المنقطع

إشارة

و هو ما إذا وقف على من ينقرض - بناء على صحته كما هو المعروف - فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف و إما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم و على الثاني فإما أن يملكه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم و إما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف و إما أن يقال بصيرورته في سبيل الله

[هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا]

فعلى الأول لا- يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك و في جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال- من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به و لذا منع الأصحاب كما في الإيضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة مدة العدة مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق و الشهيدين في المسالك و الدروس و غيرهم صحة البيع في السكنى الموقتة بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه و لعله إما لمنع الغرر و إما للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال هي له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فإن احتاج إلى بيعها أبيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبي يقول قال أبو جعفر لا ينقض البيع الإجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط إلى آخر الخبر. و مع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة و ولده و المحقق الثاني و لو باعه من الموقوف عليه المختص بالمنفعة الوقف فالظاهر جوازه لعدم الغرر و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا توجب معرفة البيع و كذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع جزما و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبي لأن المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا- عوض اللهم إلا- أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم أو تكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم فيكون العوض موزعا عليهما و لا بد أن يكون

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٥

ذلك على وجه الصلح لأن غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أم بيع الموقوف عليه كما يدل كلامه عليه المحكى عنه في مسألة السكنى - حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما في السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل. و تمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى و الحبس إن شاء الله.

[حكم البيع بناء على صيرورته ملكا مستقرا للموقوف عليهم]

و على الثاني فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاؤه في يدهم إلى انقراضهم.

[حكم البيع بناء على عوده إلى ملك الواقف]

و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين كما لا يجوز أيضا للواقف لغير المالك فعلا و إن أجاز الموقوف عليه إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلا- ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقضى الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع ثم إنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوز الموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف و يمكن رفع التنافى بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالكة الموقوف في الوقف المنقطع و يتضح ذلك بمراجعة المسألة في كتاب الوقف.

[حكم البيع بناء على صيرورته في سبيل الله]

و على الرابع فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني على ما حكى عنه لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا و في الجواز في الصورة التي جوزنا لاشتراك دليل المنع و يتشارك أيضا في حكم الثمن بعد المبيع.

و أما الوقف المنقطع

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها

إشارة

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائدة. و في بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام مثل ما: روى عن قول أمير المؤمنين لمن سأله عن بيع أمه أرضعت ولده قال له خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدى.

و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد منها جعل أم ولد ملكا غير طلق كالوقف و الرهن و قد عرفت أن المراد من الطلق تامة الملك و الاستقلال في التصرف فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقا بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها كما أن المجهول الذي يصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه لا يخرج عن كونه طلقا. و منها كلماتهم في رهن أم الولد فلاحظها. و منها كلماتهم في استيلاء المشتري في زمان خيار البائع فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن أن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة لامتناع انتقال أم الولد و كذا في كلام العلامة و ولده و جامع المقاصد ذلك أيضا في زمان مطلق الخيار. و منها كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردا و قبولا فإنها كالصريحة في أن الممنوع مطلق نقلها لا خصوص البيع. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل و مع ذلك كله فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل للأصول

و خلو كلام المعظم عن حكم غير البيع وقد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفة ومع ذلك فهو الظاهر من المبسوط و السرائر حيث قال- إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف. وقد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحا على المنع عن كل ناقل و أرسله بعضهم كصاحب الرياض و جماعة إرسال المسلمات بل عبارة بعضهم ظاهرة في دعوى الاتفاق حيث قال إن الاستيلاء مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى إلى ملك غيره أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن على خلاف في ذلك ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين و الوجه فيه ظهور أدلة المنع المعنونة بالبيع في إرادة مطلق النقل فإن مثل قول أمير المؤمنين ع في الرواية السابقة: خذ بيدها و قل من يشتري أم ولدي يدل على كون مطلق نقل أم الولد إلى الغير كان من المنكرات و هو مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أم الولد في ثمن رقبتها و عدم جوازه فيما سوى ذلك هذا مضافا إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصا عليه من أن الوجه في المنع هو بقاؤها رجاء لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها. و الحاصل أنه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل ثم إن المنع مختص بعدم هلاك الولد فلو هلك جاز اتفاقا فتوى و نصا و لو مات الولد و خلف ولدا ففي إجراء حكم الولد عليه لأصالة بقاء المنع و لصدق الاسم فيندرج في إطلاق الأدلة و تغليباً للحرية أو العدم لكونه حقيقة في ولد الصلب و ظهور إرادته من جملة الأخبار و إطلاق ما دل من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثا لعدم ولد الصلب للمولى و عدمه لمساواة الأول مع ولد الصلب في الجهة المقتضية للمنع وجوه حكى أولها عن الإيضاح و ثالثها عن المهذب البارع و نهاية المرام و عن القواعد و الدروس و غيرهما التردد.

بقي الكلام في معنى أم الولد

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة لكن المراد هنا مجازا ولدها و لو حملا للمشاركة و يحتمل أن يراد الولادة من الوالد دون الوالدة و كيف كان فلا- إشكال بل لا خلاف في تحقق الموضوع بمجرد الحمل. و يدل عليه الصحيح عن محمد بن مارد: عن أبي عبد الله ع

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٦

في رجل يتزوج الجارية فتلد منه أولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها قال هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك و إن شاء أعتق و في رواية السكوني عن جعفر بن محمد قال: قال علي بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين في مكاتبة يطأها مولاها فتحمل فقال يرد عليها مهر مثلها و تسعى في قيمتها فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر لأن زمان الحكم بعد تحقق السعي و العجز عقيب الحمل و الغالب ولوج الروح حينئذ ثم الحمل يصدق بالمضغ اتفاقا على ما صرح في الرياض و استظهره بعض آخر و حكاها عن جماعة هنا و في باب انقضاء عدة الحامل و في صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع عن الحبل يطلقها زوجها ثم تضع سقطا تم أو لم يتم أو وضعته مضغاً أ تنقضي بذلك عدتها فقال ع كل شيء وضعته يستبين أنه حمل تم أو لم يتم فقد انقضت به عدتها و إن كانت مضغاً ثم الظاهر صدق الحمل على العلقه و قوله ع و إن كانت مضغاً تقرير لكلام السائل لا بيان لأقل مراتب الحمل كما عن الإسكافي و حينئذ يتجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض بل عن الإيضاح و المهذب البارع الإجماع عليه. و في المبسوط فيما إذا ألفت جسدا ليس فيه تخطيط لا- ظاهر و لا- خفي لكن قالت القوابل إنه مبدأ خلق آدمي و إنه لو بقي لخلق و تصور قال قوم إنها لا تصير أم ولد بذلك و قال بعضهم تصير أم ولد و هو مذهبنا انتهى و لا يخلو عن قوة لصدق الحمل. و أما النطفة فهي بمجرد لا عبرة بها ما لم تستقر في الرحم لعدم صدق كونها حاملا و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد- على عدم العبرة بها في العدة و أما مع استقرارها في الرحم فالمحكى عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاء بها و هو الذي قواه في المبسوط في باب العدة بعد أن نقل عن

المخالفين عدم انقضاء العدة به مستدلاً بعموم الآيه والأخبار و مرجعه إلى صدق الحمل. و دعوى أن إطلاق الحامل حينئذ مجاز بالمشارفة يكذبها التأمل في الاستعمالات و ربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ مع أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم في بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك نعم قوى في السرائر موافقته فيما تقدم عن الشيخ في مسألة الجسد الذى ليس فيه التخطيط و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضا. و اعلم أن ثمره تحقق الموضوع فيما إذا ألت المملوكه ما فى بطنها إنما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء فيحكم بطلانه إذا كان الملقى حملا و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال و حينئذ فلو وطئها المولى ثم جاءت بولد تام أو غير تام فيحكم بطلان البيع الواقع بين أول زمان العلق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك فذكر صور الإلقاء المضغه و العلقه و النطفه فى باب العدة إنما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء. و فى باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أن المملوكه بعد الوطء صارت أم و ولد لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفه علقه و لذا عبر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلق الذى هو اللقاح. نعم لو فرض عدم علقها بعد الوطء إلى زمان صح البيع قبل العلق ثم إن المصرح به فى كلام بعض حاكيا له عن غيره أنه لا يعتبر فى العلق أن يكون بالوطء فيتحقق بالمساحقه لأن المناط هو الحمل و كون ما يولد منها ولدا للمولى شرعا فلا عبره بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم يشترط فى العلق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطى و إن كان محرما كما إذا كانت فى حيض أو ممنوعه الوطء شرعا لعارض آخر أما الأمة المزوجه فوطؤها زنا لا يوجب لحوق الولد ثم إن المشهور اعتبار الحمل فى زمان الملك فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم و ولد خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن حمزه فاكثفيا بكونها أم و ولد قبل الملك و لعله لإطلاق العنوان و وجود العله و هى كونها فى معرض الانتاق من نصيب ولدها و يرد الأول منع إطلاق يقتضى ذلك فإن المتبادر من أم الولد صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضه لها بوصف المملوكيه كالمدير و المكاتب. و العله المذكوره غير مطرده و لا منعكسه كما لا يخفى مضافا

إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدمه ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعده كلييه مستفاده من الأخبار كروايتى السكونى و محمد بن مارد المتقدمتين و صحيحه عمر بن يزيد الآتيه و غيرها. و من الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظه الحق الحاصل منها باستيلاء أعنى تشبثها بالحريه و لذا كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز إلا بعد إقامة الدليل الخاص فلا بد من التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظه فى نظر الشارع من الحق المذكور فلا يصغى إذا إلى منع الدليل على المنع كلييه و التمسك بأصالة صحه البيع من حيث قاعده تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره فى الجملة لكن المحكى فى السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع و عدم الاستثناء و هو غير ثابت. و على تقدير الثبوت فهو ضعيف يرد مضافا إلى ما ستعرف من الأخبار قوله ع فى صحيحه زراره: و قد سأله عن أم و ولد تباع و تورث وحدها حد الأمة بناء على حملها على أنها قد تعرض لها ما يجوز ذلك.

و أما المواضع القابله للاستثناء

إشارة

و إن وقع التكلم فى استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظه من الحق و هى صور يجمعها تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق أو تعلق حق سابق على الاستيلاء أو عدم تحقق الحكمة المانع عن النقل.

فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدي هذا الدين

و الكلام فى هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته و يقع فيما إذا كان غير ثمنها و على الأول يقع الكلام تارة بعد موت المولى و أخرى فى حال حياته أما بعد الموت فالمشهور الجواز بل عن الروضة أنه موضع وفاق و عن جماعة أنه لا خلاف فيه و لا ينافى ذلك مخالفة السيد فى أصل المسألة لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائمين بالاستثناء فى بيع أم الولد أو القائمين باستثناء بيعها فى ثمن رقبته فى مقابل صورة حياة

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٧

المولى المختلف فيها. و كيف كان فلا إشكال فى الجواز فى هذه الصورة- لا لما قيل من قاعدة تسلط الناس على أموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدة إلى المنع فى خصوص هذا المال بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبى إبراهيم ع أسألك عن مسألة فقال سل قلت لم باع أمير المؤمنين ص أمهات الأولاد قال فى فكاك رقابهن قلت فكيف ذلك قال أيا رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها و بيعت و أدى ثمنها قلت فتباع فيما سوى ذلك عن دين قال لا و فى رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبى الحسن ع قال: سألت عن بيع أم الولد تباع فى الدين قال نعم فى ثمن رقبته. و مقتضى إطلاقها بل إطلاق الصحيحة كما قيل ثبوت الجواز مع حياة المولى كما هو مذهب الأكثر بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا نعم تردد فيه الفاضلان. و عن نهاية المرام و الكفاية أن المنع نادر لكنه لا- يخلو عن قوة و ربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييدها بالصحيحة السابقة بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى كما يشهد به قوله فيها و لم يدع من المال إلى آخر الرواية فيدل على نفي الجواز عما سوى هذا الفرد إما لورودها فى جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد فيدل على الحصر و إما لأن نفي الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعها فى الدين مع حياة المولى. و اندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح. نعم يمكن أن يقال فى وجه القوة بعد الغض عن دعوى ظهور قوله تباع الظاهر فى الدين فى كون البائع غير المولى فيما بعد الموت أن النسبة بينها و بين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها. نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصص فيقال يمنع الإجماع فى محل الخلاف و لا سيما مع كون المخالف جل المجمعين بل كلهم إلا نادرا و حينئذ فالمرجع إلى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم لكن التحقيق خلافه و إن صدر هو عن بعض المحققين لأن المستفاد من النصوص و الفتاوى أن استيلاء الأمة يحدث لها حقا مانعا عن نقلها إلا إذا كان هناك حق أولى منه بالمراعاة و ربما توهم معارضة هذه القاعدة بوجوب أداء الدين فتبقى قاعدة السلطنة و أصالة بقاء جواز بيعها فى ثمن رقبته قبل الاستيلاء و لا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها لأن بيعها قبل العجز ليس يباع فى الدين كما لا يخفى. و يندفع أصل المعارضة بأن أدلة وجوب أداء الدين مقيدة بالقدرة العقلية و الشرعية و قاعدة المنع تنفى القدرة الشرعية كما فى المرهون و الموقوف فالأولى فى الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهر فى عدم كون بيعها فى ثمن رقبته كما يشهد به قوله فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها مع أن ظاهر البدء فى البيع ينافى الاضطرار إليه لأجل ثمنها. و بالجملة فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت لا إشكال فى رجحان دلالتها- على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل مضافا إلى اعتضاها بالشهرة المحققة و المسألة محل إشكال ثم على المشهور من الجواز- فهل يعتبر فيه عدم ما يفى به الدين و لو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير أو مما عداها كما عن جماعة الأقوى هو الثانى بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق لأن الحكم بالجواز فى هذه الصورة فى النص و الفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاء فتكون ملكا طلقا كسائر الأملاك التى يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات. فحاصل السؤال فى رواية عمر بن يزيد أنه هل تباع أم الولد فى الدين على حد سائر الأموال التى تباع فيه. و حاصل الجواب تقرير ذلك فى

خصوص ثمن الرقبة فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع في ثمن رقبتها لأن غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها. و مما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن و مؤونة التجهيز فإذا كان للميت كفن و أم ولد بيعت أم الولد في الدين دون الكفن إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدي عنه الدين عداها لأن الكفن لا يؤدي عن الدين ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه دينا للبائع - أو استدان الثمن و اشترى به أما لو اشترى في الذمة ثم استدان ما أوفى به البائع فليس بيعها في ثمن رقبتها بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل. و لا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمة أو بعضها و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليها. نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غاية المراد التصريح به و لو كان الثمن مؤجلا لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان مأبوسا عن الأداء عند الأجل. و في اشتراط مطالبة البائع أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحق الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبة فيجوز في الأول دون الثاني وجوه أحوطها الأول و مقتضى الإطلاق الثاني و لو تبرع متبرع بالأداء فإن سلم إلى البائع برئت ذمة المشتري و لا يجوز بيعها و إن سلم إلى المولى أو الورثة ففي وجوب القبول نظر و كذا لو رضى البائع باستساعها في الأداء و لو دار الأمر بين بيعها ممن تتعق عليه أو بشرط العتق و بيعها من غيره ففي وجوب تقديم الأول وجهان و لو أدى الولد ثمن نصيبه انعتقت عليه و حكم الباقي يعلم من مسائل السراية و لو أدى ثمن جميعها فإن أقبضه البائع فكالمتبرع و إن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر من الإطلاق و من الجمع بين حقي الاستيلاء و الدين و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر فلجواز بيع البائع لها مقاصه مطلقا أو مع إذن الحاكم وجه و ربما يستوجه خلافه لأن المنع لحق أم الولد فلا يسقط بامتناع المولى و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرية و في الجميع نظر. و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها في عقد مساومتها و إن كان صلحا و في إلحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن - كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدة معينة إشكال و على العدم لو فسخ البائع فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت و إن قلنا

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٨

بمنعه عنه فنتقل إلى القيمة و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ في أداء القيمة أمكن القول بجواز استردادها لأن المانع عنه هو عدم انتقالها فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل القيمة لم يمنع عن ردها إلى البائع كما لو بيعت على البائع في ثمن رقبتها هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها. و أما بيعها في دين آخر - فإن كان مولاها حيا لم يجز إجماعا على الظاهر المصرح به في كلام بعض و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضا لأصالة بقاء المنع في حال الحياة و لإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمين منطوقا و مفهوما و بهما يخصص ما دل بعمومه على الجواز مما يتخيل صلاحيته لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد كمفهوم مقطوعة يونس: في أم ولد ليس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها قال لا هي أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعى في بقية ثمنها خلافا للمحكي عن المبسوط فجوز البيع حينئذ مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر للمعتين و كنز العرفان و الصيمرى و لعل وجه تفصيل الشيخ أن الورثة لا يرثون مع الاستغراق فلا سبيل إلى انعقاد أم الولد الذي هو الغرض من المنع عن بيعها و عن نكاح المسالك - أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين فيعتقد نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و لزمه أداء قيمة النصيب من ماله و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك أولا بأن الاستفادة مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن يقوم عليه أصلا و إنما الكلام في باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة لقيمة أمه هل تقوم عليه أو تسعى هي في أداء قيمتها. و ثانيا بأن النصيب إذا نسب إلى الوارث - فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل المقصود منه النصيب المستقر الثابت لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له تفصيا من لزوم بقاء الملك بلا مالك. و ثالثا أن ما ادعاه من الانعقاد على

الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب و لا دل عليه دليل معتبر و ما توهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من يعتق عليه بناء على صحة الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه. و رابعا أنه يلزم على كلامه- أنه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوي قيمة أمه يقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون و نحوها يساوي قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من القيمة نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقي هذا مما لا يقوله أحد من الأصحاب و ينبغى القطع ببطلانه.

و يمكن دفع الأول بأن المستفاد من ظاهر الأدلة انعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة الولد قهرا بقيمة نصيبه أو وجوب بيعها في القيمة جمعا بين ما دل على الانعتاق على الولد الذي يكشف عنه إطلاق النهي عن بيعها و بين ما دل على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان غاية الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان و يكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين. و الحاصل أن مقتضى النهي عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة و عدم تسلط الولد على دفعها و فاء عن دين أبيه و لازم ذلك انعتاقها على الولد فيتردد الأمر حينئذ بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين فتكون أم الولد نظير مئونة التجهيز التي لا- تتعلق حق الديان بها و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من يتلف في ملكه و تنتعق عليه و هو الولد و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته فتسعى فيها و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها فلمن أن يؤجروها مدة طويلة نفى أجرتها بدينهم كما قيل بتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس. و لا إشكال في عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين فتعق على كل حال و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا إلى التأمل. و مما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني- فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقا أو في دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث- إذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعتاقها و لا جامع بينها و بين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق. و أما ما ذكره رابعا فهو إنما ينافي الجزم بكون قيمتها بعد الانعتاق متعلقا بالولد أما إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شيء. فالضابط حينئذ أنها تنتعق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين كان ذلك في رقبته. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه لو كان غير ولدها أيضا مستحقا لشيء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجانا بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين فينتعق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصتها التي فكها من الديان و إما أن يخلي بينها و بين الديان فتنتعق أيضا عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم و أما حرمان الديان عنها عينا و قيمة و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها و صرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهي عن التصرف في أم الولد لذلك. و مما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك بما ذكرناه أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جدا حيث

المكاسب، ج ٢، ص ١٧٩

إنهم قيدوا الدين بكونه ثمنا و حكموا بأنها تعق على ولدها من نصيبه و أن ما فضل عن نصيبه تنتعق بالسراية و تسعى في أداء قيمتها و لو قصدوا أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملا- بالنصوص المزبورة فله وجه إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات و لا ذكر في النصوص صريحا انتهى. و أنت خبير بأن النصوص المزبورة لا تقتضى سقوط حق الديان كما لا يخفى.

و منها تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاه في الروضة بشرط عدم كفاية بعضها له بناء على ما تقدم نظيره في الدين من أن المنع لغاية الإرث و هو مفقود مع الحاجة إلى الكفن و قد عرفت أن هذه حكمه غير مطردة و لا منعكسة. و أما بناء على ما تقدم من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فيبيعها له أولى بل اللازم ذلك أيضا بناء على حصر الجواز في بيعها في ثمنها على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع عن بيعها فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاء و إلا لصرف مقابله في ثمنها و لم تبع و من ذلك يظهر النظر فيما قيل من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب و توضيحه أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت و حق بائع أم الولد و حق أم الولد فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن و إهمال حق أم الولد ببيعها فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناء على ما تقدم في المسألة السابقة كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين و انحصار الحق في الميت و أم الولد اللهم إلا أن يقال لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها و ثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها في ثمنها- بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولها الميت فلا دليل على تقديم حق مولها ليخصص به قاعدة المنع عن بيع أم الولد عدا ما يدعى من قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه و الاستيلاء من ذلك الحق و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل. نعم يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين- من أن الولد يرث نصيبه و يعتق عليه و تتعلق بدمته مؤنة التجهيز أو تستسعى أمه و لو بايجار نفسها في مدة و أخذ الأجرة قبل العمل و صرفها في التجهيز و المسألة محل إشكال.

و منها ما إذا جنت على غير مولها في حياته

أما بعد موته فلا إشكال في حكمها لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية إما إلى الحرية الخالصة أو الرقية الخالصة و حكم جنائيتها عمدا أنه إن كان في مورد ثبت القصاص فللمجنى عليه القصاص نفسا كان أو طرفا و له استرقاقها كلا أو بعضا على حسب جنائيتها فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا و ربما تخيل بعض أنه يمكن أن يقال إن رقيتها للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة في عدم بيع أم الولد مطلقا. و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا و إلا فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق الظاهر في صيرورة الجاني رقا خالصا و ما وجه به هذا الاحتمال من أنها تنتقل إلى المجنى عليه على حسب ما كانت عند الأول ففيه أنه ليس في النص إلا الاسترقاق و هو جعلها رقلا كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال إنه إنما كان على النحو الذي كان للمولى الأول. و الحاصل أن الاستفادة بالضرورة من النص و الفتوى أن الاستيلاء يحدث للأمة حقا على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفته على خلاف في ذلك و إن كانت الجنائية خطأ فالمشهور أنها كغيرها من المماليك يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنائية منها إلى المجنى عليه و بين أن يفديها بأقل الأمرين على المشهور أو بالأرش على ما عن الشيخ و غيره. و عن الخلاف و السرائر و استيلاء المبسوط أنه لا خلاف في أن جنائيتها تتعلق برقيتها لكن عن ديات المبسوط أن جنائيتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبي ثور فإنه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق و هو المخالف لما في الاستيلاء من المبسوط و ربما يوجه بإرادة نفي الخلاف بين العامة و ربما نسب إليه الغفلة كما عن المختلف و الأظهر أن المراد بكونها على سيدها عود خسارة جنائيتها على السيد في مقابل عدم خسارة المولى لا من عين الجاني و لا من مال آخر

و كونها في ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق و ليس المراد وجوب فدائها. و على هذا أيضا يحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله ع قال: أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها و ما كان من حقوق الله في الحدود فإن ذلك في بدنها فمعنى كونها على سيدها أن الأمة بنفسها لا- تتحمل من الجناية شيئا. و مثلها ما أرسل عن علي ع في قوله: المعتق على دبر فهو من الثلث و ما جنى هو و المكاتب و أم الولد فالمولي ضامن لجنايتهم. و المراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من مال المولى المردد بين ملكه الجاني أو ملك آخر و كيف كان فإطلاقات حكم جناية مطلق المملوك سليمة عن المخصص و لا يعارضها أيضا إطلاق المنع عن بيع أم الولد لأن ترك فدائها و التخليه بينها و بين المجنى عليه ليس نقلا لها خلافا للمحكي عن موضع من المبسوط و المهذب و المختلف من تعيين الفداء على السيد. و لعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذي أبطل أحد طرفي التخيير فتعين عليه الآخر بناء على أنه لا فرق بين إبطال طرفي التخيير بعد الجناية كما لو قتل أو باع عبده الجاني و بين إبطاله قبلها كالأستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها و قد عرفت معنى الروايتين و المؤيد مصادرة لا يبطل به إطلاق النصوص

و منها ما إذا جنت على مولاها - بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى

فهل تعود ملكا طلقا بجنايتها

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٠

على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هي المحكي في الروضة عن بعض و عدها السيوري من صور الجواز أو لا كما هو المشهور إذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل. و ما يقال في توجيهه من أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان فإذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد و هو استقلال جديد في التصرف فيها مضافا إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذي أنيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة و مضافا إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمدا فيندفع بما لا يخفى و أما الجناية على مولاها خطأ فلا إشكال في أنها لا- يجوز التصرف فيها كما لا- يخفى. و روى الشيخ في الموثق عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي ع قال: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهي حرة ليس عليها سعاية و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه ص: إن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لا تبعه عليها و إن قتلته عمدا قتلت به. و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ سعت في قيمتها و يمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار الجمع بينهما بغير ذلك فراجع.

و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه دينها

فإنها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها و بين إمسакها و لا شيء له لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ففي المستولدة يحتمل ذلك و يحتمل أن لا- يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة و أما احتمال منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه فلا وجه له لأن الأستيلاء يمنع عن المعاوضة أو ما في حكمها لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع و المسألة من أصلها موضع إشكال لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوض لأن الدية عوض شرعي عما فات بالجناية لا عن رقبة العبد و تمام الكلام في محله.

و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت

حكاه في الروضة و كذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها و لم يثبت كونها أمه المولى إلا

بعد القسمة و قلنا إن القسمة لا تنقص و يغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكى عن الأكثر و المنصوص أنها ترد على مالكها و يغرم قيمتها للمقاتلة.

و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمة

و ملكت أمواله التي هي منها.

و منها ما إذا كان مولاها ذميا و قتل مسلما

فإنه يدفع هو و أمواله إلى أولياء المقتول هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول و هو ما إذا عرض لأم الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

و أما القسم الثاني و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمرعاة من حق الاستيلاء

فمن موارد ما إذا أسلمت و هي أمه ذمى

فإنها تباع عليه بناء على أن حق إسلامها المقتضى لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حق الاستيلاء المعرض للعتق و لو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحة البيع دون قاعدة سلطنة الناس مسلطون على أموالهم المقتضية لعدم جواز بيعها عليه لأن المفروض أن قاعدة السلطنة قد ارتفعت بحكومة أدلة نفى سلطنة الكافر على المسلم فالمالك ليس مسلطا قطعا و لا حق له في عين الملك جزما إنما الكلام في تعارض حتى أم الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز كونها مقهورة بيد الكافر و من حيث كونها في معرض العتق فلا- يجوز إخراجها عن هذه العرصه و الظاهر أن الأول أولى للاعتبار و حكومة قاعدة نفى السبيل على جل القواعد و لقوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه. و مما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل إسلامها لأن الشك إنما هو في طرو ما مقدم على حق الاستيلاء و الأصل عدمه مع إمكان معارضة الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدم الإسلام على المنع عن البيع و مع إمكان دعوى ظهور قاعدة المنع في عدم سلطنة المالك و تقديم حق الاستيلاء على حق الملك فلا ينافى تقديم حق آخر لها على هذا الحق.

و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو في كسبها

فتباع على من ينفق عليها على ما حكى عن اللمعة و كنز العرفان و أبي العباس و الصيمرى و المحقق الثانى. و قال فى القواعد لو عجز عن الإنفاق على أم الولد أمرت بالتكسب فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال و لا يجب عتقها و لو كانت الكفاية بالتزويج و جبت و لو تعذر الجميع ففي البيع إشكال انتهى. و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى أو كسبه أو مالها أو عوض بضعها أو وجود من يؤخذ بنفقتها أو بيت المال و هو حسن و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع أيضا و فرضها كالحرفى و جوب سد رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها و لو فرض عدم ذلك أيضا أو كون ذلك ضررا عظيما عليها فلا يبعد الجواز لحكومة أدلة نفى الضرر و لأن رفع هذا عنها أولى من تحملها ذلك رجاء أن تنعتق من نصيب ولدها مع جريان ما ذكرناه أخيرا فى الصورة السابقة من احتمال ظهور أدلة المنع فى ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكها لا على حقها الآخر فتدبر.

و منها بيعها على من تنعتق عليه

على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة لأن فيه تعجيل حقها وهو حسن لو علم أن العلة حصول العتق فلعل الحكمة اعتاق خاص اللهم إلا أن يستند إلى ما ذكرناه أخيراً في ظهور أدلة المنع أو يقال إن هذا عتق في الحقيقة. و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق- فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها كما عن الشهيد الثاني و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول المشتري على الإعتاق إذ إعتاقها عليه قهراً و كذلك بيعها ممن أقر بحريتها و يشكل بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن في مقابل الحر و إن علم بكذبه لم يجز أيضاً لعدم جواز بيع أم الولد و مجرد صيرورتها حرة على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع و بقائها في الواقع على صفة الرقية للمشتري لا يجوز البيع بل الحرية الواقعية و إن تأخرت- أولى من الظاهرية و إن تعجلت.

و منها ما إذا مات قريبها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها

فتشترى من مولاها للعتق و ترث قريبها و هو مختار الجماعة

المكاسب، ج ٢، ص ١٨١

السابقة و ابن سعيد في النزاهة و حكى عن العماني و عن المهذب إجماع الأصحاب عليه و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث على قاعدة المنع مضافاً إلى ظهورها في رفع سلطنة المالك و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره بل تباع عليه لو امتنع

و أما القسم الثالث - و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء

فمن مواردها ما إذا كان علوقها بعد الرهن

فإن المحكي عن الشيخ و الحلبي و ابن زهرة و المختلف و التذكرة و اللمعة و المسالك و المحقق الثاني و السيوري و أبي العباس و الصيمري جواز بيعها حينئذ و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدلة حكم الرهن و أدلة المنع عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها خلافاً للمحكي عن الشرائع و التحرير فالمنع مطلقاً. و عن الشهيد في بعض تحقیقاته الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن و وقوعه بدونه و عن الإرشاد و القواعد التردد و تمام الكلام في باب الرهن.

و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

و كانت فاضلة عن المستثنيات في أداء الدين فتباع حينئذ كما في القواعد و اللمعة و جامع المقاصد. و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها و لا دليل على بطلانه بالاستيلاء و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان أما لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس في التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله في الدين فلا يؤثر في دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع في نفسه فتأمل و تمام الكلام في باب الحجر إن شاء الله.

و منها ما إذا كان علوقها بعد جنائتها

و هذا في الجنائية التي لا تجوز البيع لو كانت لاحقة بل تلزم المولى بالفداء و أما لو قلنا بأن الجنائية اللاحقة أيضاً ترفع المنع لم يكن فائدة في فرض تقديمها.

و منها ما إذا كان علوقها في زمان خيار بائعها

فإن المحكى عن الحلّى جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري و لعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء خلافاً للعلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أم الولد و لعله لصيرورتها منزلة التالف و الفسخ بنفسه لا يقتضى إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن و أما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو لم يمنع عقلاً أو شرعاً و المانع الشرعى كالعقلى. نعم لو قيل إن الممنوع إنما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه أما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره فلم يثبت فلا- مانع شرعاً من استرداد عينها. و الحاصل أن منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى دليل مفقود اللهم إلا أن يدعى أن الاستيلاء حق لأم الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره إلا أن يكون للغير حق أقوى أو سابق يقتضى انتقالها و المفروض أن حق الخيار لا- يقتضى انتقالها بقول مطلق بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعاً و المفروض أن تعلق حق أم الولد مانع شرعاً كالعقود و البيع على القول بصحتهما فى زمان الخيار فتأمل.

و منها ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها

بناء على ما استظهر الاتفاق عليه من جواز اشتراط الأداء من مال معين فيتعلق به حق المضمون له و حيث فرض سابقاً على الاستيلاء فلا يزاحم به على قول محكى فى الروضة.

و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة

إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده بناء على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقة عن ملك الناذر بمجرد النذر فى المطلق بعد حصول الشرط فى المعلق كما حكاه صاحب المدارك عنهم فى باب الزكاة و يحتمل كون استيلائها كإتلافها فيحصل الحث و تستقر القيمة جمعا بين حقى أم الولد و المنذور له و لو نذر التصديق بها فإن كان مطلقاً قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض فلا حكم للعلوق و إن قلنا بعدم خروجها عن ملكه احتمل تقديم حق المنذور له فى العين و تقديم حق الاستيلاء و الجمع بينهما بالقيمة و لو كان معلقاً فوطئها قبل حصول الشرط صارت أم ولد فإذا حصل الشرط وجب التصديق بها لتقدم سببه و يحتمل انحلال النذر لصيرورة التصديق مرجوحاً بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمة أو بدونه و تمام الكلام يحتاج إلى بسط تمام لا يسعه الوقت.

و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته للمولى أن يبيها

على ما حكاه فى الروضة عن بعض الأصحاب بناء على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

و [أما] القسم الرابع - فهو ما كان إبقاؤها فى ملك المولى غير معرض لها للعتق

لعدم توريث الولد من أبيه لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعا لفجور أو ظاهراً باعتراف ثم إننا لم نذكر فى كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يحتمله من الكلام فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه رهوناً

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون. و حكى عن الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم على ذلك و قد حكى الإجماع عن غيره أيضا. و عن المختلف في باب تزويج الأمة المرهونه أنه أرسل عن النبي ص: إن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن.

و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك. فظاهر عبارة جماعة من القدماء و غيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ في النهاية و ابن حمزه في الوسيله و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم هو كونه موقوفا و هو الأقوى للعمومات السليمه عن المخصص لأن معقد الإجماع و الأخبار الظاهره في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا. و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا فهى موهونه بمصير جمهور المتأخرين على خلافه هذا كله مضافا إلى ما يستفاد من صحه نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و ليست تلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٢

هذا كله مضافا إلى فحوى أدله صحه الفضولى لكن الظاهر من التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا و فيه نظر لأن من استند في البطلان في الفضولى إلى مثل قوله ص: لا يبيع إلا في ملك لا يلزمه البطلان هنا بل الأظهر ما سيحىء عن إيضاح النافع من أن الظاهر و قوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولى. و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه - من القول بالبطلان متمسكا بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهى قال و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهى بالعقد لا - لأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاء في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما في كون سبب النهى حق الغير. ثم أورد على نفسه بقوله فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان العقد الفضولى و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم. قلنا إن التصرف المنهى عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقبه و إن كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كذلك كما سبق في الفضولى و إلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولى قد يكون محرما و قد لا يكون كذلك و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غضب حقه أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيها عنه و إن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغه فلا يزيد عن عقد الفضولى فلا - يتعلق به نهى أصلا. و أما المالك فلما حجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه لانحصار المالكية فيه و لا معنى لقصده النيابة فهو منهي عنه لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه فتخصص العمومات بما ذكر و مجرد الملك لا - يقضى بالصحه إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق أن المراد بالملك المسوغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه و لذلك لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا للمنع عن التصرف. ثم قال و بالجملة فالذى يظهر من تتبع الأدله أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته و أما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت عنه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين بل تكون فاسده أو صحيحه لازمه إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم و أما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح و هو قوله ع: إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كالعبد لا يملك أمر نفسه و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بالأصالة بتصرفه و لا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و إنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار في كل مالك متول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالمفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع و

ربما تتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى انتهى كلامه رفع مقامه. ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة و منع اقتضاء مطلق النهى لا- لأمر خارج الفساد. أولا- أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمة في شيء من ذلك. و ثانيا أن المتيقن من الإجماع و الأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما تقتضيه عبارة معقد الإجماع و الأخبار أعنى قولهم الراهن و المرتهن ممنوعان و معلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا- ينافى وقوعه موقوفا و حاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه في ذلك و إثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل و مع عدمه يرجع إلى العمومات. و أما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق فيما بينهما فلم أتتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهى في كل منهما لحق الغير فإن منع الله جل ذكره من

تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد و بيع الراهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد و لذا لا- يؤثر الإذن السابق في صحة البيع فقياس الرهن عليهما في غير محله. و بالجملة فالمستفاد من طريقة الأصحاب بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا- يقتضى الإبطال رأسا بل إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق و يندرج في ذلك الفضولى و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبيت أخت زوجته أو أخيها و للأمة على الحرة و غير ذلك فإن النهى في جميع ذلك إنما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا و هو صيرورته سببا مستقلة لآثاره من دون مدخليه رضا غير المتعاقدين و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناء على ما سيجىء من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتري رهنا للبائع و بعبارة أخرى الرهن و البيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد أعنى ما قبل الإجازة و هذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع و يدفعه أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع و إلا لجرى ذلك في العقد الفضولى أيضا لأن فرض كون المحيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة و أما ما يلزم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم في مسألة إجازة المرتهن. نعم يلزم في مسألة فك الرهن و سيجىء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

[هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة]

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام في مسألة الفضولى و محصله أن مقتضى القاعدة النقل إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن إجازة

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٣

المالك أشبه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق مع أن العلامة قدس سره فى تلك المسألة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و أجازته أما إذا أسقط حق الرهن ففى كون الإسقاط كاشفا أو ناقلا كلام يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثم إنه لا إشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح و هل ينفع الإجازة بعد الرد وجهان من أن الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه فله إسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولي لأن المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن رد أحد المتعاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فإن المرتهن أجنبي له حق في العين و من أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك و المرتهن فضاء كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم

[فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة]

ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به في التذكرة. و حكى عن فخر الإسلام و الشهيد في الحواشي و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد بل بمطلق السقوط بالحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظرا إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه

و الفرق بين الإجازة و الفك

أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه و إن لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع. و بالجملة فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الإشكال فيه عن جماعة مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص و ليس ذلك محل التمسك بالعام إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العام. و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح هذا و لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى و إنما هو من جهة المانع فإذا زال أثر المقتضى. و مرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو أوفوا بالعقود و من: الناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك عامة و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص فافهم. و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبدا و كونه زوجا. و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم عتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف-

[هل سقوط حق الرهانة كاشف أو ناقل]

هذا و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلا و مؤثرا من حينه لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من أن مقتضى مفهوم

الإجازة إمضاء العقد من حينه فإن هذا غير متحقق في فك الرهن فهو نظير بيع الفضولى ثم تملكه للمبيع حيث إنه لا يسع القائل بصحته إلا- التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد وإلا لزم فى المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة كما يلزم فى تلك المسألة كون المبيع لمالكين فى زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا

[ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف

و لكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدم عن القواعد فى مسألة عفو الراهن عن الجانى على المرهون أن الفك يكشف عن صحته و يدل على الكشف أيضا ما استدلووا به على الكشف فى الفضولى من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره فى الروضة و جامع المقاصد ثم إن لازلزم الكشف كما عرفت فى مسألة الفضولى لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الأصيل فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن فى البيع.

[لو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب

نعم يمكن أن يقال بوجود فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلا بذلك فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع و يمكن أن يقال إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك و كيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشترى و المرتهن اللازمين على الراهن البائع و جهان و مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن

مسألة إذا جنى العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه

فالأقوى صحه بيعه وفاقا للمحكى عن العلامة و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم بل فى شرح الصيمرى أنه المشهور لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٤

عن ملك مولاه على ما هو المعروف عن عدا الشيخ فى الخلاف كما سيجىء و تعلق حق المجنى عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به و مجرد إمكان مطالبه أولياء المجنى عليه له فى كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته. و على تقدير تسليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق فإن افتكك لزم و إلا بطل البيع من أصله و يحتمل أن يكون البيع غير مترزل فيكون تلفه من المشترى فى غير زمن الخيار لوقوعه فى ملكه غاية الأمر أن كون المبيع عرضة لذلك يوجب الخيار مع الجهل كالمبيع الأرمد إذا عمى و المريض إذا مات بمرضه و يردده أن المبيع إذا كان متعلقا لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازما لأدائه إلى سقوط حق الغير فلا بد إما أن يبطل و إما أن يقع مراعى. و قد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع فى ماله و مدخليه الغير فيه وقوع بيعه مراعى لا باطلا و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت و الأرمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد فإن الخوف فى المثالين لا يوجب نقصانا فى سلطنة المالك مانعا عن نفوذ تمليكه منجزا بخلاف تعلق حق الغير اللهم إلا أن يقال إن تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تمليكه منجزا لأن للبايع سلطنة مطلقة عليه و كذا للمشترى و لذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذى الحق غاية الأمر أن له التسلط على إزالة ملكهما و رفعه بالإتلاف أو التمليك و هذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى و عدم استقرار الملك. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من

تصرف الغير و حق المجنى عليه غير المانع فعلا غاية الأمر أنه مانع شأنا و كيف كان فقد حكي عن الشيخ في الخلاف البطلان فإنه قال فيما حكي عنه إذا كان للرجل عبد جان فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع و إن كانت جنايته توجب الأرش صح إذا التزم مولاه بالأرش ثم استدل بأنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه لأنه قد باع منه ما لا يملكه فإنه حق للمجنى عليه و أما إذا وجب عليه الأرش صح لأن رقبته سليمة و الجناية أرشها فقد التزمه السيد فلا وجه يفسد البيع انتهى و قد حكي عن المختلف أنه حكي عنه في كتاب الظهار التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمدا حيث قال إذا كان عبد قد جنى جناية فإنه لا يجزى عتقه عن الكفارة و إن كانت خطأ جاز ذلك و استدل بإجماع الفرقه فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمدا ينتقل ملكه إلى المجنى عليه و إن كانت خطأ فدية ما جناه على مولاه انتهى و ربما يستظهر ذلك من عبارة الإسكافي في المحكى عنه في الرهن و هي أن من شرط الرهن أن يكون رهن الراهن مثبتا لملكه إياه غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنايته عن ملكه انتهى و ربما يستظهر البطلان من عبارة الشرائع أيضا في كتاب القصاص حيث قال إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صح و لم يسقط القود و لو قيل لا يصح لئلا يبطل حق المولى من الاسترقاق كان حسنا و كذا بيعه و هبته انتهى. لكن يحتمل قويا أن يكون مراده بالصحة وقوعه لازما غير مترنزل كوقوع العتق لأنه الذي يبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق و كيف كان فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد في عدم الصحة إلى عدم الملك و هو ممنوع لأصالة بقاء ملكه و ظهور لفظ الاسترقاق في بعض الأخبار في بقاء الملك. نعم في بعض الأخبار ما يدل على الخلاف و يمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه فإنه ينتقل إلى المجنى عليه و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبني على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق للغير تنافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه كما في الرهن.

مسألة إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور

بل في شرح الصيمرى أنه لا خلاف في جواز بيع الجاني إذا كانت الجناية خطأ أو شبه عمد و يضمن المولى أقل الأمرين من قيمته و دية الجناية و لو امتنع كان للمجنى عليه أولوية انتزاعه فيبطل البيع و كذا لو كان المولى معسرا فللمشتري الفسخ مع الجهالة لتزلزل ملكه ما لم يفد به المولى انتهى. و ظاهره أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل الترام السيد إلا أن المحكى عن السرائر و الخلاف أنه لا يجوز إلا إذا أفداه المولى أو التزم بالفداء إلا أنه إذا باع ضمن. و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع لكونه ملكا للمولى و تعلق حق الغير لا يمنع عن ذلك لأن كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأسا فضلا عن تعلق حق الغير و لعل ما عن الخلاف و السرائر مبنى على أصلهما من بطلان الفضولى و ما أشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير كما يومئ إليه استدلال الحلبي عن بطلان البيع قبل التزامه و ضمانه بأنه قد تعلق برقبة العبد الجاني فلا يجوز إبطاله و مرجع هذا المذهب إلى أنه لا واسطة بين لزوم البيع و بطلانه فإذا صح البيع أبطل حق الغير. و قد تقدم غير مرة أنه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجازة ذى الحق أو سقوط حقه فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدية أو أقل الأمرين على الخلاف وقع مراعى فإن فداءه المولى أو رضى المجنى عليه بضمانه فذاك و إلا انتزعه المجنى عليه من المشتري و على هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع حق المجنى عليه. قال في كتاب الرهن من القواعد و لا يجبر السيد على فداء الجاني و إن رهنه أو باعه بل يتسلط المجنى عليه فإن استوعبت الجناية القيمة بطل الرهن و إلا ففي المقابل انتهى لكن ظاهر العلامة في غير هذا المقام و غيره هو أن البيع بنفسه التزام بالفداء و لعل وجهه أنه يجب على المولى حيث تعلق بالعبد و هو مال من أمواله و فى يده حق يتخير المولى فى نقله عنه إلى ذمته بأن يوفى حق المجنى عليه إما من العين أو من ذمته فيجب عليه إما تخليص العبد من المشتري بفسخ أو غيره و إما أن يفديه من ماله فإذا امتنع المشتري من رده و المفروض عدم سلطنته البائع على أخذه قهرا للزوم الوفاء بالعقد و جب عليه دفع الفداء. و يرد عليه أن فداء العبد غير لازم قبل البيع و بيعه ليس إتلافا له حتى يتعين عليه الفداء و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلا رفع يده لا رفع يد الغير بل هذا أولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم

في آخر المسألة الخدشة في وجوب الفك على الراهن بعد بيعه لتعلق الدين هناك بالذمة و تعلق الحق هنا بالعين فتأمل. ثم إن المصرح به في التذكرة و المحكى عن غيرها أن للمشتري فك العبد و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٥

مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم

إشارة

فإن الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد و في التذكرة أنه إجماع و في المبسوط الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء و عن الغنية أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء و الطير في الهواء فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف و استدل في التذكرة على ذلك بأنه نهى النبي ص عن بيع الغرر و هذا غرر و النهى هنا يوجب الفساد إجماعا على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح و اشتهاه الخبر بين الخاصة و العامة يجبر إرساله أما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء و أهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع أن معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادق عليه. و المروى عن أمير المؤمنين ع أنه عمل ما لا يؤمن معه الضرر.

[معنى الغرر لغة]

و في الصحاح الغرة الغفلة و الغار الغافل و أغره أى أتاه على غرة منه و اغتر بالشىء أى خدع به و الغرر الخطر. و نهى رسول الله ص عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك في الماء و الطير في الهواء إلى أن قال و التغرير حمل النفس على الغرر انتهى و عن القاموس ما ملخصه غره غرا و غرورا و غره بالكسر فهو مغرور و غرير كأمير خدعه و أطمعه بالباطل إلى أن قال غرر نفسه تغريرا و تغره كتحله أى عرضها للهلكة و الاسم الغرر محرکه إلى أن قال و الغار الغافل و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسر انتهى و عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغرر المشتري و باطن مجهول و قال الأزهرى ببيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة و تدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول و قد تكرر في الحديث و منه حديث مطرف:

إن لى نفسا واحدة و إنى لأكره أن أغرر بها أى أحملها على غير ثقة و به سمى الشيطان غرورا لأنه يحمل الإنسان على محابه و وراء ذلك ما يسوؤه انتهى. و قد حكى أيضا عن الأساس و المصباح و المغرب و الجمل و المجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلا له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء. و في التذكرة أن أهل اللغة فسروا ببيع الغرر بهذين و مراده من التفسير التوضيح بالمثل و ليس في المحكى عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل. و بالجملة فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر سواء تعلق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله في يد من انتقل إليه أم بصفاته كما و كيفا و ربما يقال إن المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله في بيع كل غائب خصوصا إذا كان في بحر و نحوه بل هو أوضح شىء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما. و الحاصل أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في بيع مجهول المال بالنسبة إلى التسلم و عدمه خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر. و فيه أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا- وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثلين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثلين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتهاه التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا لجهالة بالصفات

[استدلال الفريقين بالنبوي المذكور على شرطية القدرة]

هذا مضافا إلى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوي المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الانتصار حيث قال فيما حكى عنه. و مما انفردت به الإمامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري و خالف باقي الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كل حال إلى أن قال و يعول مخالفونا في منع بيعه على أنه بيع غرر و أن نبينا ص نهى عن بيع الغرر إلى أن قال و هذا ليس بصحيح لأن هذا المبيع يخرج من أن يكون غررا لانضمام غيره إليه انتهى. و هو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوي على اشتراط القدرة على التسليم فالظاهر اتفاق أصحابنا أيضا على الاستدلال به كما يظهر للمتبع و سيجيء في عبارة الشهيد التصريح به و كيف كان فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة و لا العرف و لا كلمات أهل الشرع

[كلام الشهيد في تفسير الغرر]

إشارة

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد رحمه الله حيث قال الغرر لغة ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه قاله بعضهم و منه قوله تعالى مَتَاعُ الْغُرُورِ و شرعا هو جهل الحصول [باليد و التصرف]. و أما المجهول المعلوم الحصول أو مجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أم بالوصف الآن و وجود الجهل بدون الغرر في المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر و قد يتوغل في الجهالة كحجر لا يدري أ ذهب أم فضة أم نحاس أم صخر و يوجدان في العبد الآبق المجهول الصفة و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود و أخرى بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود و الطير في الهواء و بالجنس كحب لا يدري ما هو و سلعة من سلع مختلفة و بالنوع كعبد من عبيد و بالقدر ككيل لا يعرف قدره و البيع إلى مبلغ السهم و بالعين كتوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب و لو شرط في العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل كما لو شرط في العقد صيرورة الزرع سنبلا. و الغرر قد يكون بماله مدخل ظاهرا في العوضين و هو ممتنع إجماعا و قد يكون مما يتسامح به عادة لقلته كأس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه إجماعا و نحوه اشتراط الحمل و قد يكون مرددا بينهما و هو محل الخلاف كالجزاف في مال الإجارة و المضاربة و الثمرة قبل بدو الصلاح و الآبق قبل الضميمة انتهى. و في بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر في شرح الإرشاد حيث ذكره في مسألة تعيين الأثمان بالتعيين الشخصي عندنا فقال قالوا يعنى المخالفين من العامة تعيينها غرر فيكون منها عنه. أما الصغرى فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فينفسخ البيع. و أما الكبرى فظاهرها إلى أن قال قلنا إنا نمنع الصغرى لأن الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه و يخ عليه و ما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى.

[المناقشة فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد]

فإن مقتضاه أنه لو اشترى الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير و كذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من المكاسب، ج ٢، ص ١٨٦

تحقق الغرر بالجهل بالصفة و كذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل

عنه اعتذارا بكونه خطرا فالأولى أن هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية إلى التنازع فى المعاملات و ليس منوطا بالنهى من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفهة ثم إنه قد حكى عن الصدوق رضوان الله عليه فى معانى الأخبار تعليلا فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غررا مع أنه لا جهالة فى بعضها كبيع المنابذة بناء على ما فسر به من أنه قول أحدهما لصاحبه انبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع. و بيع الحصاة بأن يقول إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر و الله العالم.

[التمسك بالنبوى المذكور أخص من المدعى]

و كيف كان فلا- إشكال فى صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور إلا أنه أخص من المدعى لأن ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس فى بيعه خطر لأن الخطر إنما يطلق فى مقام تحتمل السلامة فيه و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة و كون أكل الثمن فى مقابله أكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا و إن كان ملكا فيصح عقته و يكون لمالكة لو فرض التمكن منه إلا أنه لا ينافى سلب صفة التمولى منه عرفا و لذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته إلى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخر.

منها ما اشتهر عن النبى ص من قوله: لا تبع ما ليس عندك

بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهو كناية لا عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام و لا عن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكةا خصوصا إذا كان و كيلا عنه فى بيعها و لو من نفسه فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصله هذا مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و إن كان نائبا و على أى حال فلا بد من إخراج بيع الفضولى عنه بأدلته أو بحمله على النهى المقتضى للفساد بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك و كيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف فى تلك الأزمنة من بيع الشىء غير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشتري فمدفوع لعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس فى الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد. نعم يمكن أن يقال إن غاية ما يدل عليه هذا النبوى بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده و لو أبيت إلا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس فإن البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع من التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به. و قد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضالة و المبحود من غير بينة مراعى بإمكان التسليم و احتمله فى التذكرة لكن الإنصاف أن الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الإيضاح.

و منها أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه

فيجب أن يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالمتنع و يضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة و إن أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالمتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط و في الاعتراض و المعارضة نظر واضح فافهم.

و منها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه

و لا يتم إلا بالتسليم و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

و منها أن بذل الثمن على غير المقدور سفه

فيكون ممنوعا و أكله أكلا بالباطل. و فيه أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصوله العوض سفه فافهم.

[هل القدرة شرط أو العجز مانع]

إشارة

ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا كما هو كذلك في التكاليف و قد أكدت الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلك كله

[استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع و المناقشة فيه]

فقد استظهر بعض من تلك العبارة أن العجز مانع لا أن القدرة شرط قال و تظهر الفائدة في موضع الشك ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال و الضالة و جعله دليلا على أن القدرة المتفق عليها ما إذا تحقق العجز. و فيه مع ما عرفت من أن صريح معاهد الإجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة أن العجز أمر عدمي لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم ثم لو سلم صحة إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي و لا في غيرهما فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها أو لا معه فالأصل عدمها أعني العجز سواء جعلت القدرة شرطا أم العجز مانعا. و إذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا. و الحاصل أن التردد بين شرطية الشيء و مانعية مقابله إنما يصح و يثمر في الضدين مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم و

المكاسب، ج ٢، ص ١٨٧

الجهل و أما اختلاف الأصحاب في مسألة الضال و الضالة فليس لشك المالك في القدرة و العجز و مبنيا على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها

[العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق]

ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري و فيما لا يعتبر التسليم فيه رأساً كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد الشراء و لا سبيل لأحد عليه و فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخيره مدةً و إما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك فلا تعتبر القدرة على التسليم قبلها لكن يشكل على الكشف من حيث إنه لازم من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر و لو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط. و من المعلوم أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله فإن الشروط المتأخرة لا يجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحقيقها فيما بعده. و الحاصل أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره و السرفيه أن التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور. و بعبارة أخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل و لهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل و أولى منها بناء على الكشف. و كذلك الكلام في عقد الرهن فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض إنما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره و سيجيء الكلام في باب الرهن اللهم إلا أن يقال إن المنفى في النبوى - هو كل معاملة يكون بحسب العرف غرراً فإلبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور غرراً عرفاً لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعى لا عرفى فيصدق الغرر و الخطر عرفاً و إن لم يتحقق شرعاً إذ قبل التسليم لا- انتقال و بعده لا خطر لكن النهى و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفى بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر فإن العرف إذا اطلعوا على انعقاد القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً و هكذا فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة فتأمل. ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى حيث حكى عنه أنه قال فى إيضاح النافع إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنها شرط فى أصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صح البيع و إن لم يكن البائع قادراً عليه بل لو رضى بالابتاع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه. نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفاً لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى أكل المال بالباطل و ربما احتتمل إمكان المصالحة عليه و من هنا يعلم أن قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الآبق منفرداً لم يصح إنما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه أو كونه بحيث لا- يتمكن منه عرفاً و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى. و فيه ما عرفت من الإجماع و لزوم الغرر غير المنذفع بعلم المشتري لأن الشارع نهى عن الإقدام عليه إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشتري و فيه ما فيه.

[القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسليم]

ثم إن الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع و إنما المقصد الأصلي هو التسليم و من هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى فى الصحة كما عن الإسكافى و العلامة و كاشف الرموز و الشهيدين و

المحقق الثاني و عن ظاهر الانتصار أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الإمامية و هو المتجه لأن ظاهر معاهد الإجماع بضميمة التبع في كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر و غيره مختص بغير ذلك و منه يعلم أيضا أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسلم كما لو اعتاد الطائر العود صح وفاقا للفاضلين و الشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم. نعم عن نهاية الأحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم و أن عود الطائر غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث. و فيه أن العادة باعثة كالعقل مع أن الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما إلا بعد مدة مقدرة عادة و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد. ففي بطلان البيع لظاهر الإجماعات المحكية و لثبوت الغرر أو صحته لأن ظاهر معاهد الإجماع التعذر رأسا و لذا حكم مدعيه بالصحة هنا. و الغرر منفي مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة و جهان بل قولان تردد فيهما في الشرائع ثم قوى الصحة و تبعه في محكى السرائر و المسالك و الكفاية و غيرها. نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة و لو كانت مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى الهند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها ففي الصحة إشكال- من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة وقت تسليم العين. و قد تقدم بعض الكلام فيه في بيع الواقف الوقف المنقطع

[الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين]

ثم إن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع و تجددها بعد ذلك صح و لو لم تتجدد بطل و المعتبر هو الوثوق فلا يكفي مطلق المكاسب، ج ٢، ص ١٨٨ الظن و لا يعتبر اليقين

[هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل]

ثم لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلا في مجرد العقد فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه و أما لو كان وكيلا في البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل أجنيا عن هذه المعاملة فلا إشكال في كفاية قدرته و هل تكفي قدرة الموكل الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. و ربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي لأن التسليم المعتبر في العاقد غير ممكن قبل الإجازة و قدرة المالك إنما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضي بها حال البيع لأن بيع المأذون لا تكفي فيه قدرة الآذن مطلقا بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق في الفضولي و البناء على القدرة الواقعية باطل إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى أن قال و الحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد و بعدها إن وجدت لم تنفع ثم قال لا يقال إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك و إنه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد لأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا- لمصاحبه الإذن للبيع غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال و هما من أنواع الإذن و مع الإذن لا يكون فضوليا و لا- تتوقف صحة بيعه على الإجازة و لو سلمنا بقاءه على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم في تفرغ الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل بل نظر فتدبر.

[مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا]

على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة بل إجماعا كما في الخلاف و الغنية و الرياض و بلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع

اليأس عن الظفر بمنزلة التالف و مع احتمال بيع غرر منفى إجماعا نصا و فتوى خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا و لعله الإسكافى حيث إن المحكى عنه أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع انتهى و قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى إيضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم و قد عرفت ضعفه لكن يمكن أن يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعق خصوصاً مع تقييد الإسكافى بصورة ضمان البائع فإنه يندفع به الغرر عرفاً لكن سيأتى ما فيه فالعمدة الانتفاع بعقته و له وجه لو لا النص الآتى و الإجماعات المتقدمة مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجها عن الغرر و كما لا يجوز جعله مثمناً لا يجوز جعله منفرداً ثمناً لاشتراكهما فى الأدلة. و قد تردد فى اللعنة فى جعله ثمناً بعد الجزم بمنع جعله مثمناً و إن قرب أخيراً المنع منفرداً و لعل وجه الاستناد فى المنع عن جعله مثمناً هو النص و الإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالثمن دون نفي الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق. و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المحجور مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق فى عدم القدرة على التسليم و نظير ذلك ما فى التذكرة حيث ادعى أولاً الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفرداً إلى أن قال و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة أيضاً. ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفرداً أو اشتراط الضميمة فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل. و كيف كان فهل يلحق بالمبيع الصلح عما يتعذر تسليمه فتعتبر فيه القدرة على التسليم و جهان بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه إذا تعذرت أو تعسرت معرفته بل مطلقاً و اختصاص الغرر المنفى بالمبيع و من أن الدائر على السنة الأصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالمبيع حتى أنهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالكالة فضلاً عن المعاوضات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبي ص أنه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم بين على المسامحة من الصلح و ظاهر المسالك فى مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه. و أما الضال و المحجور و المغصوب و نحوها مما لا يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز وفاقاً لجماعة للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم إلا أن يوهن بتردد مدعيه كالعلامة فى التذكرة فى صحة بيع الضال منفرداً و بمنع الغرر خصوصاً فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع و أما فوات منفعته مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه و جهالتها غير مضره مع إمكان العلم بتلك المدة كضالته يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك و كذا فى المغصوب و المنهوب. و الحاصل أنه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله و فرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن لعدم تسليم المثل فإنه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصاً مع العلم بمدته الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا و لكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفى فى حديث الغرر كما تقدم هو ما كان غرراً فى نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع و لذا قويناً فيما سلف جريان نفي الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم. و من المعلوم أن بيع الضال و شبهه ليس محكوماً عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه فالانفساخ بالتلف حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غرراً. و مما ذكر يظهر أنه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم فإن تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به و إلا تخير بين الفسخ و الإمضاء كما استقر به فى اللعنة فإن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسليم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً فى البيع

المبطل له لكن قد مرت المناقشة فى ذلك بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للمبيع من ضمانه قبل العلم و من عدم التسلط على مطالبته الثمن فافهم. و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار فى متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع فى يده إلى ثلاثة أيام

أمكن جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا و لذا لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراط فيه الموجب للتسلط على الرد و لعله لهذا اختار في محكى المختلف تبعا للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه. و عن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه و إن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل.

مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة

كما عن الانتصار و كشف الرموز و التنقيح بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكيا فيه كما عن الانتصار إطباق العامة على خلافه. و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا حيث حكى احتجاج العامة بالغرر فأنكره عليهم مع الضميمة و فيه إشكال. و الأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكية المعتضدة بمخالفة من جعل الرشد في مخالفته بصحيحة رفاعه النخاس قال: قلت لأبي الحسن ع أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا قال لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئا ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإن ذلك جائز و موثقه سماعه عن أبي عبد الله ع: في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله فقال لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا آخر فيقول أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه. و ظاهر السؤال في الأولى و الجواب في الثانية الاختصاص بصورة رجاء الوجدان و هو الظاهر أيضا من معاهد الإجماعات المنقولة فالمأبوس عادة من الظفر به الملحق بالتألف لا يجوز جعله جزء من المبيع لأن بذل جزء من الثمن في مقابله لو لم يكن سفها أو أكالا- للمال بالباطن لجاز جعله مضمنا يباع به مستقلا فالمانع عن استقلاله بالمبيع مانع عن جعله جزء مبيع للنهي عن الغرر السليم عن المخصص نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط و نحوه و أيضا الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها و أما صحة بيعها منفردة فلا تظهر من الرواية [قلو أضاف إلى الضميمة ما لا يتعدر تسليمه كفى و لا يكفي ضم المنفعة إلا إذا فهمنا من قوله ع فإن لم يقدر إلى آخر الرواية تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابله للثمن فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مال أو حق إليه مع الآبق لئلا يخلو الثمن عن المقابل فتأمل. ثم إنه لا إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري إلا أنه لو بقي على إباقه و صار في حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء و إن اقتضت قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن فليس معنى الرواية أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن لتكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق في يده كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز من أن الآبق ما دام آبقا ليس مبيعا في الحقيقة و لا جزء مبيع مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرناه بل معناها أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذي هو في حكم التالف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله من الثمن و لو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري إشكال و لو تلفت الضميمة قبل القبض فإن كان بعد حصول الآبق في اليد فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة لا مجموع الثمن لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقا و لا بعد الحصول في اليد و كذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم كما لو أرسل إليه طعاما مسموما لأنه بمنزلة القبض و إن كان قبله ففي انفساخ البيع في الآبق تبعا للضميمة أو بقاءه بما قابله من الثمن وجهان من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق لأنه كان سببا في صحته و من أنه كان تابعا له في الحدوث فيما إذا تحقق تملك المشتري له فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأسا هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه و بين ما يخصه من الثمن لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء لكن ظاهر النص أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلا و لا يوضع له شيء منه أبدا على تقدير عدم الظفر به و من هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط لاشتراط خيار يخص بها. نعم لو عقد على الضميمة فضولا و لم يجز مالها انفساخ العقد بالنسبة إلى المجموع ثم لو وجد المشتري في الآبق عيبا سابقا إما بعد القدرة عليه أو قبلها كان له الرجوع بأرشه كذا قيل.

مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا

فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعا كما عن المختلف و التذكرة و اتفاقا كما عن الروضة و حاشية الفقيه للسلطان. و السرائر في مسألة البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين. و الأصل في ذلك حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين.

و يؤيده التعليل في رواية حماد بن مسرة عن جعفر عن أبيه ع: أنه يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم. لكن في صحيحة رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاة قال: سألت أبا عبد الله ع فقلت ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه الألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني و قد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بألف درهم قال فقال أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فإن كان ثمنها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد إليه ما نقص من القيمة و إن كانت قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له قال فقلت أ رأيت إن أصبت بها عيبا بعد ما مستتها قال ليس لك أن تردها و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب. لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها لصحة البيع و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص. نعم هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يراد من قوله باعنيها بحكمي قطع المساومة على أن أقومها على نفسى بقيمتها العادلة في نظري حيث إن رفاعه كان نحاسا يبيع و يشتري الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم أما معاظة و إما مع إنشاء الإيجاب وكالة و القبول أصالة فلما مسها و بعث الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في المبيع و أن رفاعه مخطئ في القيمة أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به. و قوله ع إن كانت قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٠

إما أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية حيث إن المالك لا حاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت و إما أن يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد فتعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع و قد يحمل على صورة تلف الجارية و ينافيه قوله ع فيما بعد فليس عليك أن تردها إلى آخر الرواية. و كيف كان فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري و انصراف الثمن إلى القيمة السوقية لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق فضعيف. و أضعف منه ما عن الإسكافي من تجويز قول البائع بعثتك بسعر ما بعثت و يكون للمشتري الخيار و يرد أن البيع في نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار و أما بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول الإسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

مسألة العلم بقدر الثمن كالثمن

إشارة

شرط بإجماع علمائنا كما عن التذكرة. و عن الغنية العقدة على المجهول باطل بلا خلاف و عن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا و إن شوهد إجماعا و في السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف و الأصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور

و في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة

منها صحيحة الحلبي

إشارة

عن أبي عبد الله ع: في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم ثم إن صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته قال لا يصلح إلا أن يكيل وقال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام. و في رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة.

[الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه]

و الإيراد على دلالة الصحيحة بالإجمال أو باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع غير وجيه لأن الظاهر من قوله ع سميت فيه كيلا أنه يذكر فيه الكيل فهي كناية عن كونه مكيلا في العادة اللهم إلا أن يقال إن وصف الطعام كذلك الظاهر في التنوع مع أنه ليس من الطعام ما لا- يكال و لا يوزن إلا في مثل الزرع قائما يبعد إرادة هذا المعنى فتأمل. و أما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أم نقص خصوصا إذا لم يطمأن بتصديقه لا شراؤه على أنه القدر المعين الذي أخبر به البائع فإن هذا لا يصدق عليه الجراف. قال في التذكرة لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا و قال في التحرير لو أعلمه بالكيل فباعه بثمان سواء زاد أم نقص لم يجوز. و أما نسبة الكراهة إلى هذا البيع فليس فيه ظهور في المعنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح و لا يصح في الفساد.

[رواية سماعه]

و في الصحيح عن ابن محبوب عن زرعه عن سماعه قال: سألت عن شراء الطعام و ما يكال أو يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن فقال إما أن تأتي رجلا في طعام قد اكثيل أو وزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن أنت اشتريته منه و لم تكله أو لم تزنه إذا أخذه [كان المشتري الأول] قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك فيه كذا و كذا [و قد رضيت بكيالك و وزنك و دلالتها أوضح من الأولى].

[رواية أبان]

و رواية أبان عن محمد بن حرمان قال: قلت لأبي عبد الله ع اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكيله فقال لا بأس فقلت أ يجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل فقال لا- أما أنت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فصدقته.

[رواية أبي العطار]

و فحوى رواية أبي العطار و فيها قلت: فأخرج الكر و الكرين فيقول الرجل أعطيته بكيالك فقال إذا ائتمنتك فلا بأس

[و مرسله ابن بكير]

و مرسله ابن بكير عن رجل: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل فقال إما أن يأخذ كله بتصديقه و إما أن يكيه كله فإن المنع من التبعض المستفاد منه إرشادي محمول على أنه إن صدقه فلا حاجة إلى كلفه كيل البعض و

إلا فلا يجزى كيل البعض و تحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء
و كيف كان ففي مجموع ما ذكر من الأخبار و ما لم يذكر مما فيه إيماء إلى المطلب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغا عنه
عند السائل. و تقرير الإمام كما في رواية كيل ما لا يستطاع عده و غيرها مع ما ذكر من الشهرة المحققة و الاتفاقات المنقولة كفاية في
المسألة

[هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا]

ثم إن ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصي و إن كانت حكمته سد باب المسامحة المقتضية إلى الوقوع
في الغرر كما أن حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند إهمال ذلك الشرط فحينئذ يعتبر
التقدير بالكيل أو الوزن و إن لم يكن في شخص المقام غرر كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره
المتساوى له في القيمة فإنه لا يتصور هنا غرر أصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين لأنه مساو للآخر في المقدار أو يحتمل غير
بعيد حمل الإطلاقات و لا سيما الأخبار على المورد الغالب و هو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير. فلو
فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى كما في الفرض المزبور و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع و
كما إذا كان المبيع قليلا- لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا و أراد به دهننا لحاجة فإن الميزان لم يوضع لمثله فيجوز بما
تراضيا عليه من التخمين. و لا منافاة بين كون الشيء من جنس المكيل و الموزون و بين عدم دخول الكيل و الوزن فيه لقلته كالحبتين
و الثلاثة من الحنطة أو لكثرة كزبرة الحديد كما نبه عليه في القواعد و شرحها و حاشيتها. و مما ذكرنا يتضح عدم اعتبار العلم بوزن
الفلوس المسكوكة فإنها و إن كانت من الموزون و لذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها إلا أنها عند وقوعها ثمنا حكمها كالمعدود
في أن معرفة مقدار ماليتها لا- تتوقف على وزنها فهي كالكيل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن و كذا شبه الفلوس من
المسكوكات المركبة من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان و كذا الدرهم و الدينار الخالصان فإنهما و إن كانا من
الموزون و يدخل فيهما الربا إجماعا إلا أن ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر في ذلك أصلا و
يؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة أغلبهم بوزنهما. نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر
في وضعهما من حيث تفاوت قيمتهما بذلك فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب و من هنا لا يجوز إعطاء الناقص منهما لكونه غشا و
خيانة و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها حيث إن نقصان الوزن لا- يؤثر في قيمتها فلا بأس بإعطاء ما يعلم
نقصه. و إلى ما ذكرنا من الفرق

المكاسب، ج ٢، ص ١٩١

أشير في صحيحه عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبد الله ع أشترى الشيء بالدرهم فأعطى الناقص الحبة و الحبتين قال لا حتى تبينه ثم
قال إلا أن يكون نحو هذه الدراهم الأوضاحية التي تكون عندنا عددا. و بالجملة فإناطة الحكم بوجود معرفة وزن المبيع و كيله مدار
الغرر الشخصي قريب في الغاية إلا أن الظاهر كونه مخالفا لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة

[وجوب معرفة العدد في المعدود و الدليل عليه]

ثم إن الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل و الموزون بلا خلاف ظاهر و يشير إليه بل يدل عليه تقرير الإمام ع
في الرواية الآتية المتضمنة لتجوز الكيل في المعدود المتعذر عده. و يظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلي المناقشة في ذلك بل
الميل إلى منعه و جواز بيع المعدود مشاهدة و ترده رواية الجواز الآتية. و المراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها بإعدادها كالجوز
و البيض بخلاف مثل الشاة و الفرس و الثوب. و عد العلامة البطيخ و الباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد

و لا يكفي في السلم و صحته العد في المعدودات بل لا بد من الوزن في البطيخ و الباذنجان و الرمان و إنما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة انتهى و قد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ و الرمان إذا كانا رطيين لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف بل يظهر منه كون القثاء و الخوخ و المشمش أيضا غير موزونة و كل ذلك محل تأمل لحصول الغرر أحيانا بعدم الوزن فالظاهر أن تقدير المال عرفا في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز و البيض.

مسألة [في التقدير بغير ما يتعارف التقدير به

إشارة

لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع - في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو عدم حصول الغرر الشخصي فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك - بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلا لكن تقدم أن ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي لحكمة سد باب الغرر المؤدى إلى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زيادة على التراضي الفعلي حال المعاملة و حينئذ فيقع الكلام و الإشكال في تقدير بعض المعاملات بغير ما تعارف فيه

[هل يجوز بيع المكيل وزنا و بالعكس

إشارة

فنقول اختلفوا في جواز بيع المكيل وزنا و بالعكس و عدمه على أقوال ثالثها جواز الكيل وزنا دون العكس لأن الوزن أصل الكيل و أضبط و إنما عدل إليه في المكيلات تسهيلا. فالمحكي عن الدروس في السلم جوازه مطلقا حيث قال و لو أسلم في المكيل وزنا و بالعكس فالوجه الصحة لرواية و هب عن الإمام الصادق ع و كأنه أشار بها إلى رواية و هب عن جعفر عن أبيه عن علي ص قال: لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن. و لا يخفى قصور الرواية سندا بوهب و دلالة بأن الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكيل و بالعكس لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن و بالعكس. و يعضده ذكر الشيخ الرواية في باب إسلاف الزيت في السمن

[الكلام في مقامين

إشارة

فالذي ينبغي أن يقال إن الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالآخر من حيث جعله دليلا على التقدير المعترف فيه بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس و تارة في كفايته فيه أصلا من غير ملاحظة تقديره بالمتعارف.

أما الأول [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إلى ما تعارف فيه

فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح به عادة و قد يكون مما لا يتسامح فيه و أما الأول فالظاهر جوازه خصوصا مع تعسر تقديره

بما يتعارف فيه لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه و تؤيده رواية عبد الملك بن عمرو قال: قلت لأبي عبد الله ع أشتري مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال لا بأس و استدلل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقي إليه و أردفه بقوله و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم. و استدلاله الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر و التقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال و هو تعذر وزن مائة راوية من الزيت و لا يخفى أن هذه العلة لو سلمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال إنما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير و قد عرفت أن هذا في الحقيقة تقدير و ليس بجزاف نعم ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجيء و أما لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقرير أماراً على ذلك المقدار لأن ذلك أيضاً خارج عن الجزاف فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و يتخير المشتري لو نقص.

و ما تقدم من صحة الحلبي في أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كله مع جعل التقدير غير المتعارف أماراً على المتعارف.

[الثاني التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلاً]

و أما كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف فالظاهر جواز بيع الكيل وزناً على المشهور كما عن الرياض لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة المنهى عنه في الأخبار و معقد الإجماعات لأن الوزن أضبط من الكيل و مقدار مائة المكيلات معلوم به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل.

و المحكى المؤيد بالتبع أن الوزن أصل الكيل و أن العدول إلى الكيل من باب الرخصة و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات و يشهد لأصالة الوزن أن المكايل المتعارفة في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن إذ ليس هنا كيل واحد تقاس المكايل عليه. و أما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه إشكال بل لا يبعد عدم الجواز. و قد عرفت عن السرائر أن ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف فإن هذه مجازفة صرفه إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه و عاء منضبط فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملء اليد فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة ثم إنه قد أعلم مما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقنة و الرطل و الوزن بصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم خصوصاً الأعاجم فهي غير جائزة لأن مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة هذا كله في المكيل و الموزون.

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٢

و أما المعدود فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً إليه فالكلام فيه كما عرفت في أخويه و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحة الحلبي عن أبي عبد الله ع: أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال لا بأس به. فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة- و لم يردعه الإمام ع بالتنبيه على أن ذلك غير مختص بصورة الاضطرار لكن التقرير غير واضح فلا- تنهض الرواية لتخصيص العمومات و لذا قوى في الروضة الجواز مطلقاً. و أما كفاية الكيل فيه أصالة فهو مشكل لأنه لا يخرج عن المجازفة و الكيل لا يزيد على المشاهدة. و أما الموزون فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم في السلم أنه لا يكفي العد في المعدودات و إن جاز بيعها معجلاً بالعد بل لا بد من الوزن أنه لا خلاف في أنه أضبط و أنه يغني عن العد. فقولهم في شروط العوضين إنه لا بد من العد في المعدودات محمول على أقل مراتب التقدير لكنه ربما ينافي ذلك تعقيب

بعضهم ذلك بقولهم و يكفي الوزن عن العد فإنه بوجه كونه الأصل في الضبط إلا أن يريدوا هنا الأصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة فافهم.

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا

فقد قيل إن الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيلا أو موزونا في بلد يباع كذا و إلا فلا. و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبتة إلى الأصحاب و ربما منع ذلك بعض المعاصرين قائلا إن دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه ص على وجه المذكور غريبة فإنني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين فضلا عن أن يكون إجماعا. نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه ص في رفع شيء من ذلك و إثباته انتهى. أقول ما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و إنما ذكره في باب الربا حق إلا أن المدار وجودا و عدما في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء و أكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين إلا أن الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا و في ذلك الباب. و أما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا و عدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع. أما أولا فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال في المبسوط في باب الربا إذا كانت عادة الحجاز على عهده ص في شيء الكيل لم يجز إلا كيلا في سائر البلاد و ما كانت فيه وزنا لم يجز إلا وزنا في سائر البلاد و المكيال مكيال أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة هذا كله لا خلاف فيه فإن كان مما لا تعرف عاداته في عهده ص حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء فإذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع إلا بالكيل و ما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزنا انتهى. و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبيعة المتماثلين و نحوه كلام العلامة في التذكرة. و أما ثانيا فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا و في باب الربا أن الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد أعني المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان أحدهما عدم صحة بيعه جزافا و الآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلا و يزيده وضوحا ملاحظة أخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطه لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين. و أما ثالثا فلأنه يظهر من جماعة تصريحها أو ظهورا أن من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطا في صحة بيعه. قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن في الربا تفريعا على ذلك إنه لا ربا في الماء إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن و قال في الدروس و لا يجري الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقدا ثم قال و كذا الحجارة و التراب و الحطب و لا عبرة ببيع الحطب وزنا في بعض البلدان لأن الوزن غير شرط في صحته انتهى. و هذا المضمون سهل الإصابة لمن لاحظ كلماتهم فلاحظ المسالك هنا و شرح القواعد و حاشيتها للمحقق الثاني و الشهيد عند قول العلامة و المراد بالمكيل و الموزون هنا جنسه و إن لم يدخله لقلته كالحبة و الحبتين من الحنطة أو لكثرتة كالكربرة و لازم ذلك يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل و الوزن في صحة بيعه أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس لثبوت كونه مكيلا أو موزونا على عهد رسول الله ص لم يزم أن لا يجوز بيعه جزافا و إلا لم يصدق ما ذكره من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه. و بالجملة فتلازم الحكمين أعني دخول الربا في جنس و اشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا يخفى على المتتبع في كتب الأصحاب و حينئذ فنقول كل ما ثبت كونه مكيلا أو موزونا في عصره ص فهو ربوي في زماننا و لا يجوز بيعه جزافا فلو فرض تعارف بيعه جزافا عندنا كان باطلا و إن لم يلزم غرر للإجماع و لما عرفت من أن اعتبار الكيل و الوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لا شخصه فهو حكم لحكمة غير مطردة نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع و اعتبار الانضباط في المسلم فيه لأن في تركه مظنة التنازع و التغابن و نحو ذلك. و الظاهر كما عرفت من غير واحد أن المسألة اتفافية. و أما ما علم أنه كان يباع جزافا في زمانه ص فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعا و الظاهر أنه إجماعي كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أن مثل هذا ليس

بربوى و الشهرة محققة على ذلك. نعم ينافى ذلك بعض ما تقدم من إطلاق النهى عن بيع المكييل و الموزون جزافا الظاهر فيما تعارف كيله فى زمان الإمام ع أو فى عرف السائل أو فى عرف المتبايعين أو أحدهما و إن لم يتعارف فى غيره و كذلك قوله ع: ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة الظاهر فى وضع المكييل عليه عند المخاطب و فى عرفه و إن لم يكن كذلك فى عرف الشارع اللهم إلا- أن يقال إنه لم يعلم أن ما تعارف كيله أو وزنه فى عرف الأئمة و أصحابهم كان غير مقدر فى زمان الشارع حتى يتحقق المنافاة و الأصل فى ذلك أن مفهوم المكييل و الموزون فى الأخبار لا يراد بهما كلما فرض صيرورته كذلك حتى يعم ما علم كونه غير مقدر فى زمن الشارع بل المراد بهما المصداق الفعلى المعنون بهما فى زمان المتكلم و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكييلة و لا- موزونة فى زمن النبى ص لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفا للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال أو يوزن أنه لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٣ فيما شكك فى كونه مقدرًا فى ذلك الزمان مع تعارف التقدير فيه فى الزمان الآخر إذ لا يكفى فى الحكم حينئذ دخوله فى مفهوم المكييل و الموزون بل لا بد من كونه أحد المصدايق الفعلية فى زمان صدور الأخبار و لا دليل أيضا على إلحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان و الحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة فى التقدير بزمان النبى ص ثم بما اتفقت عليه بالبلاد ثم بما تعارف فى كل بلدة بالنسبة إلى نفسه فى غاية الإشكال فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين و إثبات ما ينافى ذلك من الأحكام المشهورة بالإجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة و كذا الإشكال لو علم التقدير فى زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما فى كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار فى التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع و لكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هى العادة المتعارفة فى البلدان بأن الحقيقة العرفية هى المرجع عند انتفاء الشرعية و لكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلفت البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه انتهى و ذكر المحقق الثانى أيضا أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر فى حمل إطلاق لفظ الشارع عليها فلو تغيرت فى عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق و لا أثر للتغير الطارى للاستصحاب و لظاهر قوله ص: حكى على الواحد حكى على الجماعة و أما فى الأقارير و نحوهما فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء عنها حملا له على ما يفهمه المواقع انتهى. أقول ليس الكلام فى مفهوم المكييل و الموزون بل الكلام فيما هو المعتبر فى تحقق هذا المفهوم فإن المراد بقولهم ع: ما كان مكيلا فلا يباع جزافا و لا يباع بعبه ببعض إلا متساويا إما أن يكون ما هو المكييل فى عرف المتكلم أو يراد به ما هو المكييل فى العرف العام أو ما هو المكييل فى عرف كل مكلف و على أى تقدير فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد فلا- بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجى و إرادة جميع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتيب خاص فى ثبوت الحكم بها و خصوصا مع كون مرتبة كل لاحق مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى. و لعل المقدس الأردبيلي أراد ما ذكرنا حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع و عرف العام و العرف الخاص معللا باحتمال إرادة الكيل و الوزن المتعارف عرفا عاما أو فى أكثر البلدان أو فى الجملة مطلقا أو بالنسبة إلى كل بلد كما قيل فى المأكول و الملبوس فى السجدة من الأمر الوارد بهما لو سلم و الظاهر هو الأخير انتهى و قد رده فى الحدائق بأن الواجب فى معانى الألفاظ الواردة فى الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم فكل ما كان مكيلا أو موزونا فى عرفهم و جب إجراء الحكم عليه فى الأزمنة المتأخرة و ما لم يعلم فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام إلى آخر ما ذكره من التفصيل ثم قال و يمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم فى صحيحة الحلبي من قوله ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإن الظاهر أن المرجع فى كونه مكيلا إلى تسميته عرفا مكيلا- و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله فى زمانهم ع انتهى. أقول قد عرفت أن الكلام هنا ليس فى معنى اللفظ لأن مفهوم الكيل معلوم لغا و إنما الكلام فى تعيين الاصطلاح الذى يتعارف فيه هذا المفهوم ثم لو فرض كون الكلام فى معنى اللفظ كان اللازم حملة على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعى لا إذا جهل عرفه الشرعى فإنه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفى بل لا بد

من الاجتهاد فى تعيين ذلك المعنى الشرعى و مع العجز يحكم بإجمال اللفظ كما هو واضح هذا كله مع أن الأخبار إنما وصلت إلينا من الأئمة ص فاللائزم اعتبار عرفهم لا- عرف الشارع و أما ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله ع ما سميت فيه كيلا إلى آخره فيحتمل أن يراد به عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية فتأمل. و أبعد شىء فى المقام ما ذكره فى جامع المقاصد من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر فى حمل إطلاق لفظ الشارع عليهما

فلو تغيرت فى عصر بعد استقرارها فيما قبله إلى آخره. و بالجملة فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل لكن الظاهر أن كلها متفق عليها.

نعم اختلفوا فيما إذا كانت البلاد مختلفة فى أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا أو أنه يغلب جانب التحريم كما عليه جماعة من أصحابنا لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا لا فى جواز البيع جزافا فى بلد لا يتعارف فيه التقدير ثم إنه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدرًا فى زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن فيه وجوه أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر و أشكال من ذلك ما لو علم كون الشىء غير مكيل فى زمان الشارع أو فى العرف العام مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص و لا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافا تخصيصا لأدلة نفي الغرر لاحتمال كون ذلك الشىء من المبتدلات فى زمن الشارع أو فى العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته و قد بلغ عند قوم فى العزة إلى حيث لا يتسامح فيها فالأقوى وجوب الاعتبار فى الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العد. و بالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الأمر فى مقام استعلام مالية الشىء على ذلك التقدير فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجاب بذكر العدد بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالية ما عنده من الرمان و البطيخ فإنه لا يجب إلا بالوزن و إذا سئل عن مقدار الحنطة و الشعير فربما يجب بالكيل و ربما يجب بالوزن لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن إذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن و قد تقدم أن الوزن أصل فى الكيل. و ما ذكرنا هو المراد بالمكيل و الموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع و بدخول الربا فيهما و أما ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء و التين و الخضريات فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فإن اختلفت البلاد فى التقدير و العدم فلا إشكال فى التقدير فى بلد التقدير و أما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لا يتبدل الشىء عندهم بحيث يتسامح فى مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٤

كفت المشاهدة و إن كان لعدم مبالاتهم بالغرر و إقدامهم عليه حرصا مع الاعتياد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم بل يجب مخالفتها فإن النواهي الواردة فى الشرع عن بيوع الغرر و المجازفات كبيع الملاقيح و المضامين و الملامسة و المنابذة و الحصاة على بعض تفاسيرها و ثمر الشجر قبل الوجود و غير ذلك لم ترد إلا-ردا على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر و البناء على المجازفات الموجبة لفتح أبواب المنازعات. و إلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن على بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله ذكره فى حديث طويل قال: و لا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة و لا يؤخذ فيه بالخاصة فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لأن أصل اللحم أن يوزن و أصل الجوز أن يعد. و على ما ذكرنا فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين و فى شرح القواعد لبعض الأساطين ثم الرجوع إلى العادة مع اتفاقها اتفانى و لو اختلفت فلكل بلد حكمه كما هو المشهور. و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين الأقوى الأول و لو تعاقدا فى الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما و لو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار على ذى الجراف أو البائع فى مبيعه و المشتري فى ثمنه أو يبنى على الإقراع مع الاختلاف و ما اتفقا عليه مع الاتفاق أو التخيير و لعله الأقوى و يجرى مثله فى معاملة الغرباء فى الصحراء مع اختلاف البلدان و الأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا تفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو معاطاة و نحوها و لو حصل الاختلاف فى البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير و مع

الاختصاص بجمع قليل إشكال انتهى

@@@

مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور

إشارة

و عبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه و يدل عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة. و ما تقدم في صحيحة الحلبي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة إيقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به و إن كان الأخبار داعيا إليها فإنها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر. و قد تقدم عن التحرير ما يوافق ذلك

[هل يعتبر كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار]

ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقا عرفيا للمقدار كما تشهد به الروايات المتقدمة فلو لم يفد ظنا فإشكال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر و من عدم تقييدهم الأخبار بإفادة الظن و لا-المخبر بالعدالة و الأقوى بناء على اعتبار التقدير و إن لم يلزم الغرر الفعلي هو الاعتبار. نعم لو دار الحكم مدار الغرر كفي في صحة المعاملة إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به و إن كان مجهولا. و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد فيقول بعتك هذه الصبرة على أنها كذا و كذا صاعا و على كل تقدير فالحكم فيه الصحة

[ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيصة]

إشارة

فلو تبين الخلاف إما أن يكون بالنقيصة و إما أن يكون بالزيادة فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء بل في جامع المقاصد احتمال البطلان كما لو باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا ثم رده بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنما الفاتح الوصف لكن يمكن أن يقال إن مغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية لا تشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما في أصل الحقيقة بخلاف الجزء و الكل فتأمل فإن المتعين الصحة و الخيار. ثم إنه قد عبر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصة بقوله تخير المغبون فرمما تخيل بعض تبعا لبعض أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد و يدفعه تصريح العلامة في هذه المسألة في التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص و في باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر به البائع تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن. و تصريح جامع المقاصد في المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة و هي مسألة ما لو باع متساوى الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل و من المعلوم أن الخيار في تلك المسألة إما لفوات الوصف و إما لفوات الجزء على الخلاف الآتى. و أما التعبير بالمغبون فيشمل البائع على تقدير الزيادة و المشتري على تقدير النقيصة نظير تعبير الشهيد في اللمعة عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف حيث قال تخير المغبون منهما. و أما ما ذكره من أن الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد ففيه أن ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط

اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد و خياطته. و أما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد فإن هذا أولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين

إعدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف

و كيف كان فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف و إنما الإشكال في أن المختلف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه فلذلك اختلف في أن الإمضاء هل هو بجميع الثمن أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم و تمام الكلام في موضع تعرض الأصحاب المسألة

إكل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع فهو بحكم إخبار البائع

ثم إن في حكم إخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع و أوقع العقد بناء عليه كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقا إلى عده أو وزنه.

مسألة قال في الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و إن لم يمسا لو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك و تعذر إدراكه بالمشاهدة انتهى و في التذكرة لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم إجماعا و صرح في السرائر بجواز بيع قطع الغنم و إن لم يعلم عددها. أقول يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر غالبا مع جهل أذرع الثوب و عدد قطع الغنم و الاعتماد على عددها على ما يحصل تخمينا بالمشاهدة عين المجازفة. و بالجملة فإذا فرضنا أن مقدار مائة الغنم قلة و كثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار في المكيل و الموزون و المعدود و كذا الحكم في عدد الأذرع و الطاقات و الكرايس و الجربان في كثير من الأراضي المقدره عادة بالجريب. نعم ربما يتفق

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٥

تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكرايس لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقا إلى عدد الأذرع نظير إخبار البائع و ليس هذا معنى كفاية المشاهدة و تظهر الثمرة في ثبوت الخيار إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التخمين به من المشاهدة إلا- إذا كان النقص عيبا أو اشترط عددا خاصا من حيث الذراع طولاً- و عرضاً. و بالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصي إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به و لو لم يكن غرر كما استظهرناه في المكيل و الموزون فافهم.

مسألة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

إشارة

كصاع من صبرة مجتمع الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبه ذلك يتصور على وجوه

الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعا من الجملة مقدرًا بذلك العنوان

فيريد بالصاع مثلا من صبرة تكون عشرة أصوع عشرها و من عبد من العبدین نصفهما و لا إشكال في صحة ذلك و لا في كون المبيع مشاعا في الجملة و لا فرق بين اختلاف العبدین في القيمة و عدمه و لا بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه لأن الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع هذا و لكن قال في التذكرة و الأقرب أنه لو قصد الإشاعة في عبد من عبدین أو شاء من شاتین بطل بخلاف الذراع من الأرض انتهى و لم يعلم وجه الفرق إلا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاء.

الثاني أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه

إشارة

من الأفراد المتصورة في المجموع نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد و هذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقة و لا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمة كالعبدین المختلفين لأنه غرر لأن المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما و أما مع اتفاقهما في القيمة كما في الصيعان المتفرقة فالمشهور أيضا كما في كلام بعض المنع بل في الرياض نسبه إلى الأصحاب. و عن المحقق الأردبيلي قدس سره أيضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب و استدلل على المنع بعضهم بالجهالة التي يبطل معها البيع إجماعا و آخر بأن الإبهام في البيع مبطل له لا من حيث الجهالة. و يؤيده أنه حكم في التذكرة مع منعه عن بيع أحد العبدین المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي و لم يدر أيهما هو صح خلافا لبعض العامة و ثالث بلزوم الغرر و رابع بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعي من أمرين معينين و يضعف الأول بمنع المقدمتين لأن الواحد على سبيل البدل غير مجهول إذ لا- تعين له في الواقع حتى يجهل و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غرر غير مسلم نعم وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين. ففي السرائر بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبدین قال إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف انتهى و عن الخلاف في باب السلم أنه لو قال اشترى منك أحد هذين العبدین أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء دليلنا أنه بيع مجهول فيجب أن لا يصح و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدین و لأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع. و قد ذكرنا هذه المسألة في البيوع و قلنا إن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية و لم يقس غيرهما عليهما انتهى و عبارته المحكية في باب البيوع أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبدا من عبدین على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء أنه جائز و لم يرووا في الثوب شيئا ثم قال دليلنا إجماع الفرقة و قوله ص: المؤمنون عند شروطهم انتهى. و سيأتي أيضا في كلام فخر الدين أن عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد إجماعا و ظاهر هذه الكلمات صدق الجعالة و كون مثلها قاذحة اتفاقا مع فرض عدم نص بل قد عرفت رد الحلّى للنص المجوز بمخالفته لإجماع الأمة. و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع أعنى كون الإبهام مبطلا- و أما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة و لذا يجوز الإسلاف في الكلى من هذه الأفراد مع أن الانضباط في السلم أكد و أيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلى من الصبرة و لا- فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً و لذا رد في الإيضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلى برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعا. و أما الرابع فيمنع احتياج صفة الملك إلى وجود خارجي فإن الكلى المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري و لا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري فالوجه أن الملكية أمر اعتباري يعتبرها العرف و الشرع

أو أحدهما في مواردها و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد و لذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل بأحد الشخصيين و نحوهما فالإنصاف كما اعترف به جماعة أولهم المحقق الأردبيلي عدم دليل معتبر على المنع. قال في شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أى الطرفين و فيه تأمل إذ لم يتم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف أراد المشتري أو من أى جانب كان من الأرض فما المانع بعد العلم بذلك انتهى. فالدليل هو الإجماع لو ثبت و قد عرفت من غير واحد نسبه إلى الأصحاب قال بعض الأساطين في شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض الراجع إلى بيع الكسر المشاع و إن قصدا معينا من عين أو كليا لا على وجه الإشاعة بطل لحصول

الغرر بالإبهام فى الأول و كونه بيع المعدوم و باختلاف الأغراض فى الثانى غالبا فيلحق به النادر و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال و الظاهر بعد إمعان النظر و نهاية تتبع أن الغرر الشرعى لا يستلزم

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٦

الغرر العرفى و بالعكس و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهية و لعل الدائرة فى الشرع أضيق و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين و فهم الأصحاب مقدم لأنهم أدرى بمذاق الشارع و أعلم انتهى. و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع

لاتفاقهما على بطلانه و لو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع و قال البائع أردت معينا. ففى التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملا- بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين انتهى. و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة فى أحد المعنيين أما معه فالمتبع هو الظاهر و أصالة الصحة لا تصرف الظواهر و أما أصالة عدم التعيين فلم أتتحققها. و ذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور فى عدم الإشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة و فيه نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق

إشارة

فى الأفراد المتصورة فى تلك الجملة

الفرق بين الوجه الثانى و الثالث

و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثانى كما حققه فى جامع المقاصد بعد التمثيل للثنائى بما إذا فرقت الصيعان و قال بعثك أحدها أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المشخصة غير معين فيكون يبعه مشتملا على الغرر و فى هذا الوجه أمر كلى غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم كل واحد من صيعان الصبرة و يوجد به و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ أمر كلى. فإن قلت المبيع فى الأولى أيضا أمر كلى. قلنا ليس كذلك بل هو

واحد من تلك الصيغ المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلي و بحسب الواقع جزئى غير معين و لا- معلوم و المقتضى لهذا المعنى هو تفریق الصيغ و جعل كل واحد منها برأسه فصار إطلاق أحدها منزلا على شخصى غير معلوم فصار كبيع أحد الشياء و أحد العبيد و لو قال بعتك صاعا من هذه شائعا فى جملتها لحكمنا بالصحة انتهى. و حاصله أن المبيع مع التردد جزئى حقيقى فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الأفراد المتصورة فى تلك الجملة. و فى الإيضاح أن الفرق بينهما هو الفرق بين الكلى المقيد بالوحدة و بين الفرد المنتشر

ثم الظاهر صحة بيع الكلى بهذا المعنى كما هو صريح جماعة منهم الشيخ و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبرة على الكلى أو الإشاعة لكن يظهر مما عن الإيضاح وجود الخلاف فى صحة بيع الكلى و أن منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلى بهذا المعنى و الكلى الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمة. قال فى الإيضاح فى ترجيح التنزيل على الإشاعة إنه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذى يدل النهى عنه على الفساد إجماعا و لأن أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و إبهام المبيع مبطل انتهى و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارة إلى ما فى الإيضاح من لزوم الإبهام و الغرر و أخرى إلى عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة لا على وجه الإشاعة و ثالثه باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة. و يرد الأول ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم فى الكلى. و الثانى بأنه معهود فى الوصية و الإصداق مع أنه لم يفهم مراده من المعهودية فإن أنواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق أحدها فى مورد الآخر إلا أن يراد منه عدم وجود مورد يقينى حكم فيه الشارع بملكية الكلى المشترك بين أفراد موجودة فيكفى فى رده النقص بالوصية و شبهها هذا كله مضافا إلى صححة الأطنان الآتية فإن موردها إما بيع الفرد المنتشر و إما بيع الكلى فى الخارج. و أما الثالث فسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجه

إشارة

بناء على المشهور من صحته و جهان بل قولان حكى ثانيهما عن الشيخ و الشهيدين و المحقق الثانى و جماعة و استدلل فى جامع المقاصد بأنه السابق إلى الفهم. و برواية بريد بن معاوية عن أبى عبد الله ع: فى رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحدة و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشترت و رضيت فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم و وكل المشتري من يقبضه فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشرة آلاف طن فقال ع العشرة آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع. و يمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع فى قوله صاعا من صبرة هو الفرد المنتشر الذى عرفت سابقا أن المشهور بل الإجماع على بطلانه و مقتضى المعنى العرفى هو المقدار المقدر بصاع و ظاهره حينئذ الإشاعة لأن المقدار المذكور عن مجموع الصبرة مشاع فيه. و أما الرواية فهى أيضا ظاهره فى الفرد المنتشر كما اعترف به فى الرياض لكن الإنصاف أن العرف يعاملون فى البيع المذكور معاملة الكلى فيجعلون الخيار فى التعيين إلى البائع و هذه أماره فهمهم الكلى. و أما الرواية فلو فرضنا ظهورها فى الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلى لأجل القرينة الخارجية و تدل على عدم الإشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مالا للمشتري فالقول الثانى لا يخلو من قوة بل لم نظفر بمن جزم بالأول و إن حكاها فى الإيضاح قولاً-

ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور.

أحدها كون التخيير فى تعيينه بيد البائع

لأن المفروض أن المشتري لم يملك إلا الطبيعة المعرأة عن التشخيص الخاص فلا يستحق على البائع خصوصية فإذا طالب بخصوصية زائدة على تلك الطبيعة فقد طالب ما ليس حقا له وهذا جار فى كل من ملك كليا فى الذمة أو فى الخارج فليس لمالكة اقتراح الخصوصية على من عليه الكلى و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبيده و نحو ذلك إلا أنه قد جزم المحقق القمى قدس سره فى غير موضع من أجوبه مسائله بأن الاختيار فى التعيين بيد المشتري و لم يعلم له وجه مصحح فىا ليته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث إن الطالب لما ملك الطبيعة على المأمور و استحقها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٧

أخرى و كذلك مسألة التملك كما لا يخفى و أما على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما لحصول الشركة فحتاج القسمة إلى التراضى.

و منها أنه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه

لأن كل فرد من أفراد الطبيعة و إن كان قابلا لتعلق ملكه به بخصوصه إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع و إقباضه فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلا فينحصر فى الموجود و هذا بخلاف المشاع فإن ملك المشتري فعلا ثابت فى كل جزء من المال من دون حاجة إلى اختيار و إقباض فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

و منها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر

فالظاهر أنه إذا بقى صاع واحد كان للأول لأن الكلى المبيع ثانيا إنما هو سار فى مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة

[صور إقباض الكلى

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كليا ما لم يقبض - و أما إذا قبض فإن قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشتري و إن قبض فى ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء و الباقي أمانة حصلت الشركة بحصول ماله فى يده و عدم توقفه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلا و ينحصر حقه فى الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا- مرجح فيحسب عليهما. و الحاصل أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كالا أو بعضا ملكا فعليا للمشتري و الملك الفعلى له حينئذ هو الكلى السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوبا على المشتري لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلا لتحقق الإقباض فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع و المشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء- بل على وجه التوكيل فى التعيين أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض

[لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة]

هذا كله مما لا إشكال فيه و إنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومه أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة و لذا قال في الدروس إن في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبره على الإشاعة و حينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. و المشهور هنا التنزيل على الكلى بل لم يعرف من جزم بالإشاعة و ربما يفرق بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلى و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة. و فيه أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدي عن مورده إلى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة و إن اقتصر على مورده لم يتعد إلى غير مورده حتى في البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدي و بين مسألة الاستثناء. و بالجملة فالنص بنفسه لا يصلح فارقا مع البناء على التعدي عن مورده الشخصى و أضعف من ذلك الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة في مسألة الاستثناء لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص و أضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاة و غيرهما مما يحمل الكلى فيها على الإشاعة و بين البيع باعتبار القبض في لزوم البيع و إيجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري إذ هو شبه الكلى في الذمة. و فيه مع أن إيجاب القبض متحقق في مسألتى الزكاة و الاستثناء أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلا أو بعضا يفسخ البيع في التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفى الإشاعة فنفى الإشاعة بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصادره كما لا يخفى. و أما مدخلية القبض في اللزوم فلا دخل له أصلا في الفرق و مثله في الضعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبره قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و إن بقي قدره فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشتري أمانه على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك انتهى و فيه مع ما عرفت من أن التلف من الصبره قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة فكيف يثبت به أنه إن أريد من كون التلف في مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشتري. ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري و لا كلام فيه و لا إشكال و إنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع و البائع في مسألة الاستثناء حيث إن كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التلف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلى و إن أريد من كون التلف بعد القبض أن الكلى الذى يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع مالا مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبره إلى المشتري فالاشتراك كان قبل القبض. ففيه أن الإشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله بعتك صاعا من هذه الصبره و بين قوله بعتك هذه الصبره أو هذه الثمرة إلا- صاعا منها و ما الموجب للاشتراك في الثانى دون الأول مع كون مقتضى الكلى عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكة إلا بعد إقباض مالك الكل الذى هو المشتري في مسألة الاستثناء فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشتري إلا بإذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى بأنه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي و يمكن أن يقال إن بناء المشهور في مسألة استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعة

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٨

قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتألف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعة منهم بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كانت حصه البائع فى الباقي. و يؤيده استمرار السيرة فى صورة استثناء الأبطال المعلومه من الثمرة على استقلال المشتري فى التصرف و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء فالمسألان مشتركان فى التنزيل على الكلى و لا فرق بينها إلا فى بعض ثمرات التنزيل على الكل و هو حساب التالف عليهما و لا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري لا- مطلق الموجود وقت البيع و إن كان بناؤهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه فى ذلك أن

المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشتري بالبيع كليا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع. فمعنى بعتك هذه الصبرة إلا- صاعا منها بعتك الكلى الخارج الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبه إليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا فإن مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبرة إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع. فإن قلت إن مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئيا حقيقيا متشخصا فى الخارج فيكون كليا كنفس الصاع. قلت نعم و لكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقا لهذا العنوان و عنوان الصاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك فإذا لم يبق إلا- صاع كان الموجود مصداقا لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له و لا يزاومه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل. هذا ما خطر عاجلا بالبال و قد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفا الله عن الزلل فى المعاشر.

[أقسام بيع الصبرة]

قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد إن أقسام بيع الصبرة عشرة لأنها إما أن تكون معلومة المقدار أو مجهولة فإن كانت معلومة صح بيعها أجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه و يبيعها كل قفيز بكذا لا يبيع كل قفيز منها بكذا و المجهولة كلها باطله إلا الثالث و هو بيع مقدار معلوم تشتمل الصبرة عليه و لو لم يعلم باشمالها عليه فظاهر القواعد و المحكى عن حواشى الشهيد و غيرها عدم الصحة و استحسنة فى الروضة ثم قال نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشمالها عليه كان متجها و المحكى عن ظاهر الدروس و اللمعة الصحة قال فيها فإن نقصت تخير بين أخذ الموجود منها بحصة من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصفة و ربما يحكى عن المبسوط و الخلاف خلافه و لا يخلو من قوة و إن كان فى تعيينه نظر لا لتدارك الضرر بالخيار لما عرفت غير مرة من أن الغرر إنما يلاحظ فى البيع مع قطع النظر عن الخيار الذى هو من أحكام العقد فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد بل لمنع الغرر. و إن قيل عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر. قلت نعم إذا بنى العقد على جعل الثمن فى مقابل الموجود و أما إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع غير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا و ربما تحتل الصحة مراعى بتبين اشمالها عليه. و فيه أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشمال هذا و لكن الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصحة إلا مع العلم بالاشتمال أو الظن الذى يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهة استصحاب الاشمال. و أما الرابع مع الجهالة و هو يبيعها كل قفيز بكذا فالمحكى عن جماعة المنع و عن ظاهر إطلاق المحكى من عبارتى المبسوط و الخلاف أنه لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع. قال فى الخلاف لأنه لا مانع منه و الأصل جوازه و ظاهر إطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال. و عن الكفاية نفى البعد عنه إذ المبيع معلوم بالمشاهدة و الثمن مما يمكن أن يعرف بأن تكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزائها قال و له نظائر ذكر جملة منها فى التذكرة و فيه نظر.

مسألة إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها

إشارة

فإن اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب لأن الرؤية القديمة غير نافعة و إن اقتضت العادة بقاءها عليها فلا إشكال فى الصحة و لا خلاف فيها أيضا إلا من بعض الشافعية و إن

احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغير و البناء عليها في العقد فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و الوزن لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها و لو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أماره على خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الأول و هو ما اقتضت العادة تغيره لم يجز البيع و إلا- جاز ذكر تلك الصفات لا بدونه لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها بل يمكن القول بالصحة في القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة و كيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخيير المغبون و هو البائع إن تغير إلى صفات زادت في ماليته و المشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر و لأن الصفات المبنى عليها في حكم الصفات المشروطة فهي من قبيل تخلف الشرط كما أشار إليه في نهاية الأحكام و المسالك بقولهما الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط انتهى و توهم أن الشروط إذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد مدفوع بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها و فاء بالعقد و الصفات المرئية سابقا حيث إن البيع لا يصح إلا مبني عليها

المكاسب، ج ٢، ص ١٩٩

كانت دخولها في العقد كان أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية و لذا لو لم يبين البيع عليها و لم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلا فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجة لا يجب ملاحظتها في العقد و احتمال في نهاية الأحكام البطلان و لعله لأن المضى على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان و فاء بالعقد و جب فلا خيار و إن لم يكن و فاء لم يدل دليل على جوازه. و بعبارة أخرى العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته و إلا فلا وجه للخيار مع أصالة لزوم و يضعفه أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع إما ببناء العقد عليها و إما بذكرها في متن العقد لا تعد من مقومات العقد كما أنها ليست من مقومات المبيع ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرار الالتزام بما لم يقدم عليه و تمام الكلام في باب الخيار إن شاء الله.

فرعان

الأول لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري

ففي المبسوط و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك تقديم قول المشتري لأن يده على الثمن كما في الدروس و هو راجع إلى ما في المبسوط و السرائر من أن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منه إلا بإقراره أو بيئته تقوم عليه انتهى. و تبعه العلامة أيضا في صورة الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤية حيث تمسك بأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبيئته و لأن البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه كما في التذكرة و لأن الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد و يمكن أن يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانه غاية الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن بناء على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن في مدة الخيار و إن تسلم الآخر و حينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجيء. و الثاني مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتى يكون حق له يوجب الخيار بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك

فى وجود غير هذا الوصف سابقا فإذا انتفى غيره بالأصل الذى يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم يجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف. و الثالث بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعا و لذا يجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد. و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع هذا و يمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراتها فى العقد فهى كشرط مضمرة فى نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية و المسالك و لهذا لا- يحصل من فقدها الأختيار لمن اشترطت له و لا يلزم بطلان العقد أو أنها مأخوذة فى نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشىء المقيد و لذا لا- يجوز إلغاؤها فى المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط فعلى الأول يرجع النزاع فى التغير و عدمه إلى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه و الأصل مع البائع. و بعبارة أخرى النزاع فى أن العقد وقع على الشىء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا لكن الإنصاف أن هذا البناء فى حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئا مستقلا حتى يدفع عند الشك بالأصل بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونها متصفه بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونها متصفه بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الأجزاء لا شرط ملزم فى العقد فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشىء الموجود حتى يلزم الوفاء به و عدمه و الأصل عدمه. و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت اللزوم مدفوعة بأن عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت لزوم العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد على العين غير المقيدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيد و هو غير جائز كما حقق فى الأصول. و على الثانى يرجع النزاع إلى رجوع العقد و التراضى على الشىء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و الأصل مع المشتري. و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشىء الموصوف بالصفة المفقودة مدفوعة بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به فالإلزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا و هو غير ثابت و الأصل عدمه و قد تقرر فى الأصول أن نفى أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه. و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم حيث إن المبيع ملك المشتري و الثمن ملك البائع اتفاقا و إنما اختلافهما فى تسلط المشتري على الفسخ فينفى بما تقدم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد أن الشك فى اللزوم و عدمه من حيث الشك فى متعلق العقد فإننا نقول الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى لا

يثبت اللزوم و هو وارد على أصالة اللزوم. و الحاصل أن هنا أمرين أحدهما عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و أخذه فيه و هذا الأصل ينفع فى عدم الخيار لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة. و الثانى عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود و هذا جار غير نافع نظير الشك فى كون الماء المخلوق دفعه كرا من أصله فإن أصالة عدم كريتته نفعه غير جارية و أصالة عدم وجود الكر جارية غير نفعه فى ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم و اغتنم. و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمه على الأصول العملية المتقدمة مثل ما دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض و عموم لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم أن الناس مسلطون على أموالهم بناء على أنها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع لأن المفروض صيرورته

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٠

ملكا إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذى لم يدفع عوضه الذى وقع المعاوضة عليه إلى المشتري فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم دفع العوض و هذا هو الذى تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

فإن قلت لا- دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنونا بالعنوان المذكور بل نقول قد خرج عن تلك العمومات المال الذى وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. قلت السبب فى

الخيار و سلطنة المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية منطبقه على ما وقع العقد عليه و بعبارة أخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه إلى المشتري لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية كما أن السبب فى لزوم العقد تحقق مقتضاه من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها إلى ملك المشتري و الأصل موافق للأول و مخالف للثانى مثلا إذا وقع العقد على العين على أنها سمينه فبانت مهزولة فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه فى الخارج ما عقد عليه و هو السمين لا وقوع العقد على السمين فإن ذلك لا يقتضى الجواز و إنما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد و من المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك. فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه و كذلك صحة ما فى التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما أزم. نعم ما فى المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن كأنه لا يناسب أصالة اللزوم بل يناسب أصالة الجواز عند الشك فى لزوم العقد كما يظهر من المختلف فى باب السبق و الرماية و سيأتى تحقيق الحال فى باب الخيار. و أما دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة- لأن الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع فهى مدفوعة مضافا إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف فى زمن المشاهدة كما إذا علم بكونها سمينه و أنها صارت مهزولة و لا يعلم أنها فى زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة فالأصل تأخر التغير لا عدمه الموجب للزوم العقد بأن مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سمينه و من المعلوم أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد و لكن الأصول العدمية فى مجاريها لا- تثبت وجود أضرارها هذا كله مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشتري هنا و لم يعلم وجهه.

الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد

و اختلفا فى تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع و التغير على صاحبه و حيث إن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع و الظاهر أنه لا- يترتب على شىء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشتري و أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين إليه كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه. فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه كما فى المسألة السابقة إلا أن الفرق بينهما هو أن الشك فى وصول الحق هناك ناش عن الشك فى نفس الحق و هنا ناش عن الشك فى وصول الحق المعلوم. و بعبارة أخرى الشك هنا فى وصول الحق و هناك فى حقه الواصل و مقتضى الأصل فى المقامين عدم اللزوم و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع بأن اتفقا على مشاهدته مهزولا و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن و اختلفا فى تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم و تدبر فإن المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه و اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع. و قد يتوهم جريان أصالة صحة البيع هنا للشك فى بعض شروطه و هو وجود المبيع. و فيه أن صحة العقد عبارة من كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعا فإذا فرضنا أنه عقد على شىء معدوم فى الواقع فلا تأثير له عقلا فى تملك العين لأن تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود و لا على قصد تملكه بدله مثلا أو قيمة غير معقول و مجرد إنشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجهل بالحال فإذا شككنا فى وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم لأن

التملك الحقيقي غير متحقق و الصوري و إن تحقق لكنه ليس بفساد إذ اللغو فاسد عرفا أى قبيح إذا صدر عن علم بالحال. و بالجملة المد شرعا الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذى لم يمضه الشارع فافهم هذا فإنه قد غفل عنه بعض فى مسألة الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع و تأخيره عنه حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه. نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الإنشاء الحقيقى عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة أو قصد تملكه بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحقق مورد الصحة و الفساد فإذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠١

مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك

كما فى كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق فى توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العد. و يعنى الوصف عن الاختبار فيما يضبط من الأوصاف دون ما لا يضبط كمقدار الطعم و الرائحة و اللون و كيفياتها فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه إلا باختبار شىء من جنسه ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فبيعت منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف و كذا الكلام فى الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقة و الشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحة المبيع و فساده جاز شراؤها بوصف الصحة كما فى الدبس و الدهن مثلا فإن المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما بخلاف بعض أنواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها و لا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظة صحتها و فسادهما. و إطلاق كلمات الأصحاب فى جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف محمول على ما إذا أريدت الأوصاف التى لها مدخلىة فى الصحة لا الزائدة على الصحة التى تختلف بها القيمة بقرينه تعرضهم بعد هذا البيان لجواز شرائها من دون اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة و كيف كان فقد قوى فى السرائر عدم الجواز أخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الإجماع فى الغنية قال يمكن أن يقال إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون بالوصف لأنه غير غائب فبياع مع خيار الرؤية بالوصف فإذا لا بد من شمه و ذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف و هذا قوى انتهى و يضعفه أن المقصود من الاختبار رفع الغرر فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة وفاقا للفاضلين و من تأخر عنهما لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه فذكره فى الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة و من المعلوم أنه غير معتبر فى البيع إجماعا بل يكفى بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. و أما رواية محمد بن العيص عن الرجل: يشتري ما يذاق أ يذوقه قبل أن يشتري قال نعم فليذقه و لا يذوقن ما لا يشتري. فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه ثم إنه ربما نسب الخلاف فى هذه المسألة إلى المفيد و القاضى و سلار و أبى الصلاح و ابن حمزة. قال فى المقنعة كل شىء من المطعومات و المشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبرة بالشم و صنوف الطيب و الحلويات المذوقة فإنه لا يصح بيعها بغير اختبار فإن ابتعت بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى و عن القاضى أنه لا يجوز بيعها إلا بعد أن يختبر فإن بيعت من غير اختبار كان المشتري مخيرا فى رده لها على البائع و المحكى من سلار و أبى الصلاح و ابن حمزة إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشتري كالقاضى ثم المحكى عن المفيد و سلار أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة و عن النهاية و الكافى أن بيعه جائز على الشرط الصحة أو

البراءة من العيوب و عن القاضى لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة و البراءة من العيوب قال فى محكى المختلف بعد ذكر عبارة القاضى إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين أما الصحة أو البراءة من العيوب و ليس بجيد بل الأولى انعقاد البيع سواء شرط أحدهما أم خلى عنهما أم شرط العيب و الظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام من عبارة الشيخين حيث قالوا إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة و مقصودهما أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة انتهى. أقول و لعله لنكتة بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف فى العقد كما عبر فى القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله جاز شرط الصحة لكن الإنصاف أن الظاهر من عبارتى المقنعة و النهاية و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة فى العقد كما يظهر بالتدبر فى عبارة المقنعة من أولها إلى آخرها. و عبارة النهاية هنا هى عبارة المقنعة بعينها فلاحظ. و ظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده كما تقدم عن الحلّى فلا يكفى ذكر الأوصاف فضلا عن الاستغناء

عنها بأصالة السلامة و يدل عليه أن هؤلاء اشتراطوا فى ظاهر عبارتهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار و إن فهم فى المختلف خلاف ذلك لكن قدمنا ما فيه فينبغى أن يكون كلامهم فى الأمور التى لا تضبط خصوصية طعمها و ريحها بالوصف و الظاهر أن ذلك فى غير الأوصاف التى تدور عليها السلامة من العيب إلا أن تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كشاهد على أن المراد بالأوصاف التى لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة كما أن مقابله و هو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالبا. و يؤيده حكم القاضى بخيار المشتري و كيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا يضبط بالأوصاف فلا خلاف معهم منا و لا من الأصحاب و إن كان مذهبهم موافقا للحلّى بناء على إرادة الأوصاف التى بها قوام السلامة من العيب فقد عرفت أنه ضعيف فى الغاية و إن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و إن كان ذكر الوصف كافيا عن الاختبار فقد عرفت أن الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الرجعة إلى السلامة من العيوب فى بيع الأعيان الشخصية. و يمكن أن يقال بعد منع جريان أصالة السلامة فى الأعيان لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك فى طرو المفسد مع أن الكلام فى كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم و لا من الشرع لعدم الدليل عليه إن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٢

مقصودة على جهة الركينة للمال كالحلاوة فى الدبس و الرائحة فى الجلاب و الحموضة فى الخل و غير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالىة فلا بد فى دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات و حيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأمانة عرفية مغنية عن الاختبار و الوصف و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم لما كان الإطلاق منصرفا إلى الصحيح جاز الخيار عند تبين العيب فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئة و انصراف إطلاق الملك فى المبيع إلى غير مسلوب المنفعة سده يعتد بها لا من جهة الاعتماد فى إحراز الصحة و البناء عليها على أصالة السلامة. بعبارة أخرى الشك فى بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر ككون الجارية ممن لا تحيض فى سن الحيض و مثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة منه و قد يستلزمه ككون الجارية خنتى و كون الدابة لا تستطيع من المشى أو الركوب و الحمل عليه و هذا مما يعتبر إحراز السلامة منها و حيث فرض عدم إحرازها بالأصل فلا بد من الاختبار أو الوصف. هذا و يؤيد ما ذكرناه من التفصيل أن بعضهم كالمحقق فى النافع و العلامة فى القواعد عنوانا المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه- هذا و لكن الإنصاف أن مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري و شك فيه فلا بد فى رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إما بالاختبار و إما بالوصف و إما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إما لأجل الانصراف و إما لأصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب أصلا فلا بد إما من كفاية الإطلاق فى الكل للأصل و الانصراف و إما من عدم كفايته فى الكل نظرا إلى أنه لا يتوقع به الغرر إذا حصل منه الوثوق حتى أنه لو شك فى أن هذا العبد صحيح أو أنه أجذم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق بل لا بد من

الاختبار أو وصف كونه غير أجزم وهذا وإن كان لا يخلو عن وجه إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم في غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار

إجماعاً على الظاهر والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة في العقد وكفاية الاعتماد على أصالة السلامة كما فيما لا يفسده الاختبار خلافاً لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما. وقد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتى المقنعة والنهائية الظاهرتين في ذلك وإرجاعهما إلى ما أراده من قوله في القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من أنه مع الصحة يمضى البيع ولا- معها يتخير المشتري وعرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر حتى أن قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة ولذا قال في جامع المقاصد كما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقاً وكيف كان فإذا تبين فساد البيع فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه فإن كان لفساده قيمة كبيض النعامة والجوز تخير بين الرد والأرش ولو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلا للإحراق فيحتمل قويا بطلان البيع إن لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بتمول وإن كان تبين الفساد بعد الكسر ففي الأول تبين الأرش خاصة لمكان التصرف فيه. ويظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم يسقط الرد والمراد بالأرش تفاوت ما بين صحيحة و فاسده غير المكسورة لأن الكسر نقص حصل في يد المشتري ومنه يعلم ثبوت الأرش أيضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمة لأن العبرة في التمول بالفساد غير المكسور ولا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول ويبطل البيع في الثاني أعنى ما لم يكن لفساده قيمة وفاقا للمبسوط والسرائر وظاهر من تأخر عنهما وظاهرهم بطلان البيع من رأس كما صرح به الشيخ والحلى والعلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات وهو صريح جماعة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس فإن ظاهره انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا- من أصله وجعل الثاني احتمالاً ونسبه إلى ظاهر الجماعة ولم يعلم وجه ما اختاره ولذا نسب في الروضة خلافه إلى الوضوح وهو كذلك فإن الفاسد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعية كان العقد عليه فاسداً لأن اشتراط تمول العوضين واقعي لا علمي وإن كان من الأموال الواقعية فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في القيمة لم يكن هنا أرش ولا رد بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه وإن كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح والفساد من الثمن لا جميع الثمن اللهم إلا أن يقال إنه مال واقعي إلى حين تبين الفساد فإذا سقط عن المالية لأمر سابق على العقد وهو فساد واقعا كان في ضمان البائع فينفسخ البيع حينئذ بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الإمضاء فيكون مكسورة ملكاً له وإن خرج عن المالية بالكسر و حيث إن خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع وتدارك هذا العيب أعنى فوات المالية لا يكون إلا بدفع تمام الثمن لكن سيجيء ما فيه من مخالفته للقواعد والفتاوى.

وفيه وضوح كون ماليته عرفاً و شرعاً من حيث الظاهر وأما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من أول الأمر مع أنه لو كان مالاً- واقعياً فالعيب حادث في ملك المشتري فإن العلم مخرج له عن المالية لا كاشف فليس هذا عينا مجهولاً ولو سلم فهو كالأرمد يعنى بعد الاشتراء والمريض يموت مع أن فوات المالية يعد تلفاً لا عيباً ثم إن فائدة الخلاف تظهر في ترتب آثار ملكية المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد. وعن الدروس واللمعة أنها تظهر في مئونة نقله عن الموضوع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره فعلى الأول على البائع وعلى الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه وفي جامع المقاصد الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتهاء المقتضى وتبعه الشهيد الثاني فقال لأنه نقله بغير أمره فلا يتجه الرجوع عليه بها و كون المشتري

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٣

هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور وهو منفي هنا لاشتراكهما في الجهل انتهى. واعترض عليه بأن

الغرر لا يختص بصورة علم الغار و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الأساطين و هو كونه على البائع على التقديرين و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد هذا كله في مئونة النقل من موضع الشراء إلى موضع الكسر. و أما مئونة نقله من موضع الكسر لو وجب تفرغ منه لمطالبة مالكة أو لكونه مسجداً أو مشهداً فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبة الحنطة فالظاهر على البائع على التقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه و أما لو لم يكن قابلاً للتملك فلا يبعد مؤاخذه المشتري به و في رجوعه على البائع ما تقدم في مئونة نقله إلى موضع الكسر. ثم إن المحكى في الدروس عن الشيخ و أتباعه أنه لو تبرأ البائع عن البيع فيما لا قيمة لمكسوره صح قال و يشكل بأنه أكل مال بالباطل و تبعه الشهيد و المحقق الثانيان. و قد تصدى بعض لتوجيه صحة الاشتراء بالبراءة بما حاصله منع بطلان البيع و إن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب فإن الأرش غرامة أو جبهها الشارع بسبب العيب لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثل و لذا يسقط بالإسقاط و لا يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبري و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع إذ المثلن يتحقق على حسب معاملته العقلاء و لم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحة البيع فمن فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو.

نعم لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب و لعله لذلك لم يعبروا بالبطلان و إن ذكر المحقق و غيره الرجوع بالثمن و فهم منه جماعة بطلان البيع لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية و إن لم يكن له قيمة و هو أعم من بطلان البيع انتهى محصله. و فيه مواقع للنظر فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح بطلان البيع كالشيخ في المبسوط و الحلبي في السرائر و العلامة في التذكرة معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر في البطلان فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان و يكفي في ذلك ما تقدم من الدروس من أن ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر و اختار قدس سره الانفساخ من حين تبين الفساد فعلم أن لا- قول بالصحة مع الأرش بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له و حكاية ذلك عن بعض الشافعية قال و قال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلمة و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. و تظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن يختص حتى يجب عليه تطهير الموضوع عنها انتهى. هذا مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعاً و عرفاً حكم ظاهري و تمويل العوضين شرط واقعي لا علمي و لذا لم يتأمل ذو مسكته في بطلان بيع من بان حراً أو ما بان خمراً و غير ذلك إذ انكشف فقد عوض مشترك بينهما ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المالية و بين عدم القيمة لمكسوره مما لا يفهم فعلة أراد الملكية مضافاً إلى أن الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن إشكال لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصحيح و المعيب. نعم ذكر العلامة في التذكرة و التحرير و القواعد أن المشتري للعبد الجاني عمداً يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن أو طلب الأرش فإن استوعبت الجناية القيمة كان الأرش جميع الثمن أيضاً و قد تصدى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد فراجع و كيف كان فلا أجد وجهاً لما ذكره و أضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ و أتباعه بصحة البيع و اشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب و زعم أن معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب فيكون مرادفاً لاشتراط الصحة و أنت خبير بفساد ذلك بعد ملاحظة عبارة الشيخ و الأتباع فإن كلامهم ظاهر أو صريح في أن المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم أجد في كلام الشيخين و المحكى عن غيرهما تعرضاً لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره ثم إنه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب غير المخرجة عن المالية أيضاً بلزوم الغرر فإن بيع ما لا يعلم صحته و فساده لا- يجوز إلا بناء على أصالة الصحة و اشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتذار بوجود العيوب و عدمها. و قد صرح العلامة و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة و سيجيء توضيحه في باب الخيارات إن شاء الله.

مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره

والفأر بالهمزة قيل جمع فأره كتمر و تمره. و عن النهاية أنه قد لا يهزم تخفيفا. و مستند الحكم العمومات غير المزاحمة بما يصلح للتخصيص عدا توهم النجاسة المنذفة في باب النجاسات بالنص و الإجماع أو توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة في دفع الغرر. و يندفع بما تقدم من بناء العرف على الأصل في نفى الفساد و بناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار في الأوصاف التي تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا- يعلم إلا- بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روى في التذكرة برسلا عن الإمام الصادق ع جواز بيعه لكن لم يعلم إرادة ما في الفأرة و كيف كان فإذا فرض أنه ليست له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة. فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبرة ثم إخراجها و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الذي أدخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه و لو بكونه جزء أخيرا لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الإبرة مرارا و وجه مبنى على ضمان النقص في المقبوض بالسوم

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٤

فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف و هو كذلك و صرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة و هو حسن إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر و الصغر

مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه

مسألة لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه

لأن ضم المعلوم إليه لا- يخرج عن الجهالة فيكون المجموع مجهولا إذ لا نعى بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا و يتفرع على ذلك أنه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكا لجهالته و إن ضم إليه القصب أو غيره و لا اللبن في الضرع و لو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور كما في الروضة. و خص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضمًا إلى المعلوم و جوزوا بيعه إذا كان تابعا للمعلوم و هو المحكى عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المقتصر و استحسنة المحقق و الشهيد الثانيان و لعل المانعين لا يريدون إلا ذلك نظرا إلى أن جهالة التابع لا يوجب الغرر و لا صدق اسم المجهول على المبيع عرفا حتى يندرج في إطلاق ما دل من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول فإن أكثر المعلومات بعض أجزاء مجهول خلافا للشيخ في النهاية و ابن حمزة في الوسيلة. و المحكى عن الإسكافي و القاضي بل في مفتاح الكرامة أن الحاصل من التبع أن المشهور بين المتقدمين هو الصحة بل عن الخلاف و الغنية الإجماع في مسألة السمك و اختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية و المحدث العاملي و المحدث الكاشاني و حكى عن ظاهر غاية المراد و صريح حواشيه على القواعد و حجتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتى السمك و اللبن و غيرهما. ففي مرسله البنظي التي إرسالها بوجود سهل فيها سهل عن أبي عبد الله ع قال: إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شيء من سمك فيباع و ما في الأجمه و رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله ع: لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب و المراد شراء ما فيها بقريته الرواية السابقة و اللاحقة. و رواية أبي بصير عن أبي عبد الله ع: في شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هي ماء قال تصيد كفا من سمك تقول أشتري منك هذا السمك و ما في هذه الأجمه بكذا و كذا و موثقه سماعه عن أبي عبد الله ع كما في الفقيه قال: سألته عن اللبن يشتري و هو في الضرع قال لا إلا أن يحلب لك في سكرجه فيقول اشتر مني هذا اللبن الذي في الأسكرجه و ما في ضروعها بثمان مسمى فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجه و عليها تحمل صحيحة عيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل له نعم ببيع ألبانها بغير كيل قال نعم حتى تنقطع أو شيء منها بناء

على أن المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه أو بيع شيء منه محلوب في الخارج و ما بقى في الضرع بعد حلب شيء منه و في الصحيح إلى ابن محبوب عن أبي إبراهيم الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله ع ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما في بطونها من حمل بكذا و كذا درهما قال لا بأس إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف و موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله ع: في الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدري لعله لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون أيشتره و في أي زمان يشتره و يتقبل به قال ع إذا علم من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به. و ظاهر الأخيرين كموثقة سماعة أن الضميمة المعلومه إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لا- من حيث جهالته فإن ما في الأسكرجة غير معلوم بالوزن و الكيل و كذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي مع أن المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم بل عن الخلاف عليه الإجماع و القائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون إلى الأصواف فبين أن الرواية لم يقل أحد بظاهرها و مثلها في الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبي بصير و البزنطي فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات و لا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك إلا بقرينه

روايتي أبي بصير و البزنطي اللتين عرفت حالهما فتأمل. ثم على تقدير الدلالة إن أريد انتزاع قاعدة منها و هي جواز ضم المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيلة لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها على ذلك و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإننا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه كما يشهد به تتبع كلماتهم و إن أريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما في البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً بقى الكلام في توضيح التفصيل المتقدم و أصله من العلامة. قال في القواعد في باب شرط العوضين كل مجهول مقصود بالبيع لا- يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إن كان تابعا انتهى. و ارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخره عنه إلا أن مرادهم من المقصود و التابع غير واضح و الذي يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة أن مراده بالتابع ما يشترط دخوله في البيع و بالمقصود ما كان جزء. قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صح أما لو باع الدابة و حملها و الجارية و حملها بطل لأن كل ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزء من المقصود و يصح تابعا انتهى و في باب ما يندرج في المبيع قال السادس العبد و لا يتناول ماله

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٥

الذي ملكه مولاه إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا إن العبد يملك فينتقل إلى المشتري مع العبد و كان جعله للمشتري إبقاء له على العبد فيجوز أن يكون مجهولاً أو غائباً أما إذا أحلنا تملكه و باعه و ما معه صار جزء من المبيع فتعتبر فيه شرائط البيع انتهى. و بمثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطاً و بين جعله جزء صرح في التذكرة في فروع مسألة تملك العبد و عدمه معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف. و قال في التذكرة أيضاً في باب شروط العوضين لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعاً. و في موضع آخر من باب الشرط في العقد لو قال بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلاً بالبراءة و لا جزء. و قال أيضاً و لو باع الحامل و يشترط للمشتري الحمل صح لأنه تابع كأسس الحيوان و إن لم يصح ضمه في البيع مع الأم للفرق بين الجزء و النابع و قال في موضع آخر لو قال بعتك هذه الشاة و ما في ضرعها من اللبن لم يجز عندنا. و قال في موضع آخر لو باعه دجاجة ذات بيضة و شرطها صح و إن جعلها جزء من المبيع لم يصح. و هذه كلها صريحة في عدم جواز ضم المجهول على وجه

الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالمعلوم أو المجهول وقد ذكر هذا المحقق الثاني في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض قال و ما قد يوجد في بعض الكلام من أن المجهول إن جعل جزء من المبيع لا يصح و إن اشترط صح نحو ذلك فليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها و الشرط محسوب من جملة المبيع ولأنه لو باع الحمل و الأم صح البيع و لا يتوقف على بيعها اشتراطه انتهى و هو الظاهر من الشهيدين في اللمعة و الروضة حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع و قد صرح الشيخ في مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال و عن الشهيد لو اشتراه و ماله صح و لم يشترط علمه و لا التفصي من الربا إن قلنا إنه يملك و إن أحلنا ملكه اشترط و قال في الدروس لو جعل الحمل جزء من البيع فالأقوى الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع انتهى. و اختاره جامع المقاصد ثم إن التابع في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به ما يعد في العرف تابعا كالحمل مع الأم و اللبن مع الشاة و البيض مع الدجاج و مال العبد معه و الباغ في الدار و القصر في البستان و نحو ذلك مما نسب البيع عرفا إلى المتبوع لا إليهما معا و إن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان بل بالتابع خاصة كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل و هذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد من صحة بيع الأم و حملها لأن الحمل تابع. قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدم عن القواعد و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا إن إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة في بيع دابة أخرى إلا أن يقال التبعية إنما تتحقق مع الأم لأنه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها و مثله زخرفة جدران البيت انتهى. و في التمثيل نظر لخروج زخرفة الجدران عن محل الكلام في المقام إلا أن يريد مثال الأجزاء لأمثال التابع لكن هذا يناهض ما تقدم من اعتبارهم العلم في مال العبد وفاقا للشيخ رحمه الله مع أن مال العبد تابع عرفي كما صرح به في المختلف في مسألة بيع العبد و اشتراط ماله و يحتمل أن يكون مرادهم من التابع بحسب قصد المتبايعين و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعا عرفيا كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السمك أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب و هذا أيضا قد يكون كذلك بحسب النوع و قد يكون كذلك بحسب الشخص كمن أراد السمك القليل لأجل حاجة لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا في ضمن قصبه الأجمه و الأول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه حيث حمل رواية سماعه المتقدمة على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير أصلا و الذي في الضرع تابعا. و قال في مسألة بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمة و المعتمد

أن نقول إن كان الحمل تابعا صح البيع كما لو باع الأم و حملها أو باع ما يقصد مثله بمثل الثمن و ضم الحمل فهذا لا بأس به و إلا كان باطلا- و أما الاحتمال الثاني أعنى مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين فلم نجد عليه شاهدا إلا ثبوت الغرر على تقدير الغرض الشخصي بالمجهول و انتفاءه على تقدير تعلقه بالمعلوم و يمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه كما لا يخفى و ربما احتمل بعض بل استظهر أن مراده بكون المعلوم مقصودا و المجهول تابعا كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم بمعنى أن الإقدام منهما و لو بتصحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو و إن سمي ضميمة لكنه المقصود في تصحيح البيع قال و لا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقد عليه البيع فلا يقدح حصوله و عدم حصوله كما أومئ إليه في ضميمة الآبق و ضميمة الثمر على الشجر و ضميمة ما في الضروع و ما في الآجام انتهى. و لا يخفى أنه لم توجد عبارة من عبائهم تقبل هذا الحمل إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شرطا و المعلوم مشروطا فيريد ما تقدم من القواعد و التذكرة و لا أظن إرادة ذلك من كلامه بقرينه استشهاده بأخبار الضميمة في الموارد المتفرقة. و الأوفق بالقواعد أن يقال أما الشرط و الجزء فلا- فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة و أما قصد المتبايعين بحسب الشخص فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجودا و عدما لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصية بل و كذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له و للمجهول. و أما التابع العرفي

فالمجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفا إلا- أن المجهول منه جزء داخل ظاهرا في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقع على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر و عن

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٦

معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوما فيقتصر عليه هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. و أما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع و إن لم يضم إليه حين العقد و لم يخطر ببال المتبايعين فالظاهر عدم الخلاف و الإشكال في عدم اعتبار العلم به إلا إذا استلزم غررا في نفس المبيع إذ الكلام في مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع لا السارى من المجهول إلى المعلوم فافهم.

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة على المشهور بل لا خلاف فيه في الجملة بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع. قال فيما حكى عنه نص الأصحاب على أنه يجوز الانداز للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة فقد استثنى من المبيع أمر مجهول و استثناء المجهول مبطل للبيع إلا في هذه الصورة فإنه لا يبطل إجماعا انتهى. و الظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من أول الأمر بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضا ثم إن الأقوال في تفصيل المسألة سته الأول جواز الانداز بشرطين كون المنذر متعارف الانداز عند التجار و عدم العلم بزيادة ما يندره و هو للنهاية و الوسيلة و عن غيرهما. الثاني عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها و هو للتحريم. الثالث اعتبار العادة مطلقا و لو علم الزيادة أو النقيصة و مع عدم العادة فيما يحتملها و هو لظاهر اللعنة و صريح الروضة. الرابع التفصيل بين ما يحتمل الزيادة و النقيصة فيجوز مطلقا و بين ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى. الخامس عطف العلم بالنقيصة على الزيادة و هو للمحقق الثاني ناسبا له إلى كل من لم يذكر النقيصة. السادس إناطة الحكم بالغرر ثم إن صور المسألة أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشرة أرتال فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض و قلنا بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا على ما هو مفروض المسألة و معقد الإجماع المتقدم فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا و حينئذ فلا يحتاج إلى الانداز لأن الثمن و المثلن معلومان بالفرض و أخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول بعته كل رطل بدرهم- فتجىء مسألة الانداز للحاجة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم و يمكن أن تحرر المسألة على وجه آخر و هو أنه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفردا أى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار و التراضى أو بغير ذلك. فالكلام في تعيين مقدار المنذر لأجل إحراز شرط صحة بيع المظروف بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع و إلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين حيث أناط مقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر. و اعترض على ما في القواعد و مثلها من اعتبار التراضى في جواز إنداز ما يعلم زيادته بأن التراضى لا يدفع غررا و لا يصح عقدا و تبعه في ذلك بعض أتباعه. و يمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من المبيع على جواز الانداز إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعا على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول لا على جواز إنداز مقدار معين إذ الانداز حينئذ لتعيين الثمن فتأمل. و كيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباين فإن جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين و غيرهما خصوا اعتبار التراضى بصورة العلم بالمخالفة- فلو كان الانداز لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبرا مطلقا إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض. و قد صرح المحقق و الشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضى مع العلم بالزيادة أو النقيصة بأن الانداز من دون التراضى تضييع لمال أحدهما و لا يخفى أنه لو كان اعتبار الانداز قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال لأن الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف سواء فرض زائدا أم ناقصا هذا مع أنه

إذا فرض كون استقرار العادة على إندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غررا بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قاذح فى صحة البيع مثلا لو كان المجموع عشرة أرتال و كان المعتاد إسقاط رطل للظرف فإذا تراضيا على أن يندر للظرف رطلا فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلا و لو تراضيا على إندار نصف رطل فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة أرتال و نصف ثمننا للتسعة فلا معنى للاعتراض على من قال فى اعتبار التراضى فى إندار ما علم زيادته أو نقيصته بأن التراضى لا يدفع غررا و لا يصح عقدا و كيف كان فالظاهر هو الوجه الأول فيكون دخول هذه المسألة فى فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنوان المسألة بذلك فى اللمعة بل نسبة فى الحدائق إليهم لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد و التواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الانداز. و ذكر المحقق الأردبيلي رحمه الله فى تفسير عنوان المسألة أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخمينا بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد و لا أنقص بل و إن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير متساهل به عادة ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع انتهى. فظاهره الوجه الأول الذى ذكرناه حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف و جعل الانداز لأجل تعيين الباقي الذى يجب عليه دفع ثمنه. و فى الحدائق فى مقام الرد على من ألحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها قال إن الانداز حق للمشتري لأنه قد اشترى مثلا مائة من من السمن فى هذه الظروف فالواجب قيمة المائة المذكورة و له إسقاط ما يقابل المظروف من هذا الوزن انتهى. و هذا الكلام و إن كان مؤيدا لما استقر به فى تحرير المسألة إلا أن جعل الانداز حقا للمشتري و التمثيل بما ذكره لا يخلو من نظر فإن المشتري لم يشتر مائة من من السمن فى هذه الظروف لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما فى هذه الظروف مائة من لغو بل المبيع فى الحقيقة ما فى هذه الظروف التى هى مع المظروف مائة من فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الانداز و لا حق للمشتري و إن اشتراه على

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٧

وجه التسعير بقوله كل من بكذا فالإنداز إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث. و قد علم مما ذكرنا أن الانداز الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حق البائع و ليس حقا للمشتري. و أما الأخبار فمنها موثقة حنان قال: سمعت معمر الزيات قال لأبى عبد الله ع إنا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له إن كان يزيد و ينقص فلا بأس و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه قيل و ظاهره عدم اعتبار التراضى. أقول المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشتري. و التحقيق أن مورد السؤال صحة الانداز من إبقاء الزقاق للمشتري بلا ثمن أو بثمن مغاير للمظروف أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه فلا إطلاق فيه يعم صورة عدم التراضى. و يؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزيادة فإن النهى عنه ليس ارتكابه بغير تراضى فافهم فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضى مثل رواية على ابن أبى حمزة قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله ع قال جعلت فداك نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص قال إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس فإن الشرط فيه مسوق - لبيان كفاية التراضى فى ذلك و عدم المانع منه شرعا فيشبهه التراضى العلة التامة غير متوقفة على شيء و نحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الإسناد عن أخيه موسى ع: عن الرجل يشترى المتاع وزنا فى الناسية و الجوالق فيقول ادفع للناسية رطلا أو أكثر من ذلك أيحل ذلك البيع قال إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا. ثم إن قوله ع إن كان يزيد و ينقص فى الرواية الأولى يحتمل أن يراد به الزيادة و النقيصة فى هذا المقدار المندر فى شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه أو بمعنى أنه يزيد فى بعض الزقاق و ينقص فى بعض آخر أو أن يراد به الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر فى نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض أخرى النقيصة و هذا هو الذى فهمه فى النهاية حيث اعتبر أن يكون ما يندر

للظروف مما يزيد تارة و ينقص أخرى و نحوه فى الوسيلة. و يشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير يزيد و ينقص إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق و للثانى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالها و للثالث ما ورد فى بعض الروايات من أنه: ربما يشتري الطعام من أهل السفينة ثم يكيله فيزيد قال ع و ربما نقص قلت و ربما نقص قال فإذا نقص يردون عليكم قلت لا قال لا بأس. فيكون معنى الرواية أنه إذا كان الذى يحسب لكم زائدا مرة و ناقصا أخرى فلا بأس بما يحسب و إن بلغ ما بلغ و إن زاد دائما فلا- يجوز إلا- بهبة أو إبراء من الثمن أو مع التراضى بناء على عدم توقف الشق الأول عليه و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت و كيف كان فالذى يقوى فى النظر و هو المشهور بين المتأخرين جواز إنذار ما يحتمل الزيادة و النقيصة لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الحال و أما مع العلم بالزيادة أو النقيصة فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها و لعله مراد من لم يقيده بالعلم و مع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضى لسقوط حق من له الحق سواء تواطئا على ذلك فى متن العقد بأن قال بعثك ما فى هذه الظروف كل رطل بدرهم على أن يسقط لكل ظرف كذا فهو هبة له أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الذمة أو هبة للعين هذا كله مع قطع النظر عن النصوص و أما مع ملاحظتها فالمعول عليه رواية حنان المتقدمة الظاهرة فى اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها فى كون حساب المقدار الخاص متعارفا و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به فى بيع كل مظروف بحسب حاله

و كان الشيخ رحمه الله فى النهاية فهم ذلك من الرواية فعبر بمضمونها كما هو دأبه فى ذلك الكتاب و حيث إن ظاهر الرواية جواز الانذار واقعا بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة أو النقيصة علمنا بها كذلك فيكون مرجع النهى عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهى عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به فإن تلك تحتاج إلى هبة جديدة و لا يكفى إقباضها من حيث كونها حقا للمشتري هذا كله مع تعارف إنذار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة و أما مع عدم أحد القيدتين فمع الشك فى الزيادة و النقيصة و عدم العادة يجوز الانذار لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين و معها يجوز بناء على انصراف العقد إليها لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدا يكون كالشرط فى ضمن العقد لأن هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له ثم الظاهر أن الحكم المذكور- غير مختص بظروف السمن و الزيت بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه الله و عبارة النهاية و الوسيلة و الفاضلين و الشهيدان و المحقق الثانى رحمهم الله جميعا و تؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الإسناد لكن لا- يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشئ فيه و عدم تفرغ منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق الظرف اللغوى أعنى الوعاء و يحتمل العموم و هو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم إلى كل مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع فى الحلى المصنوعة من الذهب و الفضة و كذا المظروف الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعا له كقليل من الدبس فى الزقاق و أما تعدية الحكم إلى كل ما ضم إلى المبيع مما لا يراد بيعه معه فمما لا ينبغى احتمالها.

مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع

مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٨

على المشهور بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة إلا ما أرسله فى الروضة و نسبة فى التذكرة إلى بعض العامة استنادا إلى أن وزن ما يباع وزنا غير معلوم و الظرف لا يباع وزنا بل لو كان موزونا لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما فالغرر الحاصل فى بيع الجزاف حاصل هنا و الذى يقتضيه النظر أما فيما نحن فيه مما جوز شرعا بيعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه فالقطع بالجواز منضمنا إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط و أما فى غيره من أحد المنضمين الذين لا يكفى فى بيعه منفردا معرفة وزن

المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفي مثقال فإن الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصي و انحصار المنع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن و الإجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع المجهول المقدار في المكيل و الموزون فالقطع بالجواز لأن النص و الإجماع إنما دلا على لزوم اعتبار العلم بالمبيع لا على كل جزء منه و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشوة بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك فإن فرضنا الشمع تابعا لا تضر جهالته و إلا فلا ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور إحداها أن يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا فيسقط الثمن على قيمته كل من المظروف و الظرف لو احتيج إلى التقسيط فإذا قيل قيمة الظرف درهم و قيمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن. الثانية أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا فيحتاج إلى إندار مقدار للظرف و تكون قيمة المظروف ما بقي بعد ذلك و هذا في معنى بيع كل منهما منفردا. الثالثة أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف و المظروف و طريقة التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك أن يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة و تبعه على هذا غير واحد و مقتضاه أنه لو كان الظرف رطلين و المجموع عشرة أخذ له خمس الثمن و الوجه في ذلك ملاحظة الظرف و المظروف شيئا واحدا حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع لساوى ثمنه من المظروف فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا- من المركب من الظرف و المظروف لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم على الرطل و المظروف بحسب قيمة مثلهما فإذا كانت قيمة خمس الرطل المذكور الذي هو وزن الظرف الموجود فيه مساوية لقيمة أربعة الأحماس التي هي مقدار المظروف الموجود فكيف يقسط الثمن عليه أحماسا.

إتبيهات البيع

مسألة [المعروف استحاب التفقه في مسائل التجارات

المعروف بين الأصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا. و عن إيضاح النافع أنه قد يجب و هو ظاهر عبارة الحدائق أيضا و كلام المفيد رحمه الله في المقنعة أيضا لا- يأبى الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و قوله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم و مما أخرجنا لكم من الأرض و لا تيمموا الحبيث منه تنفقون قال فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب و نهى عن طلب الحبيث للمعيشة و الإنفاق فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن مجتنباً للحبيث من الأعمال و لا- كان على ثقة تفقه من طيب الاكتساب و قال تعالى أيضا ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا و أحل الله البيع و حرّم الربا فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله و حرم من المتاجر و الاكتساب و جاءت الرواية عن أمير المؤمنين ع أنه كان يقول: من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم ثم قال قال الصادق ع: من أراد التجارة فلينفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه و من لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات انتهى. أقول ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب إلا- أن تعبيره بلفظ ينبغي ربما يدعى ظهوره في الاستحباب. إلا- أن الإنصاف أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة فإن معرفة الحلال و الحرام واجبة على كل أحد بالنظر إلى ما يتلى به من الأمور و ليست معرفة جميعها مما يتعلق بالإنسان وجوبها فورا و دفعة بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله أو عند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم و إن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلو ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كاف في حسن العقاب و إلا لم يعاقب أكثر الجهال على أكثر المحرمات لأنهم يفعلونها و

هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب و لذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع. و قد ورد ذم الغافل المقصر في معصيته في غير واحد من الأخبار ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعة تبعاً للأردبيلى رحمه الله من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمة عن تقصير لقبح خطاب الغافل فيقبح عقابه لكن وجوب تحصيل العلم و إزالة الجهل واجب على هذا القول كما اعترفوا به. و الحاصل أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام و لا على ترك التعلم إلا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه بعد ثبوت أدلة التحريم و وجوب طلب العلم على كل مسلم و عدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام من أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء و إن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام ثم إن المقام يزيد على غيره بأن الأصل في المعاملات الفساد فالمكلف إذا أراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضيئة يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقالها إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعاملة و يمكن أن يكون في قوله ع:

المكاسب، ج ٢، ص ٢٠٩

التاجر فاجر و الفاجر في النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق إشارة إلى هذا المعنى بناء على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق و أخذ الحق فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعى لنهى الشارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على أصالة عدم انتقاله إليه و في غير هذا المقام عقلى مقدمى لثلا يقع في الحرام و كيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً و إن كان وجوب معرفة باقى المحرمات من باب العقل فقط و يمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسدة كذلك و يطلع على موارد الشبهة و المعاملات غير الواضحة الصحة فيجتنب عنها في العمل فإن قدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية المذكورة في المعاملات. و يشهد للغاية الأولى قوله ع في مقام تعليل وجوب التفقه: إن الربا أخفى من ديب النملة على الصفا. و للغاية الثانية قول الصادق ع في الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط في الشبهات لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ. و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد و لا يخلو عن وجه في مقام التوجيه ثم إن التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا الجامع بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد بل يكفي فيه التقليد الصحيح فلا تعارض بين أدلة التفقه هنا و أدلة تحصيل المعاش. نعم ربما أورد في هذا المقام و إن كان خارجاً عنه التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه و ترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الاكتساب ما ورد من أن أمير المؤمنين ع قال: أوحى الله تعالى إلى داود يا داود إنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال و لا- تعمل بيدك شيئاً [قال فبكى] [داود] ع أربعين صباحاً [فأوحى الله إلى الحديد أن لن لعبدى داود] فألان الله عز و جل له الحديد فكان يعمل [في كل يوم درعا فيبيعها بألف درهم فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها و استغنى عن بيت المال إلى آخر الحديث و ما أرسله في الفقيه عن الصادق ع: ليس منا من ترك دنياه لآخرته أو آخرته لدنياه: العبادة سبعون جزء أفضلها طلب الحلال. و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من أن تذكر و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر و ذكر في الحدائق أن الجمع بينهما بأحد الوجهين. أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم و يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و إفادته قال و بهذا الوجه صرح الشهيد الثاني قدس سره في رسالته المسماة بمنية المرید في آداب المفيد و المستفيد حيث قال في جملة شرائط العلم و أن يتوكل على الله و يفوض أمره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها فيكون وبالاً عليه و لا على أحد من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى يظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما به يحصل به مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي ص: قد تكفل لطالب العلم برزقه عما

ضمنه لغيره بمعنى أن غيره محتاج إلى السعى على الرزق حتى يحصل له و طالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب و كفاه مؤنة الرزق إن أحسن النية و أخلص القربة و عندى فى ذلك من الوقائع ما لو جمعته لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى و جميل ما اشتغلت بالعلم و هو مبادئ العشر الثلاثين و تسعمائة إلى يومنا هذا و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة و بالجملة ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكلينى قدس سره بإسناد إلى الحسين ابن علوان قال: كنا فى مجلس نطلب فيه العلم و قد نفدت نفقتى فى بعض الأسفار فقال لى بعض أصحابى من تؤمل لما قد نزل بك فقلت فلانا فقال إذا و الله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ أملك و لا تنجح طلبتك قلت و ما علمك رحمك الله قال إن أبا عبد الله

ع حدثنى أنه قرأ فى بعض الكتب أن الله تبارك و تعالى يقول و عزتى و جلالى و مجدى و ارتفاعى على عرشى لأقطعن أمل كل مؤمل من الناس غيرى باليأس و لأكسونه ثوب المذلة عند الناس و لأنحينه من قبرى و لأبعدنه من فضلى أ يؤمل غيرى فى الشدائد و الشدائد بيدى و يرجو غيرى و يقرع بالفكر باب غيرى و بيدى مفاتيح الأبواب و هى مغلقة و بابى مفتوح لمن دعانى فمن ذا الذى أملنى لنوائبه فقطعته دونها و من ذا الذى رجانى لعظيمه فقطعت رجاءه منى جعلت آمال عبادى عندى محفوظة فلم يرضوا بحفظى و ملأت سماواتى ممن لا يمل من تسيحى و أمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بينى و بين عبادى فلم يثقوا بقولى أ لم يعلم أن من طرقته نائبة من نوائبى أنه لا يملك كشفها أحد غيرى إلا- من بعد إذنى فما لى أراه لاهيا عنى أعطيته بجودى ما لم يسألنى ثم انتزعت عنه فلم يسألنى رده و سأل غيرى أفيرانى أبدأ بالعطاء قبل المسألة ثم أسأل فلا أجيب سائلى أ بخيل أنا فيخلى عدى أ و ليس الجود و الكرم لى أ و ليس العفو و الرحمة بيدى أ و ليس أنا محل الآمال فمن يقطعها دونى أ فلا- يخشى المؤمنون أن يؤملوا غيرى فلو أن أهل سماواتى و أهل أرضى أملا جميعا ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكى مثل عضو ذرة و كيف ينقص ملك أنا قيمه فيا بؤسا للقائنين من رحمتى و يا بؤسا لمن عصانى و لم يراقبنى انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد الثانى رحمه الله. قال فى الحدائق و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه فى الكافى بإسناده إلى أبى إسحاق السبيعى عن حدثه قال سمعت أمير المؤمنين ع يقول: أيها الناس اعلموا إن كمال الدين طلب العلم و العمل به ألا و إن طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال إن المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم و ضمنه لكم و سيفى لكم و العلم مخزون عند أهله و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه إلى آخر الخبر. قال و يؤكد ما رواه فى الكافى بسنده

المكاسب، ج ٢، ص ٢١٠

عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص: يقول الله عز و جل و عزتى و جلالى و عظمتى و كبريائى و نورى و علوى و ارتفاع مكانى [إلا يؤثر عبد هواه على هواى إلا- شتت عليه أمره و لبست عليه دنياه و شغلت قلبه بها و لم أوته منها إلا ما قدرت له و عزتى و جلالى و عظمتى و نورى و علوى و ارتفاع مكانى لا- يؤثر عبد هواى على هواه إلا- استحفظته ملائكتى و كفلت السماوات و الأرض رزقه و كنت له من وراء تجارة كل تاجر و أته الدنيا و هى راغمة إلى آخر الحديث انتهى كلامه.

و أنت خبير بأن ما ذكره من كلام الشهيد الثانى رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسى لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافى بين أدلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله و عدم ربط القلب لغيره لا ينافى الاشتغال بالاكْتساب و لذا كان أمير المؤمنين ص و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته جامعا بين أعلى مراتب التوكل و أشد مشاق الاكْتساب و هو الاستقاء لحائظ اليهودى. و ليس الشهيد أيضا فى مقام إن طلب العلم أفضل من التكبس و إن كان أفضل بل فى مقام إن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالباً لطالِب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين و الحاصلة من الموقوفات للمدارس و أهل العلم و الموجودة الحاصلة غالباً للعلماء و المشتغلين من معاشره السلطان و أتباعه و المرادة مع التجار و الأغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما فى أيديهم من وجوه الزكوات و رد المظالم و الأخماس و شبه ذلك كما كان متعارفاً فى ذاك الزمان بل فى كل زمان فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التى ذكرناها. و بالجملة فلا شهادة فيما ذكره من كلام الشهيد الثانى

رحمه الله من أوله إلى آخره و ما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور أعنى تخصيص أدلة طلب الحلال بغير طالب العلم ثم إنه لا إشكال في أن كلا من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسة و لا ريب أن المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب و لا- الواجب الكفائي الواجب العيني و لا- إشكال أيضا في أن الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره و كذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به و قد يكون كسب الكاسب مقدمة لاشتغال غيره بالعلم فيجب أو يستحب مقدمة ٢٨٧ بقى الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما و لا- ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المترتبة على الأمرين فرب من لا- يحصل له باشتغاله بالعلم إلا- شىء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة منها تكفل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة و المستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم و رب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيى بها فنون علم الدين فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق فإنه لا إشكال في أن اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح. و ما ذكر من حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام فإنما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشىء من وظائف النبوة و الرئاسة العلمية. و بالجملة فطلب كل من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحب منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح و إذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل فتثبت من ذلك كله أن تزاحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافية كالاشتغال بالاكتساب أو طلب العلم غير الواجبين مع المسير إلى الحج المستحب أو إلى مشاهد الأئمة [صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين أو مع السعى فى قضاء حوائج الإخوان الذى لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال إلى غير ذلك مما لا يحصى.

مسألة لا خلاف فى مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا فى حرمة و كراهته.

فمن التقي و القاضى و الحلى و العلامة فى المنتهى الحرمة و هو المحكى عن ظاهر الدروس و حواشى المحقق الثانى و عن الشيخ و ابن زهرة لا- يجوز و أول فى المختلف عبارة الشيخ بالكراهة و هى أى الكراهة مذهب الأكثر بل عن إيضاح النافع أن الشيخ ادعى الإجماع على عدم التحريم و عن نهاية الأحكام تلقي الركبان مكروه عند أكثر علمائنا و ليس حراما إجماعا. و مستند التحريم ظواهر الأخبار. منها عن منهل القصاب قال قال أبو عبد الله ع: لا تلق فإن رسول الله ص نهى عن التلقى قال و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروحة قال أربعة فراسخ قال ابن أبى عمير و ما فوق ذلك فليس بتلق و فى خبر عروة عن أبى جعفر قال قال رسول الله ص: لا يتلقى أحدكم تجارة خارجا من المصر و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض و فى رواية أخرى: لا تلق و لا تشتري ما تلقى و لا تأكل منه. و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعاملة فيكون أكلا بالباطل و لم يقل به إلا الإسكافى. و عن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه فتكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب فتقصر عن إفادة الحرمة و الفساد. نعم لا- بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشتري من المتلقى و لا بأس به حسما لمادة التلقى. و مما ذكرنا يعلم أن النهى فى سائر الأخبار أيضا محمول على الكراهة لموافقته للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور ثم إن حد التلقى أربعة فراسخ كما فى كلام بعض و الظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ و قد تبعوا بذلك مرسله الفقيه. و روى أن حد التلقى روحه فإذا صار إلى أربعة فراسخ فهو جلب فإن الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلا- بإرادة خروج الحد عن المحدود كما أن ما فى الرواية السابقة أن حده ما دون غدوة أو روحه محمول على دخول الحد فى المحدود لكن قال فى المنتهى حد علماؤنا التلقى بأربعة فراسخ فكهوا التلقى إلى ذلك الحد فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلبا و هو ظاهر لأن بمضيه و رجوعه يكون مسافرا يجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا إلى أن قال و لا يعرف بين علمائنا خلاف فيه انتهى. و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدل على مسامحة فى التعبير و لعل الوجه فى التحديد بالأربعة أن الوصول على الأربعة

المكاسب، ج ٢، ص ٢١١

بلا زيادة ولا نقيصة نادر فلا يصلح أن يكون ضابطا لرفع الكراهة إذ لا يقال إنه وصل إلى الأربعة إذا تجاوز عنها ولو يسيرا فالظاهر أنه لا- إشكال في أصل الحكم وإن وقع اختلاف في التعبير في النصوص والفتاوى ثم إنه لا إشكال في اعتبار القصد إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى فلو تلقى الركب في طريقه ذاهبا أو جائيا لم يكره المعاملة معهم وكذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقى فلا يكره لغرض آخر ولو اتفقت المعاملة قيل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد. وفيه أنه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير فيحتمل أن تكون العلة في كراهة التلقى مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقى أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه أو ادخاره عن أعين الناس وبيعه تدريجا بخلاف ما إذا أتى الركب و طرحوا أمتعتهم في الخانات والأسواق فإن له أثرا بينا في امتلاء أعين الناس خصوصا الفقراء في وقت الغلاء إذا أتى بالطعام وكيف كان فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقى بصيغته البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم لا بأس باستيهاهم ولو بإهداء شيء إليهم ولو تلقاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله ص: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض قوى سراية الحكم إلى بيع شيء منهم وإيجارهم المساكن والخانات كما أنه إذا جعلنا المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل كما يدل عليه النبوى العامي: لا تلقوا الجلب فمن تلقى واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم إلى كل معاملة توجب غبنهم كالبيع والشراء منهم متلقيا وشبه ذلك لكن الأظهر هو الأول وكيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر وثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. وقد يحكى عن الحلبي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن ولعله لإطلاق النبوى المتقدم المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة يحرم النجش على المشهور

كما في الحدائق بل عن المنتهى و جامع المقاصد أنه محرم إجماعا لرواية ابن سنان عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص: الواشمة والمتوشمة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد ص وفي النبوى المحكى عن معانى الأخبار: لا تناجشوا ولا تدابروا قال ومعناه أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا- يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته والناجش الخائن. و [أما] التدابر [فالمصارمة] والهجران [مأخوذ من أن يولى الرجل صاحبه دبره ويعرض عنه بوجهه انتهى كلام الصدوق. والظاهر أن المراد بزيادة الناجش مؤاظة البائع المنجوش له.

مسألة إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم

و لم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع كما الإمام أورد المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور إحداها أن تظهر قرينه على عدم جواز رضاه بالأخذ منه كما إذا عين له منه مقدارا قبل الدفع أو بعده ولا إشكال في عدم الجواز لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه الثانية أن تظهر قرينه حاله أو مقالته على جواز أخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد ولا إشكال في الجواز حينئذ إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة كأن عين للمجتهدين مقدارا وللمشتغلين مقدارا واعتقد الدافع عنوانا يخالف معتقد المدفوع إليه. والتحقيق هذا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا وإلى كل مجتهد كذا وخذ أنت ما يخصك وإن كان على وجه الداعي بأن كان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعي إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة أن لا- تقوم قرينه على أحد الأمرين و يطلق المتكلم وقد اختلف كلماتهم فيها بل كلمات واحد منهم فالمحكى عن

وكالة المبسوط و زكاة السرائر [و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية] و مكاسب النافع و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد تحريم الأخذ مطلقا و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره و نسبة في الدروس إلى الأكثر و في الحدائق إلى المشهور و في المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ و عن نهاية الأحكام و التنقيح و المهذب البارع و المقنعة الاقتصار على نقل القولين و عن المهذب البارع حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الصيغة بلفظ ضعه فيهم أو ما أدى معناه و المنع إن كانت بلفظ ادفعه و عن التنقيح عن بعض الفضلاء أنه إن قال هو للفقراء جاز و إن قال أعطه للفقراء فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراد له لخصه و إن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافا إلى ظهور اللفظ في مغايرة الأمور بالدفع للمدفع إليهم المؤيد بما قالوه فمن وكلته امرأة أن يزوجه من شخص فزوجه من نفسه أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده بمصححة ابن الحجاج المسندة في التحرير إلى مولانا الصادق ع و إن أضمرت في غيره قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه في محاويع أو في مساكين و هو محتاج يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه و احتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له و الفرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية في الغير و اللفظ و إن سلم عدم شموله له لغة إلا أن المنساق عرفا صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم أشخاصا خاصة و كان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور و الرواية معارضة بروايات أخر مثل ما في الكافي في الصحيح عن سعد بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يعطى الزكاة فيقسمها في أصحابه يأخذ منها شيئا قال نعم و عن الحسين بن عثمان في الصحيح أو الحسن بن هاشم [عن أبي إبراهيم ع: في رجل أعطى مالا- يفرقه فيمن يحل له أله أن يأخذ منه شيئا لنفسه و إن لم يسم له قال يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع

المكاسب، ج ٢، ص ٢١٢

عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها في مواضعها و هو ممن تحل له الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا- يجوز له أن يأخذ- إذا أمره أن يضعها في مواضع مسمأة إلا- بإذنه و الذي ينبغي أن يقال أما من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن في الدفع و الصرف فإن المتبع الظهور العرفي و إن كان ظاهرا بحسب الوضع اللغوي في غيره كما أن الظهور الخارجي الذي يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد من تلك القرائن ثم إن التعبد في حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر و حمل الصحيحة السابقة المانعة على ما إذا لم يعلم الأمر فقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنة داعية إلى الدفع لا موضوعا و لما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي و لو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

مسألة احتكار الطعام

إشارة

و هو كما في الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا- خلاف في مرجوحيته. و قد اختلف في حرمة فعن المبسوط و المقنعة و الحلبي في كتاب المكاسب و الشرائع و المختلف الكراهة و عن كتب الصدوق و الاستبصار و السرائر و القاضي و التذكرة و التحرير و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و الروضة التحريم. و عن التنقيح و الميسية تقويته.

و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية لصحيحة سالم الحنات قال: قال لى أبو عبد الله ع ما عملك قلت حنات و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبت قال فما يقول من قبلك فيه قلت يقولون محتكر فقال يبيعه أحد غيرك قلت ما أبيع أنا من ألف جزء جزء قال لا بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام و كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي ص فقال له يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر فإن الظاهر منها أن عليه عدم البأس وجود البازل فلولا حرم. و صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله ع: أنه سئل عن الحكرة فقال إنما الحكرة أن تشتري طعاما و ليس فى المصر غيره فتحتكره فإن كان فى المصر طعام أو متاع يباع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلتك الفضل و زاد فى الصحيحة المحكية عن الكافى و التهذيب قال: و سألته عن الزيت فقال إن كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه و عن أمير المؤمنين ع فى نهج البلاغة: فى كتابه إلى مالك الأشر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله ص منع منه و ليكن البيع يباع سمحا بموازين عدل و أسعار لا نجحف بالفريقين من البائع و المبتاع فمن حكره بعد نهيك إياه فنكل به و عاقبه فى غير إسراف و صحيحة الحلبي قال: سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك قال إن كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و إن كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام فإن الكراهة فى كلامهم ع و إن كانت تستعمل فى المكروه و الحرام إلا- أن فى تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقا قرينه على إرادة التحريم و حملها على تأكيد الكراهة أيضا مخالف لظاهر يكره كما لا يخفى. و إن شئت قلت إن المراد بالبأس فى الشرطية الأولى التحريم لأن الكراهة ثابتة فى هذه الصورة أيضا فالشرطية الثانية كالمفهوم لها و يؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص: أيا رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به غلاء للمسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع و فى السند بعض بنى فضال و الظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التى قال العسكرى ع عند سؤاله عنها: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ففيه دليل على اعتبار ما فى كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم فى السند. و قد ذكرنا أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذى ادعاه الكشى على تصحيح ما يصح عن جماعة. و يؤيده أيضا ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام أنه أرسل عن النبي ص عن جبرائيل ع قال: اطلعت فى النار فرأيت واديا فى جهنم يغلى فقلت يا مالك لمن هذا فقال لثلاثة المحتكرين و المدمنين الخمر و القوادين. و مما يؤيد التحريم ما دل على وجوب البيع عليه فإن إزمه بذلك ظاهر فى كون الحبس محرما إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعدة سلطنة الناس مسلطون على أموالهم-

ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة إنما يتم ببيان أمور

الأول فى مورد الاحتكار

فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام. و فى رواية غياث بن إبراهيم: ليس الحكرة إلا فى الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن.

و عن الفقيه زيادة الزيت. و قد تقدم فى بعض الأخبار المتقدمة دخول الزيت أيضا. و فى المحكى عن قرب الإسناد برواية أبى البختري عن على ع قال: ليس الحكرة إلا فى الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و عن الخصال فى رواية السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه ع عن النبي ص قال: الحكرة فى ستة أشياء فى الحنطة و الشعير و التمر و الزيت و السمن و الزبيب ثم إن ثبوته فى الغلات الأربع بزيادة السمن لا- خلاف فيه ظاهرا. و عن كشف الرموز و ظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه و عن مجمع الفائدة نفى الخلاف فيه و أما الزيت فقد تقدم فى غير واحد من الأخبار. و لذا اختاره الصدوق و العلامة فى التحرير حيث ذكر أن به رواية حسنة و الشهيدان و المحقق الثانى. و عن الإيضاح أن عليه الفتوى و أما الملح فقد ألحقه بها فى المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية

الأحكام و الدروس و المسالك و لعله لفحوى التعليل الوارد فى بعض الأخبار من حاجة الناس إليه.

الثانى [ما هو حد الاحتكار]

روى السكونى عن أبى عبد الله ع: أن الحكره فى الخصب أربعون يوما و فى الغلاء و الشده ثلاثة أيام فما زاد على الأربعين يوما فى الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد على ثلاثة أيام فى العسرة فصاحبه ملعون و يؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمه.
المكاسب، ج ٢، ص ٢١٣

و حكى عن الشيخ و محكى القاضى و الوسيله العمل بها. و فى الدروس أن الأظهر تحريمه مع حاجة الناس و مظنتها الزيادة على ثلاثة أيام فى الغلاء و أربعين فى الرخص للرواية انتهى. و أما تحديده بحاجة الناس فهو حسن كما عن المقنعه و غيرها و يظهر من الأخبار المتقدمه. و أما ما ذكره من حمل رواية السكونى عن بيان مظنه الحاجة فهو جيد و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدا.

الثالث [عدم حصر الاحتكار فى شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه

مقتضى ما فى صحيحه الحلبى المتقدمه فى بادئ النظر حصر الاحتكار فى شراء الطعام لكن الأقوى التعميم بقريته تفريع قوله ع فإن كان فى المصر طعام و يؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار فى كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء أ كان بالاشترى أم بالزرع أو الحصاد أو الإحراز إلا- أن يراد جمعه فى ملكه و يؤيد التعميم تعليل الحكم فى بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام و عليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوبا له أو كان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة و بقى الطعام لا يحتاج إليه المالك فحسبه متربصا للغلاء.

الرابع أقسام حبس الطعام

كثيرة لأذن الشخص إما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر أو حصل له من دون تحصيل له و الحبس إما أن يراد منه نفس تقليل الطعام إضراراً بالناس فى أنفسهم أو يريد به الغلاء و هو إضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله و إن حصل ذلك لغلاء عارضى لا يتضرر به أهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر أو زوار فى البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثة أيام فتحدث للطعام عزة لا تضر بأكثر أهل البلد و قد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه و قد يحبس انتظاراً أيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقله الطعام فى آخر السنه أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمه الحال و قد يكون لحب إعانة المضطرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم ثم حاجة الناس قد تكون لأكلهم و قد تكون للبذر أو لعلف الدواب أو للاسترباح بالثمن. و عليك باستخراج هذه الأقسام و تمييز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

الخامس الظاهر عدم الخلاف كما قيل فى إجبار المحتكر على البيع

حتى على القول بالكراهه بل عن المذهب البارع الإجماع عليه.

و عن التنقيح كما فى الحدائق عدم الخلاف فيه و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم جواز الإجبار لغير الواجب و لذا ذكرنا أن ظاهر أدلة الإجبار تدل على التحريم لأذن إزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعر عليه إجماعاً كما عن السرائر و زاد وجود الأخبار المتواتره و عن المبسوط عدم الخلاف فيه لكن عن المقنعه أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد

أنه يسعر عليه إن أجحف بالثمن لنفى الضرر و عن الميسى و الشهيد الثانى أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهى عن التسعير و الجبر بنفى الإضرار.

خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه.

ففى مرسله ابن فضال عن رجل عن أبى عبد الله ع: ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضى بدينه المطمئن إليها و لكن أنزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا بد للمؤمن منه إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا لا مال لهم و فى صحيحه الثمالى عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص فى حجة الوداع: ألا- أن الروح الأمين نفث فى روعى أنه لا- تموت نفس حتى تستكمل رزقها فاتقوا الله عز و جل و أجملوا فى الطلب و لا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىء من معصية الله فإن الله تبارك و تعالى قسم الأرزاق بين خلقه حلالا و لم يقسمها حراما فمن اتقى الله عز و جل و صبر آتاه الله برزقه من حله و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال و حوسب عليه يوم القيامة. و عن أبى عبد الله ع قال كان أمير المؤمنين ع كثيرا ما يقول: اعلموا علما يقينا أن الله عز و جل لم يجعل للعبد و إن اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكابדתه أن يسبق ما سقى له فى الذكر الحكيم و لم يحل من العبد فى ضعفه و قلته أن يبلغ ما سقى له فى الذكر الحكيم أيها الناس إنه لن يزداد امرأ نقيرا بحذقه و لم ينتقص امرأ نقيرا لحمقه فالعالم لهذا العامل به أعظم الناس راحة فى منفعة و العالم لهذا التارك له أعظم الناس شغلا فى مضرتة و رب منعم عليه مستدرج بالإحسان إليه و رب مغرور فى الناس مصنوع له فأفق أيها الساعى من سعيك و قصر من عجلتك و انتبه من سنه غفلتك و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه ص و عن عبد الله بن سليمان قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: إن الله عز و جل وسع فى أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء و يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيلة و فى مرفوعة سهل بن زياد أنه قال قال أمير المؤمنين ع: كم من متعب نفسه مقتر عليه و مقتصد فى الطلب قد ساعدته المقادير و فى رواية على بن عبد العزيز قال: قال لى أبو عبد الله ع ما فعل عمر بن مسلم قلت جعلت فداك أقبل على العبادة و ترك التجارة فقال ويحه أ ما علم أن تارك الطلب لا يستجاب له إن قوما من أصحاب رسول الله ص لما نزلت و مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ أَغْلَقُوا الْأَبْوَابَ وَأَقْبَلُوا عَلَى الْعِبَادَةِ وَقَالُوا قَدْ كَفِينَا بِلَيْسَ ذَلِكَ النَّبِيُّ ص فَأَرْسَلْ إِلَيْهِمْ فَقَالَ مَا حَمَلَكُمْ عَلَى مَا صَنَعْتُمْ قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ تَكْفُلْ لَنَا بِأَرْزَاقِنَا فَأَقْبَلْنَا عَلَى الْعِبَادَةِ فَقَالَ إِنَّهُ مِنْ فَعَل ذَلِكَ لَمْ يَسْتَجِبْ لَهُ عَلَيْكُمْ بِالطَّلَبِ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي رِوَايَةٍ أَنَّهُ: لَيْسَ مَنْ تَرَكَ آخِرَتَهُ لِدُنْيَاهُ وَلَا مَنْ تَرَكَ دُنْيَاهُ لِآخِرَتِهِ.

و تقدم أيضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاة و السلام. بعد الحمد لله الملك العلام على ما أنعم علينا بالنعم الجسم التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات أوليائه الكرام التي هى مصابيح الظلام للخاص و العام المكاسب، ج ٣، ص ٢١٤

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفُسكم فى سبيلِ الله ذلكم خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).
قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرًا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرِ الْبِحَارِ - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادى" - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحداً من جهابذة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبى (صلواتُ الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و

بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا سيس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ هجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفي مصباحها، بل تتبع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمة" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ هجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجى الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقكين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتى المتبدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامعته ثقافيه على أساس معارف القرآن و اهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى الجامعه، و...

- منها العداة الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانية - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.
- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهرية، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتى "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كمشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين فى الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيه المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / "ما بين شارع" پنج رمضان " و مفترق "وفائى" / "بنايه" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ هجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويه الوطنيه: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنّها لا تُوفّي الحجم المتزايد و المتسعّ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحبَ هذا البيتِ (المُسمّى بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجه الشّريف) أن يُوفّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِعانتهم - في حدّ التّمكّن لكلِّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء اللهُ تعالى؛ و اللهُ وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩